



PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVICENCIA

Universidad de Córdoba

PENSIÓN DE VIUEDAD: SEPARACIÓN MATRIMONIAL

Sentencia del TSJ del País Vasco, de 5 de diciembre de 2006

JULIA MUÑOZ MOLINA *

SUPUESTO DE HECHO: La actora se separó de mutuo acuerdo el 11 de diciembre de 1998, si bien la cláusula del Convenio Regulador estipulaba que en atención a los problemas de salud del esposo mantendría éste su residencia en el domicilio conyugal hasta que los mismos cesaran o mejoraran. La convivencia anterior se prolonga hasta el momento del fallecimiento del causante el 8 de abril de 2005. La Resolución del INSS, que es la que aquí se impugna, declaró que la actora tenía derecho sólo a un porcentaje (86,83%) de la pensión de viudedad en aplicación del criterio «prorrata temporis». La Sentencia de Instancia estima la demanda interpuesta contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, condenando al INSS-TGSS, a abonar a la actora íntegramente la pensión de viudedad, más las revalorizaciones y actualizaciones correspondientes, al tener en cuenta la convivencia posterior a la separación.

RESUMEN: Frente a la misma se interpuso Recurso de Suplicación por el INSS, que fue impugnado por la actora. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó el recurso, revocando la Sentencia de Instancia y confirmando la Resolución Administrativa impugnada. Según entendió la Sala, los cónyuges separados, no reconciliados en ningún momento, siguieron viviendo en el mismo lugar por circunstancias excepcionales, sin que ello hubiera afectado realmente a la separación acordada.

* Profa. Dra. Titular de Escuela Universitaria del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ÍNDICE

1. BREVE CONFIGURACIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD Y CUANTÍA
2. ANÁLISIS DE LA STSJ DEL PAÍS VASCO DE 5 DE DICIEMBRE DE 2006. SUPUESTO DE HECHO Y SOLUCIÓN ADOPTADA
3. EL FUTURO DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD. LA REGULACIÓN PREVISTA EN EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL
4. BREVE CONCLUSIÓN

1. BREVE CONFIGURACIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD Y SU CUANTÍA

Sin ánimo de llevar a cabo un análisis exhaustivo de la pensión de viudedad¹, si conviene señalar para conocer el marco jurídico en el que se inserta la Sentencia que se comenta, quienes son actualmente los beneficiarios de la pensión de viudedad y la cuantía de la misma.

El beneficiario de la pensión de viudedad es el cónyuge superviviente, siendo necesario que exista o haya existido vínculo matrimonial, en cualquiera de las formas previstas en el Código civil². Con la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, no importa que el matrimonio se haya celebrado entre personas del mismo o distinto sexo.

Actualmente, no se puede causar derecho a la pensión de viudedad por parte del superviviente de una unión extramatrimonial³. Respecto a la exigencia de vínculo matrimonial, el TS es contundente en el sentido de no equiparar este requisito a la convivencia *more uxorio*, ni tampoco la promesa o compromiso de contraer matrimonio⁴, ni a otras uniones o formas de convivencia no legalmente institucionalizadas. Como ha declarado el Tribunal Constitucional reiteradamente, la denegación de la pensión de viudedad en estos supuestos no lesiona el derecho de igualdad⁵.

¹ Sobre el tema *vid.*, entre otros, ALONSO OLEA, M. «Las pensiones de viudedad hoy», *TS* núm. 154, 2003, págs. 9 y ss; DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^a L. Régimen jurídico de la viudedad, CARL, Sevilla, 2002; PÉREZ ALONSO, M.^a A. *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Comentarios a los artículos 171 a 179 de la Ley General de la Seguridad Social», en AA.VV. (Dir. Sempere Navarro, A.) *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003.

² Art. 174.1 TRLGSS.

³ *Vid.*, entre otros, LÓPEZ TARRUELLA, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C. «Uniones extramatrimoniales y pensión de viudedad», *RL* núm. 10, 1991; MORENO GENE, J, ROMERO BURILLO, A. M.^a y PARDELL VEA, A. «La protección social del miembro superviviente en las uniones de hecho: pensión de viudedad», *AL* núm. 10, 1997.

⁴ STS 19 de noviembre de 1998 (R.Ar. 10008).

⁵ Entre otras, SSTC 29/1991, de 14 de febrero; 140/2005, de 6 de junio. En relación con la celebración del matrimonio conforme al rito gitano el TC ha declarado (STC 69/2007, de 16 de abril), confirmando el criterio mantenido por el TS, que la denegación de la pensión

También son posibles beneficiarios de la pensión de viudedad quienes hayan sido cónyuges legítimos, siempre que no hubieren contraído nuevas nupcias, y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o divorcio ⁶.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión corresponde al superviviente que no hubiera actuado de mala fe ⁷, siempre que no hubiere contraído nuevas nupcias ⁸ y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante.

Respecto a la cuantía de la pensión de viudedad, el porcentaje aplicable, con carácter general, para determinar su importe inicial es del 52% ⁹. Excepcionalmente, el porcentaje será del 70%, cuando el pensionista tenga cargas familiares, la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos y los rendimientos anuales del pensionista no superen los límites establecidos. Los mencionados requisitos deberán concurrir durante todo el período de percepción de la pensión.

Como hemos adelantado, en caso de separación o divorcio, la pensión de viudedad será reconocida en cuantía proporcional al tiempo de convivencia con el causante fallecido, aun cuando no exista una posterior unión matrimonial del causante, ni, por ende, otro cónyuge superviviente ¹⁰. Se entenderá como tiempo convivido con el causante, el transcurrido desde la celebración del matrimonio hasta la fecha de efectos de la separación judicial, del divorcio o de la nulidad declarados por sentencia firme.

La cuantía de la pensión de viudedad, en los casos de separación judicial, cuando posteriormente se ha reanudado la convivencia del matrimonio pero no se ha comunicado o producido la reconciliación ante el Juzgado, se concede en proporción al tiempo de convivencia anterior a la separación judicial, sin incluir la convivencia de hecho posterior ¹¹.

de viudedad no lesiona el derecho a la igualdad, ni implica una discriminación por razón de raza dado que la exigencia de vínculo matrimonial carece por completo de cualquier tipo de connotación étnica.

⁶ Art. 174.2 del TRLGSS.

⁷ Si no se ha efectuado pronunciamiento acerca de la buena o mala fe de ninguno de los cónyuges, se presume la buena fe (SSTS 1 de octubre de 1993 (R. Ar. 7561); 11 de febrero de 1994 (R. Ar. 870))

⁸ Art. 174.2 del TRLGSS.

⁹ Art. 1 RD 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad. Porcentaje que rige desde el 1 de enero de 2004, pero que también se aplica a las pensiones causadas con anterioridad, si bien con efectos desde la indicada fecha.

¹⁰ SSTS 21 marzo 1995 (R. Ar. 2171); 20 mayo 2002 (R. Ar. 6797); 22 de octubre 2002 (R. Ar. 1905); 19 diciembre 2002 (R. Ar. 2350).

¹¹ SSTS 15 diciembre 2004 (R. Ar. 2169); 2 febrero 2005 (R. Ar. 2596); 23 febrero 2005 (R. Ar. 2364); 28 febrero 2006 (R. Ar. 4819); 28 noviembre 2006 (R. Ar. 1469).

Como hemos podido comprobar, con la regulación actual, no se exigen condiciones especiales a los beneficiarios de la pensión de viudedad, por lo que puede suceder que accedan a esta pensión personas que ninguna dependencia económica tenían con el fallecido, con grave perjuicio para el cónyuge superviviente (al reducirse la cuantía de la pensión a su favor) que sin embargo es el que por definición participaba de las rentas del causante y, por tanto, el que efectivamente soporta el estado de necesidad presunto, que cubre la pensión contributiva de viudedad. Además, se trata de una regulación que sigue ligada a esquemas matrimoniales¹², desconociendo los nuevos usos familiares, especialmente las uniones convivenciales de hecho, cuya presencia está presente en nuestra realidad social.

El modo en que están regulados los beneficiarios de la pensión de viudedad nos lleva a cuestionarnos cuál es la verdadera razón de ser de la pensión de viudedad, ya que pueden ser beneficiarios de dicha pensión quienes no ostentan la condición de cónyuges (excónyuges cuyo matrimonio se disolvió por divorcio) e incluso personas que nunca ostentaron tal condición por haber sido declarado nulo su matrimonio.

Como ha señalado la doctrina, la protección que se otorga es múltiple en beneficiarios, insuficiente en términos económicos y desfasada con respecto a la situación familiar actual¹³.

2. ANÁLISIS DE LA STSJ DEL PAÍS VASCO DE 5 DE DICIEMBRE DE 2006: EL SUPUESTO DE HECHO Y LA SOLUCIÓN ADOP-TADA

La cuestión litigiosa estriba en determinar qué efectos ha de darse a la convivencia posterior a la separación cuando los cónyuges ya previeron en el convenio regulador que la residencia del causante en el mismo domicilio continuaría por motivos de salud, pese a la separación.

El Juzgado de lo Social al tener en cuenta el convenio regulador, así como que la convivencia se ha prolongado hasta el fallecimiento del causante, estima la pretensión de la actora y le reconoce íntegramente la pensión de viudedad, el 52% de la base reguladora en que dicha pensión consiste.

El INSS recurre dicha decisión en suplicación, y la correspondiente STSJ del País vasco, de 5 de diciembre de 2006 estima el recurso, anula la sentencia de instancia y deniega, en consecuencia la pretensión de la actora,

¹² Vid. ALONSO OLEA, M. «Familia, matrimonio y pensión de viudedad», *REDT* núm. 46, 1991.

¹³ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L. *Instituciones de Seguridad Social*, 18.º ed., Madrid, Civitas, 2002, pág. 313.



esencialmente por entender que los cónyuges separados, no reconciliados en ningún momento, siguieron viviendo en el mismo domicilio por circunstancias excepcionales, sin que ello hubiera afectado realmente a la separación acordada.

Como la propia Sentencia precisa, los cónyuges acordaron continuar la residencia del marido en el mismo domicilio y lo hacen en el marco del convenio regulador de su separación matrimonial, por razones de enfermedad de aquél, pero en el marco de la separación de los cónyuges. En consecuencia, no habiéndose producido la real reconciliación y una nueva convivencia en este nuevo marco, no puede entenderse que proceda la pensión en los términos solicitados.

En el caso que nos ocupa el Superior de Justicia tiene en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre la posible reconciliación de los cónyuges¹⁴. Al respecto, el TS deja claro que, en tanto subsista y no se modifique la situación de separación matrimonial o divorcio decretada judicialmente, la pensión de viudedad del cónyuge superviviente que siguió conviviendo con el causante habrá de reconocerse en proporción exclusivamente al tiempo de convivencia «legal» de ambos cónyuges, sin que la convivencia real entre cónyuges judicialmente separados, que no han pretendido del órgano judicial competente la resolución consecuente con una propia reconciliación matrimonial, pueda surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha, por las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho.

A nuestro juicio, la postura del TSJ es acertada y acorde con la doctrina jurisprudencial, no puede computarse con el objetivo de aumentar el porcentaje de la pensión de viudedad calculado en el momento de la separación judicial la convivencia posterior a la misma, que se produce como consecuencia del convenio regulador, porque en tal caso sólo existe una convivencia acordada voluntaria y de común acuerdo entre dos personas, que legalmente tienen la separación matrimonial, lo que para nada supone el restablecimiento del vínculo matrimonial. Además, como ha quedado reflejado, el legislador limita la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia.

3. EL FUTURO DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

Como ha quedado reflejado, la protección de esta prestación apenas ha cambiado, sigue ligada a las estructuras sociales y familiares del pasado, no

¹⁴ SSTS 15 diciembre 2004 (cit.); 2 febrero 2005 (cit.) y 23 febrero 2005 (cit.)

ha incorporado las alteraciones sociológicas, como las uniones de hecho. La pensión de viudedad está cimentada en un concepto de familia tradicional fundada en el matrimonio y en la dependencia económica de la mujer con respecto al cabeza de familia.

El actual régimen jurídico de la pensión de viudedad se hace depender fundamentalmente del matrimonio, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio, partiendo de la aceptación del hecho de que ser viuda/o constituye por sí una situación de necesidad, que sólo se extingue cuando el sujeto contrae nuevo matrimonio. De esta forma prima más un criterio formal que una evaluación real de la situación de necesidad ¹⁵.

A pesar de todo el cúmulo de reformas que se han sucedido desde 1978 sobre la Seguridad Social y, en especial, sobre las pensiones, la pensión de viudedad a penas ha sufrido variaciones.

Un primer intento de proceder a la reformulación global de la pensión de viudedad se encuentra en la Disposición adicional 54.^a de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2006 ¹⁶, al establecer literalmente que: «El Gobierno presentará ante el Congreso de los Diputados, previa su valoración y análisis con los agentes sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de Ley que, dentro de un contexto de reformulación global de la pensión de viudedad, dirigido a que la misma 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 del fallecimiento del causante».

No se ha presentado ante el Congreso un Proyecto de Ley específico en materia de viudedad, pero sí se recogen las anteriores previsiones en el Proyecto de Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 13 de septiembre de 2007 ¹⁷, fruto del Acuerdo de julio de 2006 entre el Gobierno y los interlocutores sociales ¹⁸.

En el referido Proyecto del Ley se prevé una alteración de gran profundidad en la pensión de viudedad, los factores claves sobre los que pivota

¹⁵ BARREIRO GONZALEZ, G. y MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R. «La pensión de viudedad a debate», *AL* núm. 20, 2006.

¹⁶ Ley 30/2005, de 29 de diciembre.

¹⁷ Boletín oficial de las Cortes generales de 20 de septiembre de 2007.

¹⁸ Sobre el Acuerdo firmado el 13 de julio de 2006, entre el Gobierno y las organizaciones patronales y sindicales más representativas, *vid.* GARCÍA NINET, J. I. «Acerca de lo que pretende el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social», *TS* núm. 187, págs. 5 y ss.



la reforma son, la incorporación del requisito de la dependencia económica del superviviente respecto del causante, junto con el reconocimiento de las uniones de hecho.

En caso de matrimonio, para acceder a la pensión de viudedad, en los supuestos de fallecimiento del causante por enfermedad común, el proyecto establece que se requerirá que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia como pareja de hecho que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

Si el cónyuge sobreviviente no puede acceder a la pensión de viudedad por no acreditar que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año o, alternativamente, la existencia de hijos comunes, se tendrá derecho a una prestación temporal de viudedad con una duración de dos años.

El Proyecto de Ley prevé que tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho¹⁹, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50% de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período; o el 25% en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

También se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del SMI vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del SMI vigente por cada hijo común con derecho a pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

En el Proyecto de Ley, con gran acierto a nuestro juicio, el derecho a la 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 art. 97 del Código civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante, siempre que no hubiera contraí-

¹⁹ Entendida ésta como la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y, acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en los registros específicos existentes en las CC.AA. o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja; que deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

do nuevas nupcias o hubiera constituido pareja de hecho en los términos que hemos visto.

En caso de nulidad matrimonial el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el art. 98 del Código civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos vistos.

Asimismo, el proyecto recoge que 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 por cumplir los requisitos exigidos cuando se trata de una pareja de hecho.

4. BREVE CONCLUSIÓN

Como ha quedado reflejado, existe un desfase absoluto entre la configuración normativa de la pensión de viudedad y la realidad social, económica, laboral y familiar actual, muy distinta a aquella en la que se desarrolló la mujer cuando se configuró por primera vez la pensión de viudedad, en la que existía una dependencia económica con respecto al cabeza de familia.

Lo que sí es realmente criticable, al menos a nuestro juicio, es que el excónyuge que no participa de las rentas del causante se convierta en partícipe de la pensión de viudedad con carácter vitalicio. En los casos de excónyuges cabe presumir que en su situación económica no repercute la muerte del causante, no se da materialmente una situación de necesidad económica generada por el fallecimiento del causante, por lo que la protección que se otorga en estos momentos no encuentra base suficiente para su justificación, a menos que se exigiera algún requisito adicional.

Por otro lado, la prorrata temporis produce desprotección sobre el cónyuge supérstite, ya que es él quien presumiblemente sufre los efectos económicos negativos derivados del fallecimiento del causante. Además, la distribución de la pensión de viudedad tiene como resultado percepciones económicas muy escasas que, a su vez, carecen de garantía de mínimos individuales²⁰, por lo que sería oportuno ganar en protección cuantitativa lo que hubiera de perderse de protección cualitativa.

Por todo ello, la pensión de viudedad manifiesta la necesidad de abordar una remodelación que limite el acceso a la misma en el caso de perso-

²⁰ En este sentido, GÓMEZ MUÑOZ, J. M., en AA.VV. (Dir. Alarcón Caracuel, M.R.) *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 1129.

nas separadas o divorciadas. Sobre esta cuestión incide la futura reforma de la pensión de viudedad, ya que en tales casos no bastara con la existencia de un matrimonio anterior, sino también, y aquí está la novedad, la constatación de una dependencia económica, acreditada por la existencia de pensión alimenticia o compensatoria, de modo que si no había derecho a la pensión compensatoria tampoco lo habrá para generar una pensión de viudedad. Pero además, se establece un límite en favor de quien es cónyuge en la fecha del fallecimiento, que en cualquier caso será como mínimo equivalente al 40% de la pensión. No obstante, el límite nos parece insuficiente.

Por otro lado, el Proyecto endurece las condiciones de quienes tienen la condición de cónyuges en el momento del fallecimiento de uno de ellos por enfermedad común, al exigirse un período previo de vínculo conyugal o la existencia de hijos en común, lo que a nuestro juicio merece una valoración negativa²¹. No hay que olvidar que nos encontramos ante una prestación contributiva y esta medida es absolutamente injusta y lesiona las expectativas del viudo/a; además, no cabe duda que la muerte del causante, con independencia del origen de la misma, provoca un desequilibrio económico total o parcial en la economía familiar; y, finalmente, aumenta aún más las diferencias de trato entre los riesgos comunes y profesionales, con un tratamiento discriminatorio para la enfermedad común.

Para concluir, nos parece un gran acierto el reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho que el Proyecto de Ley realiza, pues debe reconocerse que esas formas de convivencia van recibiendo un empuje institucional hacia su asimilación al matrimonio. Además, no asimila sin más las meras convivencias de hecho al matrimonio, sino que exige la acreditación registral de una convivencia con características comunes al matrimonio.

Analizados los ejes sobre los que va a girar la futura y no lejana remodelación de la pensión de viudedad, es probable que parte del debate planteado en la sentencia objeto de este comentario se centrara, no tanto en si debe o no computarse la convivencia posterior a la separación matrimonial como asimilada a la convivencia marital, sino en la existencia o no de derecho a pensión compensatoria, de modo que si no había derecho a tal pensión compensatoria tampoco lo habrá para generar derecho a una pensión de viudedad.

²¹ Critican esta medida, entre otros, GORELLI HERNÁNDEZ, J. «El acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social», *TL* núm. 86, 2006, págs. 24 y 25; FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. «La inminente reforma de las pensiones de seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF núm. 288, 2007, págs. 99 y 100.