

JOSÉ M.^a GARCÍA-CASILLAS DÍAZ

Abogado.

Técnico de la Administración de la Seguridad Social.

Extracto:

EN los medios de comunicación se ha anunciado la posible presentación en el Congreso de una proposición no de ley para que no se extinga la pensión de viudedad por contraer nuevas nupcias.

En el comentario se hace un análisis del régimen vigente en la materia, y de las motivaciones e implicaciones de la propuesta. Se concluye que la modificación parcial no resulta adecuada, ni suficiente, y que sería el momento oportuno de actualizar y reordenar, en profundidad, toda la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia.

Sumario:

- I. Régimen vigente.

- II. Posible propuesta de modificación.

- III. Comentario.
 - 1. Novedad de la propuesta.

 - 2. Oportunidad y justificación.

- IV. Conclusiones.

I. RÉGIMEN VIGENTE

El artículo 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, regula la pensión de viudedad con carácter vitalicio, «salvo que se produzca alguno de los casos de extinción que reglamentariamente se establezcan ...». Al no haberse aprobado los reglamentos que prevé el nuevo Texto Refundido, sigue vigente la Orden de 13 de febrero de 1967, sobre prestaciones por muerte y supervivencia, en cuyo artículo 11 a) se establece que la pensión de viudedad se extinguirá por contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso. En ambos casos, siempre que el cambio de estado tenga lugar antes de cumplir los 60 años de edad, el beneficiario tendrá derecho a percibir, por una sola vez, una cantidad igual al importe de 24 mensualidades de la pensión que estuviese recibiendo.

Es reconocido que esta regulación tenía por finalidad atender a situaciones de necesidad o dependencia económica, debido a la posición tradicional de la mujer dentro del matrimonio. La muerte del marido producía una ruptura del equilibrio económico que propiciaba la tutela subsidiada de la Seguridad Social con finalidad asistencial (1).

Esta primitiva justificación ha sufrido una evolución. Como destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre: «en su configuración actual la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de depen-

(1) Este fin social se ha fundado en diversas teorías jurídicas: *vid.* Rafael SASTRE IBARRECHE. «Protección por muerte en el Régimen General de la Seguridad Social, la necesidad de una reforma». *Revista Andaluza de Trabajo y Seguridad Social* 39/1996, pág. 9. Se ha citado la teoría de la subrogación, el carácter ganancial de las cotizaciones, que generan el derecho del cotitular de las mismas, y los principios de la sucesión *mortis causa* por los que el derecho a la pensión se encuentra integrado en el caudal relicto y pasa a los herederos.

dencia económica..., asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente...».

La afirmación no debería ser sin embargo tan nítida desde el momento en que el artículo 41 de la Constitución Española establece el régimen público de la Seguridad Social y las consiguientes prestaciones «ante situaciones de necesidad». Por otro lado, pudiera decirse que ambos fundamentos tienen en definitiva un mismo resultado, la existencia del daño que hace presumir la necesidad (2).

En cualquier caso, el régimen jurídico de esta prestación ha tenido un cambio sustancial como consecuencia de las Sentencias 103/1983 y 104/1983 del Tribunal Constitucional que homogeneizaron el acceso al derecho de los viudos. Muchos autores consideran que resulta urgente revisar y reformar en profundidad toda su regulación (3). No obstante, el temor al impacto económico y a su indudable repercusión social han paralizado la acción gubernamental. Ni siquiera en el Pacto de Toledo se recoge expresamente la necesidad de la reforma, limitándose a la invocación de los principios de equidad, solidaridad y proporcionalidad.

II. POSIBLE PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

En esta situación, se habla en los medios de comunicación de una revisión parcial mediante una proposición no de ley que instaría al Gobierno para que en plazo inmediato:

- Proceda a la actualización de los casos de extinción de la pensión de viudedad reglamentariamente establecidos en base al artículo 174.1 del Texto Refundido de la Seguridad Social.
- Deje sin efecto la causa señalada en el artículo 11 a) de la Orden de 13 de febrero de 1967, del Ministerio de Trabajo, que declara la extinción de la pensión de viudedad por contraer nuevas nupcias.

(2) Voto particular del Magistrado Don Luis LÓPEZ GUERRA, Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990. La situación de necesidad según los términos del artículo 41 de la Constitución Española se produce por el daño y las repercusiones negativas causadas por el fallecimiento de uno de los miembros del matrimonio.

(3) «La pensión de viudedad ya no es lo que era». F. LÓPEZ TARRUELLA y C. VIQUEIRA PÉREZ. *RL*. Núm. 24/1990, pág. 460.

Esta prestación es «compensatoria de un estado civil antes que remedio para una situación de necesidad». Bernardo GONZALO GONZÁLEZ, *El País*, 9 de noviembre de 1989.

III. COMENTARIO

No se oculta que la posible propuesta puede tener una dimensión mucho más grande que la que es objeto de tratamiento en este comentario. Así, en efecto, parece obvio que la pretendida actualización de los casos de extinción de pensión de viudedad no se limitaría al inciso segundo del supuesto a) del artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967 («tomar estado religioso») ni al apartado c) («observar una conducta desordenada o inmoral») ni al apartado d) («cesar en la incapacidad por la cual se otorga la pensión») supuestos todos que se encuentran suficientemente faltos de vigor tanto por aplicación de la jurisprudencia como por práctica de las propias Entidades Gestoras. Por el contrario, la pretendida actualización o las nuevas normas para aplicación y desarrollo de estas prestaciones, podrían implicar la introducción de otras causas de extinción que han sido sugeridas en diversas ocasiones por los tratadistas (sujeción a un límite de ingresos, inexistencia de cargas familiares, trabajo del beneficiario, etc.), así como otras modificaciones de desarrollo.

No obstante, me limito básicamente en este trabajo a las nuevas nupcias como causa de extinción de la pensión, dejando para otra ocasión el tratamiento de las restantes cuestiones.

1. Novedad de la propuesta.

La proposición (no presentada todavía en la fecha en que se redacta este comentario) sería novedosa tanto desde un punto de vista normativo, como doctrinal, jurisprudencial o de Derecho comparado.

- a) Tradicionalmente, en nuestro Derecho de Seguridad Social la celebración de nuevas nupcias produce la extinción de la pensión de viudedad. (Establecía textualmente el Reglamento del Mutualismo Laboral que la pensión «quedará definitivamente extinguida»). La causa extintiva se recoge, casi en los mismos términos, en la Orden de 13 de febrero de 1967 antes mencionada y se viene aplicando sin solución de continuidad ni oposición por los beneficiarios. Se ha planteado únicamente, en algunas ocasiones, si puede existir rehabilitación de la pensión cuando el nuevo matrimonio que dio lugar a su extinción se anula o se extingue. La jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo ha sido unánime en mantener la pérdida definitiva y en ningún caso la suspensión de la pensión que ni siquiera puede rehabilitarse por el fallecimiento del segundo marido o esposa (4).

(4) La Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 27 de abril de 1989 declara en un supuesto de divorcio del segundo matrimonio que la mayor o menor dificultad para reparación del daño por vía de la pensión familiar no tiene que ser subsanado por la Seguridad Social, ni mucho menos a costa de vulnerar una clara voluntad legislativa.

La modificación no figura tampoco en documentos previos ni en anteproyectos elaborados por la Administración. Así, por ejemplo, no consta como propuesta en el documento base sobre la Reforma de la Seguridad Social para la Comisión Tripartita del AES («Libro Naranja»). Ni tampoco se recoge en el Pacto de Toledo de 1995, cuyas recomendaciones duodécima y novena se formulan en términos genéricos de aplicación de los principios de equidad, solidaridad y proporcionalidad (5). El fundamento de esta causa extintiva parece descansar en la obligación que tienen los cónyuges de darse recíprocamente alimentos, concepto comprensivo no sólo del sustento, sino también de habitación, vestido y asistencia médica, es decir, de la cobertura de las necesidades básicas. Teóricamente, por tanto, las nuevas nupcias hacen desaparecer la situación de necesidad o desequilibrio económico producido por la muerte del cónyuge que es sustituido por el nuevo consorte. Esta presunción de amparo suficiente sólo podría destruirse por prueba en contrario, o por comprobación de rentas o recursos de los contrayentes.

- b) Los tratadistas tampoco plantean, en general, una tendencia favorable a la eliminación de esta causa de extinción (6), aunque bien es cierto que algunos apuntan el tratamiento discriminatorio que supone el régimen vigente entre el viudo/a de cónyuge fallecido y el cónyuge separado, divorciado o de matrimonio nulo (7). ALONSO OLEA propone la eliminación tanto de la causa extintiva del apartado a) del artículo 11 como de la contenida en el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social que se remite al artículo 101 del Código Civil en el supuesto de separación o divorcio (8).

(5) En diversos borradores de proyectos de normas se mantiene el principio hoy vigente. Así en el borrador del Anteproyecto de Reglamento de prestaciones económicas en el que sin embargo se elimina como causa de extinción el matrimonio del huérfano porque si bien es cierto que aparece una persona obligada a prestar alimentos (el cónyuge), la pérdida de la pensión puede ser un obstáculo decisivo para contraer matrimonio, máxime si se trata de incapacitados. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de octubre de 1992 no aclara el tema, aunque mantiene la validez de la extinción de la pensión de orfandad al amparo de la Orden de 13 de febrero de 1967.

En un borrador del Proyecto de Ley de Acompañamiento del Presupuesto para 1996 se proyectó inicialmente eliminar la indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades cuando el pensionista de viudedad que contrae nuevo matrimonio tiene menos de 60 años.

(6) José Luis CABEZA ESTEBAN. «Extinción de la pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social por contraer nuevas nupcias». Civitas. *Revista Española del Derecho al Trabajo*. Julio-septiembre 1990. Rafael SASTRE IBARRECHE; F. LÓPEZ TARRUELLA MARTÍNEZ. *La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la Doctrina del Tribunal Constitucional*; A.C. AYALA «Acerca de la prestación por muerte y supervivencia». *Revista del Trabajo y Seguridad Social*. Núm. 134 de 1994.

(7) M. ALONSO OLEA. *Instituciones de Seguridad Social*. Editorial Civitas. 1995. Pág. 130 «Galimatías normativo sólo soluble aplicando la regla antidiscriminatoria de Const. art. 14 y borrando de nuestro derecho ambas causas extintivas».

(8) La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1994 (R.º 2587/93) acusa la incongruencia de este precepto, pues si la unión de hecho no da lugar a la adquisición del derecho, lógicamente, no puede actuar como hecho extintivo del mismo. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/94, de 25 de abril, niega la aplicación de este artículo en un caso muy especial de convivencia *more uxorio*.

- c) En el Derecho comparado de la Unión Europea la regla general es que la pensión se extingue cuando el beneficiario contrae nuevo matrimonio aunque existen algunas matizaciones que conviene clasificar en tres grupos:
- En un primer grupo (Alemania, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Finlandia y Bélgica) el nuevo matrimonio es causa de extinción pero da lugar a una indemnización que puede llegar hasta 60 mensualidades de la prestación (tal es el caso de Luxemburgo). Bélgica mantiene la prestación durante 12 meses y en Finlandia la extinción opera cuando el beneficiario tiene menos de 50 años.
 - En un segundo grupo compuesto por Grecia, Irlanda, Portugal, Suecia, Reino Unido y Dinamarca se produce la supresión o extinción de la pensión al contraer nuevas nupcias sin derecho a indemnización.
 - Por último, Francia extingue la pensión de viudedad derivada de supuestos de invalidez, pero la mantiene para aquellas personas mayores de 55 años que hayan accedido a la prestación en su condición de viudos por vejez (la llamada pensión de reversión).

2. Oportunidad y justificación.

- a) No cabe duda de que la posible iniciativa vendría a actualizar la necesidad de un debate doctrinal sobre la pensión de viudedad y de reordenar y reorganizar su acción protectora, tan trastocada tanto por la repercusión de las referidas sentencias del Tribunal Constitucional, como por las transformaciones económicas y sociales del momento presente, los cambios de costumbres y usos familiares y las dificultades financieras que afronta el sistema de Seguridad Social.

Ahora bien, si resulta oportuno hacer una reflexión en profundidad sobre las prestaciones de muerte y supervivencia, parece igualmente que sería disfuncional concentrar la revisión sobre aspectos parciales de la institución que pueden distorsionar la regulación actual con repercusiones más graves de las existentes (9).

La revisión global a la que me refiero debería comprender también la pensión de orfandad (que también se extingue por matrimonio del beneficiario) y la pensión a favor de familiares, prestación que necesita un reajuste total.

(9) LÓPEZ TARRUELLA, *Op. cit.* «La revisión de aspectos concretos conduce entonces a la aparición de piezas disfuncionales que modifican la lógica interna de una acción protectora cuyo diseño y articulación deben ser concebidos globalmente».

- b) Como motivación de la propuesta se alude, en primer lugar, a la obsolescencia de la Orden del Ministerio de Trabajo de 13 de febrero de 1967, afirmación con la que necesariamente tenemos que estar de acuerdo pero que tiene mayor repercusión que la que se deriva de la posible propuesta. Esta Orden regula todas las prestaciones de muerte y supervivencia con criterios que pueden recibir el mismo calificativo de obsolescencia que el artículo 11.

Sería más lógica, por ello, la sustitución por otra norma más actual, dentro del anunciado Reglamento de prestaciones económicas que lleva años de gestación sin que salga a la luz definitivamente.

- c) Los cambios de las costumbres y usos familiares son evidentes, por lo que sí son fundamento importante para revisar la regulación de estas prestaciones, en su conjunto, pero no precisamente para eliminar, como causa de extinción, la celebración de nuevas nupcias, al menos en todos los supuestos, existan o no necesidades que atender.
- d) No parece que exista fraude legal por el hecho de que se den frecuentes uniones de hecho que no se formalizan en matrimonio, como desearían los propios interesados, para no perder la pensión de viudedad. La idea de fraude legal se ha esgrimido en la doctrina para justificar la causa extintiva del artículo 101 del Código Civil, pero si la teoría no tiene defensa en el ámbito civil (pues el conviviente no tiene obligación de dar alimentos al cónyuge separado/divorciado) menor fundamento cabe en el ámbito social, desde el momento en que no procede ya la extinción por esta circunstancia.

Parece obvio, por tanto, que este razonamiento tiene hoy carácter extrajurídico desde el momento en que la unión de hecho y la convivencia *more uxorio* no supone ya una causa de pérdida de la pensión. Es decir, no existe ya fraude legal en convivir extramaritalmente y percibir la pensión. El reconducir estos supuestos a matrimonio puede significar un factor dinamizador de la institución, o una medida «moralizante» pero en ningún caso evita el fraude legal que es inexistente (10).

- e) La eliminación de esta causa extintiva supondría, por otra parte, acentuar la discriminación ya existente con el tratamiento dado al cónyuge separado, divorciado o de matrimonio nulo.

(10) Las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1994 y 17 de junio de 1994 dictadas en recursos de casación para unificación de doctrina declaran que el vivir maritalmente con otra persona no es causa extintiva de la pensión de viudedad, porque no aparece prevista reglamentariamente, ni puede darse interpretación extensiva a la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, y porque carecería absolutamente de sentido que, no surgiendo de estas uniones el derecho a pensión de supervivencia, pudiesen provocar en cambio la extinción del derecho legítimamente alcanzado. Esta doctrina está asumida por el INSS desde marzo de 1996.

En estos últimos supuestos, el nuevo matrimonio produce los efectos del artículo 101 del Código Civil, es decir, la extinción del derecho a la pensión, que se mantendrían de prosperar la proposición de referencia, puesto que por vía reglamentaria resultaría ilegal eliminar o reformar el citado artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social.

- f) No es tampoco desdeñable, en momentos de dificultades financieras del sistema, valorar las repercusiones económicas que pueda tener la medida. Según cálculos estimados, en el año 1995 se han extinguido por esta causa más de dos mil pensiones de viudedad, por lo que el importe anual del gasto que conllevaría la modificación podría ascender a 1.500 millones de pesetas.

IV. CONCLUSIONES

1. La posible iniciativa plantearía la oportunidad de reflexionar en profundidad sobre los fines y funciones de la prestación por muerte y supervivencia que, en su regulación vigente, no responden al contexto socio-económico actual. La transformación de la familia tradicional, la incorporación creciente de la mujer al trabajo, el arraigo social de nuevas formas de unión extra-matrimonial, la introducción de las pensiones de carácter no contributivo, la convergencia con las legislaciones de la Comunidad Europea, son circunstancias que obligan a una revisión total de estas prestaciones.

Esta necesidad es especialmente sensible desde el momento en que varios grupos parlamentarios (PSOE, IU e IC) han presentado sendos proyectos de ley sobre las uniones de hecho. El posible acceso al derecho por parte de los convivientes de hecho, sin que se modifique la actual regulación de la institución, puede distorsionar gravemente el ya complejo y disfuncional régimen vigente.

2. La eliminación de la causa de extinción del artículo 11 a) de la Orden de 13 de febrero de 1967 no concuerda con nuestro Derecho tradicional ni, en principio, con el fin de necesidad que es fundamento de la prestación. Por otra parte, resulta contraria a la normativa de los países miembros de la Unión Europea, con los que, lógicamente, hemos de converger.

Podría considerarse la sustitución de esta causa extintiva por una causa suspensiva, de forma que al fallecimiento del segundo o sucesivo cónyuge, se posibilite la rehabilitación de la pensión. No obstante, esta fórmula puede plantear otros problemas añadidos como consecuencia de la generación de otro derecho por los nuevos matrimonios. ¿Sería admisible la concurrencia de varias pensiones de viudedad en el mismo beneficiario?

3. El establecimiento de nuevas normas reglamentarias para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por muerte y supervivencia, resulta en sí mismo insuficiente, tanto por el contenido como por el rango de la norma requerida.

Así, en efecto, de acuerdo con la vigente ley, se pueden regular, por vía reglamentaria, entre otras:

- Las causas de extinción.
- La determinación de qué familiares o asimilados tienen derecho a prestaciones en favor de familiares.
- La duración de los subsidios temporales.
- La cuantía y base reguladora de la prestación.
- Las situaciones asimiladas a la de alta.
- Etcétera.

Sin embargo, necesitan una norma con rango de ley otros aspectos muy importantes, como el propio concepto y clases de la prestación, la posible introducción de las pensiones de viudedad y orfandad, en su modalidad no contributiva, la condición vitalicia de la viudedad, la exigencia de determinados requisitos de acceso, la subsistencia de las prestaciones en favor de familiares, la compatibilidad con cualesquiera rentas de trabajo, la posible consideración de las uniones de hecho, la eliminación de la referencia al artículo 101 del Código Civil en los supuestos de separación y divorcio, la elevación del límite de edad en la orfandad, etc.

Es seguro, que antes o después, todas estas cuestiones habrán de afrontarse en una nueva regulación de la protección por muerte, menos compleja, más sistemática y más acorde con las realidades sociales y económicas de la actualidad.