

**Voto particular que formula el Magistrado don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel a la Sentencia dictada por el Pleno con fecha 14 de febrero de 2013 que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8970/2008, al que se adhieren los Magistrados don Ramón Rodríguez Arribas, don Andrés Ollero Tassara y don Juan José González Rivas.**

Con el debido respeto al parecer mayoritario del Pleno del Tribunal Constitucional, en uso de la facultad que me atribuye el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, me veo en la obligación de manifestar a través de este Voto Particular mi discrepancia con el fallo y la fundamentación jurídica (concretamente los FFJJ 7, 8 y 9) de la Sentencia que ha estimado la presente cuestión de inconstitucionalidad.

La principal razón de mi discrepancia radica en que, a mi juicio, contra el parecer mayoritario del Tribunal, el requisito de haber tenido hijos comunes, establecido en la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, para acceder a la pensión de viudedad, que con carácter excepcional y retroactivo allí se establece, era un requisito razonable.

La jurisprudencia constitucional ha venido declarando de manera reiterada que “el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social, es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél” (STC 128/2009, de 1 de junio, FJ 4), y en relación con la pensión de viudedad ha manifestado, concretamente, que “el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales” (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 3)

Pues bien, disponiendo de estos márgenes de libertad, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, decidió extender la pensión de viudedad a los supérstites de las parejas de hecho, pero no presumiendo sin más como en los supuestos de matrimonio la existencia de la situación de necesidad (art. 174.1 Ley General de la Seguridad Social), sino exigiendo la concurrencia de determinados requisitos que actúan como criterios de delimitación de la situación protegida. Para los hechos causantes posteriores a la Ley 40/2007, el legislador optó por definir la situación de necesidad mediante un elemento de ponderación económica que atiende al nivel de ingresos del supérstite en el momento de producirse el fallecimiento, o en su caso, en el año inmediatamente anterior y por referencia a su proporción respecto a la suma con los del causante (art. 174.3 LGSS). En los supuestos en que el hecho causante se había producido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, y habida cuenta de que se trataba de configurar una pensión excepcional, de carácter retroactivo y de que el fallecimiento del causante podía haber acontecido años atrás, el legislador optó por delimitar la situación de necesidad mediante un criterio de ponderación distinto y vino a exigir para otorgar el derecho a la pensión “que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes” (letra c) disposición adicional tercera Ley 40/2007).

A mi entender, que el legislador decidiera utilizar el hecho de haber tenido descendencia común como criterio de selección de la situación merecedora de protección no puede considerarse carente de justificación objetiva y razonable, atendidos los limitados recursos económicos del sistema de Seguridad Social. Haber tenido hijos en común implica la existencia de mayores cargas familiares, anteriores y/o posteriores al hecho causante, cuya atención incide en todo caso sobre la capacidad económica del superviviente. Su valoración por el legislador, por tanto, encaja perfectamente en la lógica de esta prestación dirigida a compensar el daño que la muerte del causante produce en el beneficiario por la falta o minoración de ingresos de los que participaba, sin que resulte desprovisto de sentido presumir que este daño es mayor cuando han existido hijos comunes. La exigencia de hijos comunes no es, por lo demás, un requisito ajeno a la regulación de la pensión de viudedad, pues el legislador lo contempla también en otros supuestos (art. 174.1 *in fine* LGSS).

En la lógica de la regulación sometida a nuestra consideración, el requisito cuestionado desplegaba una segunda virtualidad y era la de constituir un indicio probatorio concluyente de la existencia de la pareja de hecho, entendida en los términos legales como la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal (letra b) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 por remisión al primer inciso del párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS). Para los supuestos en los que el hecho causante es posterior a la Ley 40/2007, el art. 174 LGSS en los incisos segundo y tercero de su párrafo cuarto, exige, como regla común, que la existencia de la pareja de hecho se acredite mediante certificación de la inscripción en alguno de los Registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja, que en todo caso deberá haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto de la fecha de fallecimiento del causante. En los supuestos en los que el hecho causante es anterior a la Ley 40/2007, el carácter retroactivo de la pensión de viudedad llevó al legislador a no exigir estas formalidades para acreditar la existencia de la pareja de hecho, estableciendo en su lugar la exigencia de haber tenido hijos en común, requisito que actuaba como concluyente indicador de la veraz existencia de dicha unión y que servía para conjurar el riesgo de que se produjeran reclamaciones abusivas o fraudulentas y se acabara reconociendo la pensión de viudedad a quienes, pese a acreditar el periodo de convivencia exigido por la norma, no hubieran mantenido realmente con el causante la relación de afectividad análoga a la conyugal que la Ley requiere para ser beneficiario de la prestación.

En mi opinión, por consiguiente, tampoco desde esta perspectiva, el requisito cuestionado puede considerarse injustificado, antes al contrario, resulta completamente acorde con el deber constitucional de que la ejecución del gasto público, en este caso en materia de prestaciones de Seguridad Social, se realice de acuerdo con el principio de eficiencia (art. 31.2 CE).

Se produce, además, la situación paradójica de que, tras la intervención “racionalizadora” del Tribunal Constitucional, la regulación de la “pensión de

viudedad en supuestos especiales” prevista en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, resulta menos razonable que la originaria, y ello por dos razones:

- En primer lugar, porque, declarado inconstitucional y nulo el requisito de que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes, se priva al precepto del único instrumento del que éste se servía para constatar la existencia de una relación de afectividad análoga a la conyugal y, en consecuencia, para acreditar la existencia de la pareja de hecho bastará acreditar una convivencia ininterrumpida, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento del causante.
- En segundo lugar, porque, eliminado el requisito en cuestión, el acceso a la pensión “excepcional” y retroactiva que configuró el legislador resulta más asequible que el previsto con carácter general para las parejas de hecho.

En conclusión, el requisito que la mayoría del Pleno considera irrazonable, a mi juicio, no lo es y, anulado el mismo, la regulación legal queda seriamente menoscabada en su lógica.

Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil trece.

Fuente: sitio internet del Tribunal Constitucional