

LA PENSIÓN DE VIUDEDAD Y LAS PAREJAS DE HECHO

Mario A. Castellano Suárez

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.*

SUMARIO:

- I. OBJETO DEL ESTUDIO
- II. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD
- III. CAMBIO EN LA VALORACIÓN SOCIAL DE LAS PAREJAS DE HECHO Y SU REFLEJO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978
- IV. LA LEY DE DIVORCIO Y SUS EFECTOS EN LA PENSIÓN DE VIUEDAD
- V. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA DE LA LEY DE DIVORCIO:
 - 5.1 El derecho de los convivientes *more uxorio* a la pensión de viudedad. Alcance de la norma excepcional contenida en la disposición adicional décima.
 - 5.2 La convivencia *more uxorio* como causa de extinción de la pensión de viudedad: alcance del Art. 101 del Código Civil.

I. OBJETO DEL ESTUDIO

Se propone hacer una síntesis diacrónica que recoja los aspectos más importantes de la pensión de viudedad hasta llegar al día de hoy. Cómo ha evolucionado. Los problemas jurídicos surgidos en torno a las parejas de hecho, tanto en el acceso al derecho de la pensión como su consideración como causa de extinción de la misma. Si es la pensión de viudedad un derecho vinculado exclusivamente a la familia matrimonial.

II. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA A LA PENSIÓN DE VIUEDAD

Este apartado tiene como finalidad encuadrar el objeto de estudio en el momento presente, pero desde una perspectiva histórica, en relación con el pasado. En este sentido, en el rastreo histórico podemos observar dos constantes históricas que perduran hasta la vigencia de la Constitución de 1978. Una, la viudedad como un derecho exclusivo de la mujer esposa del trabajador y excepcionalmente del varón. Y ello sucede desde la ley de accidentes de 1900¹ y hasta el Texto Refundido de 1974², cuyo art. 160.2 fue declarado inconstitucional por discriminatorio en cuanto que suponía la infracción del art.14³ de la Carta Magna, por cuanto dispensaba un trato diferente al hombre y a la mujer a la hora de acceder a la pensión de viudedad⁴.

En este sentido nos parece ilustrativo de la tendencia histórica la Ley de dieciocho de julio de 1938, de Subsidios Familiares, cuyo preámbulo nos dibuja un con-

1 Art.5. "Si el accidente produjese la muerte del obrero, el patrono queda obligado a sufragar los gastos del sepelio..., y además a indemnizar a la viuda, ...".

2 Art.160.2. "Tendrá derecho a la pensión de viudedad con carácter vitalicio..., la viuda cuando, al fallecimiento del cónyuge se den los siguientes requisitos...".

3 Art. 14. "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".

4 Sentencia T.C. 103/1983, F.J. 7º "..., la desigualdad del régimen jurídico de los apartados 1 y 2 del art. 160 de la L.G. de la Seguridad Social se presenta nítidamente como contraria a los dictados de la Constitución. Por ello, para restablecer la igualdad se hace preciso declarar inconstitucional el apartado 2º del art. 160...". Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Díez Picazo.

cepto de familia donde se mezcla lo religioso y lo político. Así, se habla del objetivo de dicha ley, “fortalecer la familia en su tradición cristiana...”. “...(y para que en caso de necesidad) la madre (no tenga que ir) a buscar en la fábrica o taller un salario... apartándola (así) de su función suprema insustituible, que es la de preparar sus hijos, arma y base de la Nación en su doble aspecto espiritual y material.”.

Se dibujan aquí el reparto de roles en el matrimonio: el padre que procura los ingresos económicos con su trabajo y la madre que ejerce su función en su domicilio de ama de casa. De ahí que fuese la mujer la necesitada de protección en caso de fallecimiento del esposo trabajador.

No debemos olvidar, en relación con los subsidios familiares que la Ley del 23 septiembre de 1939 los amplió a las viudas⁵.

Hoy, con la incorporación de la mujer al trabajo la situación ha dado un vuelco notable. Aparte del concepto de familia como lugar de desarrollo de las potencialidades de sus miembros. Así que se ha producido un cambio desde la familia patriarcal fuertemente cohesionada bajo la dirección y gobierno del *paterfamilia*, a una familia democrática donde el padre y la madre ejercen las funciones propias de la patria potestad, y en la que también cabe la familia no matrimonial.

La otra constante histórica es la vinculación de la pensión de viudedad a la existencia de matrimonio entre causante y beneficiario; y ello, desde la propia Ley de Accidentes de 1900⁶ hasta el Texto Refundido vigente de 1994⁷, pasando por la Ley de Accidentes de 10 de enero de 1922⁸, Texto Refundido de Accidentes de Trabajo del 12 de octubre de 1932⁹, Reglamentos de la Ley de Accidentes en la Industria de febrero de 1933¹⁰ y el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974.

En todos estos textos legales se habla bien de «viuda», bien de «cónyuge superviviente». Y el diccionario de la lengua¹¹ al hablar de «viudo-a» afirma que “se dice de la persona a quien se le ha muerto su cónyuge y no ha vuelto a casarse”. Y «cónyuge», “consorte, marido y mujer”.

5 Art.1 “A partir de la fecha de promulgación de esta Ley , quedan extendidos los beneficios establecidos en la de 18 de julio de 1938, sobre Subsidios Familiares, a las viudas y huérfanos de los trabajadores...”.

6 Art.5

7 Art.174.1. “Tendrá derecho a la pensión de viudedad...el cónyuge superviviente...”

8 Art. 6. “Si el accidente produjese la muerte del obrero, el patrono queda obligado... a indemnizar a la viuda,...”

9 Art.28. “Si el accidente produjese la muerte del obrero el patrono queda obligado... a indemnizar a la viuda,...”

10 Art.29. “Si el accidente produjese la muerte del obrero el patrono queda obligado ... a indemnizar a la viuda,...”

11 Diccionario Everest Léxico 1983 de la lengua española.

De estas dos constantes, la primera, la pensión de viudedad como derecho de la mujer y excepcionalmente del varón, ha sufrido una profunda modificación a raíz de la Constitución de 1978. La segunda, la pensión de viudedad como derecho vinculado al matrimonio, permanece prácticamente inamovible al menos hasta el momento presente.

Queda la excepción que introdujo la Ley 30/1981, denominada Ley de Divorcio, en su Disposición Adicional décima, en relación con las parejas de hecho estables, que convivían en análoga relación de afectividad matrimonial, que no habían podido legalizar su situación por no permitírsele la legislación vigente, y uno de cuyos miembros hubiese fallecido con anterioridad a la implantación de la Ley de Divorcio.

III. CAMBIO EN LA VALORACIÓN SOCIAL EN LAS PAREJAS DE HECHO Y SU REFLEJO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Esta metamorfosis de las parejas de hecho se puede observar tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Así, el profesor Espín Cánovas¹² manifiesta que “no cabe duda que la Constitución española de 1978 refleja un cambio social en las concepciones predominantes sobre la familia”.

Inciendiando más de lleno en el tema que nos ocupa, Mendieta Jaramillo¹³ da cuenta, refiriéndose a las parejas de hecho, que “actualmente -1990- dichas relaciones no se tildan de inmorales y la sociedad las acepta como algo normal”.

El profesor Merino Gutiérrez¹⁴ dice que “ el análisis de la Constitución española del 78 me lleva, pues, a considerar que las uniones libres no están prohibidas por la misma... sin que necesariamente éstas -uniones libres- deban considerarse como un matrimonio de segundo grado o de peor condición; simplemente se trata de una fórmula familiar alternativa...”.

En efecto, a pesar de todos los problemas planteados en el *iter parlamentario* para la aprobación de la Constitución por las corrientes políticas conservadoras, el texto vigente de la Carta Magna refleja ese cambio de mentalidad en amplias capas de la sociedad española¹⁵.

La jurisprudencia, como hemos dicho, no es testigo mudo de ese cambio de valores. Basta con examinar brevemente dos sentencias. Una del T.C. (Pleno) de 22 de noviembre de 1983¹⁶ que declara inconstitucional el art. 160.2 de la Ley

12 Tapia, abril de 1988, página 19.

13 Relaciones patrimoniales en la unión familiar de hecho. Actualidad Civil nº16/1990, pág.210.

14 Las uniones libres y sus perspectiva actual. La Ley 1988-1, pág.1006 y ss.

15 Para un estudio detenido y pormenorizado sobre esta materia ver “La Constitución Española de 1978 y La Unión Libre”, de Enrique Fosar Benlloch, en la Revista Jurídica de Catalunya nº4/1992, págs. 885 a 934.

16 Nº 103/1983. Ponente Excmo. Sr. D. Luis Díez Picazo.

de Seguridad Social de 1974, por infringir el art. 14 de la Constitución española estableciendo las mismas condiciones para acceder a la pensión de viudedad en el varón y en la mujer. Otra, del T.S. (Sala 1ª) de 22 de julio de 1993¹⁷, en cuyo F.J. Tercero de la misma se lee "... Ciertamente que las llamadas «uniones de hecho» o *more uxorio* constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente admitida... por los Tribunales...". "Dicha admisión (es) consecuencia obligada del Texto Constitucional, especialmente de su art. 39.1..."

IV. LA LEY DE DIVORCIO Y SUS EFECTOS EN LA PENSIÓN DE VIUEDAD

El profesor Goerlich¹⁸ señala tres cambios fundamentales efectuados por la Ley de Divorcios en el acceso a la pensión de viudedad.

- 1- Atenuación del requisito del vínculo, en tanto que pueden tener derecho a la pensión de viudedad no sólo el cónyuge viudo superviviente, de matrimonio preexistente, sino también el excónyuge en el supuesto de divorcio.
- 2- Irrelevancia de las causas de separación y divorcio; pues mientras que el art. 7 de la O.M. de 13 de febrero de 1967 exigía que la sentencia firme reconociese a la mujer como inocente u obligase al marido a prestarle alimentos, la Ley 30/1981, en su Disposición Adicional Décima, norma 3ª, afirma que "la pensión de viudedad... corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo... con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio".
- 3- Desaparición del requisito de la convivencia por cuanto que la O.M. de 13 de febrero de 1967 exigía "que la viuda hubiese convivido habitualmente con su cónyuge causante...". En la actualidad, después de la Ley 30/1981, la convivencia es relevante a los solos efectos de establecer la cuantía de la pensión, puesto que ésta, en el supuesto de existir más de un beneficiario, "corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido..."

Después de este recorrido histórico, nos situamos en la actualidad, y hoy el problema que tiene planteado la pensión de viudedad está relacionado con las parejas de hecho o convivientes *more uxorio*. Problema que, por otra parte, es doble : uno, si el superviviente de una pareja de hecho tiene o no derecho a disfrutar de la pensión de viudedad. Otro, si la convivencia *more uxorio* del cónyuge viudo que disfruta pensión de viudedad, es causa de extinción de la misma.

17 R.J. 1993,6274. Ponente Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

18 "La protección por viudedad en los supuestos de separación y divorcio". En relaciones laborales, 1988-II, págs. 945 y ss.

V. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA DE LA LEY DE DIVORCIO:

5.1 El derecho de los convivientes *more uxorio* a la pensión de viudedad.

Alcance de la norma excepcional contenida en dicha disposición adicional

Al irrumpir la Ley 30/1981, más conocida como Ley de Divorcio, eran muchas las parejas de hecho compuestas por miembros separados de matrimonios anteriores. Esta situación resultaba irreversible, puesto que la única causa de disolución del vínculo matrimonial era la muerte de uno de los cónyuges. De ahí que, al no tener otra opción jurídicamente posible, la única manera de rehacer la vida afectiva era la pareja de hecho o convivencia *more uxorio*.

En esta situación, que arrastraba ya muchos años, no es difícil pensar que existiese una gran cantidad de personas viudas de convivientes de hecho, que carecían del derecho a la pensión de viudedad por no ser cónyuge legítimo del causante. Por ello, se siente como una exigencia social el hecho de que esos/as viudos/as de parejas de hecho pudiesen acceder a la pensión de viudedad. A este sentimiento social viene a responder la Disposición Adicional Décima, norma 2, de la Ley 30/1981, en un gesto de generosidad y solidaridad.

No obstante, hay que decir que dicha norma se quiso ver, en un principio, como una extensión del derecho a la pensión de viudedad a los matrimonios de hecho en general.

Las tres primeras normas de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981 están íntimamente relacionadas. Así, la norma 1 establece el derecho en general de los hijos y cónyuge sobreviviente del causante a las prestaciones que ofrece la Seguridad Social. Y dice también esa norma, "sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en esta Disposición Adicional". Este apartado ya se está refiriendo a las novedades que la Ley de Divorcio introduce en materia de pensión de viudedad, entre otras. Esas novedades van a ser la pensión para el cónyuge superviviente de la pareja de hecho, en las condiciones que la norma 2 determina, el derecho a la pensión del cónyuge divorciado y separado -luego el superviviente de buena fe de matrimonio declarado nulo-, y por último la forma de reparto de esa única pensión de viudedad en el supuesto de existir más de un beneficiario de la misma a la muerte del causante en la norma 3.

Pero, interesa, porque ese es el objeto de estudio, tratar el acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. La norma 2 de la Disposición Adicional Décima dice así:

«Quienes no hubiesen podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente».

Del texto último en relación con los anteriores, podemos sacar dos deducciones:

- 1- Que para acceder a la pensión de viudedad será preciso ser cónyuge del fallecido.
- 2- Que, excepcionalmente, podría ser beneficiario de dicha pensión el superviviente de una pareja de hecho que hubiesen vivido como matrimonio, cuando uno de ellos hubiese fallecido antes de la vigencia de la Ley de Divorcio.

Por consiguiente, la Disposición Adicional Décima no vino a significar una modificación del art. 160 de la Ley de Seguridad Social vigente que exigía la existencia del vínculo matrimonial entre causante y beneficiario de la pensión de viudedad.

Como vemos, esta norma tiene carácter excepcional y provisional y, como hemos dicho anteriormente, tenía la finalidad de dar salida a la situación de tantas personas que, habiendo convivido extramatrimonialmente con otra, y no pudiendo legalizar la convivencia, puesto que alguno de los convivientes o los dos estaban separados y no existía la posibilidad de divorciarse, no podían acceder a la pensión de viudedad porque no existía vínculo matrimonial entre los convivientes *more uxorio*.

Alcance de la norma excepcional contenida en la Disposición Adicional de la Ley 30/1981

La interpretación de esta norma 2 de la Disposición Adicional fue una cuestión nada pacífica. El problema se plantea por la equiparación que se intenta entre convivencia matrimonial y convivencia de hecho o *more uxorio* a la hora de lucrar la pensión de viudedad. En este sentido, la Disposición Adicional es muy clara, exigiendo el cumplimiento de tres requisitos en la pareja de hecho para acceder a la pensión de viudedad:

- a) Que se trate de parejas de hecho. La doctrina científica¹⁹ señala como notas características de una pareja de hecho las siguientes: heterosexualidad, ausencia de formalidad, cumplimiento voluntario de los deberes conyugales, convivencia estable y duradera y notoriedad pública.

En cambio, la jurisprudencia, de todas las notas que señala la doctrina que deba acompañar a la pareja de hecho, sólo menciona expresamente la estabilidad. Así, la sentencia número 260/1988, del T.C. (Sala 2ª), de 22 de diciembre²⁰ y la sentencia número 184/90 del T.C. (Pleno) de 15 de noviembre²¹.

19 Reina Bernáldez: "Las parejas de hecho en nuestro ordenamiento jurídico". Ponencia presentada en el Seminario organizado por la Fundación Internacional Olof Palme, cuyo conjunto de ponencias e intervenciones figuran recogidas en una monografía titulada "El Derecho Europeo ante la Pareja de Hecho". Edit. Cedecs, Barcelona 1996, págs. 61 y ss.

20 "...el legislador aborda la incidencia sobre la Seguridad Social de las uniones estables de hecho...". Ponente Excmo. Sra. Dña. Gloria Begé Cantón.

21 "Este precepto - Disposición Adicional Décima- no incluye en su ámbito de aplicación todos los posibles supuestos de convivencia extramatrimonial sino sólo aquellas uniones estables...". Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Legina Villa.

Después de la lectura de la jurisprudencia, se tiene la impresión de que se dan por reproducidas las notas que mencionan la doctrina científica como integrantes de la pareja de hecho. Y de todas esas notas, se señala expresamente la estabilidad en la unión como la más importante, para distinguirlas así de las uniones accidentales o temporales.

No obstante, al menos en dos sentencias que hemos tenido ocasión de estudiar, una del Juzgado de lo Social de Algeciras²² y otra del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León/Valladolid²³, no se hace especial alusión a la identidad de sexos de la pareja, limitándose a negar, en ambas, la prestación de viudedad a los respectivos solicitantes por la reiteradísima causa de no existir vínculo matrimonial.

- b) Que la legislación vigente les hubiera impedido legalizar la situación contrayendo matrimonio. Se excluye, por consiguiente, la convivencia de solteros. En este sentido es muy clara la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto²⁴, al afirmar que *«Este precepto -Disposición Adicional- no incluye en su ámbito de aplicación todos los posibles supuestos de convivencia extramatrimonial, sino sólo aquellas uniones estables que tuvieran su causa en la imposibilidad de contraer matrimonio como consecuencia de la legislación anterior a la Ley 30/1981, en la que el divorcio era inexistente...»*.

Otra resolución del Tribunal Constitucional, de fecha anterior²⁵, todavía es más contundente cuando dice que *«Es la imposibilidad por impedimento legal de contraer nuevas nupcias lo que constituye la base de la protección dispensada por el legislador...»*.

- c) Que se hubiese producido la muerte del causante con anterioridad a la Ley 30/1981. Esto implica una aplicación excepcional de la Ley con carácter retroactivo. No obstante, la jurisprudencia ha interpretado extensivamente el tenor literal de la norma, puesto que una interpretación literal y rígida de la misma llevaría aparejada la exclusión de aquellos supuestos en los que el causante fallece con posterioridad al comienzo de la vigencia de la Ley, quizá en el trámite judicial del divorcio en marcha, donde la actuación extemporánea es atribuible a la Administración de Justicia²⁶. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del T.S. de J. de Andalucía/Sevilla en sentencia del 28 de septiembre de 1995²⁷.

22 De 12 de mayo de 1997. "Actualidad Laboral" nº 24/1997. Ponente Sr. Mozuelos Fernández-Figueroa.

23 De 20 de enero de 1998. A.S. 1998, 371. Ponente Ilmo. Sr. D. José Méndez Olgado.

24 Sentencia nº 184/1990, F.J.1.

25 Sentencia nº 260/1988 (Sala 2ª). Ponente: Excma. Sra. Dña. Gloria Begué Cantón.

26 Sentencia del T.S. del J. de Madrid de 13 de julio de 1989. A.S. 1989, 1143. Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Varela de la Escalera. "... pues la demora sufrida en la tramitación del proceso de divorcio... que de haberse efectuado dentro del plazo procesal establecido, hubiera permitido celebrar el matrimonio antes de fallecimiento del causante...".

27 A.S. 1995, 3411. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel López García de la Serrana

Bien por la existencia en cualquiera de los convivientes de una grave enfermedad física o psíquica²⁸.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del T.S. de J. de Catalunya de 21 de marzo de 1996²⁹.

En ocasiones se tienen en cuenta dificultades de tipo extraordinario, como sucedió con una pareja de hecho ambos casados, pero cuyos cónyuges estaban en ignorado paradero, lo que les imposibilitó legalizar la situación, a lo que se une el padecimiento de un cáncer hepático en el varón que le obligó a guardar cama y determinó su muerte. Y si bien *"... desde que en agosto de 1981 entró en vigor la... Ley 30/1981 la actora y su compañero carecieron de obstáculo legal para regularizar la situación en que se encontraban, sin embargo no cabe duda que las circunstancias concurrentes... constituyeron un impedimento insuperable para ellos, o al menos una dificultad extraordinaria, equivalente a la imposibilidad..."*³⁰.

En cambio, se niega la interpretación flexible en aquellos supuestos en los que los convivientes no actuaron diligentemente en la regularización de la pareja, desestimándose la demanda de pensión de viudedad porque el divorcio se plantea transcurrido mucho tiempo después de la Ley 30/1981³¹.

En el mismo sentido se pronuncia el T.S. de J. de Madrid³². Y una reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1998 (Sala 2ª)³³.

Tampoco caben, por otro lado, interpretaciones analógicas, en base al art. 4.1 del Código Civil, en el concepto de viudo/a aplicándolo a los convivientes more uxorio; puesto que *"... solamente se permite reconocer el derecho a pensión de viudedad a*

28 Sentencia del T.S. de J. Andalucía/Málaga de 15 de julio de 1991. A.S. 1991, 4196. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu. *"... dado que aparece probado que (el varón) se encontraba afectado desde el año 1980 de una grave enfermedad física y psíquica... que le impedía incluso salir de su domicilio... por lo que no le era exigible mayor actividad para adecuar la situación de hecho a la mera legalidad, a fin de que hubiese ostentado ahora la condición legal de viuda exigida por el art. 160.1 de la Ley de S.S...."*

29 "Actualidad Laboral" nº 42/1996. No se pudo llegar a contraer el matrimonio *"... por imposibilidad física y jurídica, al haber entrado en fase de coma el otro contrayente, que previamente había manifestado su voluntad de contraerlo cuando se personó el juez en el centro hospitalario donde estaba ingresado y que no recuperó la conciencia falleciendo al día siguiente..."*

30 Sentencia del T.S. de J. Andalucía/Sevilla de 17 de febrero de 1992. A.S. 1992, 1094. Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Romero Bustillo.

31 Sentencia de T.S. de J. País Vasco del 24 de junio de 1997. *"... (ello) supone una actitud pasiva por parte de (los convivientes), al haber tenido posibilidades el causante para acceder a la disolución de su vínculo matrimonial y posterior matrimonio con la actora..."*. Ponente: Ilmo. Sr. D. Benito Rebozo del Amo.

32 Sentencia de 28 de diciembre de 1993. A.S. 1993, 5576. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Martínez Calleja. *"...consta que el causante no instó su divorcio hasta 1989..., y obtenido éste (en octubre de 1990), no solicitó su matrimonio civil con la actora, hasta el 22 de julio de 1992..."*

33 F.J. 5D. Ponente: Excmo. Sr. D. Julio Diego González Cantos. *"... constituye un dato objetivamente constatable, ..., que desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981 hasta la solicitud de divorcio por parte del fallecido en 1987 había transcurrido un tiempo prolongado durante el cual no existía ya la imposibilidad jurídica de contraer matrimonio..."*

*favor del cónyuge que sobreviva al fallecido con quien le ligó en vida un matrimonio... porque la prohibición de integrar analógicamente el concepto de viudo o viuda- aplicándolo a la conviviente more uxorio- no figura formalmente entre las excepciones que a dicha posibilidad señala el art. 4.1 del Código Civil..*³⁴.

En relación con el matrimonio canónico, la situación del contrayente que espera el pronunciamiento del Tribunal Eclesiástico acerca de la inexistencia del vínculo, viene a ser, en todos los sentidos, civilmente idéntica a la de los convivientes more uxorio que no pueden contraer matrimonio por la existencia de obstáculo legal³⁵.

5.2 La convivencia more uxorio como causa de extinción de la pensión de viudedad: alcance del Art. 101 del Código Civil

El problema se presenta en la norma 5ª de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, que remite al art. 101 del Código Civil, para señalar la extinción de los derechos que concede dicha Disposición Adicional a los cónyuges viudos. Y el art. 101 del Código Civil³⁶ tiene como causa extintiva de la pensión entre otras, la convivencia marital del cónyuge viudo con otra persona.

Por su parte, el art. 174.2 de la vigente Ley de S.S. (Real Decreto Legislativo nº 1/1994, de 20 de junio, modificado³⁷), subraya los derechos a la pensión de viudedad de los separados, divorciados y supervivientes de buena fe de matrimonio nulo. Y a renglón seguido el art. 174.3³⁸, matiza que esos derechos se extinguirán por las causas señaladas en el art. 101 del Código Civil.

Partiendo de la vigente Ley de S.S., su art. 174.2 asume, en esencia, el contenido fundamental de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, incluyendo la extinción de los derechos en los mismos supuestos mencionados en el art. 101 del Código Civil.

En una primera interpretación, queda claro que el cónyuge separado, el divorciado y el supérstite de buena fe de matrimonio nulo tienen derecho a la pensión de viudedad en proporción al tiempo de convivencia con el causante. Tampoco hay duda de que en esos casos, la convivencia de hecho del cónyuge viudo con otra persona constituye causa de extinción de la pensión de viudedad. El problema se cen-

34 Sentencia del T.S. de 29 de junio de 1992. R.J. 1992, 4688. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde.

35 Sentencia del T.S. de Madrid (Sección 4ª) de 5 de diciembre de 1989. A.S. 1989, 3166. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Mª Marín Correa.

36 "El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona".

37 "En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, ... ". "En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente del que no cupiera la apreciación de mala fe...".

38 "Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del art. 101 del Código Civil".

tra pues, en desentrañar el verdadero sentido del art. 174.3 (si es que hay otro distinto al expresado en la Disposición Adicional) *“Los derechos derivados del apartado anterior -derecho a la pensión de viudedad del excónyuge divorciado del separado y el supérstite de buena fe de matrimonio nulo- quedarán sin efecto en lo supuestos del art. 101 del Código Civil”*.

En principio, está claro que la celebración de un nuevo matrimonio por el cónyuge divorciado y el de buena fe de matrimonio nulo es causa de extinción de la pensión de viudedad. También lo es el nuevo matrimonio del cónyuge viudo que convivía con el causante hasta su fallecimiento, por referencia al art. 11 de la O.M. de 13 de febrero de 1967³⁹. El problema se ha planteado y se plantea al tratarse de la simple convivencia de hecho del cónyuge viudo que convivía con el causante hasta su fallecimiento.

La doctrina judicial, a nivel de los Juzgado de lo Social y Tribunales Superiores, ha tenido una primera etapa oscilante, a raíz de la Ley de Divorcio. No así el Tribunal Supremo. Luego sucedió una fase de firmeza. En la actualidad, sin perjuicio de esperar el transcurso el tiempo para comprobar la dirección mayoritaria de la jurisprudencia, parece detectarse una cierta inestabilidad incipiente, a causa de la interpretación del contenido del art. 174.2 -reformado- de la Ley de S.S., vigente desde el 1 de septiembre de 1994.

Así vemos como el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por un lado, en su sentencia de 18.01.90⁴⁰ afirma que el hecho de la privación del derecho a la pensión de viudedad a un conviviente de hecho parecería más bien una medida sancionadora. También alega que sólo en el caso de que el viudo conviviente viviera a expensas de su pareja, *“cosa que no es lo corriente”* -afirma la sentencia- podría extinguirse la pensión de viudedad. *“sí es causa de extinción de la pensión de viudedad el contraer nuevas nupcias puesto que, en este caso, se recupera legalmente la obligación alimentaria y teóricamente se genera la expectativa a obtener, en su día, la protección de la contingencia de una nueva viudedad, lo que no acontece con la convivencia extramatrimonial...”*. El tribunal, que resuelve una demanda del INSS solicitando la extinción de la pensión por convivencia extramatrimonial, no hace expresamente distinción alguna, como luego lo hará en otros supuestos de los que conoce, entre convivencia de cónyuge separado, divorciado o matrimonio nulo y convivencia de cónyuge viudo.

En cambio, sí que hace la diferencia el Tribunal Supremo en la resolución dictada con motivo del Recurso de Casación en unificación de doctrina⁴¹, y en el que se aduce como contradictoria la sentencia valenciana anteriormente comentada. El Tribunal Supremo, aparte de hacer suyos los argumentos de la sentencia del T.S. de J. de

39 *“La pensión de viudedad se extinguirá por la siguientes causas:*

a.- Contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso. ...”

40 A.S. 1990, 3543. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Luis de la Rúa Moreno.

41 Sentencia 14.04.1994. R.J. 1994, 3238. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Álvarez Cruz.

Valencia, entra a distinguir entre supuestos de extinción de la pensión de viudedad, recogidos en el art. 101 C.C., al que remite la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, entre ellos, la convivencia marital con otra persona, y los supuestos extintivos de la O.M.de 13.02.67. Así dice que mientras *“los supuestos contemplados en (la) Disposición Adicional parten de la base de una pensión concedida o derivada de nulidad, separación o divorcio..., en el caso del cónyuge viudo no cabe una interpretación extensiva y, es preciso estar, pues al ... art.11, apartado a) de la Orden de 13.02.67, que contempla como causa de extinción (de la pensión de viudedad) las nuevas nupcias, pero no la mera convivencia extramatrimonial”*.

Esta misma doctrina la mantiene el T.S. en sentencias de 17 de junio⁴² y 20 de diciembre⁴³, ambas de 1994. Precisamente, la sentencia de junio dimana del Recurso de Casación en unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Valenciano, de 30.06.93⁴⁴. Se trata de una señora viuda, que convive de hecho con un señor. Ella venía lucrando pensión hasta que el INSS procedió a darle de baja como pensionista de viudedad. Los términos de la Sala de Suplicación son categóricos: *“... Disponiendo en la regla 5ª (de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981) con toda nitidez, que ... (los) derechos, entre ellos la pensión de viudedad, quedarán en suspenso en cuanto al cónyuge en los supuestos del art. 101 Código Civil, entre los que contempla el vivir maritalmente con otra persona. Y siendo la interpretación literal del precepto de una claridad meridiana, y constando en los hechos probados no combatidos que la actora convive con otra persona... ha de concluir que la pensión de viudedad que venía disfrutando debe quedar sin efecto en el supuesto que concurre en los presentes autos...”*.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 17.06.94, casa y anula la sentencia anteriormente comentada declarando el derecho de la recurrente a percibir la pensión de viudedad, fundando su pronunciamiento en tres pilares:

- 1- Distinción entre viudos divorciados y separados, para los que sí es causa de extinción de la pensión de viudedad la convivencia extramarital en virtud del tenor del art. 101 C.C..
- 2.- Para los viudos propiamente dichos son causas de extinción de la pensión las señaladas en el art. 11 de la O.M. de 13.02.67, no cabiendo una interpretación extensiva.
- 3.- Extinción absurda e ilógica para este último supuesto, ya que si la convivencia de hecho no causa pensión de viudedad, tampoco es causa de extinción de la misma.

42 R.J. 1994, 5546. Ponente: Excmo. Sr. . Victor Fuentes López.

43 R.J. 1944, 10345. Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.

44 A.S. 1993, 3088. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Isabel Moreno de Viana Cárdenas.

Otras sentencias de Tribunales Superiores de Justicia hacen la distinción expresa entre viudos separados y divorciados por un lado, y viudos propiamente dichos por otro. Para los primeros es causa de extinción de la pensión la simple convivencia de hecho, pero no para los segundos. Así, la de Andalucía/Granada⁴⁵, Catalunya⁴⁶ y Baleares⁴⁷.

El Tribunal Constitucional también ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. Así, la sentencia de la Sala 1ª de 25.04.94⁴⁸, afirma que la extinción de la pensión de viudedad, en el presente caso, por convivencia *more uxorio*, es una interpretación no fundada en derecho y, por consiguiente, irrazonable y arbitraria, porque la norma no contempla el supuesto de hecho como causa extintiva de la pensión. Los hechos que se juzgan en dicha sentencia son los siguientes: una señora viuda y perceptora de la pensión de viudedad, comenzó a vivir con un hombre a la muerte de su esposo. Fallecido también su conviviente de hecho, solicita pensión de viudedad, siéndole denegada, lógicamente, por no existir vínculo conyugal. Conociendo, entonces, el INSS que la señora había venido conviviendo extramaritalmente con el fallecido, inició los trámites para revocar la pensión de viudedad que la solicitante tenía reconocida de su legítimo esposo. Estimada la demanda interpuesta por el INSS en el Juzgado de lo Social número tres de Oviedo, es recurrida la sentencia en suplicación, resultando confirmada la resolución de instancia. Recurre la señora en amparo que le es concedido, anulando las sentencias recurridas. La sentencia del T.C. argumenta su resolución de la siguiente manera:

- 1.- No existe en la legislación vigente de la S.S. reguladora de las prestaciones por supervivencia una norma expresa que establezca que la convivencia de hecho es causa de extinción de la pensión de viudedad.
- 2.- El contenido de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, es una excepción. Pero esta norma tiene un alcance restringido, al igual que el art. 101 C.C., al que se remite. Pues tan sólo regula aquellas pensiones derivadas de divorcio, separación o nulidad de matrimonio, y en aquellos supuestos en los que el matrimonio no se pudo contraer por impedirlo la legislación vigente con anterioridad al fallecimiento del causante. Y según el art. 101 C.C. la convivencia extramarital constituye causa de cesación de la pensión de viudedad sólo y exclusivamente en esos supuestos.

En el Fundamento Jurídico 5, el T.C. es tajante cuando afirma que “... los tribunales (Instancia y Suplicación) han efectuado una selección manifiestamente irrazonable de la norma aplicada...”. Y más adelante, en el mismo Fundamento Jurídico, recrimina a los juzgadores anteriores por el hecho de que “se haya suprimido sin base legal un derecho a una prestación de Seguridad Social reconocida en favor de la actora y

45 Sentencia de 8.10.1991. A.S. 1991, 5723. Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio León Sola.

46 Sentencia de 30.05.1994. A.S. 1994, 2103. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio García Rodríguez.

47 Sentencia de 7.02.1990. A.S. 1990, 2558. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Suau Rosselló.

48 Sentencia nº 126/1994. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer.

(que, además) se (extraigan) consecuencias jurídicas perjudiciales y restrictivas de derechos sin base legal alguna, de una conducta privada que en sí mismo es lícita en un marco constitucional de libertad...". "Lo que materialmente se deriva de las sentencias impugnadas es la pérdida de un bien jurídico constitucionalmente tutelada (la pensión de viudedad) por una conducta privada que la legislación de Seguridad Social no ha previsto expresamente como causa de extinción de la pensión...".

Dicha sentencia contiene un voto particular⁴⁹ que intenta rebatir la calificación de arbitraria e irrazonable que se hace a la interpretación de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981.

Bueno, pero cuando parece que la situación estaba ya meridianamente clara, una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco del 06.06.97⁵⁰, parece contradecir la doctrina judicial hasta ahora mantenida y que hemos tenido la ocasión de ver. Se trata de una señora que queda viuda y comienza a cobrar su pensión correspondiente el día 1.12.91. Pues bien, con fecha 1.06.92 se presenta una denuncia administrativa y, para abreviar, el INSS le da por extinguida, el día 30.09.92, la pensión que venía percibiendo al acreditarse la convivencia de hecho con otro hombre. El Juzgado de lo Social estima la demanda del INSS, siendo recurrida la sentencia en suplicación. El Tribunal Superior de Justicia concreta afirmando en el Fundamento Jurídico 2 que "lo que debe determinarse es si el derecho que tenía reconocido con efectos al 1 de diciembre de 1991, sin que en aquel momento la convivencia marital con otra persona constituyera causa (de extinción de la pensión), a partir del 1 de septiembre de 1994 (inicio de la vigencia de la actual Ley de S.S.) se podía ver privado por la vigencia desde entonces de la citada causa extintiva...".

De lo dicho, parece deducirse que el art. 174 del Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la S.S., introduce un nuevo significado, cuando realmente viene a ser un transplante de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, norma 3.

El número 2 del art. 174 de la Ley de S.S. dice que "en los supuestos de separación o divorcio el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo...". Por su parte, el número 3 del mencionado artículo es un texto idéntico a la norma 5ª de la Disposición Adicional Décima, y hace referencia a la extinción de "los derechos derivados del apartado anterior", y que son los derechos a la pensión de viudedad del separado, del divorciado, y del supérstite de matrimonio nulo. Pues bien, la extinción de esos derechos tiene lugar si se dan algunas de las causas previstas en el art. 101 C.C., al que remite el número 3 del art. 174. Y esas causas de extinción de la pensión de viudedad son la celebración de un nuevo matrimonio y la convivencia marital con otra persona.

49 Formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Cruz Villalón.

50 A.S.1997, 1880. Ponente: Ilmo. Sr.D. Modesto Iruretagoyena Iturri.

¿De dónde deduce el juzgador Vasco esa nueva interpretación del art. 174 de la Ley de S.S., cuando los números 2 y 3 de dicho artículo son herederos directos del tenor literal de la Disposición Adicional Décima, normas 3ª y 5ª, respectivamente?

Podría interpretarse, quizá, que cuando el art. 174.2 de la Ley S.S. dice que *“En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea... cónyuge legítimo...”*, el subjuntivo **sea** está haciendo referencia no sólo al cónyuge separado, puesto que el vínculo jurídico continúa vigente, sino también al actual, con quien convivía en el momento de su muerte.

Pero, por otra parte, ¿cuál es la razón, entonces, de que el art. 174.1 hable de una pensión de viudedad general, que viene a ser la clásica, la reconocida con anterioridad a la Ley de Divorcio, y en el nº 2 mencione otras especies o tipos de viudedad (del divorciado, del separado y del supérstite de buena fe de matrimonio nulo)? Y es más, el tipo de pensión de viudedad que refiere el 174.1, se extingue en los casos que *“...legal o reglamentariamente se establezcan ...”*. Mientras que el nº 3 del art. 174 se está refiriendo a la extinción de los tipos de pensión de viudedad *“...derivados del apartado anterior...”* (separado, divorciado y matrimonio nulo), que es el 174.2. En este sentido, el Tribunal Supremo (Sala 4ª), en sentencia de 21.03.95⁵¹, en su Fundamento de Derecho Cuarto 2, refiriéndose a la norma 3 de la Disposición Adicional Décima, manifiesta que *“...la mención que contiene a «quien sea o haya sido cónyuge legítimo» debe entenderse referida al separado y al divorciado, respectivamente...”*. Porque, realmente, el derecho a la pensión de viudedad del cónyuge supérstite, al casado con el difunto cuando se produjo su muerte, ya estaba reconocido en el art. 160 del Texto de 1974 (actual art. 174.1). De ahí que el Fundamento Cuarto 2 de la sentencia mencionada diga que *“la norma 1ª de la mencionada disposición adicional no instaura -ni tenía por qué hacerlo- el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite...(porque) ...tal derecho se hallaba legalmente consagrado con anterioridad...”*.

Si ellos es así; si el art. 174.2 del Texto Refundido vigente está reconociendo la pensión de viudedad al que habiendo sido cónyuge del causante, hubiese dejado de serlo por divorcio, o a quien, manteniendo tal condición, se hallase separado; y si el número 3 del mismo artículo proclama que *“los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del art. 101 C.C.”*, tenemos que concluir que la convivencia extramarital del viudo/a cuyo matrimonio permanecía constante y en convivencia hasta el momento de la muerte del causante, no es causa de extinción de la pensión de viudedad, porque no está expresamente reconocida en el art. 11 de la O.M. de 17.02.67, que es la norma reglamentaria aplicable a dicho supuesto.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga de 25.04.97⁵², parece adoptar esta tesis. El hecho que se resuelve en la misma viene constituido por

51 A.S. 1995, 2171. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Martínez Emperador.

52 A.S. 1997, 2050. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vela Torres.

la anulación, en abril de 1994, por parte del INSS, de la pensión de viudedad de una viuda, que la disfrutaba desde 1993. Ella convivía en su domicilio con un hombre. La sentencia de instancia ratifica la resolución administrativa. Recurrida aquélla en suplicación, fue revocada.

En el Fundamento Jurídico Primero, la sentencia de suplicación se expresa en términos categóricos e indubitados: *"... la convivencia extramatrimonial no puede provocar la extinción de la pensión de viudedad"*. Pero en el Fundamento Jurídico Segundo, todavía dice más, y aclara que el art. 174.3 de la Ley de S.S. vigente y la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981 *"... parten de la base de una pensión concedida o derivada de nulidad, separación o divorcio..."*. De ahí que, en el mismo Fundamento Jurídico, la sentencia andaluza haga referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 14.04.94 para apoyar su pronunciamiento, afirmando que *"...el art.11 de la Orden de 13 febrero 1967, que desarrolla reglamentariamente, en cuanto a la extinción de la pensión de viudedad, el art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, establece en su apartado a) que esta pensión se extinguirá por contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso el beneficiario, sin que hable para nada de una nueva convivencia marital"*. Porque *"...no cabe interpretar extensivamente una norma que restrinja o recorte los derechos de los beneficiarios de la Seguridad Social"*. Por lo que *"... es preciso estar, pues, al ya aludido art. 11 de la Orden 13 febrero 1967, que contempla como causa de extinción las nuevas nupcias pero no la nueva convivencia marital"*.

Nos pronunciamos como favorables a la tesis anterior, siendo esa nuestra interpretación, porque estimamos que es el art. 174.1 de la Ley de S.S. quien hace referencia al cónyuge actual y conviviente, cuya pensión se extinguirá *"en los casos que reglamentariamente se establezcan,..."*. Y mientras no se elabore una nueva reglamentación (anunciada por la Disposición Final 7ª de dicha Ley), está vigente la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, que en modo alguno ha sido derogada por la Disposición Adicional Décima.

En consonancia con el criterio mayoritario expresado por la doctrina judicial, la Secretaría General para la Seguridad Social, con fecha de marzo de 1996, ha remitido a todas las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social un escrito en el que se da cuenta de que, en base a las sentencias del T.S., de 14.04 y 17.06 de 1994, y del T.C. de 25.04. del mismo año, se ha unificado la doctrina, delimitando los efectos, sobre el derecho a la pensión de viudedad, de la convivencia marital del beneficiario de ésta. Por consiguiente, *"...no incluye como causa extintiva de tal derecho la convivencia marital con otra persona por parte del beneficiario. Dicha convivencia, por el contrario, sí actúa como causa extintiva, en virtud de la remisión contenida hoy en el art. 174.3, de la Ley General de la Seguridad Social, al art. 101 del código civil, en los supuestos a que el apartado 3 del citado artículo 174, al aludir solo a los derechos derivados del apartado 2, se refiere, que son aquéllos en que se accede a la pensión de viudedad tras haber mediado separación o divorcio del causante..."*.

En definitiva como ya he dicho anteriormente, hemos de aguardar el transcurso del tiempo para observar los derroteros que pueda tomar la doctrina judicial acerca del derecho a la pensión de viudedad y la pérdida o no del mencionado derecho, por la simple convivencia marital que puede mantener un/a viudo/a normal, el verdadero/a viudo/a. O, tal vez, la aparición de la nueva reglamentación para la aplicación del Texto Refundido vigente venga a poner fin a tanta ambigüedad e incertidumbre como reina en el tema que hemos tratado.