

Abella Legal

**Pensión de viudedad en supuestos
de separación y divorcio.**

**Interpretación del Artículo 174.2
tras las reforma por la Ley 40/2007,
4 de diciembre.**

Noviembre 2008

**PENSION DE VIUDEDAD EN SUPUESTOS DE SEPARACION Y DIVORCIO
INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 174 TRAS LA REFORMA POR LEY
40/2007, 4 de diciembre.**

CARMEN LOPEZ-RENDO RODRIGUEZ
DOCTORA EN DERECHO. ABOGADA.

ISABEL ABELLA RUIZ DE MENDOZA
ABOGADA

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. COMENTARIO AL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 174 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. III. INTERPRETACION DEL ARTICULO 174.2 LGSS Y SITUACIONES DISCRIMINATORIAS QUE ATENTAN CONTRA EL ART. 14 CE Y EL ARTÍCULO 2 DE LA LGSS . IV. LA RENUNCIA A LA PENSION COMPENSATORIA ANTERIOR AL 1 DE ENERO DE 2008. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA E INTERPRETACION DEL ART. 174.2 LGSS. V. PROTECCION SOCIAL, ECONOMICA Y JURIDICA DE LA FAMILIA TRAS LA REFORMA DEL ARTÍCULO 174 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS SUPUESTOS DE SEPARACION JUDICIAL Y DIVORCIO.VI. PROPUESTAS DE REFORMA y POSIBLES SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA

I. INTRODUCCION

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

¹ Vid : PEREZ YAÑEZ, 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 nº 2,2002, pp. 1023 a 1057. 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 nº17, 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 del 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 menores comunes, en el momento de fallecimiento del 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

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 supervivientes»*.

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 el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes: matrimonio parejas de hecho, siempre que tuviesen hijos en común con derecho a la pensión de orfandad y/o existiese dependencia económica del sobreviviente respecto del 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 estas 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 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 25ª, que prevé que el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de esta pensión.²

la cobertura a familias no matrimoniales si se da una situación de dependencia económica y/o existen hijos menores comunes, en el momento de fallecimiento del 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' .

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. 54ª 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. 8ª LGSS). Que el propio legislador sea consciente del alcance limitado de la reforma lo viene a demostrar la redacción*

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 del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos 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 del causante esté ocasionado por una enfermedad común y no existan hijos 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 del causante** de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil. Si, mediando divorcio, existiera concurrencia de beneficiarios 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 el 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 igualdad en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad”.*

de la Disp. Adic. 25ª, 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 25ª, que prevé que el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de esta pensión”.

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 algunos de sus letrados³, que están planteando problemas en la realidad no solo 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 PARRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 174 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

El artículo 174.2 de la LGSS, tras la reforma operada por la Ley 40/2007, 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.***

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”.

La redacción de la nueva normativa que regula las pensiones de de viudedad por fallecimiento del 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 esta se extinga con el fallecimiento del deudor.

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 esta se extinga con el fallecimiento del deudor es prácticamente inexistente.⁴

³ GUTIERREZ GUTIERREZ, J: *El estado civil y las prestaciones de la Seguridad social. Especial consideración de la pensión de viudedad*, Sepin, nº 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/articulos/derecho_laboral.*

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 esta 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 determinados beneficiarios 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 MAS 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 a 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 del 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 del 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 del 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 condicio 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 del causante. En conclusión, lo que está declarando el artículo 174 es la incompatibilidad entre la pensión compensatoria que sea abonada por los herederos 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 del 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 nº26 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 extinguida al fallecimiento del causante. Téngase en cuenta que el art. 101 del Cc contempla la posibilidad de que la pensión compensatoria subsista tras la muerte del deudor, pasando a gravar a sus herederos (como se comprenderá, tal y como mas adelante se apuntará, esta circunstancia unicamente 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 del 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 el beneficiario tuviese reconocida una pensión compensatoria y que esta se extinguiese con el fallecimiento del deudor, **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 el legislador, 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 *condictio 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 los herederos 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 del 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. METODO HISTORICO.

⁵SASTRE 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 ocasione «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”.*

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. DA10ª-

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 solo 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 esta se presumía, supeditando el nacimiento del derecho a la mera convivencia

2. SITUACIÓN TRAS LEY 30/1981. DA10ª.

2.1. **DA10 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».

En los supuestos de crisis matrimoniales, el legislador se ha visto obligado 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 DEL CAUSANTE DE UNA RELACIÓN DE DEPENDENCIA ECONOMICA EFECTIVA**, que determine la protección a la muerte del trabajador 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 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 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 el beneficiario 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. METODO TELEOLOGICO.

Además de lo anterior, si utilizamos el método teleológico de interpretación, al objeto de atender cual pudo ser la voluntad del legislador, 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 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 25ª, 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 del causante de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil**”*. NO MENCIONA COMO CONDICION DEL ACCESO EL RECONOCIMIENTO DE UNA PENSIÓN COMPENSATORIA. De estas menciones puede concluirse que la voluntad del legislador fue fijar como condición que la pensión compensatoria se extinga por el fallecimiento del causante, Y NO QUE CON ANTERIORIDAD LA MISMA ESTUVIERA FIJADA.

Lo que el legislador ha querido introducir ha sido una incompatibilidad entre la pensión compensatoria que paguen los herederos y la pensión pública de viudedad. **Si la voluntad del legislador 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 nº26 de Barcelona en sentencia de 28 de julio de 2008 nº343/2008.**

“Pasando ya, por tanto, al método teleológico de interpretación, al objeto de atender a cuál pudo ser la voluntad del Legislador 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 del causante de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil”. La mención es muy escueta, pero suficientemente ilustrativa de la voluntad del Legislador, lo que pretende fijar como condición es que se extinga la pensión compensatoria por el fallecimiento del 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 del legislador, 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 numerosa; 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 su deudor, a petición de sus herederos. Únicamente subsistirá la obligación de seguir abonándola a cargo de la herencia del deudor 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. INTERPRETACION DEL ARTICULO 174.2 LGSS Y SITUACIONES DISCRIMINATORIAS QUE ATENTAN CONTRA EL ART. 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 esta 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 SITUACION 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 del difunto 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/AS**, de la que se **va a ver privada como consecuencia del fallecimiento del causante y la esposa/o ha renunciado a la pensión compensatoria**; 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 y la obligación de alimentos también se extingue con el fallecimiento del deudor, tal como dispone el artículo 150 del Código Civil.

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 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, 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 el causante estaba obligado a abonar una cantidad **en concepto de contribución de cargas del matrimonio y alimentos para hijos 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, pues es evidente que en este supuesto que se da en la realidad social, la muerte de su esposo, le **DEJA SIN LOS INGRESOS ECONOMICOS** 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 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 nº 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

1.a. Viudas/os de **matrimonio en vigor con convivencia** en relación con los viudos/as divorciados o separados 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)

- Divorciados o separados judicialmente **exige prueba de dependencia económica interconyugal** pero únicamente restringida 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.

1. b. Viudas/os 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. NATURALEZA SUSTITUTORIA.

1.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.

1.d. Viudas/os divorciados o separados judicialmente acreedores de pensión compensatoria(art.97) en relación con viudos/as acreedoras **de una pensión de alimentos para hijos y contribución a las cargas del matrimonio.**

- Divorciados/separados judicialmente acreedores 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, que si se extinguen por el fallecimiento **NO TIENEN DERECHO A VIUDEDAD, a pesar de que se pruebe la dependencia económica.**

A titulo 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 solo 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 judicialmente y carece de otros recursos, solo 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 ni es igual ni es **UNIVERSAL PARA TODAS LAS VIUDAS/OS ESPAÑOLES, VULNERANDO LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES QUE PROHIBEN TODA DISCRIMINACION Y DESIGUALDAD.**

La interpretación facilitada por 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 reconocido 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 del causante y además que se extinguiera con el fallecimiento del causante, de tal forma que si la pensión compensatoria como indica su naturaleza y el artículo 101 CC pasa a los herederos tampoco se

reconocería pensión de viudedad a la viuda. SUPUESTO PRACTICAMENTE INEXISTENTE, pues solo tendría lugar en el caso de que NO EXISTIERAN HEREDEROS DEL DEUDOR OBLIGADOS 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 PENSION COMPENSATORIA ANTERIOR AL 1 DE ENERO DE 2008. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA E INTERPRETACION DEL ART. 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 artículo 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 momento en que se efectuó la renuncia a 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 ESTA, 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, Letrados 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 5.ª de la Disposición Adicional Décima 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 Ley General de la Seguridad Social».

-STSJ PAIS 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 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 dé 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 SUPPLICACIÓN 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 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 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 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 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).”

En definitiva la interpretación que se efectúa por Instituto Nacional de la Seguridad social, del artículo 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 artículo 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 artículo 174.2 de la LGSS y la pensión compensatoria del art. 97 del CC.

En este sentido se ha pronunciado favorablemente **el Juzgado de Barcelona número 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 beneficiarios pudieran verse privados 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 excónyuges 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 excónyuges 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. ARTICULO 174 LGSS Y COLISION CON LOS ARTICULOS 97, 101 Y SIGUIENTES DEL CODIGO 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 el deudor 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 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

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

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 compensatoria⁷ no es una pensión de derecho necesario sino de derecho positivo, en palabras del Tribunal Supremo (STS 2 de

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, nº32, semana 5/11 de septiembre de 1988. GARCIA MANCEBO, 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. MARIN GARCIA DE LEONARDO, MT: *Transmisión mortis causa del pago de la pensión pro separación y divorcio*, RGD octubre-noviembre 1993, pp.9619 y ss. HOYA COROMINA, J y ANAUT ARREDONDO, S: *La pensión compensatoria. Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1873, 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.

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 AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA, Sección 1ª. de 3-1-2000, núm. 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 diciembre 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 del Código Civil, en relación con los artículos 142 y siguientes, 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 1988 [RJ 1988\5138]**). **DECIMOSEPTIMO.-** La Jurisprudencia de la que son de citar las Sentencias SAT La Coruña de 3 junio 1988, SAT Bilbao de 30 noviembre 1983, SAP Castellón de 26 junio 1993 (AC 1993\1886), SAP Barcelona de 30 junio 1993, Sentencia de 5-11-1996 (AC 1996\2113), núm. 543/1996. Rollo de apelación núm. 86/1996, AP de Pontevedra, Sección 10, AP Lleida, Sección 1ª, S. 18-2-1999, núm. 17/1999, rec. 4/1999. Pte: Guinaldo López, Mª Victoria; AP Jaén, Sección 2ª, S. 11-12-1998, núm. 378/1998, rec. 476/1996. Pte: Bermúdez de la Fuente, Fernando; AP Segovia, S. 5-5-1998 (AC 1998\5489), núm. 87/1998, rec. 251/1997. Pte: Espejel Jorquera, Concepción; la STS 2 diciembre 1987, la de 29 junio 1988 (AC 1988\5138) y la reciente de 23 septiembre 1996 (RJ 1996\6731), señala que: producido el divorcio, dejan de ser cónyuges, desaparece la razón legal de alimentos por esta causa y la Sentencia de alimentos pierde su eficacia, viniendo a regular la nueva situación el derecho matrimonial y la Sentencia de divorcio que a su amparo se dicta. La Sentencia de esta Sala de 29 junio 1988 había establecido, en efecto, que el divorcio, al suponer el no mantenimiento del matrimonio al haber sido disuelto (...), no genera en cuanto a los cónyuges divorciados causa de aplicación de los artículos 143, 150 y 152 del CC, referidos a los alimentos entre parientes, sino a la fijación de una pensión a establecer en la resolución judicial que acordó el divorcio, conforme se deduce de lo establecido en el artículo 97 CC, que precisamente por su propia naturaleza, características y manera de fijarla no puede de hecho y jurídicamente confundirse con la prestación de alimentos... **DECIMOCTAVO.-** Por lo expuesto es necesario concluir en unión de la Jurisprudencia, que el concepto de desequilibrio constituye un presupuesto más amplio que el de necesidad ya que abarca no sólo las necesidades vitales, y se dirige, como ya se ha dicho, a restablecer el perjuicio económico derivado de los supuestos de crisis reseñados, radicales diferencias en cuanto a fundamentos y presupuestos que, en tono menor, se encuentran reflejadas tanto en lo que se refiere al momento de su exigibilidad, pues la de alimentos es exigible desde que éstos se necesitan mientras que la pensión por desequilibrio es exigible desde que se dicta la oportuna Sentencia de separación o divorcio, al tener la sentencia carácter constitutivo; así mismo son notorias las diferencias en relación al cese de la obligación, pues la de alimentos se extingue con la

muerte del obligado, en tanto que la compensatoria se transmite a los herederos; así mismo son patentes las diferencias en relación con la renunciabilidad y transacción, pues la de alimentos no es renunciable, en tanto que sí lo es la compensatoria y en relación con ésta cabe la sustitución por otras formas de pago; en cuanto a la prescriptibilidad, impropia de la alimenticia, en tanto que la desequilibrio se encuentra sujeta al lapso de las acciones personales [sic]. **DECIMONOVENO.-** Con relación a las cargas del matrimonio conviene distinguirlas de la pensión compensatoria, pues las primeras pueden considerarse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, reguladas en nuestro Código Civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (artículos 1318, 1362 y 1438 del Código Civil), se trata de un concepto residual y referible estrictamente a las cargas del sistema económico matrimonial, pago de préstamos y créditos de la sociedad ganancial y, expresamente, como un deber de los cónyuges en algunas legislaciones extranjeras, criterio este que se contiene en las **SAT de Barcelona de 24 febrero 1987, SAP de Toledo de 15 junio 1992 (AC 1992\946), y en el mismo sentido las de la AP de Barcelona Sección 16 de 15 noviembre 1990; y la de la AP de Madrid Sección 13 de 16 julio 1990; y la Sentencia de 1-12-1995 (AC 1995\2447)**, núm. 414/1995. Rollo de apelación núm. 394/1994. AP de Jaén, AP Barcelona, Sección 18ª, S. 7-10-1998, núm. 70/1998, rec. 92/1998. Pte: García Esquius, Ana María. **VIGESIMO.-** La pensión compensatoria por otra parte constituye un derecho personal que corresponde a los cónyuges y que tiene por objeto obtener un resarcimiento producido por un daño de carácter objetivo que ha de ponerse de manifiesto en el momento de producirse la crisis matrimonial al generar ésta un desequilibrio económico en uno u otro cónyuge, que implique un empeoramiento en la situación anterior que poseían en el matrimonio. Por ello afirma mayoritariamente la doctrina y la Jurisprudencia (**Sentencia de 29-7-1992 [AC 1992\1068]**). **Rollo de apelación núm. 258/1992; AP de Alava; Sentencia de 4-5-1996 [AC 1996\1004], núm. 114/1996. Rollo de apelación núm. 292/1995; AP de Cuenca, Sentencia de 7-12-1995 [AC 1995\2537], núm. 253/1995. Rollo de apelación núm. 148/1995; AP de Cuenca; Sentencia de 17-11-1992 [AC 1992\1571]. Rollo de apelación núm. 455/1992; AP Alava; AP Lleida, Sección 1ª, S. 7-9-1998, núm. 150/1998, rec. 69/1998. Pte: Villacampa Estiarte, Carolina, 99/496; AP Badajoz, Sección 1ª, S. 22-1-1999, núm. 22/1999, rec. 379/1998. Pte: Plata García, Jesús; AP Baleares, Sección 3ª, S. 21-12-1998, núm. 1032/1998, rec. 668/1998. Pte: Moragues Vidal, Catalina, y las que en ella se citan Sentencias de 30 de septiembre de 1996 y 6 de julio de 1998, entre otras; AP Guipúzcoa, Sección 1ª, S. 28-10-1998, núm. 330/1998. Pte: Barragán Morales, José Luis; AP Cádiz, Sección 1ª, S. 17-4-1998, rec. 489/1997. Pte: Rodríguez de Sanabria Mesa, Fernando Francisco; AP Madrid, Sección 22ª, S. 2-4-1998, rec. 697/1997. Pte: Correas González, Francisco Javier; AP Cádiz, Sección 1ª, S. 6-3-1998, rec. 358/1997. Pte: Rodríguez Rosales, Marcelino), que no se trata de un derecho incondicional, como puede ser el de alimentos, pues las condiciones para su estimación son esencialmente objetivas, es independiente de la atribución de cualquier clase de culpa en la crisis matrimonial, y es importante señalar que así como en los supuestos de separación es compatible por su propia naturaleza con el derecho alimenticio, en los supuestos de divorcio, al extinguirse dicho derecho entre cónyuges, no ha lugar a plantearse tal cuestión. Por último, es preciso señalar que teniendo en cuenta su condición objetiva se trata esencialmente de confrontar las respectivas situaciones de ambos cónyuges una vez producida la separación o el divorcio a los efectos de determinar si existe o no desequilibrio económico como consecuencia de la ruptura, sin que la fijación de la citada pensión sea el resultado automático de dicha ruptura, (AP Asturias, Sección 6ª, S. 11-9-1998, núm. 439/1998, rec. 117/1998. Pte: Rodríguez-Vigil Rubio, Mª Elena; AP Asturias, Sección 6ª, S. 26-2-1998, núm. 119/1998, rec. 564/1997. Pte: Rodríguez-Vigil Rubio, Mª Elena), sino que el desequilibrio económico una vez constatado, debe ser corregido en virtud de la valoración de las circunstancias de carácter ejemplificativo expuestas en el artículo 97 del Código Civil. **VIGESIMO PRIMERO.-** Establecida la pensión compensatoria como un supuesto de resarcimiento del perjuicio objetivo sufrido con ocasión de la separación o el divorcio y sin vinculación con ninguna idea de culpa (**Sentencia de 29 junio 1988**), se afirma que su fundamento se encuentra en el principio de solidaridad basado en la concepción social y el orden de valores que el matrimonio comporta; por ser un derecho reconocido al cónyuge perjudicado, responde al principio de rogación, a diferencia de las medidas que «ex officio» han de acordarse respecto a los hijos, vivienda familiar, cargas del matrimonio y disolución del régimen económico del mismo, por lo que, si existe acuerdo o consenso en la separación la situación de los cónyuges vendrá determinada por esos acuerdos y, si no existe, por la resolución judicial que la fije; habrá, pues, que atender a la pensión que en la misma se fije para ver si la separación produce o no a ese desequilibrio económico en la posición del otro cónyuge que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Pero es más, la pensión compensatoria, como medida definitiva, en ningún caso debe entenderse como carga del matrimonio porque se concede exclusivamente en favor del cónyuge perjudicado por la separación o el divorcio como señala la **Sentencia de 2 diciembre 1987** y surge tras la separación o divorcio por**

alteración de la situación económica del cónyuge más débil cuando aparece una circunstancia **sustancial** modificativa en la fortuna de uno u otro, lo que desemboca en un desequilibrio económico respecto de la situación existente **en el momento** de la ruptura. Preciso es, pues, establecer una comparación entre los medios económicos de uno y otro cónyuge para ver si se da o no ese empeoramiento sustancial.

VIGESIMO SEGUNDO.- 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 está regida, no por el principio de «ius cogens», propio de las segundas, sino por el dispositivo y, 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, núm. 439/1998, rec. 117/1998. Pte: Rodríguez-Vigl Rubio, Mª Elena; AP Santa Cruz Tenerife, Sección 1ª S. 16-3-1998, núm. 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 del Código Civil, y lo que sucederá es que para determinar la existencia de los presupuestos que justifican su concesión -desequilibrio económico-, habrá de estarse 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, núm. 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 Mallorca 22 diciembre 1982, SSTs 2 diciembre 1987 y 29 junio 1988; Sentencia de 7-7-1995 [AC 1995\1661], rollo de apelación núm. 114/1995; AP de Toledo Sección 2ª; Sentencia de 27-10-1994 [AC 1994\1771], rollo de apelación núm. 341/1993**).

VIGESIMO TERCERO.- La inmediata consecuencia de lo expuesto, es que la pensión compensatoria tiene por objeto reparar en lo posible el desequilibrio patrimonial que la separación o el divorcio produzca a uno de los cónyuges, con el fin de enjugar dicho desequilibrio durante el tiempo que se calcule como preciso para que el cónyuge desfavorecido pueda proporcionarse nuevos medios de vida, pues la pensión que nos ocupa no puede nunca considerarse como una renta vitalicia ni como una contribución indefinida a la que se tenga derecho por razón de haber contraído un día matrimonio, ni menos aun puede concebirse, con carácter general, como un derecho absoluto, incondicional e ilimitado temporalmente a especie de gravamen vitalicio sobre la economía del obligado al pago, pues su legítima finalidad debe ser la de situar a su beneficiario no en una cómoda situación de permanente dependencia del otro consorte, sino en condiciones de poder alcanzar en un plazo mayor o menor aquella autonomía pecuniaria por actividad laboral a la que constitucionalmente viene obligado, que hubiera podido disfrutar de no haber mediado el matrimonio, pudiendo únicamente establecerse una permanencia de la pensión por tiempo indefinido cuando en el caso concreto concurra una potencialidad real de que el beneficiario, por sus propios medios, no pueda suplir en un plazo razonable el desequilibrio causante de la misma, y ello como consecuencia de las circunstancias personales del beneficiario, su patrimonio, y las propias condiciones personales que le permitan o no subvenir a sus necesidades básicas y en tanto como consecuencia de la separación o el divorcio se genere en el solicitante una peor situación a la mantenida durante la unión matrimonial. Conforme a este criterio, el desequilibrio deberá ser contemplado en el momento en que tiene lugar, y este momento no es otro que el del cese de la convivencia motivado, bien por la separación o bien por el divorcio, esto último sólo en los casos en que la acción ejercitada para obtener la ruptura del vínculo (divorcio vincular) no haya venido precedida de otra anterior en que se pidiera la separación legal, pues las sentencias que se dicten en cada uno de ambos procesos producen el efecto común de liquidar el régimen económico matrimonial hasta entonces existente (artículo 91 del Código Civil), de tal suerte que a partir de ahí cada cónyuge deja ya de participar en el disfrute de los bienes y ganancias del otro.

VIGESIMO CUARTO.- La Jurisprudencia denominada menor así lo ha entendido siendo de citar las **Sentencias de 4-12-1997 (AC 1997\2435), núm. 475/1997. Rollo de apelación núm. 680/1996; AP de León Sección 1ª; Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 4 mayo 1994; AP Valencia, Sección 9ª, S. 5-11-1998, núm. 922/1998, rec. 31/1998. Pte: Baro Alexandre, José; AP Alava, Sección 1ª, S. 16-9-1998, núm. 220/1998. Pte: Saavedra Ruiz, Juan; AP Madrid, Sección 22ª, S. 2-7-1998, rec. 564/1997. Pte: Correas González, Francisco Javier; AP Alava, Sección 1ª, S. 29-6-1998, núm. 161/1998. Pte: Picazo Blasco, Francisco José, y las que en ella se citan, Sentencia núm.**

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 **significa 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 el 2005, la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil⁸ se concibe, en principio, **de forma**

162/1997, de 22 de septiembre (AC 1997\1926), rollo 101/1997, SS. 179/1995, 118/1996, 200/1996, y 410/1996, que coinciden en señalar que por lo dicho la pensión se constituye como una prestación que tiende a evitar que la separación o el divorcio produzca para uno de los cónyuges un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado durante el matrimonio o, mejor, en el último período de normalidad matrimonial, de tal forma que lo acontecido con posterioridad a tal situación temporal, en modo alguno puede afectar a la concesión de la prestación o a un aumento de la concedida basada en una mejora de la fortuna patrimonial del obligado, dado que en tales supuestos no impera causa originadora de la pensión de referencia, que no es otra que la situación de desequilibrio patrimonial producido al tiempo de la separación o divorcio. Por ello afirman las **Sentencias de 3-9-1997 (AC 1997\1918). Rollo de apelación núm. 1036/1996; AP Barcelona Sección 12ª; AP Zaragoza, Sección 4ª, S. 5-10-1998 (AC 1998\1972), núm. 583/1998, rec. 113/1998. Pte. Navarro Peña, Eduardo**, y las que en ella se citan **Sentencia del mismo Tribunal de 27 de julio de 1998, rollo de apelación núm. 633/1997; Sentencias de 2 de noviembre de 1989 y 4 de diciembre de 1991 de la Audiencia Provincial de Bilbao (Revista General de Derecho de 1994, pg. 6.330); 9 de noviembre de 1994 de la de Almería (Actualidad Civil, 1995, número 1); la de 30 de enero de 1995 (AC 1995\166), de la de Cádiz (Aranzadi Civil, abril 1995) y la de 9 de diciembre de 1997 (AC 1997\2565) de la Audiencia Provincial de Palencia (Aranzadi Civil, marzo 1998)**, que en su consecuencia resultaría anómalo con ocasión del procedimiento de divorcio entrar de nuevo a examinar la acción que surge del artículo 97 del Código Civil, sin perjuicio claro está que si al tiempo de decretarse el divorcio se pierde el derecho a la prestación alimenticia o auxilio económico entre cónyuges acordada en procedimiento de separación previa, y a la que se refiere el artículo 143 del Código Civil, se produzca con ello un desequilibrio que deba sopesarse, y a ello ha de estarse pues los acuerdos de los cónyuges priman. (**Sentencia de 1-7-1997 [AC 1997\1488], núm. 133/1997. Rollo de apelación núm. 353/1996; AP de Segovia; SAP de Bilbao 15 septiembre 1982, SAP de Bilbao de 23 octubre 1986 y de Barcelona de 9 diciembre 1986, Sentencia de 9-6-1997 [AC 1997\1278], núm. 167/1997. Rollo de apelación núm. 7/1997; AP de Navarra, Sección 20; Sentencia de 13-5-1995 [AC 1995\962]. Rollo de apelación núm. 86/1995; AP de Córdoba; SAP de Barcelona de 20 julio 1990, SAP de Santander 28 noviembre 1990**).

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*

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, 7840] , recurso 1024/2005 y 28-4-2005 [RJ 2005, 4209] , 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 el beneficiario estuviera percibiendo una pensión *compensatoria* 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 vitalicia.

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 DESAPARICION DE LAS PENSIONES DE VIUEDAD EN SUPUESTOS DE SEPARACION Y DIVORCIO. 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 PENSION 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 *condictio iuris* que contradice claramente el artículo 101 del Código civil?

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 el legislador era que 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 del deudor no es un supuesto de extinción de la pensión compensatoria y por el contrario, si podía haberla referido al concepto de contribución a las cargas del matrimonio y/o alimentos, que si se extinguen con el fallecimiento del deudor. Claro que esta *condictio iuris* 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

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".

abono de cantidad alguna en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, pues estas 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. PROTECCION SOCIAL, ECONOMICA Y JURIDICA DE LA FAMILIA TRAS LA REFORMA DEL ARTÍCULO 174 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS SUPUESTOS DE SEPARACION 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 mas 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

⁹ LLORENTE ALVAREZ, 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”*.

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 excónyuge 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. De tal forma que el fallecimiento del obligado al pago ha tenido como consecuencia que las cargas del matrimonio y alimentos de sus hijos deba afrontarlos solo 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 autentica 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 beneficiarios 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, esto 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 aquilataamiento 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”*.

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 el superstite tenga reconocida a su favor una pensión compensatoria, puesto que el art. 174.2 de la LGSS no establece tal requisito.

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

suelo 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. Así mismo, 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 ALVAREZ¹² 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,*

¹² LLORENTE ÁLVAREZ, A.: *Aspectos prácticos de la reforma de la Seguridad Social*, Editorial Lex Nova, 2008, p. 221

quizás este término no sea el más adecuado- a los separados y divorciados, 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 del 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 *condictio 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 del causante, de tal forma que si la pensión compensatoria la abonan los herederos, 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 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 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

3.3. 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 *condictio iuris* ha de ser no a la pensión compensatoria, sino a la percepción por parte del supérstite de cualquier cantidad por parte del o la difunta, bien en concepto de alimentos de hijos, esposo/a o ex cónyuge, contribución a las cargas del matrimonio, en su caso.

...triste la promesa tan leve no me sirve no me sirve tan
...mansa la esperanza la rabia tan sumisa tan débil tan
...humilde el furor tan prudente no me sirve no me sirve
...tan sabia tanta rabia el grito tan exacto si el tiempo lo
...permite alarido tan pulcro no me sirve no me sirve tan
...bueno tanto trueno el coraje tan dócil la bravura tan
...chirle la intrepidez tan lenta no me sirve no me sirve tan
...fría la osadía sí me sirve la vida que es vida hasta morir
...el corazón alerta sí me sirve me sirve cuando avanza la
...confianza me sirve tu mirada que es generosa y firme y
...tu silencio franco sí me sirve me sirve la medida de tu
...vida me sirve tu futuro que es un presente libre y tu lucha
...de siempre sí me sirve me sirve tu batalla sin medalla me
...sirve la modestia de tu orgullo posible y tu mano segura
...sí me sirve me sirve tu sendero compañero · *Me sirve*
...no me sirve, MARIO BENEDETTI · La esperanza tan
...dulce tan pulida tan triste la promesa tan leve no me
...sirve no me sirve tan mansa la esperanza la rabia tan
...sumisa tan débil tan humilde el furor tan prudente no
...me sirve no me sirve tan sabia tanta rabia el grito tan
...exacto si el tiempo lo permite alarido tan pulcro no m
...sirve no me sirve tan bueno tanto trueno el coraje tan
...dócil la bravura tan chirle la intrepidez tan lenta no m
...sirve no me sirve tan fría la osadía sí me sirve la vida qu
...es vida hasta morir el corazón alerta sí me sirve m
...sirve cuando avanza la confianza me sirve tu mirada qu
...es generosa y firme y tu silencio franco sí me sirve m
...sirve la medida de tu vida me sirve tu futuro que es un
...presente libre y tu lucha de siempre sí me sirve me sirv
...tu batalla sin medalla me sirve la modestia de tu orgullo
...posible y tu mano segura me sirve me sirve tu sendero

Abella
Legal