

Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio.

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 174 TRAS LA REFORMA POR LEY 40/2007, DE 4 DE DICIEMBRE

POR CARMEN LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ.
Doctora en Derecho. Abogada.

E ISABEL ABELLA RUIZ DE MENDOZA.
Abogada.

1

Vid: PÉREZ YÁÑEZ, R., DE LA PUEBLA PINILLA, A. "El acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el Diálogo Social". *Relaciones laborales: Revista crítica de Teoría y Práctica*, núm. 2, 2002, pp. 1.023-1.057. GALIANA MORENO, J. "Consideraciones sobre las medidas de reforma de la seguridad social del acuerdo de 13 de julio de 2006", *Foro de seguridad social*, núm. 17, 2007, pp., 154-161. SASTRE IBARRECHE, R. "Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad", *Aranzadi Social*, núm. 15/2007: "En noviembre de 2005, el MTAS presentó a los agentes sociales un documento en el que se contenían diversas propuestas de reforma del sistema de Seguridad Social con la finalidad de ser discutidas en la Mesa de diálogo social. Al mismo tiempo, el Gobierno procedió a anunciar, utilizando llamativamente el cauce de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre (RCL 2005, 2570 y RCL 2006, 672, 722), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, una reforma sistemática de la pensión de viudedad. En efecto, la Disp. Adic. 54ª de la Ley adelantaba, con enrevesada redacción, la intención del Gobierno de presentar ante el Congreso de los Diputados un proyecto de Ley para modificar con carácter general el régimen jurídico de la prestación, con el fin de que ésta «recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento de la persona causante y posibilite, igualmente, el acceso a la cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos o hijas menores comunes, en el momento de fallecimiento de la persona causante». La reforma anunciada por el precepto pretende articularse sobre las siguientes líneas. Primero, parece que se trata de una reforma global y sistemática, de amplio alcance. En segundo lugar, tiene como objetivos, tanto recobrar su finalidad de sustituir las rentas perdidas como extender la cobertura a familias no matrimoniales si se da una situación de dependencia económica y/o existen hijos o hijas menores comunes, en el momento de fallecimiento de la persona causante. Finalmente y por lo que al procedimiento respecta, se busca el acuerdo de los agentes sociales dentro del proceso de diálogo social. Es en este ámbito, entonces, en el que debe ser considerado el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, precedente inmediato y origen de esta Ley 40/2007".

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 40/2007 nace con la finalidad de dar cumplimiento a una serie de compromisos asumidos en el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006¹ por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, que, a su vez, trae causa de la Declaración para el Diálogo Social firmada por los mismos interlocutores el 8 de julio de 2004, tal como se afirma en el Preámbulo de dicha Ley.

El Acuerdo Social de 13-7-2006 explica en su apartado III.3.a) que «la pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstites».

La propuesta adelantada en el Acuerdo resulta muy polémica por su propia naturaleza restrictiva y por la alteración que introduce en los esquemas tan largo tiempo arrastrados en la protección de la viudedad en España.

El tratamiento de la pensión de viudedad que se pretende presenta modificaciones cualitativas y de envergadura, dirigidas, en lo principal, a delimitar su función protectora específica (vinculándola con la dependencia real de rentas recuperando su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que la persona causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares



superstites: matrimonio, parejas de hecho, siempre que tuviesen hijos o hijas en común con derecho a la pensión de orfandad y/o existiese dependencia económica de la persona sobreviviente respecto de la persona causante de la pensión; o personas divorciadas receptoras de las pensiones previstas en el Código Civil) y a adecuar la acción protectora dispensada a las nuevas realidades sociales de las uniones de pareja estable.

Si bien éstas son las pretensiones, la realidad es que el Preámbulo de la LMSS (RCL 2007, 2208) únicamente menciona «el propósito de modernización del sistema al abordar las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares», sin hacer referencia a la recuperación de su carácter de renta de sustitución, dejando claro que esta LMSS no ha supuesto la esperada reforma en profundidad de la pensión de viudedad, como lo evidencia su disposición adicional 25^a, que prevé que el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de esta pensión².

En materia de supervivencia, el preámbulo de la Ley se expresa en los siguientes términos:

“Las mayores novedades atañen a la pensión de viudedad y, dentro de ésta, a su otorgamiento en los supuestos de parejas de hecho que, además de los requisitos actualmente establecidos para las situaciones de matrimonio, acrediten una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años, así como dependencia económica de la persona conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos o hijas comunes con derecho a pensión de orfandad. También se introducen modificaciones en las condiciones de acceso a la pensión de viudedad en caso de matrimonio. En los supuestos excepcionales en los que el fallecimiento de la persona causante esté ocasionado por una enfermedad común y no existan hijos o hijas comunes, se exige un período reducido de convivencia matrimonial y, de no acreditarse el mismo, se concederá una prestación temporal de viudedad. El acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento de la persona causante de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil. Si, mediando divorcio, existiera concurrencia de personas beneficiarias con derecho a pensión, se garantiza el 40% de la base reguladora a favor del cónyuge sobreviviente o de quien, sin ser cónyuge, conviviera con la persona causante y cumpliera los requisitos establecidos. Asimismo, se prevé la posibilidad de que la suma de las pensiones de orfandad y de viudedad pueda rebasar el importe de la base reguladora del causante cuando el porcentaje aplicable para el cálculo de la pensión de viudedad sea del 70 %, con el fin de que la aplicación de éste último no vaya en detrimento de la cuantía de las pensiones de orfandad. Finalmente, la equiparación de las parejas de hecho a las matrimoniales lleva a extender el tratamiento seguido para la viudedad también con respecto al auxilio por defunción y a las indemnizaciones a tanto alzado en caso de muerte

derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional. La ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hace imprescindible delimitar, si bien exclusivamente a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles identificativos de dicha situación, intentando con ello una aproximación, en la medida de lo posible, a la institución matrimonial. No obstante, habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad”.

En el presente estudio, únicamente nos referiremos a los problemas que presenta el mencionado artículo, así como las diferentes interpretaciones que se vienen efectuando de dicho precepto legal por parte de la Entidad gestora y algunas de sus personas letradas³, que están planteando problemas en la realidad no sólo en los juzgados de lo social sino a la hora de regular los efectos derivados de la separación judicial y/o del divorcio, prescindiendo de otros temas que también han sido objeto de reforma, como es la pensión de viudedad de las parejas de hecho y la prestación de viudedad en los supuestos de nulidad, entre otros.

II. COMENTARIO AL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 174 DE LA LGSS

El artículo 174.2 de la LGSS, tras la reforma operada por la Ley 40/2007, dispone:

2

SASTRE IBARRECHE, R. “Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, núm. 15/2007: “Finalmente, cabría preguntarse por el alcance de las modificaciones previstas y si estamos, realmente, ante una reforma de carácter global, como la ya citada Disp. Adic. 54^a de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre (RCL 2005, 2570 y RCL 2006, 672, 722), quería y como desde el Gobierno se ha sostenido¹. Parece difícil afirmar que nos encontremos ante una reforma de tipo sistemático, en los términos en que este calificativo puede ser aplicado. Más bien se trata de una reforma parcial que, eso sí, despliega sus efectos, primero, sobre prestaciones importantes que constituyen el núcleo de la acción protectora del sistema en el ámbito contributivo –incapacidad temporal, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia– y, en segundo lugar, sobre la totalidad de regímenes que lo componen, con ciertos matices (art. 9, que da nueva redacción a la Disp. Adic. 8^a LGSS). Que la propia persona que legisla sea consciente del alcance limitado de la reforma lo viene a demostrar la redacción de la Disp. Adic. 25^a, ya mencionada, donde vuelve a instarse al Gobierno a estudiar la reforma integral de la pensión de viudedad, por ejemplo”.

En el mismo sentido, *vid.* MOLINS GARCÍA-ANTACE, J. “La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social”. *Aranzadi Social*, núm. 6/2008, Pamplona, 2008: “Esta LMSS no ha supuesto la esperada reforma en profundidad de la pensión de viudedad, como lo evidencia su disposición adicional 25^a, que prevé que el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de esta pensión”.

3

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, J. “El estado civil y las prestaciones de la Seguridad Social. Especial consideración de la pensión de viudedad”, *Sepin*, núm. 82, Familia, Noviembre 2008, pp. 14 y ss.

4

Opinión compartida por BOSCH GUERRERO, C. *Sin viudos en los parques. Pensión de Viudedad en Separación o Divorcio. Nueva Regulación* en <http://noticias.jurídicas.com/ARTÍCULOS/derecho laboral>.



“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 de la persona causante.”

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

La redacción de la nueva normativa que regula las pensiones de viudedad por fallecimiento de la persona causante carece de rigor científico y en la práctica está planteando 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 exige que al momento del fallecimiento sean titulares de una pensión compensatoria y ésta se extinga con el fallecimiento de la persona deudora.

Esta interpretación del precepto legal, a nuestro entender no se encuentra ajustada a derecho, ni tampoco a la equidad, puesto que tiene como consecuencia la supresión de la pensión de viudedad en los casos de separación y divorcio y desde luego una discriminación tanto por razón de estado civil, como por razón de sexo, teniendo en cuenta que en este país el número de viudos que tengan reconocida una pensión compensatoria y que ésta se extinga con el fallecimiento de la persona deudora es prácticamente inexistente⁴.

Para efectuar una interpretación conforme a derecho del artículo 174.2 de la LGSS hay que partir de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil para la interpretación de las normas, en el que se **ordena atender al sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad social en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.**

Por su parte ha de tenerse presente que el **artículo 5.1 de la LOPJ** ordena interpretar las normas con arreglo a los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulten de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, en todo

tipo de procesos, permitiendo el apartado 3º plantear la cuestión de inconstitucionalidad únicamente cuando por la vía de la interpretación no sea posible acomodar la norma al ordenamiento constitucional.

En consecuencia para la interpretación del Art. 174 de la LGSS, tras la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre tenemos a nuestra disposición los métodos literal, sistemático, histórico y teleológico.

1

Método literal

El artículo 174.2 de la LGSS dispone:

“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”.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social al establecer como requisito de nacimiento de la pensión de viudedad, en los casos de separación y divorcio, que en el momento del fallecimiento quien sea o haya sido cónyuge perciba una pensión compensatoria *ex art.97 CC* y que ésta se extinga como consecuencia del fallecimiento, se ha centrado exclusivamente en el apartado segundo del párrafo segundo del artículo 174 de la LGSS, haciendo caso omiso a lo establecido en el apartado primero, antes del punto y seguido:

“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.

De tal forma que ha olvidado que como requisitos para el **reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación y divorcio** establece:

1

Los mencionados en el párrafo primero del artículo 174 de la LGSS 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.*



Es decir, el pasaje inicial del precepto identifica determinadas personas beneficiarias de la pensión («quien sea o haya sido cónyuge legítimo»); el siguiente expresa una causa impeditiva de la adquisición del derecho (haber contraído «nuevas nupcias» *o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente*). **NO SE EXIGE MÁS PARA EL NACIMIENTO DEL DERECHO**, de ahí que se finalice dicho párrafo con un punto que pone fin a dichos requisitos de nacimiento del derecho.

Esta nueva redacción que recibe el art. 174.2 LGSS, mantiene, sustancialmente, en el primer inciso de su primer párrafo, la misma previsión que la contenida en el anterior artículo 174, salvo el añadido *hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente*, y la desaparición de la referencia que se contenía al artículo 101 CC, por lo que nada ha cambiado respecto al nacimiento del derecho a la prestación de viudedad y nada se dice de ello en la exposición de motivos, por lo que en principio la pensión de viudedad en este supuesto sigue manteniendo la misma naturaleza que la que regía antes de la reforma.

Por ello estimamos, que el artículo 174 de la LGSS **no contempla como requisito para el nacimiento o reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad** el que el cónyuge separado o divorciado tenga reconocida una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento de la persona causante, puesto que dicho requisito no se menciona ni tipifica de forma expresa como tal, ni tampoco se contiene en el Preámbulo de la ley.

A continuación, tras el punto que pone fin a los requisitos anteriores, contempla, a nuestro entender, un supuesto concreto para el caso de personas divorciadas o separadas judicialmente, cuyo derecho a la pensión ya ha nacido por reunir los requisitos del apartado 1º (de ahí que literalmente indique *El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente*) y que son acreedoras en el momento del fallecimiento de la persona causante de una pensión compensatoria, de ahí la utilización del gerundio **SIENDO**, a las que, en todo caso, les condiciona su derecho a la pensión de viudedad (que ya ha nacido, pues sino no hablaría de derecho a la pensión de viudedad), a que la pensión compensatoria se extinga por el fallecimiento de la persona causante, en consonancia con lo manifestado en el preámbulo de la exposición de motivos de la Ley 40/2007.

Si se exigiese como requisito para el nacimiento del derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación y divorcio que el sujeto beneficiario tuviese reconocido a su favor una pensión compensatoria, ello debería haber estado incluido antes del punto y seguido a continuación de *“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”, y no después del punto y seguido y en el lugar en que se encuentra.

En definitiva, lo que dice el segundo párrafo del artículo 174.2 de la LGSS es que una vez nacido ese derecho a la prestación de viudedad (de ahí la expresión literal *“El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente”*), si el o la viuda separada o divorciada fuera acreedora de una pensión compensatoria del artículo 97 del CC, en el momento del fallecimiento (de ahí la utilización del gerundio SIENDO), establece una *conditio iuris* para que ese derecho a la prestación de viudedad **produzca sus efectos** y la concreta en que esta pensión compensatoria *se extinga por el fallecimiento de la persona causante*. En conclusión, lo que está declarando el artículo 174 es la incompatibilidad entre la pensión compensatoria que sea abonada por las personas herederas ex art. 101 y la pensión de viudedad ex art. 174 LGSS.

Acudiendo al método literal, cuando el precepto utiliza la forma **“siendo acreedoras”**, en lugar del presente subjuntivo **“sean acreedoras”**, quiere decir que la condición para acceder a la prestación **no está referida a la percepción de la pensión compensatoria, sino a su extinción** en el caso de que la beneficiaria de la pensión de viudedad hubiera sido acreedora de una pensión compensatoria **en el momento del fallecimiento del marido**. Lo que se exige es que si se está percibiendo la pensión compensatoria ésta quede extinguida al fallecimiento de la persona causante. Si se hubiese pretendido condicionar el acceso de la prestación a la existencia de una pensión compensatoria la redacción habría sido diferente. Este criterio ha sido asumido en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona de 28 de julio de 2008, en la que literalmente se indica:

“Con arreglo al método literal, atendiendo exclusivamente a la redacción literal del precepto, no puede compartirse el argumento del INSS, pues utilizando la forma verbal de gerundio, “Siendo acreedoras”, en lugar del presente de subjuntivo “sean acreedoras”, debe entenderse que la condición para acceder a la prestación no está referida a la percepción de la pensión compensatoria, sino a su extinción en tal caso. Es decir, que lo que se exige es que si se está percibiendo la pensión compensatoria ésta quede

5

SASTRE IBARRECHE, R. “Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, núm. 15/2007: “Por último, la concesión de la pensión de viudedad cuando se trata de personas divorciadas o separadas judicialmente –nueva redacción del art. 174.2 LGSS– se condiciona a la extinción, por fallecer el causante, de la pensión compensatoria o pensión de equilibrio económico de que disfrutaban al amparo del art. 97 CC (LEG 1889, 27). Como es sabido, este último precepto otorga, en efecto, el derecho a una compensación al cónyuge al que la separación o el divorcio ocasiona «un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio». La compensación se traduce, bien en una pensión temporal o por tiempo indefinido, bien en una prestación única, de acuerdo con lo previsto en el convenio regulador o en la sentencia”.



extinguida al fallecimiento de la persona causante. Téngase en cuenta que el art. 101 del CC contempla la posibilidad de que la pensión compensatoria subsista tras la muerte de la persona deudora, pasando a gravar a sus herederos (como se comprenderá, tal y como mas adelante se apuntará, esta circunstancia únicamente se dará en el caso de grandes patrimonios con muy elevado nivel de vida). Si se hubiera pretendido condicionar el acceso de la prestación a la existencia de una pensión compensatoria la redacción hubiera sido muy distinta (por ejemplo, “el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil, quedando ésta extinguida por el fallecimiento de la persona causante, habiéndose subrayado las diferencias con el texto vigente).

A mayor abundamiento, si se exigiese siempre como requisito del nacimiento del derecho a la prestación de viudedad que la persona beneficiaria tuviese reconocida una pensión compensatoria y que ésta se extinguiese con el fallecimiento de la persona deudora, **no podría afirmarse que haya surgido derecho alguno a la pensión de viudedad si no se reúnen dichos requisitos** y eso no lo ha querido la persona que legisla, puesto que el polémico párrafo parte de estimar que si ha nacido ese derecho sin necesidad de cumplirse dichos requisitos: “*El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente*”.

Por ello, utilizando el método literal de interpretación ha de concluirse que como requisitos para el **reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación y divorcio** establece:

1

Los mencionados en el párrafo primero del artículo 174 de la LGSS 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.*

La *conditio iuris*, a la que el artículo 174 de la LGSS supedita un derecho, como es el derecho a la pensión de viudedad, que ya ha sido reconocido por el cumplimiento de los requisitos anteriormente exigidos, es que siendo la viuda separada o divorciada acreedora de una pensión compensatoria del artículo 97 del CC, exige que esta pensión compensatoria se extinga por el fallecimiento del causante⁵. **Es decir que lo que restringe y en consecuencia le confiere efectos resolutorios es que una persona perciba de las personas herederas del difunto una pensión compensatoria ex artículo 101 y de la Seguridad Social una pensión de viudedad ex art. 174.**

Por otro lado, el artículo 174 indica que el momento del fallecimiento de la persona causante es el que debe valorarse si se produce la extinción de la pensión compensatoria, lo que significaría que **su privación o el no reconocimiento o renuncia de la pensión compensatoria antes del fallecimiento no impediría absolutamente el reconocimiento posterior de la pensión de viudedad, siempre que se den los requisitos que el artículo 174 dispone en el párrafo primero y segundo.**

2

Método histórico

Dado que el artículo 3.1 del CC exige interpretar las normas según los antecedentes históricos y legislativos, es preciso examinar:

1

Situación anterior a Ley 30/1981. DA 10^a

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 de la persona 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 solo tenía derecho si probaba la situación de necesidad.
2. Con la Ley 24/1972 **no se volvió a plantear el hecho de que la pensión de viudedad fuera sustitutoria de los ingresos de la persona 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.**
3. **Decreto 2065/1974 de 30 de mayo.** Requisito para ser beneficiaria de pensión de viudedad: **convivencia con la persona 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

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

En los supuestos de crisis matrimoniales, la persona que legisla se ha visto obligada a tener en cuenta la propia realidad matrimonial para extender la pensión en los supuestos de separación de los cónyuges, sin necesidad de acreditar la dependencia económica, ni la insuficiencia de recursos del beneficiario de la prestación. **NO SE EXIGE LA EXISTENCIA EN VIDA DE LA PERSONA CAUSANTE DE UNA RELACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA EFECTIVA**, que determine la protección a la muerte de la persona trabajadora o pensionista, de una situación real de necesidad.

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**. 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 Senten-

cia 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 consecuencia, ni la LGSS ni las normas reglamentarias aplicables han dispuesto de requisitos adicionales para acceder a la pensión de viudedad, sin que exista antecedente histórico alguno que permita efectuar una interpretación a favor de condicionar el nacimiento del derecho a la prestación a la percepción por la persona beneficiaria de una pensión compensatoria, lo que determina que si las normas han de interpretarse conforme a los antecedentes históricos y legislativos, haya de concluirse que no es ajustado a derecho establecer que la pensión compensatoria es un requisito para el nacimiento del derecho a la prestación de viudedad.

3

Método teleológico

Además de lo anterior, si utilizamos el método **teleológico** de interpretación, al objeto de atender cuál pudo ser la voluntad de la persona que legisla, se hace necesario examinar el Preámbulo de la Ley 40/2007, tenemos que El Preámbulo de la **LMSS (RCL 2007, 2208)** únicamente menciona **«el propósito de modernización del sistema al abordar las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares»**, **sin hacer referencia a la recuperación de su carácter de renta de sustitución en los casos de separación y divorcio ni en los demás supuestos**.

Esta LMSS no ha supuesto la esperada reforma en profundidad de la pensión de viudedad, como lo evidencia **su disposición adicional 25^a**, que prevé que el **Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la *reforma integral* de esta pensión**.

La reforma integral de la pensión de viudedad y la finalidad de que recupere el carácter de renta de sustitución resulta muy polémica por su propia naturaleza restrictiva y por la alteración que introduce en los esquemas tan largo tiempo arrastrados en la protección de la viudedad en España y por eso no se ha efectuado en esta reforma, ni puede interpretarse los preceptos a favor de este cambio de naturaleza de la pensión de viudedad, máxime cuando no se menciona tal extremo ni siquiera en el preámbulo de la Ley.

Igualmente se observa que referente a esta materia se indica en el Preámbulo: **“El acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento de la persona causante de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 CC”**. **NO MENCIONA COMO CONDICIÓN DEL ACCESO EL RECONOCIMIENTO DE UNA PENSIÓN COMPENSATORIA**. De estas menciones puede concluirse que la voluntad de la persona que legisla **fue fijar como condición que la pensión compensatoria se extinga por**



el fallecimiento de la persona causante, Y NO QUE CON ANTERIORIDAD LA MISMA ESTUVIERA FIJADA.

Lo que la persona que legisla ha querido introducir ha sido una incompatibilidad entre la pensión compensatoria que paguen las personas herederas y la pensión pública de viudedad. Si la voluntad de la persona que legisla hubiera sido otra y la que postula el INSS así la habría apuntado, habiéndose manifestado en la exposición de motivos un hecho tan importante como el cambio de naturaleza de la pensión de viudedad, cuando ello significaba romper con todo el sistema anteriormente legislado y cuando atenta dicho cambio a la seguridad jurídica.

En este sentido se ha pronunciado el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona en sentencia de 28 de julio de 2008 núm. 343/2008.

“Pasando ya, por tanto, al método teleológico de interpretación, al objeto de atender a cuál pudo ser la voluntad de la persona que legisla la primera fuente de conocimiento la encontramos en el propio preámbulo de la Ley 40/2007, cuyo redactado coincide con el de la exposición de motivos del proyecto de ley. Se apunta lo siguiente: “El acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento de la persona causante de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del CC”. La mención es muy escueta, pero suficientemente ilustrativa de la voluntad de la persona que legisla, lo que pretende fijar como condición es que se extinga la pensión compensatoria por el fallecimiento de la persona causante, y no que con anterioridad la misma estuviera fijada. Es decir, tal y como apunta la parte actora, se introduce una incompatibilidad entre la pensión pública de viudedad y la pensión compensatoria. Si otra hubiera sido la intención de la persona que legisla, bien pudiera haberla apuntado especialmente si era tan relevante como pretende el INSS, pues supondría privar de la posibilidad de acceder a la pensión pública de viudedad a un colectivo muy numeroso; cada vez más pues en nuestra sociedad actual hecho notorio es que cada vez proliferan más las separaciones y divorcios y que afortunadamente, cada vez existe menos desequilibrio entre cónyuges, principal fundamento de la pensión compensatoria.

Además, la reforma tiene su lógica, pues como antes ya se ha apuntado, la regla general es que la pensión compensatoria pueda extinguirse al fallecimiento de la persona deudora, a petición de las personas herederas. Únicamente subsistirá la obligación de seguir abonándola a cargo de la herencia de la persona deudora en el caso de grandes patrimonios, en los que se trata de garantizar a ambos cónyuges de por vida el elevado nivel de renta del que disfrutaban constante matrimonio. Y lógico, es que también en estos casos, al no existir situación de necesidad, no se permita el acceso a la prestación pública de viudedad.

Sorprendería otra interpretación cuando precisamente la última reforma del artículo 97 del CC, llevada a cabo por la

ley 15/2005, ha introducido la posibilidad de fijar la compensación no sólo mediante una pensión vitalicia sino también mediante una pensión temporal o una prestación única”.

III. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 174.2 LGSS Y SITUACIONES DISCRIMINATORIAS QUE ATENTAN CONTRA EL ARTÍCULO 14 CE Y EL ARTÍCULO 2 DE LA LGSS

El artículo 14 de la CE establece: “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

El artículo 2 de la LGSS dispone: “Principios y fines de la Seguridad Social.

1

El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad.

2

El Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta Ley”.

Interpretar el precepto en el sentido de supeditar el nacimiento del derecho a la pensión de viudedad a que en el momento del fallecimiento se esté percibiendo una pensión compensatoria y que ésta se extinga por el fallecimiento del deudor, genera situaciones discriminatorias por razón del estado civil, del sexo y de los efectos que regulen las separaciones judiciales y el divorcio y atenta precisamente al propósito de que la pensión de viudedad recupere su naturaleza de renta de sustitución.

No es ajustado a derecho indicar que en los casos de ausencia de pensión compensatoria, la muerte no produce merma de ingresos, puesto que precisamente en estos casos EXISTE UNA MERMA DE INGRESOS Y UNA SITUACIÓN DE NECESIDAD.

Esta interpretación da lugar a situaciones en las que se está privando de una pensión de viudedad a un hombre o a una mujer separada judicialmente, que al fallecimiento de la persona difunta sigue ostentando la condición jurídica de cónyuge, en cuyo convenio regulador homologado judicialmente o en la sentencia de separación, se ha fijado con cargo al cónyuge el abono de una cantidad en concepto de CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO Y ALIMENTOS DE HIJOS E HIJAS, de la que se va a ver privada como consecuencia del fallecimiento de la persona causante y el cónyuge ha renunciado a la pen-



sión compensatoria; puesto que en este caso el fallecimiento de la persona causante sí 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 las personas herederas y la obligación de alimentos también se extingue con el fallecimiento de la persona deudora, tal como dispone el artículo 150 CC.

En este supuesto, muy común en la realidad social, **la falta o minoración de ingresos y en consecuencia la situación de necesidad que tiene la esposa tras el fallecimiento del marido es evidente, ya que tiene que atender sola a las cargas familiares y mantener a los hijos e hijas 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 e hijas, negándole la Entidad demandada el derecho a una pensión de viudedad, de forma contraria a derecho.**

Si la pensión de viudedad, según el acuerdo de 2006 trata de paliar la falta de ingresos económicos por causa de la muerte de uno de los cónyuges o ex cónyuges, cuestión que no lo dice explícitamente en la exposición de motivos de la reforma, no es fácilmente comprensible y desde luego es antijurídico, que se deniegue una pensión de viudedad a una persona a quien la persona causante estaba obligada a abonar una cantidad **en concepto de contribución de cargas del matrimonio y alimentos para hijos e hijas comunes** y que como consecuencia del fallecimiento se ve privada de este ingreso y se encuentra con que ella sola ha de sostener las cargas familiares y procurar los alimentos a sus hijos e hijas, pues es evidente que en este supuesto que se da en la realidad social, la muerte de su esposo, le DEJA SIN LOS INGRESOS ECONÓMICOS fijados en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos y pese a que en este supuesto la pensión de viudedad tendría el carácter de renta de sustitución, por parte de la entidad gestora se deniega el derecho a una pensión de viudedad.

Esta interpretación de limitar la concesión de la pensión de viudedad a las personas acreedoras de una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento de la persona 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 núm. 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.

En definitiva, la interpretación que postula la entidad gestora y que ha sido estimada en la sentencia de instancia, provoca una **Discriminación que atenta al art. 14 de la CE y al artículo 2 de la LGSS, al introducir desigualdad de trato** que se evidencia en los siguientes supuestos:

a

Personas viudas de **matrimonio en vigor con convivencia** en relación con las personas viudas divorciadas o separadas judicialmente

- 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 1999).
- Personas divorciadas o separadas judicialmente **exige prueba de dependencia económica interconyugal** pero únicamente restringida a la pensión compensatoria que se extinga por fallecimiento de la persona deudora. Supuesto absurdo cuando en definitiva la cuantía de la pensión va a ser proporcional al tiempo de convivencia. NATURALEZA SUSTITUTORIA.

b

Personas viudas de matrimonio en vigor **sin convivencia separadas de hecho** en relación con las personas viudas divorciadas o separadas 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).
- Personas divorciadas o separadas **judicialmente exige prueba de dependencia económica** interconyugal pero únicamente circunscrita a la pensión compensatoria que se extinga por fallecimiento de la persona deudora. Supuesto absurdo cuando en definitiva la cuantía de la pensión va a ser proporcional al tiempo de convivencia. NATURALEZA SUSTITUTORIA.

c

Viudos en general frente a viudas divorciadas o separadas judicialmente

- VIUDOS. **No tienen pensiones compensatorias reconocidas**. Lo que determinaría que dicha interpretación sea declarada inconstitucional, (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.

**d**

Personas viudas divorciadas o separadas judicialmente acreedores de pensión compensatoria (art.97) en relación con personas viudas acreedoras **de una pensión de alimentos para hijos e hijas y contribución a las cargas del matrimonio**

- Personas divorciadas/separadas judicialmente acreedores de pensión compensatoria: **exige prueba de dependencia económica** interconyugal pero únicamente circunscrita a la pensión compensatoria que se extinga por fallecimiento de la persona deudora. Supuesto absurdo cuando en definitiva la cuantía de la pensión va a ser proporcional al tiempo de convivencia. NATURALEZA SUSTITUTORIA.
- Personas divorciadas/separadas judicialmente acreedores de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos de hijo e hija, que si se extinguen por el fallecimiento **NO TIENEN DERECHO A VIUDEDAD, a pesar de que se pruebe la dependencia económica.**

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 éste 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 judicialmente y carece de otros recursos, sólo percibirá una pensión si tiene reconocida una pensión compensatoria que se extinga al fallecimiento de la persona deudora y en otros casos, no percibirá ni los mínimos. En consecuencia, la pensión de viudedad ni es igual ni es UNIVERSAL PARA TODAS LAS PERSONAS VIUDAS ESPAÑOLAS, VULNERANDO LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES QUE PROHÍBEN TODA DISCRIMINACIÓN Y DESIGUALDAD.

La interpretación facilitada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al párrafo 2º del artículo 174 de la LGSS, convierte a la prestación de viudedad en COMPENSATORIA DE UN ESTADO CIVIL (el de casado) y discriminatorio respecto a otro estado civil (divorciado o separado judicialmente), antes que en remedio para una situación real de necesidad.

Además, **prácticamente llevaría a suprimir la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad, separación y divorcio**, ya que únicamente se reconocería la pensión de viudedad a las mujeres viudas a quienes se hubiera reco-

nocido una pensión compensatoria ex artículo 97 –puesto que es difícilísimo encontrar viudos acreedores de una pensión compensatoria– y la misma estuviera vigente en el momento del fallecimiento de la persona causante y además que se extinguiera con el fallecimiento de la persona causante, de tal forma que si la pensión compensatoria como indica su naturaleza y el artículo 101 CC pasa a las personas herederas tampoco se reconocería pensión de viudedad a la viuda. SUPUESTO PRÁCTICAMENTE INEXISTENTE, pues sólo tendría lugar en el caso de que NO EXISTIERAN PERSONAS HEREDERAS DEL DEUDOR OBLIGADAS AL PAGO.

Por el contrario la interpretación del precepto se postula en el presente estudio, no genera situaciones discriminatorias en lo que se refiere al nacimiento del derecho a la prestación de viudedad, conservando en todos los casos la pensión de viudedad su naturaleza o carácter asistencializador.

IV. LA RENUNCIA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA ANTERIOR AL 1 DE ENERO DE 2008. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 174.2 LGSS

La pensión compensatoria a la que pretende supeditarse por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social el nacimiento del derecho a la prestación de viudedad, ha sido durante mucho tiempo una pensión eminentemente temporal y en la actualidad, la realidad social nos muestra la existencia de **miles de convenios reguladores que no pactaron pensión compensatoria, 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 y la redacción del artículo 174 tras la reforma operada en 1994.**

La exigencia de este requisito 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 art. 3 de la LGSS.**

Este efecto demuestra que la interpretación que efectúa el Instituto Nacional de la Seguridad Social atenta contra normas de orden público (art. 6 del Código Civil y 3 de la Ley General de la Seguridad Social), por lo que no puede reputarse ajustada a derecho.

Son miles los convenios reguladores homologados antes del 1 de enero de 2008, en los que se contienen cláusulas de renuncia a pensiones compensatorias. En el mo-



mento en que se efectuó la renuncia a la referida pensión compensatoria, la misma no tenía efecto alguno en el sistema de la Seguridad Social, pues regía lo establecido en la DA 10 de la Ley 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.**

La interpretación que se postula por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y algunos autores, a la sazón, personas letradas de la Administración de la Seguridad Social, tendría como consecuencia que 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 las siguientes sentencias:

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de enero de 1996 (AS 1996, 750), razona:

“Al amparo del artículo 190, c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el cuarto motivo del recurso inaplicación de la norma 5ª de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 julio (RCL 1981/1700 y Ap NDL 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 persona 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 Ley General de la Seguridad Social”.

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 ju-

dicialmente 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 Ley General de la Seguridad Social 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 de el supuesto previsto en el artículo 174.3 de tal Norma en relación con el artículo 101 del Código Civil, 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 contraríe 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 (artículos 97 y siguientes del Código Civil) 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”.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Recurso de Suplicación Núm. 221/2008, ha tenido ocasión de pronunciarse respecto al artículo 174.2 LGSS y establece:

“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 la persona que legisla 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 cuáles 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 asi-

milada 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 de la persona 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 Tribunal Supremo 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).⁶

En definitiva la interpretación que se efectúa por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, del art. 174 de la LGSS es contraria a los principios y derechos antes mencionados, puesto que atenta contra el principio de seguridad jurídica, el principio de irrenunciabilidad de la pensión de viudedad y además pretende aplicar sus efectos a situaciones realizadas antes de su entrada en vigor que restringen derechos individuales. Esto no se produciría si se interpreta el art. 174.2 LGSS en el sentido que se postula en el presente estudio de entender que lo que la norma dice y quiere decir es que a partir del día 1 de enero de 2008 se produce una incompatibilidad entre la pensión de viudedad del art. 174.2 de la LGSS y la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil.

En este sentido se ha pronunciado favorablemente el Juzgado de Barcelona núm. 26 en sentencia de 28 de julio de 2008:

«A mayor abundamiento, debe destacarse que la posición del INSS podría dar lugar a un resultado contrario al artículo 9 de la Constitución, no por un supuesto carácter retroactivo de la norma, que no lo tiene, sino por poder afectar a un esencial principio de seguridad jurídica, pues un colectivo de miles de eventuales personas beneficiarias pudieran verse privadas del acceso a una prestación pública de

la relevancia social de la de viudedad en atención a actos jurídicos en ocasiones muy remotos en el tiempo (las pretensiones ejercitadas en los procesos matrimoniales y los convenios celebrados en su seno) y en los que ni siquiera era dable imaginar que quizás en el futuro su postura podría determinar el acceso a la pensión de viudedad. Asimismo, el criterio del INSS, de confirmarse, provocaría un aumento de la litigiosidad en los procesos matrimoniales, e incluso podría dar lugar a acuerdos fraudulentos (por ejemplo pactando una exigua pensión compensatoria de un euro al mes) para eludir la eventual condición de acceso a la prestación».

De igual manera se pronuncia María Antonia Pérez Alonso⁶, al establecer “no obstante esta exigencia de carácter económica exigida a los ex cónyuges divorciados, separados judicialmente y con matrimonio declarado nulo sólo se exige, según la Disposición final tercera de la Ley 40/2007, a partir de los hechos causantes producidos a partir de la entrada en vigor de la norma, esto es, 1 de enero de 2008, si bien en mi opinión la exigencia de la necesidad de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil o de la indemnización a la que se refiere el artículo 98 del Código Civil si se aplica a muertes producidas a partir del 1 de enero de 2008 con divorcios, separaciones o nulidades generadas antes de dicha fecha va a dejar desprotegidas a muchos ex cónyuges que, en el momento de su divorcio, no pactaron la pensión compensatoria en aras de aligerar el proceso de separación o divorcio o nulidad matrimonial; por tanto parece más lógico que resulte aplicable en los procesos de disolución producidos a partir de 1 de enero de 2008”.

4

Artículo 174 LGSS y colisión con los artículos 97, 101 y siguientes del Código Civil

La pretensión de equiparar la naturaleza de la pensión contemplada en el artículo 97 del Código Civil con la de la pensión de viudedad prevista para los casos de separación judicial o divorcio, es en nuestra opinión errónea, dejando fuera otros supuestos en los que verdaderamente existe una situación de dependencia del cónyuge histórico separado judicialmente, como son los supuestos en que en el convenio regulador la persona deudora está obligado al abono de una cantidad en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos.

La norma general que se establece en el artículo 97 del Código Civil 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 la judicatura.

⁶ PÉREZ ALONSO, M.A. Nueva pensión de viudedad y orfandad en el Régimen General de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 15.



Por otro lado, la pensión compensatoria⁷ no es una pensión de derecho necesario sino de derecho positivo, en palabras del Tribunal Supremo (STS 2 de diciembre de 1987) “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 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”**.

Además en la actualidad, tras la última reforma sufrida en 2005, la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil⁸ 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 (sentencias del TS/I de 9-12-2005 [RJ 2005, 7.840], recurso 1.024/2005 y 28-4-2005 [RJ 2005, 4.209], recurso 307/2005).

Resulta anómalo que la pensión compensatoria, en principio, sea temporal, y la pensión de viudedad que la sustituye, sea permanente. Puede suceder que la persona beneficiaria estuviera percibiendo una pensión *compensatoria* que se iba a extinguir el mes siguiente al fallecimiento de la persona 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 vitalicia.

También deberá tenerse en cuenta que una pensión compensatoria temporal que se extinga antes de la muerte de la persona 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 Y DI-**

VORCIO. Evidentemente 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.

Por otro lado 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 DE LA PERSONA DEUDORA”.

¿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 CC?

Esto únicamente puede explicarse desde la existencia de un error y desde la no distinción entre la pensión compensatoria y el resto de efectos de la separación judicial o divorcio. Si lo que quería la persona que legisla era que

7

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 DIAZ, 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, núm. 32, semana 5/11 de septiembre de 1988. GARCIA MANCIBO, M. y LLERANDI GONZÁLEZ, N. *La pensión compensatoria entre cónyuge: su limitación temporal*. Estudio de Jurisprudencia, Cuadernos de Jurisprudencia, servicio de Publicaciones 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 pro 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*, núm. 1.873, de 15 de julio de 2000. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio (naturaleza jurídica, determinación, transmisión y extinción)*, Valladolid, 2001.

8

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*”.

9

LLORENTE ÁLVAREZ, A. *Aspectos prácticos de la reforma de la Seguridad Social*, Editorial Lex Nova, 2008.

10

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

11

LLORENTE ÁLVAREZ, A. *Aspectos prácticos de la reforma de la Seguridad Social*, Editorial Lex Nova, 2008, p. 237. No compartimos el criterio expresado por el autor de entender que con la nueva redacción se ha introducido como requisito para el reconocimiento del derecho a la prestación de viudedad, que la persona *superstite* tenga reconocida a su favor una pensión compensatoria, puesto que el art. 174.2 de la LGSS no establece tal requisito.



la pensión de viudedad recuperase la naturaleza de renta de sustitución, no debería haber referido la extinción a la pensión compensatoria, cuando civilmente (art. 101 CC) la muerte de la persona deudora no es un supuesto de extinción de la pensión compensatoria y 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 de la persona deudora. Claro que esta *conditio iuris* también plantearía el problema de que con el divorcio la persona deudora no está obligada 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.

Empiezan a atisbarse voces que reconocen que la referencia a la pensión compensatoria no ha sido un acierto. En este sentido Llorente Álvarez⁹: *“En definitiva, partiendo de las anteriores consideraciones y de otras muchas que en el mismo sentido pueden deducirse, parece obvio que vincular la prestación de viudedad a la existencia o no de una prestación compensatoria puede distorsionar los principios a los que responde nuestro sistema protector. Probablemente la reforma ha querido reconocer prestaciones de viudedad en los supuestos de separación y divorcio, únicamente en aquellos casos en los que existiera una verdadera y efectiva situación de necesidad o de dependencia económica de las rentas del causante. Sin embargo, el parámetro empleado para determinar si existe o no una situación de necesidad no es un parámetro con la objetividad suficiente, al menos en numerosos supuestos, como para garantizar el acierto de la elección”*.

V. PROTECCIÓN SOCIAL, ECONÓMICA Y JURÍDICA DE LA FAMILIA TRAS LA REFORMA DEL ARTÍCULO 174 LGSS EN LOS SUPUESTOS DE SEPARACIÓN JUDICIAL Y DIVORCIO

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.

El artículo 39 de la CE¹⁰ 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.

Estos principios han de estar presentes en toda interpretación que se efectúe del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, so pena de efectuar una interpretación de la norma jurídica contraria al ordenamiento constitucional y en consecuencia contraria al artículo 5 de la LOPJ.

La interpretación efectuada hasta este momento por el Instituto Nacional de la Seguridad Social del artículo 174.2 de la LGSS, 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 y se encuentran ahora que tras haberse dedicado durante más de 20, 30 e incluso 40 años al cuidado de la familia, e incluso 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 fallece a partir del 1 de enero de 2008.

Tampoco garantiza la asistencia y prestaciones sociales a familias de personas separadas judicialmente o divorciadas, que como consecuencia del fallecimiento del esposo o ex-cónyuge se ven privadas de la cantidad que éste estaba obligado todos los meses en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos de sus hijos e hijas. De tal forma que el fallecimiento del obligado al pago ha tenido como consecuencia que las cargas del matrimonio y alimentos de sus hijos e hijas deba afrontarlos sólo el *superstite* 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 negarla 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.

Esta situación aboca a dichas personas 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, lo que determina que no pueda sostenerse al contrariar el orden público.

Por otro lado, con esta interpretación que postula el Instituto Nacional de la Seguridad Social se 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.

La restricción de los supuestos en los que se concederán pensiones de viudedad es reconocida por LLORENTE ÁLVAREZ¹¹: *“En primer lugar, parece evidente que la exigencia de cualquier nuevo requisito añadido a los anteriores, normalmente, traerá como consecuencia la reducción de las prestaciones reconocidas, toda vez que el número de potenciales personas beneficiarias que podrá cumplirlos será menor, y ello al margen de que con la introducción de este requisito sólo uno de los ex cónyuges podrá tener, en su caso, eventualmente derecho a una pensión de viudedad, es-*



to es, sólo aquél que haya obtenido a su favor una pensión compensatoria, con lo que aquel que no la obtenga perderá la posibilidad de lucrar; en su caso, una pensión de viudedad en el supuesto de premoriencia del ex cónyuge, consecuencia que no se producía con la regulación precedente. Dicho de otro modo, la nueva regulación supone evidentemente, un aquilatamiento de las situaciones que darán derecho al nacimiento de la prestación o, en terminología más contundente, es una restricción de los supuestos en los que se concederán las prestaciones en estos casos”.

Sin embargo, como se constata en el Pacto de Toledo en su versión de octubre de 2003 (a través de la correspondiente renovación parlamentaria) y en el propio Acuerdo Político-Social, es precisa una reformulación integral y completa de la pensión de viudedad. Se utiliza como argumento para esta reformulación integral el hecho de que la incorporación significativa de la mujer al mercado de trabajo ha contribuido a que se opere un cambio cualitativo en las relaciones de dependencia económica que las mujeres venían manteniendo respecto a los varones.

Este argumento de la incorporación de la mujer al mundo laboral, no puede utilizarse en términos generales, puesto que esta incorporación al mundo laboral aún, hoy por hoy no ha permitido a la mujer obtener una equiparación en cuanto a ingresos obtenidos como consecuencia de esta incorporación. Basta examinar las estadísticas existentes para comprobar que aún son las mujeres las que se ven obligadas a acogerse a jornadas reducidas en sus trabajos, a fin de conciliar la vida familiar y laboral y ello tiene su reflejo en sus ingresos, por ello la familia en sí sigue dependiendo de los sueldos de ambos integrantes de la unidad familiar.

La significativa incorporación de las mujeres en el mercado laboral no implica automáticamente una igualdad de oportunidades en este ámbito entre mujeres y hombres ni mucho menos de resultados.

Precisamente para combatir las discriminaciones socialmente instaladas hacia las mujeres se viene creando continuamente normativa a nivel internacional, comunitario, estatal y autonómico. Promueven sentar las bases de la sociedad igualitaria mediante la aprobación de leyes como la *Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres*, la *Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* y la *Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*.

Según el informe sobre *“Mujeres y hombres en España 2008”* elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *“si se comparan los datos de esta publicación con los de hace 25 años, se llega a la conclusión de que, en este país, durante este período, se han producido unos avances importantes hacia un escenario social de igualdad plena, pero todavía queda mucho camino por recorrer”.*

A continuación recoge, por ejemplo, los siguientes datos: *“en relación a las distintas clases de inactividad, en el año 2007 la mayoría de los hombres inactivos son jubilados, representado el 61,0%. Sólo un 17,1% de las mujeres inactivas perciben pensión de jubilación, hecho que es consecuencia de su baja incorporación en el pasado al mercado laboral”.* Las razones que esgrimen las mujeres para no incorporarse en el mercado laboral son, entre otras, *“en relación a las labores del hogar, un 47,2% de las mujeres son inactivas por este motivo frente a sólo un 4,6% de los hombres”* y continúa *“el 96,5% del total de personas inactivas que no buscan empleo por razones familiares entendidas como el cuidado de menores, adultos enfermos, discapacitados y mayores y por otras responsabilidades familiares, son mujeres”.*

De las mujeres que sí acceden al mercado laboral no todas lo hacen en igualdad de condiciones ya que *“del empleo a tiempo parcial (con el consiguiente sueldo parcial), un 80,4% corresponde a mujeres”* y un *“33,1% de las mujeres eligen este tipo de jornada por obligaciones familiares frente a un 3,8% de los hombres”* además las mujeres ocupan la mayoría de los puestos de trabajo peor remunerados, firman la mayor parte de los contratos temporales, tienen mayor tasa de paro, protagonizan la economía sumergida y cuando desempeñan el mismo trabajo que sus compañeros varones cobran un 17% menos de salario. Asimismo, pese a suponer el 60% de la población con estudios universitarios tan sólo ocupa el 32% de los puestos directivos de la empresa y la administración pública.

El INE también recoge que el 98% de los permisos de maternidad/paternidad son pedidos por mujeres y el 94% de las excedencias por cuidado a criaturas también. Por su parte, el Ministerio de Igualdad indica que las horas dedicadas al trabajo doméstico son de 6 para las mujeres frente a 2,5 para los hombres...

Con este orden social no es, pues, de extrañar que el 48,8% de los hombres haya desarrollado una vida laboral superior a los 35 años, frente a tan sólo el 17,3% de las mujeres.

Lamentablemente, en estos momentos, hemos de mostrar nuestras discrepancias a este punto de partida que se quiere tomar en cuenta para efectuar una reformulación de la naturaleza y objetivos de las pensiones de viudedad. La unidad familiar hoy por hoy se nutre de los ingresos de uno o de ambos integrantes, bien entendido que los mismos tampoco son igualitarios, pues el que ha de conciliar la vida familiar y laboral, se ve obligado a solicitar reducciones de jornada y en muchas ocasiones ve limitado sus ascensos en el puesto de trabajo que se reflejan en sus remuneraciones. Ante este panorama real en el que aún no se ha podido conseguir la plena conciliación de la vida familiar y laboral ni la plena igualdad entre los integrantes de la unidad familiar, aún no es procedente, ni aconsejable la modificación de la naturaleza y objetivos



de esta pensión de viudedad, convirtiéndola en una renta de sustitución.

VI. PROPUESTAS DE REFORMA Y POSIBLES SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA

Dada la insistente voluntad en la reforma del sistema de pensiones, como se observa estos días en los inicios del Pacto de Toledo, y en lo que nos afecta, de la pensión de viudedad, varias son las alternativas que han empezado a proponerse creemos.

Llorente Álvarez¹² sugiere: *“ciñéndonos a la reforma, tal vez la solución en este extremo, desde el punto de vista de la Seguridad Social, debería ir más por otros caminos que buscaran dar una solución definitiva a los derechos de protección en el mismo momento de la extinción de la relación matrimonial. En definitiva, o bien no se reconoce ningún derecho “expectante” —tras la reforma, quizás este término no sea el más adecuado— a las personas separadas y divorciadas, o bien se toma en cuenta la “expectativa” de la pensión en la disolución de la sociedad conyugal o bien se atribuyen a ambos ex cónyuges, individualmente considerados, de algún modo, las cotizaciones que pudieran servir de reconocimiento para la generación de ulteriores pensiones, cotizaciones que podrían deberse en consideración a la unión matrimonial, a su duración, a las cotizaciones efectuadas durante ella o a cualquier otro parámetro que eventualmente pudiera establecerse”.*

Por nuestra parte y de forma inmediata hasta que se realice una reforma integral de la pensión de viudedad en su conjunto, postulamos 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 de la persona causante”, volviendo a instaurar la redacción que tenía el art. 174.2 LGSS tras la reforma de 1994.*

En tanto se procede a la derogación de dicho párrafo, se adopte por el Instituto Nacional de la Seguridad Social una interpretación del precepto conforme a derecho, en el sentido de entender que estamos ante una *conditio iuris* en virtud de la cual, para el caso de que el cónyuge o ex cónyuge tenga reconocida una pensión compensatoria del artículo 97, únicamente se reconocerá el derecho a la pensión de viudedad si esta pensión se extingue por el fallecimiento de la persona causante, de tal forma que si la pensión compensatoria la abonan las personas herederas, no se le reconocería pensión compensatoria.

Es decir una persona no podría percibir una pensión compensatoria ex artículo 101 y a su vez de la Seguridad Social una pensión de viudedad ex art. 174.

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 la persona causante, de las acreditadas en la Seguridad Social a nombre de la persona difunta y correspondientes al período de duración del matrimonio. Cónyuge o ex cónyuge separado o separada judicialmente o divorciado o divorciada que no tengan derecho a pensión de viudedad podrían beneficiarse del trasvase de cuotas a su nombre abonadas por la o el cónyuge fallecido 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 de la persona 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 LGSS (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 de la persona *supérstite* de cualquier cantidad por parte de la persona difunta, bien en concepto de alimentos de hijos e hijas, esposo o esposa o ex cónyuge, contribución a las cargas del matrimonio, en su caso.

12

LLORENTE ÁLVAREZ, A. *Aspectos prácticos de la reforma de la Seguridad Social*, Editorial Lex Nova, 2008, p. 221.