

**El nuevo
artículo 174.2 de la
Ley General de la Seguridad Social
y su incidencia en la
pensión compensatoria en los
supuestos de separación
y divorcio**

DERECHO ESPAÑOL

POR CARMEN LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ
Abogada.
Bufete jurídico
Manzanares & López Rendo.
AEA Cantabria.



RESUMEN

La nueva reforma del artículo 174.2 de la LGSS mediante Ley 26/2009, de 23 de diciembre sobre presupuestos generales del 2010, realiza reformas de gran importancia en el artículo 174.2 de la LGSS y además contempla una norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 que se recoge en la Disposición Transitoria decimoctava que se introduce en el texto refundido mediante la Ley General de Seguridad Social. En el presente estudio se analiza la reforma así como los problemas que plantea pero limitada exclusivamente a los supuestos de separación judicial o divorcio.

Palabras clave: artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social 26/2009, pensión de viudedad, supuestos de separación y divorcio

ABSTRACT

The new article 174.2 of the General Law of Social Security and its influence in the Compensatory Pension in the cases of separation and divorce

The new reform of article 174.2 of General Law of Social Security 26/2009, of 23th December 2010 about the general budget for 2010, makes great reforms in the article 174.2 of the LGSS and moreover has a transitory norm about widow's pensions in the situations of judicial separation or divorce before the first of Januar of 2008 which are in the transitory norm number 18, which it is introduced in the refunded text of the General Law of Social Security. In the present article it is analysed the reform as well as the problems in its application, but limited exclusively to the situations of judicial separation or divorce.

Key Words: article 174.2 of General Law of Social Security 26/2009, widows pension, cases of judicial separation or divorce.



I. INTRODUCCIÓN

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) proclamó, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 25 consagra, entre otros, el derecho de todos los seres humanos a un nivel de vida adecuado en caso de viudedad¹. Esta importante conquista social se incorporó al Derecho positivo español a través de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, explicitada en sus sucesivos textos articulados y refundidos.

Si se examinan los antecedentes históricos y legislativos tanto los anteriores a la Disposición Adicional 10^a de la Ley 30/1981 como los posteriores², ha de concluirse que **desde sus orígenes en el caso de la viuda no era preciso acreditar la dependencia económica**, sino que ésta se presumía, supeditando el nacimiento del derecho a la mera convivencia. En los supuestos de crisis matrimoniales, el legislador NO EXIGE LA EXISTENCIA EN VIDA DEL CAUSANTE DE UNA RELACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA EFECTIVA, que determine la protección a la muerte del trabajador o pensionista, ni la insuficiencia de recursos de la beneficiaria de la prestación acreditativa de una situación real de necesidad.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 184/1990, de 15 de noviembre³, considera que la pensión de viudedad se configura legítimamente como una prolongación de la situación matrimonial, “*un reconocimiento de efectos jurídicos post mortem*”. En esta línea el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de mayo de 2004 ha indicado que la pensión de viudedad aparece concebida por la legislación como “**una renta devengada a favor de los cónyuges por la ayuda mutua y la aportación al interés de la familia**”.

En definitiva, la justificación de la pensión de viudedad **reside en la solidaridad patrimonial entre los cónyuges que rige durante el matrimonio** procurando, a través de la pensión de viudedad que dicha solidaridad **siga después de la muerte de uno de ellos**.

Estos criterios se han mantenido sin fisuras hasta el 1 de enero de 2008. La primera vez que la legislación general de la seguridad social hace referencia a la pensión compensatoria es con la reforma efectuada por Ley 40/2007 de 4 de diciembre.

El artículo 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDL 1/1994, de 20 de junio), tras la reforma sufrida por Ley 40/2007 de 4 de diciembre inició un cambio en la naturaleza y requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial y divorcio. La defectuosa redacción del precepto favoreció que la entidad gestora efectuase una interpretación restrictiva y en contra del beneficiario/a con la finalidad de denegar la pensión de viudedad a la práctica totalidad de separados/as o divorciados/as, cuyas separaciones o divorcios habían acaecido antes de la entrada en vigor de la ley y en las mismas se había renunciado o no se había establecido pensión compensatoria o si se había reconocido pensión compensatoria ésta era temporal o se reconoció como prestación única. Se han venido generando en la realidad social unas situaciones totalmente injustas y de absoluta desprotección, al excluir de la prestación a un amplio colectivo de ciudadanos, que con la redacción anterior al 1 de enero de 2008 si que eran beneficiarios de la prestación de viudedad.

Ello ha venido dando lugar a una oleada de procedimientos judiciales, que finalizaron con resoluciones judiciales de diverso signo⁴, críticas doctrinales⁵ y un clamor social de los colectivos desprotegidos. Ante esta situación, el legislador optó por realizar una nueva reforma del artículo 174.2 mediante la Ley 26/2009 de 23 de diciembre sobre presupuestos generales del 2010.

Precisamente su Disposición Final 3^a, apartado 10, realiza reformas de gran importancia en el artículo 174.2 de la LGSS y además contempló una norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 que se recoge en la Disposición

1

Artículo 25.1. Declaración Universal de Derechos Humanos: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad*”.

2

LOPÉZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. “Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por LEY 40/2007, 4 de diciembre”, *Revista Abogados de familia*. Diciembre 2008, pp. 5-6, donde de forma detallada se consagran los siguientes antecedentes históricos y legislativos:

“1. SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY 30/1981. DA 10^a”

1.1 En los orígenes: **La situación de dependencia económica en ocasiones se presumía, a los efectos de considerar la pensión de viudedad como una prestación sustitutoria de la merma de ingresos ocasionados por el fallecimiento del causante**. Decreto 22 de junio de 1956 recogía como sujeto beneficiario de la pensión de viudedad a la viuda, para quien presumía la situación de dependencia económica. El viudo sólo tenía derecho si probaba la situación de necesidad.

1.2. Con la Ley 24/1972 **no se volvió a plantear el hecho de que la pensión de viudedad fuera sustitutoria de los ingresos del causante y que el fallecimiento hubiera ocasionado una situación de necesidad** consecuencia directa de la merma de ingresos de la unidad familiar producida por el óbito. Tampoco se planteó la incompatibilidad entre trabajo y pensión. Estableció presunción *iuris et de iure* de la situación de necesidad de la viuda, de tal forma que cumpliendo **el requisito de la convivencia se accedía a la prestación**.

1.3. Decreto 2065/1974 de 30 de mayo. Requisito para ser beneficiaria de pensión de viudedad: **convivencia con el causante hasta el fallecimiento, sin hacer referencia a situación de dependencia de la viuda que atribuyera a la pensión de viudedad carácter de renta sustitutoria de la aportada por el fallecido**. Excepción. En caso de separación, que hubiese sido declarada inocente o el marido estuviese obligado a prestarle alimentos. Ante estas disposiciones la doctrina del Tribunal Central de Trabajo se centró en ese requisito de la convivencia que era exigida como condición indispensable, salvo los supuestos de declaración de inocencia, en los casos de separación judicial, puesto que como señalaban sus sentencias, con las prestaciones de viudedad se intenta compensar la pérdida del mutuo auxilio implícito en la vida en común. De todo lo anterior se evidencia que **desde sus orígenes en el caso de la viuda no era preciso acreditar la dependencia económica, sino que ésta se presumía, supeditando el nacimiento del derecho a la mera convivencia**.



2. SITUACIÓN TRAS LEY 30/1981. DA 10^a

2.1. DA 10, Ley 30/1981 admitió reconocimiento de la pensión de viudedad en supuestos de separación, nulidad y divorcio tomando como parámetro: *Periodos de convivencia*.

2.2. Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio mantuvo reconocimiento de pensión de viudedad para el cónyuge, con independencia de su sexo, admitiendo la pensión de viudedad en supuestos de separación, nulidad y divorcio tomando como parámetro: *Periodos de convivencia*. El reconocimiento de la prestación al separado o al divorciado, únicamente puede derivar de que en su momento «se convivió y ganó día a día esa posible cualidad que puede darle derecho al beneficio». Idem en *Aequalitas*. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, 23, julio-diciembre 2008, pp. 59-60.

3

TC (Pleno), sentencia núm. 184/1990 de 15 de noviembre. RTC\1990\184.

4

Estimando el reconocimiento del derecho a la prestación de viudedad: entre otras, se citan la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona, de 28 de julio de 2008. Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 6 de Valencia, 7 de agosto de 2009. Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Huelva, 41/2009. STSJ de Cantabria de 22 de enero de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Pérez Obregón. Sentencia n.º 38/09. STSJ de Cantabria, Sección 1.ª Sala de lo Social de 4 de febrero de 2009. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Mercedes Sancha. STSJ de Castilla y León de 20 de octubre de 2009. Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael A. López Parada. Sentencia 1573/2009. Rec. n.º 1573/09. STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2009. Sentencia: 660/2009. Ponente: Ilmo. Sr. Miguel Ángel Luelmo Millán. Recurso Suplicación 2990/2009. En sentido desestimatorio y por tanto favorable a la Interpretación del INSS, entre otras, STSJ de Asturias, Sala de lo Social de 11, 25 de septiembre y 2 de octubre de 2009; STSJ de Zaragoza, 30 de marzo, 6, 7 y 21 de julio de 2009.

5

PÉREZ ALONSO, M.ª A. *La nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*. Valencia, 2008. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. "Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, de 4 de diciembre", *Revista Abogados de familia*. Diciembre 2008. Idem en *Aequalitas*. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, 23, julio-diciembre 2008, pp. 55 y ss. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. "Análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a la temporalidad de la pensión compensatoria y estudio de la reforma del artículo 174 de la LGSS, que entró en vigor el 1 de enero de 2008 y su incidencia en la pensión compensatoria". *El Derecho de Familia*. *Novedades en dos perspectivas*. Madrid, 2010.

Transitoria 18^a que se introduce en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

En el presente estudio analizaré la nueva reforma así como los problemas que plantea pero limitada exclusivamente a los supuestos de separación judicial o divorcio.

2. ALCANCE DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS QUE AFECTAN A LOS SUPUESTOS DE SEPARACIÓN JUDICIAL O DIVORCIO

2.1

Pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio derivados de fallecimientos acaecidos antes del 1 de enero de 2008

El artículo 174 de la Ley General de la Seguridad social, en la redacción dada por el RDL 1/1994 TRLGSS, reconocía el derecho a la prestación de viudedad a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

Desde el 1 de enero de 2002 se introduce un número 3 del artículo 174, redactado por el número 7 del artículo 34 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 31 de diciembre), por el cual dispone que los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil, sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto que se contraiga nuevo matrimonio.

En consecuencia, hasta el 1 de enero de 2008 la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas, cuyo hecho causante hubiese acaecido antes del 1 de enero de 2008, presentaba los siguientes caracteres:

1

Beneficiario/a fuera o hubiera sido cón-

yuge legítimo y no hubiera contraído nuevas nupcias.

2

Su cuantía era proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido.

3

Se dejaba sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil.

Hasta el 1 de enero de 2008, la pensión de viudedad era independiente de la pensión compensatoria. En los supuestos de crisis matrimoniales, el legislador no exige la existencia en vida del causante de una relación de dependencia económica efectiva, que determine la protección a la muerte del trabajador/a o pensionista, ni la insuficiencia de recursos del beneficiario/a de la prestación acreditativa de una situación real de necesidad.

2.2

Pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio, en el que el fallecimiento del causante se produjo entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009

El 5 de diciembre de 2007 se publicó en el BOE la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. La disposición final sexta marcó el día 1 de enero de 2008 como fecha de entrada en vigor de la norma que realizó una reforma del artículo 174.2 de la LGSS en el siguiente sentido:

“En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extin-



guida por el fallecimiento del causante”.

La redacción este texto legal en la práctica ha planteado problemas de interpretación, generados por la propia entidad gestora, al entender que para que las personas separadas judicialmente o divorciadas puedan tener derecho a la pensión de viudedad, la nueva redacción exigía que al momento del fallecimiento sean titulares de una pensión compensatoria y ésta se extinga con el fallecimiento del deudor.

Esta interpretación del precepto legal tiene como consecuencia la supresión de la pensión de viudedad en los casos de separación judicial y divorcio y desde luego una discriminación tanto por razón de estado civil, de efectos de la nulidad, separación o divorcio, de la forma de pago de la pensión, duración de la misma, así como por razón de sexo, teniendo en cuenta que en este país el número de viudos/as que tengan reconocida una pensión compensatoria y que ésta se extinga con el fallecimiento del deudor es prácticamente inexistente.

Por otro lado el legislador parece haber olvidado, que desde las sentencias del TS (Sala 1^a) de 10 de febrero de 2005 y de 24 de abril de 2005 y posteriores, así como desde la reforma del artículo 97 del CC por la Ley 15/2005, la compensación del artículo 97 del CC puede consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia, y que la tendencia jurisprudencial de los tribunales civiles iba dirigida hacia la temporalización de la pensión compensatoria o incluso a modificar las pensiones compensatorias indefinidas transformándolas en temporales⁶.

López-Rendo y Abella⁷ sostienen que la interpretación que efectúa la entidad gestora no es ajustada a derecho y defienden que el artículo 174.2 LGSS tal como estaba redactado, ha de interpretarse en el sentido de entender que a partir del día 1 de enero de 2008 se produce una incompati-

bilidad entre la pensión de viudedad del artículo 174.2 de la LGSS y la pensión compensatoria del art. 97 del CC que sea abonada por los herederos *ex art. 101*.

La interpretación que ha venido postulando la entidad gestora de la seguridad social antes de la reforma y la nueva redacción del artículo 174.2 introducida por Ley 26/2009, tiene como consecuencia la desprotección social, económica y jurídica de la familia de muchas personas divorciadas o separadas judicialmente, que renunciaron en su día a una pensión compensatoria, no porque no les correspondiera, sino por conseguir la paz familiar o a quienes se les reconoció pensiones compensatorias temporales o prestaciones de pago único.

La reforma del artículo 174.2 de la LGSS introducida por Ley 40/2007, de 4 de diciembre, ha motivado que los beneficiarios/as, que con la redacción anterior vigente en el momento de su separación judicial o divorcio tenían perfecto derecho al reconocimiento de la prestación de viudedad, de forma repentina, con premeditación y sin que se haya producido una reforma integral de la pensión de viudedad, tal como dispone la Disposición Adicional 25 de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre⁸, se vean privados del reconocimiento de su derecho a la prestación de viudedad cuando el causante fallece a partir del 1 de enero de 2008. Esta situación injusta y discriminatoria dio lugar a que reclamasen el reconocimiento de sus derechos antes los tribunales, que finalizaron con sentencias contradictorias sobre la interpretación de este precepto legal, unas a favor del INSS y otras a favor de los beneficiarios.

La reforma de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, tal como era interpretada por la entidad gestora establecía una *condictio iuris* que infringía el principio de seguridad jurídica y de irretroactividad, pues la supeditación a la pensión compensatoria que se extingía al fallecimiento del deudor es un efecto de separaciones y divorcios caecidos antes de la entrada en vigor

de la norma que producen cosa juzgada y supone aplicar la misma con efectos retroactivos, perjudicando los derechos de los beneficiarios/as que en el momento de su separación o divorcio tenían intactos sus eventuales derechos a la prestación de viudedad, al no tener influencia alguna la pensión compensatoria en la pensión de viudedad.

Para paliar las críticas que se efectuaron y solucionar los problemas generados a un número importante de beneficiarios/as que, sin previo aviso, se vieron privados de su pensión de viudedad, a la que tenían derecho de no haberse reformado el artículo 174, la Ley 26/2009 de Presupuestos Generales del Estado de 2010, en su **Disposición Final 3^a, apartado catorce**, introduce una **Disposición Transitoria 18^a** al RDL 1/2004, titulada: *Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008*, con el siguiente texto:

“El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario/a alguna de las condiciones siguientes:

- a) *la existencia de hijos/as comunes del matrimonio o*
- b) *que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.*

La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente



6 LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. “Análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a la temporalidad de la pensión compensatoria y estudio de la reforma del artículo 174 de la LGSS, que entró en vigor el 1 de enero de 2008 y su incidencia en la pensión compensatoria”. *El Derecho de Familia. Novedades en dos perspectivas*. Madrid, 2010.

7 LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. “Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, 4 de diciembre”. *Revista Abogados de familia*. Diciembre 2008, p. 12. Idem en *Aequalitas. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 23, julio-diciembre 2008, pp. 55 ss.

8 DISPOSICIÓN ADICIONAL 25^a de la Ley 40/1007 de 4 de diciembre. Reforma integral de la pensión de viudedad. “*El Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad*”.

con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.

En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1

de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley”.

Esta Disposición Transitoria 18^a plantea tres cuestiones a tener en cuenta: 1) Ámbito de aplicación temporal. 2) Requisitos. 3) Cuantía de la pensión de viudedad.

1 **Ámbito de aplicación temporal**

Esta Disposición Transitoria 18^a se aplica a todos los supuestos de separación o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 y a los hechos causantes producidos a partir de la entrada en vigor (1 de enero de 2010) y también a los producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciem-



bre de 2009, esto es a los fallecimientos acaecidos durante la vigencia de la reforma introducida por la Ley 40/2007. Si bien, teniendo en cuenta el requisito 1º de exigir que entre la fecha del divorcio o la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante haya transcurrido un periodo de tiempo superior a 10 años, puede afirmarse que el 31 de diciembre de 2018 dejará de producir efectos esta disposición transitoria decimoctava.

De tal forma, que todas aquellas personas que como consecuencia de la reforma del artículo 174.2 de la LGSS introducida por Ley 40/2007, se vieron privadas de la prestación de viudedad, por no ser acreedoras de una pensión compensatoria que se extinga con el fallecimiento del deudor, pueden volver a solicitar el reconocimiento de su derecho a la prestación de viudedad al amparo de la nueva Disposición Transitoria Decimoctava, aún cuando su denegación se hubiera confirmado por sentencia firme, pues la sentencia no tiene el efecto de cosa juzgada o aún cuando no la hubieran solicitado. Ahora bien el reconocimiento no opera de oficio, sino que es preciso petición de reconocimiento a instancia de parte.

2

Requisitos

Para que a las personas que en el momento del fallecimiento del causante no son o no eran acreedoras de pensión compensatoria que se extinguiese con el fallecimiento del causante, se les reconozca su derecho a la prestación de viudedad es preciso que cumplan los siguientes requisitos:

1

Que la separación judicial o divorcio sea anterior al 1 de enero de 2008.

2

Entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante **no hayan transcurrido más de 10 años**.

Una interpretación literal del precepto aboga por entender que el momento inicial para el cómputo del plazo de 10 años ha de ser la fecha de la última reso-

lución judicial que establezca los efectos del divorcio o de la separación judicial. Si existe una resolución judicial de separación dictada hace más de 10 años y una acordando el divorcio cinco años antes del fallecimiento del causante, en mi opinión se entiende cumplido el requisito temporal, puesto que el precepto legal primero habla de la fecha de divorcio y con carácter disyuntivo menciona la separación judicial, debiendo entenderse que esta referencia se da para el supuesto de que no exista divorcio.

En este mismo sentido se ha expresado el INSS en la Instrucción de 16 de febrero de 2010, que recoge los criterios interpretativos para la aplicación del primer párrafo del apartado 2 del artículo 174 y de la Disposición Transitoria Decimoctava de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos generales del estado para el año 2010, en relación con el derecho a la pensión de viudedad, en los casos de separación o divorcio⁹.

3

Que el vínculo matrimonial haya durado mínimo 10 años. Al referirse el texto legal a la duración del vínculo matrimonial, esto significa que para el cálculo de la duración del vínculo matrimonial no debe tenerse en cuenta la fecha de la separación ni de hecho ni judicial, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 del Código Civil, el matrimonio se disuelve por muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. La separación no disuelve el vínculo matrimonial. La entidad gestora en su Instrucción de 16 de febrero de 2010 está conforme con esta interpretación¹⁰.

4

Que el beneficiario/a **no hubiera sido deudor de pensión compensatoria**.

Este requisito a efectos del ámbito de la seguridad social choca bastante, al no existir precedentes que puedan justificar la *mens* del legislador, imponer un requisito que afecta a la esfera civil y no distinguir situaciones en las que el beneficiario/a es deudor pero por imposibi-

9

INSTRUCCIÓN INSS 16 DE FEBRERO DE 2010, p. 5: “En este caso, la fecha que debe tomarse en consideración será la de la separación judicial, si no ha habido divorcio posterior, o la fecha del divorcio si éste ya se ha producido. Este requisito, por otra parte marca la fecha en que dejará de tener efectos esta disposición transitoria decimoctava, situándose el 31 de diciembre de 2017”.

10

INSTRUCCIÓN INSS 16 DE FEBRERO DE 2010, p. 5: “A estos efectos, se entenderá conforme a lo establecido en el artículo 85 CC, que el matrimonio se disuelve por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. Por ello, para el cómputo de la duración del vínculo matrimonial no debe tenerse en cuenta la fecha de la separación judicial”.

11

STSJ Madrid, Social, Sección 3ª de 19 de octubre de 2009. Sentencia nº 856/2009: “El tema a interpretar es el sentido de «hubieran tenido hijos comunes». Hubieran tenido es perfecto y expresa la sucesión temporal. Luego si la viuda fáctica hubiese traído al mundo al descendiente común, después del fallecimiento de su pareja, aunque hubiera quedado embarazada en el período de convivencia, el requisito, ¿se cumpliría aplicando por analogía lo previsto en los arts. 959 a 967 del CC o no se cumpliría? ¿Y si aborta? ¿Y si queda embarazada y aborta antes del fallecimiento? ¿Y si el hijo nace y muere a las pocas semanas? ¿Y si por el contrario los hijos son adultos independientes que a su vez tienen hijos fruto de una distinta unión de hecho? ¿Y si el hijo/a es viudo/a, divorciado/a o separado/a? ¿Hijos quiere decir “hijos” en general o “más de un hijo”? ¿Y si sólo tienen “nietos” comunes como consecuencia de haberse casado hijos de anteriores relaciones a la propia? ¿Es común el natural de uno adoptado por el otro miembro de la pareja? ¿Y si se impugna la filiación y se demuestra que el hijo tenido por común, no lo era realmente? Si a la fecha del óbito está pendiente la acción impugnatoria, ¿hay que esperar a su resultado? ¿Y si por el contrario la acción es de reconocimiento de la filiación? Si la prestación a reconocer es autónoma de la de orfandad, no tiene mucho sentido matizar estas cuestiones pues la finalidad del precepto de exigir una garantía objetiva e indiscutible de la convivencia se cumple en todo caso. Entonces, ¿y si al tratarse de una pareja infértil –como el 15% de la parejas españolas– se somete a un prolongado –y enojoso– tratamiento de fertilidad que resulta infructuoso? Bueno, dirán los inconformistas lógicos, ¡que adopten hijos! Ya, pero ¿y si iniciado el procedimiento de adopción justo antes de la resolución final, muere el causante? Estas consideraciones demandan una interpretación flexible y humanizadora del requisito litigioso. Desde una perspectiva gramatical la utilización de “hubieran tenido” en vez de “hayan tenido” dado el contraste de realidad/irrealidad que caracteriza al subjuntivo español,



lidad de pagar la pensión compensatoria al estar en el paro, o estar inmerso en un procedimiento de suspensión de pagos, o incurso en un proceso de modificación de medidas instado para la supresión de la pensión compensatoria etc., va a verse privado del derecho a la prestación de viudedad.

5

Que además **existan hijos/as comunes**. En este extremo, la instrucción de 16 de febrero de 2010 del INSS indica que la Ley no hace ninguna matización al respecto, por lo que esta condición debe tomarse en su sentido literal, sin exigir requisitos adicionales de los hijos/as.

Esta interpretación realmente no resuelve todos los problemas que este requisito puede plantear y si se opta por una interpretación literal sin tener en cuenta la interpretación *pro beneficiario/a* que rige en la aplicación de las normas de la seguridad social, las desprotecciones y situaciones injustas y discriminatorias estarán servidas.

Los problemas ya han surgido con la exigencia del requisito de que “el causante y el beneficiario/a hubieran tenido hijos/as comunes” establecido en la DA 3ª de la Ley 40/2007, en aquellos supuestos en que no han tenido hijos/as comunes, pese a que han hecho lo humanamente posible sometándose a los tratamientos precisos. En este sentido se ha dictado por el TSJ Madrid, Sala de lo Social, sección 3ª, el 19 de octubre de 2009¹¹ sentencia estimatoria de la demanda y entendiendo cumplido este requisito cuando los miembros de la pareja han hecho lo humanamente posible para tener hijos/as comunes, impidiéndolo la insoslayable injusticia del azar.

Comparto la opinión de LOUSADA AROCHENA¹², quien afirma: “*La referencia a hijos/as comunes del matrimonio se antoja muy restrictiva, ya que, con mayor motivo, se debería de reconocer al/a cónyuge histórico/a que cuida o ha cuidado de los hijos/as del causante*”.

6

O que el beneficiario/a tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión. Este requisito podría ser inconstitucional por favorecer una discriminación por razón de la edad proscrita por el artículo 14 de la CE.

Sería deseable que con el esfuerzo que ha hecho el legislador para solucionar estos problemas, la entidad gestora en la interpretación de las normas respetase y aplicase la interpretación *pro beneficiario/a*, evitando que la ciudadanía tenga que acudir a los tribunales.

El establecimiento de estos requisitos no soluciona todos los problemas que se plantean en los casos de separación judicial o divorcio, ya que deja fuera a todos los colectivos que no reúnan estos requisitos, a quien se les continuará aplicando la norma con efectos retroactivos y se infringirá su principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE, originándose situaciones discriminatorias por razón de edad, de efectos del divorcio, por la existencia o no de hijos/as comunes, la posibilidad o no de haberlos tenidos por problemas fisiológicos, etc.

3

Cuantía de la pensión de viudedad

La Disposición Transitoria 18ª, en esta materia establece: “*La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*”.

Esta remisión a la normativa vigente con anterioridad a la ley 40/2007 en lo que afecta a la cuantía de la pensión, plantea ya los siguientes problemas:

1

Supuesto de concurrencia de varios beneficiarios/as: ex-cónyuge y cónyuge o pareja de hecho sobreviviente

La STS (Sala General) de 21-3-1995 (RJ 1995, 2171)¹³, rompiendo el criterio distributivo hasta entonces nunca

permite relativizar aún más la interpretación al tratarse de una exigencia hipotética y no real. [Alambicando más y “tirando” de la inconmensurable capacidad matizadora de nuestro verbo, la utilización de “hubieran” frente a la forma en general equivalente de “hubiesen” le impronta un matiz optativo (a añadir a la irrealidad)] pues precisamente la forma en -RA (antiguo pluscuamperfecto de indicativo latino y del castellano viejo) es capaz de sustituir al condicional, —en su valor optativo— pero no la forme en -SE (que viene también del pluscuamperfecto del perfectum latino, pero subjuntivo) [por ejemplo, querria una buena sentencia (o quisiera...)] pero no [quisiese...]. Así hubieran tenido no supone una declaración de existencia como “hayan tenido” y si al sentido irreal del equivalente “hubiesen tenido” le añadimos un “toque” optativo-condicional no resulta forzado leerlo como “hubiesen (quizás) tenido”. Y es que este valor de subjuntivo irreal y a la vez condicional de la forma en -RA, justifica una aplicación humanizadora del requisito superando la idea de una jurisprudencia puramente literalista (*bouche de la loi*) y realizando, dentro del positivismo aquella noción clásica, llena de esperanza en el derecho de “*divinarum atque humanarum rerum noticia iusti atque iniusti sciencia*” “que en sus genitivos recepciona el valor actual de la fraternidad humana componente con la libertad y la igualdad de la trinidad axiológica del Estado democrático [*liberté, égalité, fraternité*]. Así el cumplimiento del requisito ha de apreciarse cuando los miembros de la pareja han hecho lo humanamente posible para tener hijos comunes, impidiéndolo la insoslayable injusticia del azar y, como en este caso, lo acreditan, desde esta perspectiva podría (o pudiera pero no pudiese) estimarse también la demanda”. Esta sentencia contiene un voto particular de la Magistrada Sra. Ruiz Jarabo que se aparta de este criterio.

12

LOUSADA AROCHENA, J. F. “Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las leyes 40/2007, de 4 de diciembre, Y 26/2009, de 23 de diciembre”. *Aranzadi Social*, 1/2010 parte Estudio, Pamplona, 2010.

13

La STS (Sala General) de 21-3-1995 (RJ 1995, 2171), contemplaba una concurrencia entre una cónyuge existente en el momento del fallecimiento con una ex cónyuge divorciada donde la convivencia derivada del primer matrimonio se extinguió en 1968, aunque el divorcio acació en 1985, mientras el segundo matrimonio se celebró en 1986 con una previa convivencia de hecho desde 1968. De imputar esta previa convivencia de hecho desde 1968 hasta 1986 al segundo matrimonio se hubiera alcanzado igual conclusión a la alcanzada con el criterio atributivo. Por ello, la sentencia unificadora, revocando la de suplicación, dejó firme la de instancia, donde se hacía esa imputación, advirtiendo que esa confirmación se produce aunque sus «razonamientos no (sean) correctos».



cuestionado –distribución proporcional al tiempo de convivencia–, siguió el criterio atributivo –atribución al cónyuge sobreviviente detrayendo la parte del cónyuge histórico–, que se reiteró en los supuestos de divorcio –SSTS de 10.4.1995 (RJ 1995, 3032) y de 26-4-1995 (RJ 1995, 3733)–, incluso cuando el causante divorciado no hubiera vuelto a contraer nuevo matrimonio, limitando la pensión del/a cónyuge histórico al tiempo de convivencia –STS de 24-1-2000 (RJ 2000, 1062)–. Justamente en este aspecto se habían concentrado las críticas doctrinales porque el causante no generaba una pensión de viudedad, sino sólo una parte, y la otra parte quedaba en las arcas de la Seguridad Social –como si la entidad gestora fuese una viuda–.

Después de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, la redacción del artículo 174.2 de la LGSS se dirige hacia otros caminos, al establecer «si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios/as con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada persona con el causante».

La remisión a la normativa vigente antes del 1 de enero de 2008 quiere decir que en caso de existencia de matrimonio anterior, no se aplica la garantía del 40% a favor del cónyuge o pareja de hecho sobreviviente y por el contrario se aplica el criterio existente de que la pensión se ha de reconocer a quien era cónyuge en el momento del fallecimiento, cuya cuantía era minorada en función de la proporción entre la duración del primer matrimonio y el período de duración desde la celebración del primer matrimonio y la fecha del fallecimiento; es decir, que los **períodos sin existencia de matrimonio beneficiaban a quien era cónyuge en el momento del fallecimiento**.

En mi opinión, si nos atenemos a una interpretación literal de la DT18, debería concluirse que la cuantía de la pensión que se reconociese al cónyuge sobreviviente debería ser minorada

en función de la proporción entre la duración del primer matrimonio y el período de duración desde la celebración del primer matrimonio y la fecha del fallecimiento; es decir, que **los períodos sin existencia de matrimonio beneficiarían a quien era cónyuge en el momento del fallecimiento**, pero sin que se le garantizase el 40%, pues esta garantía no estaba prevista en la normativa anterior a la Ley 40/07 y precisamente la remisión en lo referente a la cuantía se produce para que el cálculo se efectúe en proporción al tiempo de convivencia, debiendo aplicarse el principio general del derecho según el cual *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (donde la Ley no distingue, nosotros no debemos distinguir).

Esta interpretación, que se obtiene mediante una aplicación literal de la norma, no es la que sostiene el INSS en la instrucción de 16 de febrero de 2010. La entidad gestora, por el contrario, sostiene que cuando por aplicación de la DT 18, se reconozca a un nuevo beneficiario una pensión de viudedad, cuyo hecho causante se hubiera producido entre el 1 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009, y además, concorra con otro beneficiario que ya tenía reconocida la pensión, a éste se le mantendrá la cuantía en los mismos términos que viniera percibiendo la pensión.

Esta interpretación que efectúa el INSS no la encuentro ajustada a derecho, ni a la literalidad del texto legal, que indica claramente que la cuantía ha de calcularse conforme a la normativa vigente con anterioridad a la Ley 40/07 sin exclusión, ni reserva alguna del 40% para el cónyuge sobreviviente. ¿Qué sentido tiene entonces la remisión a la cuantía?

Además es lógico que no se reserve el 40% al cónyuge o pareja de hecho sobreviviente, cuando precisamente, con la normativa vigente hasta el 1 de enero de 2008 los períodos sin existencia de matrimonio beneficiaban a quien era cónyuge en el momento del fallecimiento.

Si la entidad gestora opta por mantener la cuantía al cónyuge o pareja de hecho sobreviviente con la garantía del 40%, ¿qué ocurre con los períodos sin existencia de matrimonio, se asignarán al ex cónyuge, al inss viudo o también se imputarán al cónyuge sobreviviente? En mi opinión deberían asignarse al Excónyuge.

La polémica está servida con esta nueva interpretación que pretende efectuar la entidad gestora, y que va en detrimento de los colectivos de las personas separadas judicialmente o divorciadas, a quien perjudicó y continúa perjudicando la reforma de la pensión de viudedad.

2

Supuesto de pensión de viudedad, cuyo hecho causante se produce a partir del 1 de enero de 2010 y concurren dos ex cónyuges, cuyas pensiones se deben calcular respectivamente, una según la legislación vigente hasta el 1 de enero de 2008 y la otra según la ley 40/2007

En este caso el INSS en la Instrucción de 16 de febrero de 2010 indica: «*Al primero se le reconocerá en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, computando desde la fecha de su matrimonio hasta la del divorcio, y al segundo se le asignará el resto de la pensión, sin que tenga la garantía del 40% de ésta, que es exclusivo del cónyuge o pareja de hecho sobreviviente, conforme a lo establecido en el artículo 174.2 de la LGSS*».

3

Supuesto de no concurrencia de varios beneficiarios. Existencia de un solo cónyuge separado judicialmente o inexistencia de cónyuge o pareja de hecho sobreviviente (divorcio)

Con la normativa vigente hasta el 1 de enero de 2008, la Administración aplicó *strictu sensu* la doctrina del TS (la introducción de lo que corrientemente se ha conocido como la teoría del «INSS viudo»), de modo que la pensión del ex-cónyuge se limitaba a la



proporción en la duración del matrimonio respecto del período consistente entre la celebración del matrimonio y el fallecimiento, tesis avalada por la jurisprudencia de los Tribunales (entre otras, SSTs de 14-7-99; 17-1, 20-3, 10-4 y 26-9-2000 ó 27-1-2004).

Piénsese en la situación de un causante que contrae matrimonio con otra (A), con la que convive durante 15 años hasta que se produce la separación judicial. El causante hasta el fallecimiento, el cual se produce 5 años desde la separación judicial, permanece sin pareja de hecho. Para el cálculo de las pensiones se operaría del siguiente modo:

- Duración desde la fecha de celebración del matrimonio hasta el fallecimiento: 20 años.
- Duración del primer matrimonio: 15 años.
- Períodos sin convivencia: 5 años.

La distribución de la pensión según la normativa vigente hasta el 1 de enero de 2008, se efectuaría del modo siguiente:

Pensión para cónyuge separada judicialmente:

15/20

Parte de pensión que no se distribuye:

5/20

(Esta parte constituiría el llamado "INSS viudo")

Por el contrario, si se aplica la Ley 40/07, en los supuestos de separación, la pensión se reconoce en su integridad a la única persona titular, superando la doctrina jurisprudencial que establecía su reparto en función del tiempo de convivencia. Y ello entiendo que es así al no existir una sola norma que indique que la pensión de los cónyuges separados es en proporción al tiempo de convivencia. El artículo 174.2 TRLGSS únicamente contempla la pensión reducida para el supuesto de **divorcio con varios beneficiarios/as y para el cónyuge con matrimonio nulo**. Esto significa que *sensu* contrario, la pen-

sión de separados/as es una pensión íntegra, acabando con la figura del "INSS viudo".

Estas diferencias son importantes tenerlas en cuenta, por cuanto si el INSS en el caso de concurrencia de cónyuges pretende aplicar la garantía del 40% a favor del cónyuge sobreviviente prevista en el artículo 174.2 de la LGSS, también debería aplicar el mismo precepto respecto a la pensión que no se distribuye (llamado INSS Viudo) y en el caso de separación judicial sin cónyuge sobreviviente ni pareja de hecho el 100% ha de reconocerse a la única persona titular.

En mi opinión, esta reforma no va a evitar los problemas ni la desprotección de muchas familias, generándose situaciones discriminatorias incluso entre las mismas personas separadas judicialmente o divorciadas, por ello, hasta que se dé cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición Adicional 25, que el Gobierno efectúe una reforma integral de la pensión de viudedad, hubiera sido más sencillo y totalmente ajustado a derecho, sin discriminación alguna, una disposición transitoria 18 en la que únicamente se dijese: "En los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, aplicándose la normativa vigente con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social".

No obstante lo anterior, con esta Disposición Transitoria decimoctava se viene a confirmar que no puede hacerse una aplicación indiscriminada de la norma y que ser acreedor de una pensión compensatoria que se extinga al fallecimiento del deudor no se exige en todo caso como requisito para el nacimiento del derecho a la pres-

tación de viudedad, admitiéndose excepciones en los casos de violencia de género y en los supuestos de la DT 18^a.

La Ley silencia el momento a partir del cual se disfrutará la pensión de viudedad al amparo de la DT 18^a, si desde la fecha de la solicitud, desde los tres meses anteriores a la solicitud o desde el fallecimiento del causante.

La instrucción del INSS de 16 de febrero de 2010 sostiene que "los efectos económicos del reconocimiento se producirán a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud, sin que en ningún caso, puedan retrotraerse a una fecha anterior al 1 de enero de 2010". Interpretación *pro* INSS y en contra del beneficiario/a.

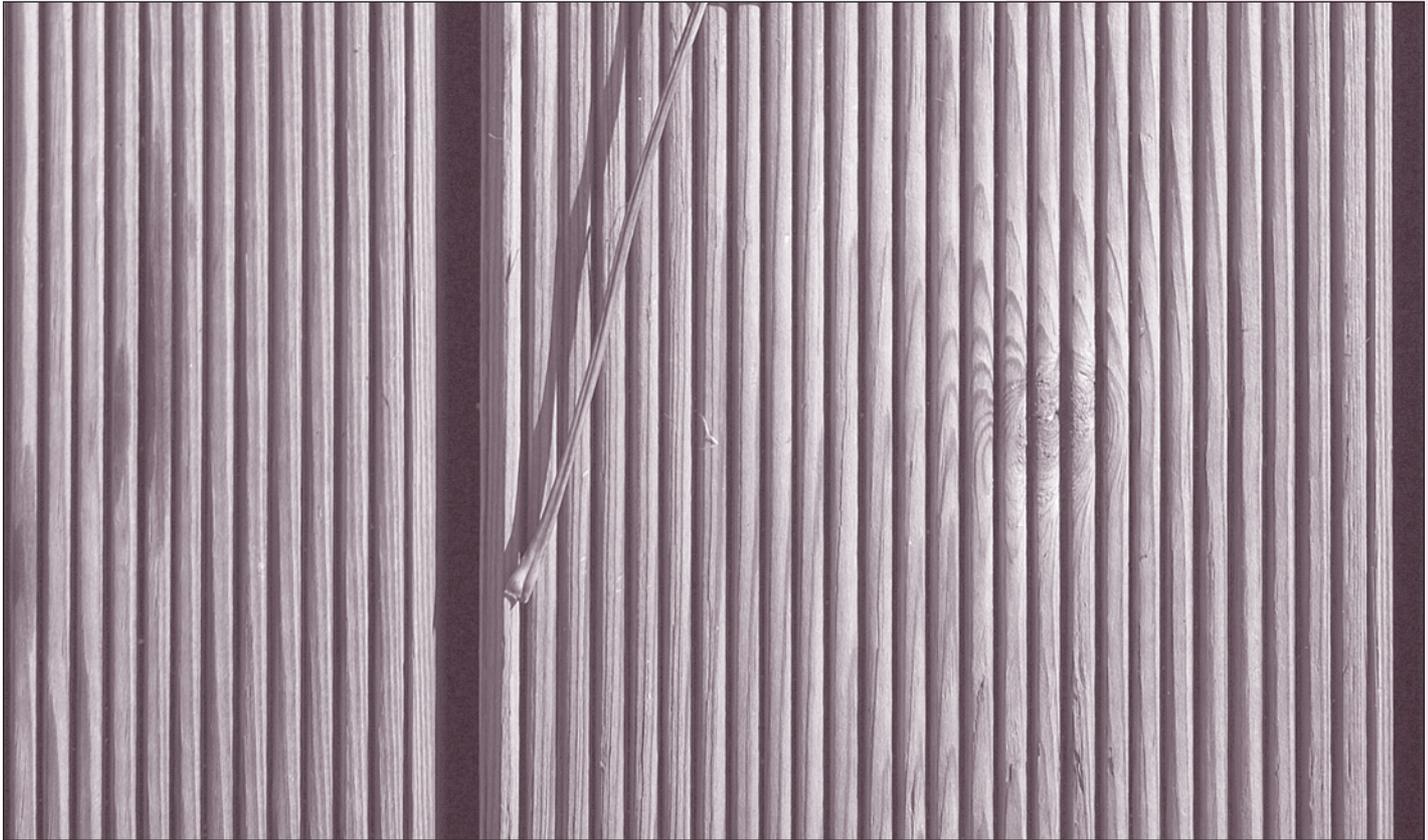
Esta situación planteará problemas en los procedimientos judiciales en curso pendientes de resolución judicial firme, ya que si se continúan y se estiman los recursos es evidente que los efectos serán desde la fecha del fallecimiento, o desde los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud.

La interpretación *pro* beneficiario/a llevaría a entender que, cuanto menos debería reconocerse el derecho a la prestación desde el fallecimiento del causante o desde los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud que se presentó conforme a la Ley 40/07 de 4 de diciembre.

4 Pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio, en los que el fallecimiento del causante tiene lugar desde el 1 de enero de 2010

Si el hecho causante tiene lugar a partir del día 1 de enero de 2010, la normativa aplicable es la introducida por Ley 26/2009 tanto en lo referente a la modificación del artículo 174.2 de la LGSS, como la Disposición Transitoria 18^a que introduce en el TRLGSS.

El artículo 174.2 de la LGSS, tras la reforma operada por la Ley 26/2009 dispone:



“2. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil y ésta quedará extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de

sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40% a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 CC, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Dicha pensión será reconoci-

14

Art. 174.1 LGSS: “Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que se cause aquélla desde una situación de alta o de asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización. También tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años. En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevinida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años”.

15

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. "Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, 4 de diciembre". *Revista Abogados de familia*. Diciembre 2008, p. 12. Idem en *Aequalitas. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 23, julio-diciembre 2008. pp. 55 y ss. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. "Análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a la temporalidad de la pensión compensatoria y estudio de la reforma del artículo 174 de la LGSS, que entró en vigor el 1º de enero de 2008 y su incidencia en la pensión compensatoria", *El Derecho de Familia. Novedades en dos perspectivas. Pensión compensatoria. Liquidación del Régimen económico matrimonial. Guarda y Custodia VS Patria potestad. Sustracción internacional de menores. Problemas penales en las crisis de familia. Conflictos*. Madrid, 2010.

16

Entre otras, y por ser la pionera, es de destacar la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, de 28 de julio de 2008, citada en LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. "Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, 4 de diciembre". *Revista Abogados de familia*. Diciembre 2008. Idem en *Aequalitas. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 23, julio-diciembre 2008.

17

PANIZO ROBLES, J.A. "La reforma de la Seguridad Social (Comentarios a la LMSS, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social)", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 298, 2008, p. 70. **Instrucción del INSS de 3 de abril de 2008:** "Cuando se trate del cónyuge superviviente, separado o no legalmente, pareja de hecho o persona divorciada y no concurren otros beneficiarios con derecho a pensión, percibirán la pensión íntegra. En consecuencia, a partir de la nueva regulación, en estos supuestos, no se determinará la pensión en proporción al tiempo de convivencia cuando solo exista un beneficiario, aunque sea persona divorciada". LOUSADA AROCHENA, J.F. "Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre", *Aranzadi Social*, 1/2010 parte Estudio, Pamplona, 2010. "De nuevo la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas de Seguridad Social, viene a alterar la paz jurisprudencial porque, en el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825), no existe una sola norma de la cual se pueda deducir que la pensión de viudedad de los/as cónyuges separados/as es en proporción al tiempo de convivencia. Antes al contrario, como esa pensión reducida sólo se establece para el supuesto de divorcio con varios/as beneficiarios/as, y para el/a cónyuge con matrimonio nulo, la conclusión a contrario sensu es la de que la pensión de viudedad de separados/as es una pensión íntegra. Y no creemos se trate un olvido legislativo, sino una intención de acabar con la doctrina del «INSS viudo»".

da en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios/as".

El párrafo segundo del artículo 174 contempla las siguientes cuestiones: 1) Requisitos para el nacimiento o reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación y divorcio. 2) Concurrencia de beneficiarios/as con derecho a pensión, si hubiera mediado divorcio. 3) Cuantía de la pensión de viudedad VS cuantía pensión compensatoria.

1

Requisitos para el nacimiento o reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación y divorcio

En los casos de separación judicial y divorcio como regla general para el nacimiento del derecho a la pensión de viudedad exige los siguientes requisitos:

1

además de los mencionados en el párrafo primero del artículo 174 de la LGSS que se exigen con carácter general para acceder a las pensiones de viudedad¹⁴ y

2

que sea cónyuge (caso de separación) o haya sido cónyuge legítimo (caso de divorcio), siempre que *no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente*.

3

que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. Con esta redacción, la pensión compensatoria que se extinga al fallecimiento del deudor se ha convertido en requisito del nacimiento del derecho a la prestación de viudedad.

Esta nueva redacción se ha efectuado para evitar los problemas de interpre-

tación que generaba la redacción anterior y que fueron puestos de manifiesto por la doctrina¹⁵ y los Tribunales de justicia¹⁶, si bien continúa infringiendo el principio de igualdad y generando discriminación.

La nueva redacción, utilizando la expresión: "*Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 CC y ésta quedara extinguida a la muerte del causante*", no parece dar lugar a dudas de que la referencia a la pensión compensatoria ya es un requisito para el nacimiento del derecho a la pensión de viudedad.

De este requisito se exonera a un especial colectivo: "*Las mujeres que no siendo acreedoras de la pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o divorcio*". Para ello se les exige que aporten como medios de prueba:

1

la sentencia firme o

2

archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento

3

en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género,

4

así como cualquier otro medio de prueba admitido en derecho.

2

Concurrencia de beneficiarios/as con derecho a pensión, si hubiera mediado divorcio. Cónyuge viudo y el cónyuge histórico, o varios cónyuges históricos

La norma comienza con la siguiente expresión: "*Si, habiendo mediado divorcio*". Esto se ha interpretado por la doctrina y el INSS en la Instrucción de 3 de abril de 2008¹⁷ en el sentido de



que, fuera de los casos de divorcio, esto es, **en los supuestos de separación, la pensión se reconoce en su integridad a la única persona titular**, superando la doctrina jurisprudencial que establecía su reparto en función del tiempo de convivencia y terminando con la doctrina del “IN-SS Viudo”.

LOUSADA AROCHENA¹⁹ comparte esta interpretación, indicando: *“porque se contempla la reducción de la cuantía de la pensión de viudedad en el único supuesto de que «habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios/as con derecho a pensión», no en consecuencia, en una conclusión a contrario sensu, cuando, habiendo mediado divorcio, no se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, de modo que, en estos casos, la literalidad de la norma nos conduce al reconocimiento de la pensión de viudedad de una manera íntegra, sin posible reducción cuando esa reducción no encuentra amparo en norma legal alguna. Así las cosas, se recuperaría la equivalencia entre un causante y una pensión de viudedad”*.

El artículo 174,2 LGSS, estima como beneficiarios/as que pueden tener derecho a pensión:

a
Cónyuge sobreviviente.

b
El que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario/a de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente.

c
Cónyuge o ex cónyuge histórico.

Se reconoce la pensión en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40% a favor del cónyuge superviviente, separado o no legalmente o en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario

de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente.

Comparto la opinión de LOUSADA¹⁹ se está recogiendo el criterio distributivo entre el/a cónyuge existente al momento del fallecimiento y el/a cónyuge divorciado/a, al aplicarse la prorrata a «cada uno de (los beneficiarios/as)», lo cual incluye al/a cónyuge existente en el momento del fallecimiento.

El INSS en la Instrucción de 3 de abril de 2008 manifiesta que la garantía del 40% debe reconocerse también a la persona separada, ya que sigue legalmente siendo cónyuge, siempre que cause derecho de pensión de viudedad.

El artículo 172.2, de forma expresa en el supuesto de divorcio con concurrencia de beneficiarios/as se refiere al “*tiempo vivido*” con el causante, de tal forma que la cuantía de la pensión depende de la convivencia con el causante.

En este sentido, el INSS en la Instrucción de 3 de abril de 2008 manifestó que con esta nueva redacción ha perdido vigencia la interpretación del TS iniciada a partir de la sentencia de 21 de marzo de 1995 que atribuía los periodos sin convivencia a quien tuviera la condición de cónyuge en el momento del fallecimiento. El tiempo de convivencia respecto de matrimonios y parejas de hecho se computa desde su celebración o constitución respectivamente, hasta su extinción.

No obstante lo anterior, en caso de fallecimiento del beneficiario/a o de extinción de la pensión o prestación temporal, con garantía del 40%, los restantes beneficiarios/as que concurren recuperarán la porción de pensión que se hubiera minorado²⁰.

Comparto la opinión de MOLINS GARCÍA-ATANCE²¹ quien pone de relieve: *“Pero desde el momento que la convivencia debe ser inmediata al deceso del causante, las parejas de hecho «históricas» (que convivieron con el causante en el pasado pero no lo hacen en el momento del deceso), no*

tienen derecho a pensión de viudedad, a diferencia de los cónyuges históricos, aunque la convivencia se prolongara durante muchos años. Se produce así una situación de desigualdad: las parejas de hecho históricas en ningún caso devengan la pensión de viudedad, mientras que los cónyuges históricos sí que pueden devengarla. Si el causante contrajo matrimonio, se divorció y posteriormente inició una convivencia de hecho que no alcanzó los cinco años en el momento de su fallecimiento, la única pensión de viudedad le corresponderá al cónyuge histórico, ya que el conviviente no reuniría el requisito de convivencia quinquenal”.

A las separaciones o divorcios acaecidos antes del 1 de enero de 2008, cuyo hecho causante se hubiera producido después del 1 de enero de 2010 se aplica la Disposición Transitoria 18^a al RDL 1/2004, titulada: Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, de tal forma que si se cumplen los requisitos en ella establecidos no se contempla la pensión compensatoria como requisito determinante para el nacimiento del derecho a la prestación de viudedad.

3 **Cuantía de la pensión de viudedad VS cuantía pensión compensatoria**

La nueva reforma dispone que en el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella disminuirá hasta alcanzar la cuantía de ésta última.

Para determinar el importe de la pensión compensatoria, que ha de servir de base para la aplicación del tope a que se refiere el apartado 2 del artículo 174, el INSS en la instrucción de 16 de febrero de 2010 dispone: *“Se requerirá al interesado/a la aportación de los resguardos bancarios, correspondientes a los tres meses anteriores al mes de fallecimiento, en los que se refleje su importe, salvo que el*



procedimiento de pago fuese distinto al de transferencia bancaria, en cuyo caso se constatará a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho. En el supuesto de que, siendo acreedor de pensión compensatoria, el interesado/a no pudiera acreditar su importe actual como consecuencia de un incumplimiento reiterado y constante en el pago por parte del deudor, se estará a lo establecido en el convenio regulador o sentencia". En el anexo I de la citada instrucción parece que en los supuestos de violencia de género, aunque hubiera compensatoria no operaría el ajuste de la pensión de viudedad a la pensión compensatoria.

Este requisito, ha sido introducido para evitar que en convenios reguladores se fijasen cantidades mínimas para que en caso de fallecimiento del ex cónyuge no se perdiera el derecho a la pensión de viudedad. Pero en mi opinión, se le ha ido demasiado la mano al legislador con el establecimiento de este requisito y el mismo genera situaciones totalmente injustas, máxime cuando la pensión compensatoria también se reconoce en sentencias judiciales dictadas en procesos contenciosos, en los que el Juez establece una cuantía atendiendo al de-

18

LOUSADA AROCHENA, J.F. "Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre", *Aranzadi Social*, 1/2010 parte Estudio, Pamplona, 2010.

19

LOUSADA AROCHENA, J.F. "Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre", *Aranzadi Social*, 1/2010 parte Estudio, Pamplona, 2010.

20

Vid. Instrucción del INSS de 3 de abril de 2008. LOUSADA AROCHENA, J.F. "Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre", *Aranzadi Social*, 1/2010 parte Estudio, Pamplona, 2010.

21

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. "La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social", *Aranzadi Social*, 6/2008.

sequilibrio económico producido. No tiene nada que ver el desequilibrio económico que exige la compensación del artículo 97 CC con la pensión de viudedad.

La pensión de viudedad es una pensión de naturaleza contributiva, y su importe es proporcional a lo realmente cotizado. La pensión compensatoria tiene una naturaleza totalmente diferente a la pensión de viudedad y su importe, bien por convenio o bien determinado judicialmente, suele ser siempre inferior al importe de la pensión de viudedad, habiendo aprovechado el legislador para reducir sustancialmente las cuantías de las pensiones de viudedad.

4

Supuesto de separaciones judiciales o divorcios, cuyo hecho causante se haya producido entre el 1 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009 y en el que la beneficiaria pueda acreditar que fueron víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o divorcio

Según la Instrucción del INSS de 16 de febrero de 2010, debe entenderse que, *"de acuerdo con el último párrafo de la nueva DT 18^a, la existencia de violencia de género EXIME de tener pensión compensatoria cuando el hecho causante se haya producido a partir del 1 de enero de 2008. Los dos primeros aspectos que se han mencionado, y, salvo lo dispuesto en la DT 18^a de la LGSS que a continuación se analiza, se aplicarán a hechos causantes producidos a partir del 1 de enero de 2010, con independencia que la separación judicial o el divorcio sea anterior o posterior al 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre"*.

En el anexo I de la Instrucción se indica que en los casos de violencia de género para que nazca el derecho a la pensión de viudedad no se exige ni pensión compensatoria, ni cumplimiento de requisitos de la DT 18^a, ni siquiera para hechos causantes acaeci-

dos entre el 1 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009.

Esta exención recoge la doctrina de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, sala de lo social, **de 22 de enero de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Pérez Obregón. Sentencia n^o 38/09 y la de 4 de febrero de 2009. Ponente: Ilma. Sra. Mercedes Sancha. Sentencia n^o 80/2009. Recurso 1193/2008**, en las que entiende que **no cabe efectuar una interpretación indiscriminada de la norma de la Seguridad Social (art. 174.2 de la LGS), como hace el juzgador de instancia al afirmar que como "la ley es igual para todos, no cabe distinciones"**. Deben superarse los efectos perversos de esa aplicación indiscriminada, con la conjunción interpretativa de las dos leyes orgánicas citadas (la 1/2004 y la 3/2007), y está claro que si una mujer sometida a violencia de género no ha solicitado una pensión por desequilibrio económico como consecuencia de su difícil situación familiar y personal (con un cónyuge alcohólico que la agredió), fue por la imposibilidad de hacerlo. En consecuencia, estima que la actora tenía derecho a la pensión compensatoria pese a su no percepción, y procede estimar el recurso y revocar la resolución de instancia".

En estos supuestos, el INSS estima que respecto a la cuantía no ha lugar a realizar ajuste alguno entre pensión de viudedad a la pensión compensatoria, si bien si existe cónyuge o pareja de hecho se garantiza a estos últimos el 40% de la cuantía.

La reforma efectuada por Ley 26/2009 es de mas calado del que parece y evidencia la supresión paulatina de la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial y divorcio. Además obligará a la jurisdicción de familia a replantearse las pensiones compensatorias, no solo su nacimiento, sino también su forma de pago, y hasta su cuantía, la cual deberíamos procurar que no se fijase por debajo de la que le pudiera corresponder en concepto de pensión de viudedad,



puesto que si se fija una pensión compensatoria por debajo de lo que le correspondería por pensión de viudedad, ello implicaría una pérdida de parte del derecho a la prestación de viudedad.

Tras estas rápidas reflexiones, puedo concluir sin temor a equivocarme que en los supuestos de separación judicial o divorcio a la pensión de viudedad lamentablemente le quedan los días contados.

3. VINCULACIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD A LA PENSIÓN COMPENSATORIA. PROBLEMAS QUE PLANTEA

La reforma del artículo 174.2 tras la redacción dada por la Ley 26/2009 equipara la naturaleza de la pensión de viudedad con la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil²² prevista para los casos de separación judicial o divorcio, con la finalidad de que la pensión de viudedad recupere la naturaleza de renta de sustitución y ello en mi opinión es erróneo, puesto que la naturaleza, finalidad y presupuestos de la pensión compensatoria son totalmente diferentes de la pensión de viudedad. Además ha de tenerse presente que la pensión compensatoria no representa todos los supuestos en que verdaderamente existe una dependencia del cónyuge histórico separado judicialmente.

Esta referencia a la pensión compensatoria del artículo 97 CC deja fuera otros supuestos en los que verdaderamente existe una situación de dependencia del cónyuge histórico separado judicialmente, como son los aquéllos en que en el convenio regulador el deudor se obliga al abono de una cantidad en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos.

En estos casos, el fallecimiento del deudor extingue estas obligaciones y el cónyuge histórico se encuentra que además de dejar de percibir del deudor estas cantidades, el INSS le deniega el derecho a la prestación de viudedad, al no estar percibiendo una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante.

La norma general que se establece en el artículo 97 CC es la de que no existe un derecho a pensión en todos los casos y que sólo se acreditará cuando se produce la existencia de desequilibrio económico patrimonial, que constituye el supuesto de hecho para su reclamación; en consecuencia, sólo surge la pensión de viudedad, cuando dándose las circunstancias previstas en el artículo 97 la pactaron los cónyuges en el convenio regulador –artículo 90-C) del Código Civil– o cuando la establece el Juez.

Por otro lado, la pensión compensatoria²³ no es una pensión de derecho necesario sino de derecho dispositivo²⁴, en palabras del Tribunal (STS 2 de diciembre de 1987. Ponente: Eduardo Fernández Cid de Temes) “no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes”. Por ello, aún existiendo desequilibrio económico real, la pensión puede existir o no, pues puede ser renunciada.

En el supuesto de la pensión de viudedad del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, su razón y fundamento no es el desequilibrio económico de los cónyuges, sino el **fallecimiento de uno de ellos**. La prestación de muerte y supervivencia, como prestación de protección familiar que es, **está asentada además de en un principio de solidaridad genérico, en un principio de solidaridad entre los “próximos”**, procurando, a través de la pensión de viudedad que dicha solidaridad **siga después de la muerte de uno de ellos**. En este sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, considera que la pensión de viudedad se configura legítimamente como una prolongación de la situación matrimonial, “*un reconocimiento de efectos jurídicos post mortem*”. En esta línea el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de mayo de 2004 ha indicado que la pensión de viudedad aparece concebida por la legislación como **“una renta devengada a favor de los cónyuges por la ayuda mutua y la aportación al interés de la familia”**.

22

Sobre la pensión compensatoria, vid, entre otros: CAMPUZANO TOMÉ, H. *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Barcelona, 1986. HAZA DÍAZ, P. *La pensión de separación y divorcio*. La Ley, Madrid, 1989. Idem: “La transmisión mortis causa de la pensión de separación y de divorcio”, *AC*, 32, semana 5/11 de septiembre de 1988; PEREDA GÓMEZ, F.J. y VEGA SALA, F. *Derecho de familia*, Barcelona, 1994, pp. 157 y ss. GARCÍA MANCEBO, M. y LLERANDI GONZÁLEZ, N. *La pensión compensatoria entre cónyuge: su limitación temporal*. Estudio de Jurisprudencia, Cuadernos de Jurisprudencia. Servicio de Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, julio 1995. Comentarios a las reformas de derecho de familia, artículos 97 a 101, Vol. I, Madrid, 1984, pp. 415 y ss.; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T. “Transmisión *mortis causa* del pago de la pensión por separación y divorcio”, *RGD* octubre-noviembre 1993, pp. 9.619 y ss. HOYA COROMINA, J. y ANAUT ARREDONDO, S. “La pensión compensatoria”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1.873, de 15 de julio de 2000. MARFIL GÓMEZ, J. “Hacia un planteamiento racional de la pensión compensatoria”. *La tabulación. Revista de Derecho de familia*, 2000, 6, pp. 23-28. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio, (naturaleza jurídica, determinación, transmisión y extinción)*. 2ª ed. Lex Nova. Valladolid, 2003, pp. 26 y ss. Sobre la gestación parlamentaria de la reforma del Código Civil reguladora del matrimonio, vid, pp. 47 y ss. REBOLLEDO VARELA, A.L. “La compensación económica del art. 97 del CC en la Ley 15/2005 de 8 de julio”. *Aranzadi civil*, 20/2005, Pamplona, 2006. BIB 2005/2647.

23

De gran interés por analizar exhaustivamente la pensión compensatoria, su naturaleza y diferencias con otros efectos que produce la separación y el divorcio es la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa**, Sección 1ª, de 3-1-2000, nº 2/2000. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Hoya Coromina: “(...) ello conduce a considerar que *la pensión compensatoria y la pensión por alimentos son dos instituciones de naturaleza jurídica diferente* (Sentencia de 2 de diciembre de 1987 [RJ 1987/9174]), y así la doctrina está de acuerdo en excluir el carácter alimentario de la pensión compensatoria, y ello por cuanto se afirma que son conceptos diferentes por cuanto la pensión alimenticia propiamente dicha, tiene su base en el deber de auxilio mutuo entre cónyuges exigido en el artículo 68 CC, en relación con los artículos 142 y ss, que se ha entendido compatible por el Tribunal Supremo incluso con la separación de hecho libremente consentida (STS de 25 noviembre 1985 [RJ 1985/5908]). Pero sin embargo no lo es con las situaciones de divorcio, pues disuelto el matrimonio, no se genera en cuanto a los cónyuges causa de obligación alimenticia conforme a los artículos 143, 150 y 152 del Código Civil, pudiendo únicamente fijarse una pensión conforme al artículo 97 del mismo texto legal (STS de 29 junio de 1988 [RJ 1988/5138]). (...) 22º. Como conclusión de lo hasta aquí expuesto, deberá señalarse como diferencia fundamental entre la pensión compensatoria y el resto de las medidas derivadas de los procesos de crisis matrimoniales que tengan como destinatarios a los hijos menores de edad del matrimonio, que la primera es-



tá regida, no por el principio de «*ius cogens*», propio de las segundas, sino por el dispositivo, en cuanto tal, sometido a los principios de autonomía de la voluntad de los esposos en el ámbito material y al de rogación en su aspecto procesal, pudiendo por ello ser renunciada, bien expresamente o bien no haciéndola valer, renuncia tácita, en tal sentido las Sentencias AP Asturias, Sección 6ª, S. 11-9-1998, nº 439/1998, rec. 117/1998. Pte: Rodríguez-Vigl Rubio, Mª Elena; AP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª S. 16-3-1998, nº 176/1998, rec. 549/1997. Pte: Velázquez de Castro Puerta, Fulgencio V.; lo que lleva como consecuencia su imposibilidad de fijación de oficio y sin que constituya un obstáculo para su reconocimiento el hecho de que con anterioridad a la demanda de divorcio, en la cual se interesa su establecimiento, le haya precedido la separación, aun cuando en ella no se hubiese fijado, pues esta posibilidad no le está vedada por el art. 97 CC, y lo que sucederá es que para determinar la existencia de los presupuestos que justifican su concesión—desequilibrio económico—, habrá de estar al momento en que se produjo el cese de la convivencia, esto es, la separación de hecho del matrimonio. (AP Valencia, Sección 9ª, S. 14-12-1998, nº 1036/1998, rec. 124/1998). Finalmente habrá de destacarse que la pensión por desequilibrio habrá de fijarse teniendo en cuenta en su caso las circunstancias que menciona el artículo 97, y señaladamente la contenida en el número 8, es decir la relativa al caudal y medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge, lo que revela que estos últimos elementos constituyen más bien la base real y material de la efectividad de la pensión, pero que viene determinada esencialmente en función de las demás circunstancias anteriores. (SAP Palma de Mallorca, 22 de diciembre de 1982, SSTS 2 de diciembre de 1987 y 29 de junio de 1988; Sentencia de 7-7-1995 [AC 1995] 1661], rollo de apelación nº 114/1995; AP de Toledo Sección 2ª; Sentencia de 27-10-1994 [AC 1994]1771], rollo de apelación nº 341/1993.

24

Vid ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *ob. cit.*, pp. 132 y ss.

25

Art. 97 del Código Civil en la redacción actual, tras la reforma producida por Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio dispone: “*El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia*”.

26

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. “Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, 4 de diciembre”, *ob. cit.* p. 10. Idem en *Aequalitas. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 23, julio-diciembre 2008.

A partir de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las STS (Sala 1ª) de 10 de febrero de 2005 y 24 de abril de 2005 y posteriormente con la última reforma sufrida en el 2005, la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil²⁴ se concibe, en principio, **de forma temporal** y no permanente, porque su verdadera naturaleza es la de corregir la descompensación económica en los patrimonios de los cónyuges hasta que el que percibe menos ingresos se rehaga y la compensación puede consistir en una prestación única.

Resulta anómalo que la pensión compensatoria, en principio, sea temporal, y la pensión de viudedad que la sustituye, sea permanente. Puede suceder que el beneficiario/a estuviera percibiendo una pensión *compensatoria temporal*, que se iba a extinguir el mes siguiente al fallecimiento del causante, pero como la estaba percibiendo al fallecer éste y se extinguió por su fallecimiento (aunque sólo le quedase un mes), pasa a percibir una pensión de viudedad vitalicia²⁵.

También deberá tenerse en cuenta que una pensión compensatoria temporal, que se extinga antes de la muerte del causante implicará la imposibilidad de acceder a la pensión de viudedad y si la tendencia tras la reforma civil del año 2005 es atribuir a las pensiones compensatorias un carácter temporal, la consecuencia obvia es la **DESAPARICIÓN DE LAS PENSIONES DE VIUEDAD EN SUPUESTOS DE SEPARACIÓN JUDICIAL Y DIVORCIO**.

En mi opinión, vincular la existencia de una pensión de viudedad a la existencia o no de una prestación compensatoria distorsiona los principios a que responde el sistema protector de la Seguridad Social (art.2 de la LGSS, 39 y 41 de la CE) y los caracteres, naturaleza y regulación que el Código civil realiza de la pensión compensatoria

Por otro lado, al supeditar el reconocimiento del derecho a la prestación de viudedad a que además de ser acreedoras de una pensión compensatoria del artículo 97 CC, esta quede extinguida a la muerte del causante, se produce

una colisión y contradicción evidente entre el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social y el artículo 101 del Código Civil, en el que se contemplan unas causas taxadas y numerus clausus que producen la extinción de la pensión compensatoria y en el que de forma expresa se indica: “EL DERECHO A LA PENSIÓN NO SE EXTINGUE CON EL SOLO FALLECIMIENTO DEL DEUDOR”.

¿Cómo es posible que el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad social pretenda imponer como requisito para que el derecho a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas una *conditio iuris* que contradice claramente el artículo 101 del Código civil?

Esto únicamente puede explicarse desde confusión entre la pensión compensatoria y el resto de efectos de la separación judicial o divorcio. Si lo que quiere el legislador es que la pensión de viudedad recupere la naturaleza de renta de sustitución, no debería condicionarla a la pensión compensatoria y en todo caso debería suprimir que la pensión compensatoria se extinga a la muerte del causante, ya que civilmente (art. 101 CC) la muerte del deudor no es un supuesto de extinción de la pensión compensatoria. Por el contrario, sí podía haberla referido al concepto de contribución a las cargas del matrimonio y/o alimentos, que sí se extinguen con el fallecimiento del deudor. Claro está que también plantearía el problema de que con el divorcio el deudor no está obligado al pago de alimentos al cónyuge, que deja de serlo al producirse la disolución del matrimonio, ni tampoco está obligado al abono de cantidad alguna en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, pues éstas dejan de existir con el divorcio.

Por ello, si lo que el legislador quiere es que la pensión de viudedad varíe su naturaleza y adquiera naturaleza sustitutoria, debería haber dicho: “*Asimismo se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de cualquier tipo de pensión o de contribución a las cargas*



del matrimonio que se extingan a la muerte del causante”.

La incidencia de la reforma en la pensión compensatoria obliga a Abogados/as y a Jueces/zas y Tribunales a plantearse de nuevo los criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de determinar la concesión de una pensión compensatoria, su vigencia, su forma de abonarse, esto es, si se opta por una prestación única o por una pensión periódica y ahora tras la nueva reforma hasta su cuantía.

La nueva redacción del art. 174.2 de la LGSS tiene una gran incidencia en la pensión compensatoria del artículo 97 del CC y está afectando a varias situaciones:

a

Separaciones judiciales o divorcios anteriores al 1 de enero de 2008, en las que se renunció a la pensión compensatoria o no se pactó pensión compensatoria

La realidad social nos muestra la existencia de **multitud de convenios reguladores** homologados antes del 1 de enero de 2008, en los que se contienen cláusulas de renuncia a pensiones compensatorias o en los que simplemente no se pactó pensión compensatoria alguna, por cuanto en el momento de su separación o divorcio, la renuncia a la pensión compensatoria no tenía efecto alguno reflejado en las pensiones de la Seguridad Social, al estar en vigor la Disposición Adicional 10 de la Ley del Divorcio 30/1981 que reconocía el derecho a la pensión de viudedad, sin ningún otro requisito que ser o haber sido cónyuge. Precepto que se plasmó en el artículo 174 tras la redacción dada por el Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, que es el que ha estado en vigor hasta el 1 de enero de 2008.

En consecuencia la renuncia a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil afectaba exclusivamente a ésta, conservando sus derechos a una pensión de viudedad, en el caso de que acaeciera el fallecimiento de su cónyuge.

Elevar a la categoría de requisito para el nacimiento del derecho a la pensión de viudedad aplicable en todos los supuestos de separación judicial y divorcio, que el cónyuge separado judicialmente o divorciado sea acreedor de una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento, tiene como efecto hacer extensible la renuncia a la pensión compensatoria efectuada antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, a la pensión de viudedad que se devengue a partir del 1 de enero de 2008, adjudicando a la renuncia mayor alcance que el que de modo expreso le otorgaron las partes, tratándose como se trataba de un negocio jurídico privado, sin que haya de afectar a los derechos derivados del sistema público de Seguridad Social, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3 de la LGSS.

Es decir, todos aquellos matrimonios en los que los cónyuges renunciaron a la pensión compensatoria, antes del 1 de enero de 2008, y que tenían un **derecho expectante a la pensión de viudedad**, verían extendida dicha renuncia a la compensatoria a la pensión de viudedad, en contra de lo dictaminado de forma unánime por la jurisprudencia hasta el momento en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de enero de 1996 (AS 1996, 750)²⁷; STSJ País Vasco de 9 de diciembre de 1998. Ponente: Juan Carlos Iturri Garate²⁸; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Recurso de Suplicación núm. 221/2008²⁹.

Ante esta regulación que atentaba a la seguridad jurídica y al principio de irretroactividad, el legislador del año 2009, mediante Ley 26/2009 introduce una **Disposición Transitoria 18^a** en el TRLGSS titulada: *Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, que se aplica a todas los supuestos de separación o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008* y a los hechos causantes producidos a partir de la entrada en vigor y también a los producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, esto es a los fa-

27

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de enero de 1996 (AS 1996, 750): “Al amparo del artículo 190, c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el cuarto motivo del recurso inaplicación de la norma 5^a de la DA 10^a de la Ley 30/1981, de 7 julio (RCL 1981\1700 y ApNDL 2355). Se razona en su contenido que, habida cuenta de la renuncia de la primera causahabiente a una posible pensión de divorcio, dicha renuncia ha de surtir efectos del mismo modo en cuanto a la pensión de viudedad, por lo cual esta prestación debe corresponder en su integridad a la recurrente. Dicha argumentación no puede ser acogida, pues no cabe adjudicar a la renuncia referida mayor alcance que el que de modo expreso le otorgaron las partes, tratándose, como se trataba, de un negocio jurídico de carácter privado, sin que haya de afectar a los derechos derivados del sistema público de Seguridad Social, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 69 (RCL 1974, 1482 y NDL 27361) (actual artículo 3) de la LGSS”.

28

STSJ País Vasco de 9 de diciembre de 1998. Ponente: Juan Carlos Iturri Garate. “Se entiende que la renuncia a pensión compensatoria prevista en el Convenio regulador del divorcio ratificado judicialmente se extiende a la pensión de viudedad y la misma es válida. El carácter irrenunciable de los derechos conferidos en la Ley General de la Seguridad Social previsto en el artículo 3 de la LGSS abarca también el previsto para el que fue divorciado del difunto, en relación con la pensión de viudedad del artículo 174.2 de la propia Ley y siempre y cuando no se dé el supuesto previsto en el art. 174.3 de tal Norma en relación con el art. 101 CC, pues está previsto en la Ley. Por otra parte, la validez de la renuncia se condiciona en el citado Código Civil a determinados presupuestos, entre ellos que no contrarie el orden público. Se impone una interpretación integradora de ambas normas que lleva a entender que cuando se establece la irrenunciabilidad de tales derechos expresamente y por Ley es porque se considera que lo es porque se trata de materia de orden público (tratamos de PRESTACIONES PÚBLICAS, REGULADAS EN SU MAYOR PARTE POR NORMAS IMPERATIVAS) y por tanto, la renuncia a tales derechos contraría el orden público. La irrenunciabilidad de un pacto en el sentido expuesto por la recurrente es afirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 18 enero 1996 (AS 1996\750). Por otro lado, el hecho de pactar la renuncia a la pensión compensatoria en el divorcio (arts. 97 CC y ss) no permite llegar a considerar que se extendiese la misma a la pensión de viudedad en el régimen general de la Seguridad Social, pues es tradicional considerar el carácter restrictivo al interpretar la renuncia, sin que quepa entender incluidos derechos distintos de los expresamente señalados en la renuncia. Uno y otro derecho son distintos”.

29

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de junio de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Poves Rojas, en el Recurso de Suplicación n.º 221/2008: “De todas maneras, dejando ahora al margen esta cuestión terminológica, que no es irrelevante en derecho en



cuanto que destaca dos situaciones distintas que pueden ser reguladas por el legislador de manera distinta, la finalidad del precepto del art. 174.2 de la LGSS, en la redacción adoptada a partir del texto refundido de la LGSS de 1994 es muy clara a la vista de su enunciado. Tal finalidad es que, sean cuales sean las causas de la separación matrimonial o de la disolución del matrimonio, éste genera de manera mecánica un derecho expectante a una eventual pensión de viudedad (o asimilada a viudedad) que sólo se desvanece cuando el ex cónyuge contrae nuevas nupcias. Tal derecho a la pensión de viudedad (o asimilada a viudedad) se concibe así como una especie de renta diferida cuyo título de adquisición es la contribución de los cónyuges, bien por toda la vida en común bien mientras dura el matrimonio, a la ayuda y socorro mutuos y a la actuación «en interés de la familia» a que les obliga el estado de casados (artículos 67 y 68 del Código Civil [LEG 1889, 27]-CC-). Cuando se devenga o materializa a la muerte del causante, el contenido del derecho expectante o en curso de adquisición del ex cónyuge divorciado (o del cónyuge separado) no equivale a la pensión de viudedad íntegra sino a una pensión proporcional al tiempo vivido con el ex cónyuge (o cónyuge separado) fallecido. La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del TS ha aplicado este criterio de proporcionalidad tanto al supuesto de pensión asimilada de viudedad en favor de ex cónyuge divorciado que no concurre con otro beneficiario o beneficiaria de pensión de viudedad (STS 14-7-1999 [RJ 1999, 6803], 23-7-1999 [RJ 1999, 7752], 17-1-2000 [RJ 2000, 978], 20-3-2000 [RJ 2000, 2865] entre otras) como al supuesto de concurrencia de pensión en favor del viudo o viuda propiamente dichos con pensión en favor de ex cónyuge divorciado (STS 21-3-1995 [RTC 1995, 2171], 10-4-1995 [RJ 1995, 3032], 26-4-1995 [RJ 1995, 3733], 10-11-1999 [RJ 1999, 9501], 27-1-2004 [RJ 2004, 849], entre otras).”

llecimientos acaecidos durante la vigencia de la reforma introducida por la Ley 40/2007.

Esta Disposición Transitoria establece una serie de requisitos que han de cumplir los beneficiarios/as que no son acreedores de la pensión compensatoria que se extingue a la muerte del causante.

Estos requisitos no solucionan todos los problemas que se plantean en los casos de separación judicial o divorcio, ya que deja fuera a todos los colectivos que no reúnan estos requisitos, a quien se les continuará aplicando la norma con efectos retroactivos y se infringirá su principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la CE, originándose situaciones discriminatorias por razón de edad, de efectos del divorcio, por la existencia o no de hijos/as comunes, la posibilidad o no de haberlos tenidos por problemas fisiológicos, etc.

Por otro lado esta DT está siendo aplicada por la entidad gestora generando una disminución de la cuantía a percibir por el beneficiario/a al realizar el cálculo de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de

4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

b

Separaciones judiciales o divorcios posteriores al 1 de enero de 2008, en el que los cónyuges renuncien a la pensión compensatoria en convenio regulador o silencien la misma en convenio o en demanda judicial

A partir de esta fecha, si nada se dice sobre la pensión compensatoria o si se renuncia a ella, se presume que la propia viuda entendió que no existió desequilibrio en su ruptura, y ello tendrá como efecto que no se le reconozca el derecho a la prestación de viudedad, si el otro cónyuge fallece, con las excepciones de los supuestos de violencia de género.

b1

Supuestos de renuncia en convenio regulador

En estos casos se plantearán conflictos en el orden civil, puesto que lo primero que tendría que cuestionarse el Juez/a competente en el orden civil es si a partir del 1 de enero de 2008 podría



rechazar la renuncia a una pensión compensatoria contenida en un convenio regulador, aun cuando existe desequilibrio económico, al implicar dicha renuncia la imposibilidad de acceder a una pensión de viudedad.

El artículo 90 del CC impone al Juez la obligación de aprobar los pactos contenidos en los convenios reguladores de separación, nulidad y divorcio, con dos únicas excepciones:

a si los pactos son dañosos para los hijos y

b que sean gravemente perjudiciales para los cónyuges.

A la luz de este precepto, el/la Juez/a podría y debería rechazar la renuncia a una pensión compensatoria, puesto que la misma es gravemente perjudicial para el cónyuge renunciante y le puede traer como consecuencia la pérdida del derecho a una pensión de viudedad, lo que va a obligar al Juez/a a comprobar si existe o no, en cada caso, el desequilibrio económico que es presupuesto indispensable para el reconocimiento de la pensión compensatoria. Igualmente puede entenderse que la renuncia a la pensión compensatoria también es perjudicial para los hijos/as, puesto que si fallece el cónyuge obligado al pago de alimentos y el otro cónyuge se queda sin percibir pensión de viudedad, se vería afectada la supervivencia de la familia y por ende de los hijos/as.

c **Supuestos en que el cónyuge no solicite en su demanda el reconocimiento de una pensión compensatoria o se omita la misma en el convenio regulador**

Al ser la pensión compensatoria una pensión de carácter dispositivo y no haberla solicitado en el momento en que se solicita la separación judicial o el divorcio, con posterioridad no puede solicitarse y ello conllevará una pérdida del derecho a la prestación de

viudedad, con la nueva redacción del artículo 174.2, salvo que se cumplan los requisitos de la DT 18^a o se trate de una víctima de violencia de género.

c **Separaciones judiciales o divorcios en el que la compensación del artículo 97 del CC consista en una pensión por tiempo indefinido o temporal, estableciendo como límite una fecha cierta o en una prestación única**

c1 **Compensación consistente en una pensión por tiempo indefinido**

En este supuesto, si aplicamos la regla general del artículo 101 del CC, la muerte del deudor por sí sola no extinguiría la compensación del art. 97 CC, transmitiéndose dicha obligación a los herederos/as.

Esta situación plantea el problema de determinar si el cónyuge histórico o ex cónyuge tendría derecho a la prestación de viudedad.

La **Instrucción de la Subdirección general de ordenación y asistencia Jurídica de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 2 de enero de 2008** para la aplicación de la Ley 40/2007 con el fallecimiento presume la extinción de la pensión si la sentencia que se aporte no dispone nada y salvo prueba en contrario.

A pesar de esta instrucción, el INSS ha obligado en algunos supuestos a los herederos/as a instar un procedimiento de supresión de la pensión, conforme al artículo 101 del CC, denegando el derecho a la prestación de viudedad, al no extinguirse la pensión compensatoria por el fallecimiento del deudor-causante o procediendo a un procedimiento de revisión de oficio, en un supuesto de pensión ya reconocida.

c2 **Compensación consistente en una pensión temporal**

1 **Pensión temporal referida a plazo fijo**

Si la duración o vigencia de la pensión se efectúa con referencia a un plazo fijo, establecido por años (3, 4, 5, 7 años), la extinción de la pensión compensatoria se va a producir por el transcurso del plazo fijado y no por el fallecimiento del deudor. En este caso, si el fallecimiento del causante se produce con posterioridad a la extinción de la compensación por transcurso del plazo, el INSS denegaría el reconocimiento a la prestación de viudedad.

2 **Pensión temporal referida al fallecimiento del deudor**

En este caso, la extinción de la pensión compensatoria se producirá por el fallecimiento del deudor, y en consecuencia el cónyuge histórico sí tendría derecho a la percepción de la pensión de viudedad.

c3 **Compensación consistente en prestación única**

Si bien el artículo 97 CC, tras la reforma efectuada por Ley 15/2005 de 8 de julio, contempla la posibilidad de que la compensación consista en una prestación única, lo cierto y real es que si los cónyuges optan por esta fórmula, perderán sus derechos expectantes a la pensión de viudedad, puesto que en el momento en que se vaya a producir el fallecimiento del deudor, ya se habrá percibido la prestación única y no existirá pensión compensatoria que se extinga por el fallecimiento del deudor.

30 Respecto a las propuestas de reforma y posibles soluciones a la problemática, *vid.* LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. "Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, 4 de diciembre", *ob. cit.* pp. 12 y ss. Idem en *Aequalitas. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 23, julio-diciembre 2008.



La reforma del artículo 174.2 de la LGSS está incidiendo de modo notable en la compensación económica del artículo 97 CC, cuyas manifestaciones en estos momentos se observan en las siguientes situaciones:

1 La lucha por el reconocimiento de una pensión compensatoria temporal, pero estableciendo como término final la muerte del deudor.

2 En las negociaciones de las separaciones o divorcios de mutuo acuerdo, en cuyos convenios reguladores se buscan fórmulas para establecer pensiones compensatorias que se extingan al fallecimiento del causante.

3 Separaciones o divorcios anteriores a la entrada en vigor a la ley en las que se renunciaron o sencillamente no se pactó pensión compensatoria vitalicia y que ahora se encuentran con una denegación del reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad por no cumplir los requisitos de la Disposición Transitoria 18.

4 El artículo 97 del CC introdujo la posibilidad de que la compensación económica adoptase la forma de prestación única. A raíz de la entrada en vigor de la Ley 26/2009, estimo que esta fórmula quedará vacía de contenido, puesto que si se opta por la prestación única, ello automáticamente implicará que por parte del INSS se le deniegue la prestación, al no estar percibiendo la pensión compensatoria en el momento del fallecimiento y no extinguirse con el mismo.

5 Igualmente esta reforma va a dejar vacío de contenido la temporalidad de la pensión compensatoria, entendiendo ésta como la determinación con referencia a plazos determinados por años.

6 Por otro lado, esta reforma da lugar a

problemas entre los herederos/as del difunto y la persona acreedora de la pensión compensatoria, quien se verá obligada a reclamarles el pago de la pensión.

7 Igualmente va a provocar que en algunos casos los herederos/as tengan que instar la supresión de la pensión al amparo del artículo 101 CC.

8 Las cuantías de las pensiones compensatorias han de ser como mínimo iguales las que pudieran corresponder en concepto de pensión de viudedad, convirtiéndose la cuantía de la pensión de viudedad en un parámetros muy importante a la hora de tener en cuenta la cuantía a fijar en concepto de pensión compensatoria.

Todo lo anterior, aconseja que hasta que se realice una reforma integral de la pensión de viudedad en su conjunto se proceda a la DEROGACIÓN O SUPRESIÓN DEL TEXTO SIGUIENTE: *“El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante”, volviendo a instaurar la redacción que tenía el art. 174.2 LGSS tras la reforma de 1994*” y se mantenga la misma regulación que existía antes de la reforma por Ley 40/2007⁸⁰.

4. CRITICAS A LA REFORMA DEL ART. 174.2 DE LA LGSS Y PROPUESTAS DE REFORMA

La nueva redacción del artículo 174.2 de la LGSS introducida por Ley 26/2009 de 23 de diciembre, tiene como consecuencia la desprotección social, económica y jurídica de la familia de muchas personas divorciadas o separadas judicialmente, que renunciaron en su día a una pensión compensato-

ria, no porque no les correspondiera, sino por conseguir la paz familiar. Estas personas, normalmente mujeres, tras haberse dedicado durante mas de 20, 30 e incluso 40 años al cuidado de la familia, y haber abonado a la seguridad social las cuotas correspondientes con dinero ganancial, en el final de sus días se encuentran totalmente desprotegidas, al negarles el Instituto Nacional de la Seguridad Social su derecho a la pensión de viudedad si su esposo o ex esposo fallece a partir del 1 de enero de 2008 y no reúnen los requisitos de la Disposición Transitoria 18^a y carecen de una pensión compensatoria que se extinga al fallecimiento del mismo. ¿Es esta una medida de acción positiva que tiene a proteger a las mujeres viudas a las que la LO 3/27 de 22 de marzo que encuadra dentro del colectivo de especial vulnerabilidad y una manifestación de la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran?

Evidentemente no, y por ello estimo que esta interpretación atenta contra el artículo 14 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, además de infringir el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 39 y 41 de la CE.

Tampoco garantiza la asistencia y prestaciones sociales a familias de personas separadas judicialmente, en cuyo convenio regulador homologado judicialmente o en la sentencia de separación, se ha fijado con cargo al cónyuge, ahora fallecido, el abono de una cantidad en concepto de CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO Y ALIMENTOS DE HIJOS/AS, de la que la cónyuge supérstite separada judicialmente se va a ver privada como consecuencia del fallecimiento del causante y en el que la esposa/o ha renunciado a la pensión compensatoria. En estos supuestos, muy comunes en la realidad social, el fallecimiento del obligado al pago les priva de la cantidad que éste estaba obligado a abonar todos los meses en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos de sus hijos/as, puesto que en



este caso el fallecimiento del causante si extingue tanto la obligación de pago de la contribución a las cargas del matrimonio, ya que el matrimonio se disuelve por la muerte del esposo y esta obligación no se transmite a los herederos/as y la obligación de alimentos también se extingue con el fallecimiento del deudor, tal como dispone el artículo 150 CC.

A nadie se le oculta que la falta o minoración de ingresos y en consecuencia la situación de necesidad que tiene la esposa tras el fallecimiento del marido es evidente, aun cuando no tenga reconocida en el momento del fallecimiento una pensión compensatoria, ya que tiene que atender sola a las cargas familiares y mantener a los hijos/as que conviven con ella en el hogar familiar, habiéndose quedado sin la cantidad que el esposo le abonaba en concepto de cargas del matrimonio y alimentos de los hijos/as, negándole la Entidad demandada el derecho a una pensión de viudedad, de forma contraria a derecho.

El fallecimiento del obligado al pago ha tenido como consecuencia que las cargas del matrimonio y alimentos de sus hijos/as deba afrontarlos sólo el superviviente y que a su vez el sistema público le niegue el derecho a una pensión, por haberse dedicado toda su vida a la familia mientras estuvo casada y no reunir los requisitos mínimos para acceder en su momento a una pensión de jubilación y ahora negarle la seguridad social la pensión de viudedad al haber renunciado en su día a la pensión compensatoria, a pesar de que existe una situación real de necesidad. La muerte, en estos casos produce una merma de ingresos y una desprotección total de estas familias.

Esta situación aboca a dichas personas a la exclusión social y no respeta el principio de solidaridad, unidad, universalidad e igualdad que consagra el art. 2.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, ni el artículo 14 de la LO 3/2007 de 22 de marzo de igualdad entre hombres y mujeres, lo que de-

termina que no pueda sostenerse al contrariar el orden público.

Esta regulación de la pensión de viudedad atenta contra la naturaleza de la pensión de viudedad como pensión contributiva que es y **genera un enriquecimiento injusto para la entidad gestora**, al quedarse con la **totalidad de las cotizaciones la entidad gestora** y no garantizar a las familias la protección social y económica precisa, generando situaciones de desprotección en casos de auténtica y real necesidad.

LÓPEZ-RENDO y ABELLA⁶¹ ya pusieron de manifiesto en sus comentarios y críticas a la redacción del artículo 174.2 introducida por Ley 40/2007: *“Esta interpretación de limitar la concesión de la pensión de viudedad a las personas acreedoras de una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante que se extinga como consecuencia del fallecimiento del mismo es totalmente discriminatoria e infringe claramente el artículo 14 de la CE, y el artículo 2 de la LGSS, puesto que ello implicaría que a los viudos (hombres) se les privaría de una pensión de viudedad, a la que antes tenían derecho, dado no existen prácticamente pensiones compensatorias a favor de maridos o ex esposos. Los datos del INE, que pueden observarse en Internet corroboran esta afirmación. Si a los viudos se les priva de la pensión de viudedad por no ser acreedores de una pensión compensatoria, esta exigencia debería ser declarada inconstitucional, tal como ya tuvo ocasión de declarar la STC 103/1983, 22 de noviembre y la n.º 140/1984 de 23 de noviembre, respecto al requisito que se exigía en el artículo 160.2 de la LGSS en su redacción originaria que requería la dependencia económica de la esposa. Esta misma argumentación se reiteraría en sucesivas sentencias, concretamente en STC 104/1983, 23 de noviembre, entre otras.*

La redacción vigente introducida por la Ley 26/2009 de 23 de diciembre al modificar su redacción ya no deja

lugar a dudas de que se vulnera el artículo 14 de la CE, así como los artículos 4, 6, 14 y 15 de la Ley de Igualdad 3/2007, al introducir una discriminación y desigualdad de trato en los siguientes supuestos:

1a

Viudos/as (hombres/mujeres) de **matrimonio en vigor con convivencia** VERSUS los viudos/as **divorciados o separados judicialmente**. (Discriminación por estado civil)

Viudas de Matrimonio en Vigor

No se exige prueba de la dependencia económica interconyugal. Es irrelevante si efectivamente existe dependencia económica o situación de necesidad. Mantiene **carácter asistencializador o de renta diferida** (SSTS 14 y 23 de julio de 1999).

Divorciados o separados judicialmente

Exige prueba de dependencia económica interconyugal pero únicamente circunscrita a la pensión compensatoria que se extinga por fallecimiento del deudor. Supuesto absurdo cuando en definitiva la cuantía de la pensión va a ser proporcional al tiempo de convivencia. “Naturaleza sustitutoria”.

Esta nueva redacción está discriminando no solo por razón de sexo (viudos v. Viudas), sino también por razón de estado civil, penalizando a los divorciados o separados judicialmente (que continúan siendo cónyuges), cuando en ambos supuestos (matrimonio vigente como matrimonio disuelto o separado) se ha cotizado a la seguridad social y en la mayoría de los casos con dinero ganancial. Desde el año 1981 hasta la actualidad **no existía discriminación por razón del estado civil**, teniendo reconocidas las personas separadas judicialmente y divorciadas su derecho a la pensión de viudedad en proporción al tiempo de convivencia matrimonial.

**1b**

Viudos/as (hombres/mujeres) **de matrimonio en vigor sin convivencia separados de hecho** en relación con los viudos/as divorciados o separados judicialmente

Matrimonio en Vigor sin convivencia, separados **de hecho**

No se exige prueba de la dependencia económica interconyugal. Es irrelevante si efectivamente existe dependencia económica o situación de necesidad. **Mantiene carácter asistencializador o de renta diferida** (SSTS 14 y 23 de Julio 1999).

Divorciados o separados judicialmente

Exige prueba de dependencia económica interconyugal pero únicamente circunscrita a la pensión compensatoria que se extinga por fallecimiento del deudor. Supuesto absurdo cuando en definitiva la cuantía de la pensión va a ser proporcional al tiempo de convivencia en el caso del divorcio. Naturaleza sustitutoria.

1c

Viudos divorciados o separados judicialmente VERSUS Viudas divorciadas o separadas judicialmente. (Discriminación por razón de sexo)

VIUDOS

No suelen tener pensiones compensatorias reconocidas. Lo que determi-

naría que dicha interpretación sea declarada inconstitucional, tal como ya tuvo ocasión de declarar el Tribunal Constitucional en la STC 103/1983, 22 de Noviembre, respecto al requisito que se exigía en el art. 160.2 de la LGSS en su redacción originaria que requería la dependencia económica de la esposa. Esta misma argumentación se reiteraría en sucesivas sentencias, concretamente en STC 104/1983, 23 de noviembre, entre otras.

Los datos del INE, que pueden observarse en Internet, corroboran esta afirmación.

1d

Viudas divorciadas o separadas judicialmente acreedoras de pensión compensatoria (art.97) en relación con viudos/as acreedoras **de una pensión de alimentos para hijos/as y contribución a las cargas del matrimonio. (Discriminación por razón de efectos del divorcio o de la separación judicial)**

Divorciadas/separadas judicialmente acreedoras de pensión compensatoria

Exige prueba de dependencia económica interconyugal pero únicamente circunscrita a la pensión compensatoria que se extinga por fallecimiento del deudor. Supuesto absurdo cuando en definitiva la cuantía de la pensión va a ser proporcional al tiempo de convivencia. Naturaleza Sustitutoria.

Divorciados/separados judicialmente acreedores de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos de hijo/a

Si se extinguen por el fallecimiento no tienen derecho a viudedad, **a pesar de que se pruebe la dependencia económica y que el fallecimiento del deudor conlleva la pérdida de dichos ingresos.**

1e

Viudos/as separados judicialmente o divorciados a quienes se les ha reconocido una pensión compensatoria única o que ha sido sustituida por una entrega de bienes o cualquier otra forma prevista en el art. 99 CC antes del fallecimiento del causante. (**Discriminación por razón de forma de percepción de la pensión compensatoria**).

1f

Viudos/as separados judicialmente o divorciados a quienes se les ha reconocido pensión compensatoria de pago único o que ha sido sustituida por una entrega de bienes o cualquier otra forma prevista en el art. 99 del Código Civil antes del fallecimiento del causante **y la pensión de viudedad prevista en supuestos de nulidad matrimonial.**

f1

Pensión compensatoria de pago único o sustituida mediante entrega de bienes antes del fallecimiento del causante. En este caso, en que si existe dependencia económica, al existir desequilibrio económico y tener reconocida pensión compensatoria, resulta que se deniega la pensión de viudedad al no extinguirse la pensión compensatoria por el fallecimiento del deudor.

f2

En supuestos de nulidad matrimonial, se exige que el beneficiario haya sido acreedor de la indemnización prevista en el artículo 98 del Código Civil. De tal forma que una vez percibida la indemnización antes del fallecimiento del deudor, se le sigue reconociendo la pensión de viudedad.

1g

También deberá tenerse en cuenta que esta interpretación provoca desigualdad y discriminación entre los propios cónyuges o *ex cónyuges*, puesto que sólo **uno de los ex cónyuges** podrá tener, en su caso, eventualmente derecho a una pensión de viudedad, esto es, **sólo aquél que haya**

31

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. "Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, 4 de diciembre", *ob. cit.* pp. 10. Idem en *Aequalitas. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 23, julio-diciembre 2008.



obtenido a su favor una pensión compensatoria, con lo que aquél que no la obtenga perderá la posibilidad de percibir, en su caso, una pensión de viudedad en el supuesto de premo-riencia del ex cónyuge, consecuencia que no se producía con la regulación precedente y que atenta contra el artículo 14 de la CE y los artículos 4, 14, 15 de la LO 3/2007, además de los artículos 2, 39 y 41 de la CE.

1h

La postura que sostuvo el INSS interpretando el artículo 174.2 en la redacción dada por la Ley 40/07 y que ha acogido la nueva reforma del artículo 174.2 de la LGSS introducida por Ley 26/2009, de 23 de diciembre, estimo que igualmente es contraria al principio constitucional de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE, en el artículo 2 del Real Decreto legislativo 1/1994, así como en los artículos 4, 14, 15 de la LO 3/2007, especialmente teniendo en cuenta los diversos ordenamientos jurídicos privados vigentes en nuestro Estado. De tal forma que el artículo 97 del Código Civil no se aplica en todo el territorio español. Varias Comunidades Autónomas han legislado, de forma diversa, sobre los efectos personales y patrimoniales derivados de las crisis matrimoniales, especialmente teniendo en cuenta la propia regulación tradicional del régimen económico matrimonial. *Carece de toda lógica condicionar una prestación pública de ámbito estatal a concretas circunstancias jurídicas derivadas de la regulación del Derecho Civil Común, que no es aplicable en todo el territorio, sin considerar las peculiaridades de los distintos ordenamientos privados.*

En efecto, el artículo 97 del Código Civil, no se aplica en Cataluña, en donde rige su propio Código de Familia, por consiguiente los viudos/as de Cataluña nunca serán acreedoras de una pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, puesto que el artículo 97 del Código Civil no es aplicable en dicha Comunidad, quien tiene su propia regulación en

esta materia. ¿Implicaría ello, que siguiendo una interpretación literal, tal como postula la sentencia recurrida, la pensión de viudedad no se reconoce a los viudos/as catalanes, puesto que nunca serían acreedores de una pensión del artículo 97 del Código Civil que se extinguiera con el fallecimiento del deudor?

La pregunta se contesta por sí sola y evidencia que el artículo 174.2 ha de suprimir la referencia y la supeditación a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, **evitando interpretaciones discriminatorias que atentan contra uno de los más sagrados derechos fundamentales, cual es el principio de igualdad.**

1i

Asimismo deberá tenerse en cuenta una interpretación literal del artículo 174.2 de la LGSS **también conduciría a negar el derecho a la prestación de viudedad en el supuesto de separaciones judiciales o divorcios ocurridos en el extranjero**, seguramente sometidos a regímenes jurídicos muy diversos, en los que pueden o no existir pensiones compensatorias de muy diferente naturaleza y con un alcance dispar entre todas ellas y con la regulada en el artículo 97 del Código Civil.

Basta pensar en el supuesto en que un ordenamiento jurídico reconozca en una sentencia de separación judicial una pensión alimenticia –en vez de compensatoria (que no existe en dicho país)– a un cónyuge. En este caso, ¿tendrá el mismo alcance, a efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad, que la pensión compensatoria del artículo 97 CC? En puridad y con la interpretación literal, no, puesto que la naturaleza, finalidad, caracteres de una y u otra son diferentes y por parte del INSS, si sigue manteniendo su interpretación literal, se le denegaría el derecho a la prestación de viudedad, en un supuesto claramente injusto en el que se evidencia la situación de necesidad de la cónyuge que se quedará sin pensión alimenticia, pues se extingue por el fallecimiento del deudor.

1j

Discriminación por recursos económicos

La redacción del artículo 174.2 de la LGSS introducida por Ley 26/2009 conduce a generar situaciones de desigualdad de trato entre viudos/as separados judicialmente o divorciados con elevados recursos económicos que permiten que un cónyuge pueda reconocer al otro una pensión compensatoria frente a viudos/as separados judicialmente o divorciados que por carecer de recursos económicos, no pueden abonar al otro cónyuge cantidad alguna en concepto de pensión compensatoria, pese a que el divorcio o la separación judicial genere una situación de desequilibrio económico.

A título de ejemplo de otra gravísima discriminación anticonstitucional que sufren las viudas por el mero hecho de haber estado divorciadas o separadas judicialmente sirve el siguiente ejemplo: mujer joven de 23 años, que lleve formalmente casada sólo dos años con un hombre joven de 25 años, y quede viuda por fallecimiento de su esposo por accidente o enfermedad, sin necesidad de que este haya cotizado a la Seguridad Social un plazo determinado ni de ningún otro requisito tiene derecho, vía complemento de mínimos, a percibir íntegra la cuantía mínima de la pensión de viudedad si carece de otros recursos, puesto que es “mínima” y no puede ser reducida so pena de incurrir en ilegalidad.

Por el contrario, una mujer si es viuda divorciada o separada judicialmen-

32

El art. 39 CE: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

33

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. “Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, 4 de diciembre”, *ob. cit.* Idem en *Aequalitas. Revista jurídica para la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 23, julio-diciembre 2008, p. 69.

te y carece de otros recursos, sólo percibirá una pensión si tiene reconocida una pensión compensatoria que se extinga al fallecimiento del deudor y en otros casos, no percibirá ni los mínimos. En consecuencia, la pensión de viudedad, con esta interpretación **ni es igual ni es universal para todas las viudas/os españoles, vulnerando los mandatos constitucionales que prohíben toda discriminación y desigualdad, así como los arts. 2 y 3 de la LGSS.**

Si no se ha efectuado una reforma integral de la pensión de viudedad, y es preciso como paso previo que el Gobierno estudie una reforma integral de la pensión de viudedad, tal como se reconoce en la DA 25 de la Ley 40/07, ¿Por qué el Legislador del año 2009 ha variado la naturaleza de la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente y divorciadas, penalizando este estado e introduciendo situaciones discriminatorias afirmando que tras la reforma la prestación de viudedad tiene carácter de renta de sustitución?

En su versión anterior a enero de 2008, la pensión de viudedad contemplada en la Ley General de la Seguridad Social en su artículo 174.2 se constituye como una ayuda económica estatal con carácter vitalicio a favor del cónyuge superviviente, sin distinción de género, ni de estado civil, ni de recursos económicos.

Toda reforma que se lleve a cabo de la pensión de viudedad, por muy loables que sean sus fines, ha de tener presente que no puede contradecir los principios constitucionales recogidos en el artículo 39 y 41 de la Constitución española y que no puede generar situaciones discriminatorias.

El artículo 39 de la CE³² impone un mandato a todos los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Igualmente el artículo 41, obliga a los poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones

sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

Esta nueva reforma, en mi modesta opinión no respeta los arts. 39 y 41 de la CE, pues aboca a muchas personas y familias a la exclusión social y no respeta el principio de solidaridad, unidad, universalidad e igualdad que consagra el artículo 2.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994.

En el año 2008, LÓPEZ-RENDO y ABELLA³³ ya efectuaron las siguientes propuestas: *“Para el supuesto que se continúe adelante con la reforma integral de la pensión de viudedad, como parece ser va a efectuarse, se propone como hipótesis que pudieran tener acogida en el nuevo texto normativo para los supuestos de separación judicial o divorcio los siguientes:*

1 *Reconocimiento como cotizaciones propias (útiles para causar después otras prestaciones por derecho propio y no derivado: desempleo, vejez, invalidez), siempre que hubieran tenido régimen de gananciales con el causante, de las acreditadas en la Seguridad Social a nombre del o la difunta y correspondientes al período de duración del matrimonio. Cónyuge o ex-cónyuge separado/a judicialmente o divorciado/a que no tengan derecho a pensión de viudedad podrían beneficiarse del trasvase de cuotas a su nombre abonadas por el/la cónyuge fallecido/a durante el período de duración del matrimonio, que servirían en su caso para poder acceder en un futuro a prestaciones propias de vejez e invalidez; excluyendo del trasvase las cotizaciones que se superpongan en el tiempo con las propias del viudo o viuda. En definitiva, la medida parte de considerar como bienes gananciales las cotizaciones sociales efectuadas durante el matrimonio, con lo que con toda probabilidad se incrementarían los derechos de protección propios de las mujeres.*

2 *Incorporar en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad*

Social (RCL 1994, 1825) y en sus Reglamentos el método de cálculo no proporcional y más favorable al último cónyuge que se precisa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 marzo 1995 (RJ 1995, 2171): es decir, atribuir la pensión en su integridad y con independencia de la duración del matrimonio al último cónyuge y detraer de ella, para asignarla a los demás, la parte que pueda corresponderles, esta sí, adecuada al tiempo de convivencia en los matrimonios respectivos.

3 *Si se pretende cambiar la naturaleza de la pensión de viudedad y condicionar la misma a la situación de dependencia económica, lo que en estos momentos no estimamos adecuado a la realidad social, ni tampoco oportuno ni conveniente, previo reconocimiento de las cotizaciones como propias en proporción al tiempo de convivencia, la conditio iuris ha de ser no a la pensión compensatoria, sino a la percepción por parte del superviviente de cualquier cantidad por parte del o la difunta, bien en concepto de alimentos de hijos/as, esposo/a o ex cónyuge, contribución a las cargas del matrimonio, en su caso”.*

El legislador se dio cuenta y tomó conciencia del problema que generaba la reforma por Ley 40/2007 a las personas separadas judicialmente o divorciadas antes del 1 de enero de 2008 y para solventar parte del mismo introdujo una DT 18^a en el TRLGSS, que no ha solucionado todos los problemas, pero sí ha permitido ampliar el núcleo de beneficiarios, y eximió del requisito referente a la pensión compensatoria a las mujeres víctimas de violencia de género.

Lamento que el legislador no hubiera querido solucionar el problema para todas las personas separadas judicialmente o divorciadas sin discriminación y otorgándole un trato igualitario.

Legislador del año 2009 podía haber solucionado totalmente el problema aceptando alguna de estas propuestas, ignorando los motivos por los que,



cuanto menos no se suprimió la referencia a la pensión compensatoria del artículo 97 del CC, cuyas referencias ha sido objeto de varias críticas doctrinales. Si se quería contemplar la pensión de viudedad como renta de sustitución, hubiera sido más conveniente, vincularla, a parámetros internos del sistema de la seguridad social, capaces de demostrar la dependencia del supérstite respecto del causante en el momento del fallecimiento y no acudir a la polémica figura del derecho civil de la pensión compensatoria.

No obstante lo anterior y si el legislador quería acudir a algún efecto de la separación judicial o divorcio, mucho más racional y ajustado a derecho y que no habría creado tanta desprotección sería haber supeditado la pensión de viudedad a la percepción por parte del supérstite de **cualquier cantidad por parte del o la difunta, bien en concepto de alimentos de hijos/as, esposo/a o compensación o indemnización al ex cónyuge, contribución a las cargas del matrimonio, en su caso, pues todos estos supuestos acreditan dependencia y en todos ellos la pensión de viudedad operaría como renta de sustitución.**

Por otro lado debe tenerse presente que el legislador pudo contemplar y no contempló la propuesta de la OIT fundada en el reparto de cuotas: “mientras una pareja se mantenga unida, cada uno de sus integrantes debería tener sus propios derechos fundados en las cotizaciones comunes. Si se separan, los derechos deberían dividirse en partes iguales entre los titulares por cada año en que hubiesen vivido juntos. Una persona casada dos veces antes de alcanzar la edad de admisión a pensión, adquiriría derechos basados en sus cotizaciones por cada año que estuvo soltero, viudo, divorciado o separado y derechos equivalentes a la mitad de los comunes con su cónyuge por cada año que estuvo casada³⁴”.

En mi opinión, cualquier reforma que se efectúe en estos supuestos de separación judicial o divorcio ha de

suprimir la referencia a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil así como el requisito de que la pensión compensatoria se extinga al fallecimiento del causante, y ser sustituido por el siguiente texto: *“Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil, sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio”*.

Por ello y hasta que el Gobierno proceda a realizar una reforma integral de la pensión de viudedad ya fin de evitar discriminaciones y situaciones de desprotección me veo en la obligación de volver a instar la reforma del artículo 174.2 de la LGSS, postulando la supresión del siguiente texto:

“Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del CC y ésta quedará extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última”. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en **Derecho**, volviendo a instaurar la redacción que tenía el art. 174.2 LGSS tras la reforma de 1994, donde todas las personas separadas judicialmente o divorciadas tenían los mismos derechos a la prestación de viudedad.

34

OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO: *La Seguridad Social en la perspectiva del año 2000*, Ginebra, 1984, p. 50.





ANEXO I TEXTOS LEGALES DEL ARTÍCULO 174.2 LGSS

REDACCIÓN DEL RDL 1/94 TRLGSS

2. En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante.

3. Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil, sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio.



REDACCIÓN TRAS LA LEY 40/2007

2. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. **El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante. Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40% a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente.**

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 CC, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios.



REDACCIÓN POR LA LEY 26/2009

2. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. **Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.**

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 % a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente. En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 CC, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios.