

LA PENSION DE VIUEDAD EN EL MARCO DE LA PROTECCION A LA FAMILIA SIN MATRIMONIO O DE HECHO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

por

Antonio Tapia Hermida

Doctor en Derecho

*Profesor de la Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Administración de la Seguridad Social*

Sumario:

- I. Introducción.
- II. La pensión de viudedad sin matrimonio en nuestro Derecho.
- III. La jurisprudencia laboral sobre la pensión de viudedad sin matrimonio.
 1. Sentencias que deniegan el derecho a la pensión de viudedad por no existir vínculo matrimonial.
 2. Sentencias que deniegan el derecho a la pensión de viudedad por inexistencia de vínculo matrimonial no existiendo impedimento legal para ello.
 3. Sentencias que reconocen el derecho a la pensión de viudedad por diversas circunstancias efectuado ya el cambio legislativo en nuestro ordenamiento a favor del divorcio.

- 3.1. El fallecimiento del causante cerca de la fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1981.
 - 3.2. Actuaciones tendentes a destruir el anterior vínculo matrimonial, que demuestren la voluntad de normalizar su convivencia *more uxorio*.
 4. Sentencias que excusan la necesidad del vínculo matrimonial y de actuaciones tendentes a destruir el anterior vínculo matrimonial por razones culturales.
 5. La Ley 7 de julio de 1981 y la declaración de nulidad de un matrimonio.
- IV. La jurisprudencia constitucional relativa a la pensión de viudedad sin matrimonio.
- V. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

La unión de dos personas libremente, sin haber celebrado matrimonio, no es rechazado por la sociedad actual, en términos generales, habiéndose propuesto por la doctrina soluciones diversas a las cuestiones que se plantean, especialmente en temas patrimoniales, en estas situaciones de convivencia fáctica o, como más acertadamente se ha señalado, de familia sin matrimonio. La jurisprudencia ha ido resolviendo puntualmente temas muy concretos en torno a esta situación familiar, todo lo cual ha desembocado en un movimiento de protección a estas formaciones sociales.

Los motivos por los que se convive sin matrimonio son diferentes y varían en cada caso; se trata de una de esas cuestiones en las que no cabe generalizar, lo cual no implica que se trate de una situación que resista a toda sistematización o tratamiento lógico. Buscando un criterio de clasificación a fin de poder tratar rigurosamente la problemática que en torno a la protección el sistema español de Seguridad Social debe dar al supérstite en la familia sin matrimonio.

Se pueden distinguir dos grandes supuestos:

A) Situación de viudedad derivada de una familia sin matrimonio, a la cual se ha llegado por diversas razones, pero que en todo caso presuponen la existencia de un obstáculo a la celebración de un matrimonio y no un rechazo voluntario (un *animus* disidente) al mismo. Entre las causas que pueden originar tal familia sin matrimonio pueden considerarse como más notorias las siguientes:

- a) La existencia de una legislación antidivorcista.
- b) Motivaciones de orden estrictamente cultural.
- c) Por cuestiones fiscales o impositivas.

Las tres han tenido especial significado en nuestro país para llevar a la determinación de una convivencia que siendo *more uxorio*, sin embargo se ha visto abocada a rechazar la celebración del matrimonio. En materia de protección social, especialmente en relación al supérstite o «viuda sin matrimonio», ha tenido un especial significado la existencia de una legislación antidivorcista, y se ha resuelto de manera poco acertada tanto legislativamente como por la jurisprudencia.

B) Situación de viudedad que deriva de una familia sin matrimonio, la cual se plantea como una auténtica alternativa voluntariamente asumida frente al matrimonio, rechazándose frontalmente (o con *animus* disidente) la celebración del matrimonio.

II. LA PENSION DE VIUDEDAD SIN MATRIMONIO EN NUESTRO DERECHO

Los supuestos más frecuentes de familia sin matrimonio se sitúan precisamente en la existencia de legislaciones antidivorcistas, las cuales, como ha destacado Jemolo, no tienen la finalidad de impedir la formación de uniones libres, fin para el que siempre se han mostrado inútiles, sino otra más precisa, la de impedir que las relaciones ya constituidas al margen del matrimonio tuvieran acceso al mismo.

En nuestro Derecho la importante disposición adicional 10 de la Ley de 7 de julio de 1981, que reformó parcialmente el Código Civil, ha pretendido dar solución a la problemática derivada de la situación legal antidivorcista anterior, lo cual supone intentar solucionar un aspecto, bien que no despreciable, sí sólo un aspecto y probablemente no el más importante tanto cuantitativa como cualitativamente de la protección a la familia sin matrimonio.

Según aquella disposición legal la pensión se concede a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en proporción al tiempo convivido, previniendo una situación meramente transitoria para los supuestos de convivencia sin contraer matrimonio por impedirlo así la legislación vigente hasta la entrada en vigor de la citada ley, la cual, pues, en clara, interpretación de la STCT de 24-3-1987 (R.A. 6393), únicamente admite la posibilidad de pensión de viudedad sin matrimonio si el fallecimiento del causante aconteció «sin haber podido contraer matrimonio antes del ... exclusivamente debido a impedírsele la legislación vigente en aquellas fechas, debe actuarse la voluntad del legislador en su decisión de que cause pensión de viudedad quien la hubiere causado de no haber visto obstaculizado en su propósito de contraer matrimonio, por la Norma modificada...», que incluso llega a provocar la estimación de la excepción de litis-

consorcio pasivo necesario, como indica la STCT de 3-3-1987 (R.A. 4776) «... De aquellas convivencias se deriva la distribución de la pensión de viudedad causada por quien tuvo esposa legítima y después convivió con otra mujer. A ello se añade que el reconocimiento de prestación a favor de cualquiera de ellas afecta a los derechos de la otra; es necesaria la presencia de ambas en el proceso, sin la cual quedaría incumplido el artículo 24 de la Constitución...», y se reitera en las del mismo Tribunal de 23-4-1987 (dos sentencias RR.AA. 8397, 8398). En el mismo sentido se pronuncia la STS de 17 de abril de 1986 (R.A. 2198) en la que se dice «... porque al haberse concedido pensión de viudedad, con fundamento en la adicional 10 de la Ley 30/1981 a la mujer que extramatrimonialmente convivió con el causante, anulársela a la viuda legítima, sin estimar aplicable esta norma (disposición adicional 10 citada), por el tiempo que convivieron, se produce una discriminación en contra de la viuda».

En materia de pensión de viudedad ha de partirse además de la concreta regulación del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social, que alude a la viuda con el requisito de la convivencia, y de la normativa de desarrollo (O.M. de 13-2-1967).

Ha sido un punto de la máxima importancia para la conciliación de ambos preceptos la interpretación que la jurisprudencia ha venido ofreciendo acerca del alcance que debe darse al requisito de la convivencia exigido en el precitado artículo 160. Al respecto es sobresaliente la importancia de la STCT de 11-12-1986 (R.A. 13558) que se repite en múltiples posteriores del mismo Tribunal, y que en su único fundamento de Derecho dice: «... ya que su previsión (de la Ley de 7 de julio de 1981) de una reforma de la legislación en materia de Seguridad Social y su expresa determinación de que el cónyuge causa pensión a favor del sobreviviente, contiene una clara decisión legal que limita la atención a la debatida convivencia conyugal a solo el efecto de distribuir la prestación, si hay varias personas llamadas a su disfrute y en proporción al tiempo que durara con cada uno de los posibles beneficiarios, pero sin otro alcance...», o como señala la del mismo Tribunal de 15-12-1988 (R.A. 8520): «... limita la atención a la convivencia conyugal al solo efecto de distribuir la prestación, si hay varias personas llamadas a su disfrute, y en proporción al tiempo que durara con cada uno de los posibles beneficiarios pero sin otro alcance, y menos para negar la pensión a quien conserva la condición de cónyuge superviviente. No obstante ha de atenderse a la regulación causando dos pensiones de viudedad simultáneamente en favor de una misma beneficiaria, de donde en el supuesto de que la esposa legítima contrajese nuevo matrimonio o estableciera una relación *more uxorio operario* de la que se derivara un posible lucro de pensión, cual acontece con la convivencia que la recurrente inició con otro varón a partir de ... ha de reconocérsele la pensión aquí debatida en proporción al tiempo de convivencia conyugal ..., no porque haya otra persona llamada a compartirla, sino porque la circunstancia arriba expuesta ha de interpretarse de manera que no conduzca al absurdo del doble devengo simultáneo». Y como precisa la STCT de 4-1-1989 (R.A. 878) la «... exigencia de la convivencia para que la esposa legítima lucre la prestación de viudedad ha de entenderse derogada, quedando como finalidad de la misma únicamente en orden a cuantificar el porcentaje de pensión, si hubiera varias beneficiarias llamadas a su disfrute, Sin que pue-

da limitarse esta medida a los hechos causantes posteriores a la vigencia de la aludida Ley (de 7 de julio de 1981), porque bien claro está que se refiere a situaciones anteriores y no sería justo que el esposo no causase pensión en favor de su esposa legítima, al mismo tiempo que podría estar causándola en favor de una convivente con la que, por la ley entonces vigente, no pudiera haber contraído matrimonio».

Tres conclusiones sobre la regulación legal:

Primera. Puede afirmarse como lo hace la STCT de 12-3-1987 (R.A. 5655) que «la pensión de viudedad está regulada en la legislación española partiendo del presupuesto del matrimonio entre el presunto beneficiario y el causante, pues así se desprende claramente del artículo 7 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social e igualmente de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó el Código Civil en materia de regulación del matrimonio, la cual en la norma 3 de su adicional 10 dispone que «el derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido». Pero no obstante mantenerse el presupuesto del matrimonio como requisito para acceder a la pensión de viudedad la misma disposición adicional 10, establece una norma de naturaleza transitoria la 2, a cuyo tenor «quienes no hubieran 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 –prestaciones de la Seguridad Social– y a la pensión correspondiente según se establece en el apartado siguiente... . Ahora bien, este derecho del cónyuge, de facto superviviente a la pensión de viudedad, en cuantía proporcional al tiempo de convivencia con el fallecido, debe entenderse sin perjuicio de los derechos adquiridos por el cónyuge legítimo, separado del premuerto, a la pensión íntegra causada y no proporcional al tiempo de convivencia obtenida al amparo de la legislación anterior, por lo que ese derecho concurrente habrá de hacerlo efectivo la entidad gestora, única obligada al pago, como una segunda obligación derivada de la misma contingencia, sin que a ello se oponga... la circunstancia de que haya de abonar dos pensiones de viudedad por un mismo hecho causante, pues ello sucede por concurrencia de un derecho adquirido por quien únicamente tiene la calificación legal de viuda –derecho que debe ser respetado, como queda dicho– y de otra pensión de la misma naturaleza por quien no es viuda, en virtud de disposición legal que tampoco puede desconocerse y a la que no pueden oponerse normas anteriores de igual o inferior rango, y en cuyo espíritu está superar el principio de una sola pensión entre distintos beneficiarios, pues en tales casos no cabe otra solución que satisfacer los derechos de quienes concurren con la condición legal de beneficiarios de la pensión de viudedad...», y como matiza la STCT de 4-1-1989 (R.A. 879) «... ya que el Tribunal Supremo, seguido por este Central modificando criterio anterior, ha declarado que si no hay aquella concurrencia de beneficiarias, el cónyuge legítimo lucra toda la prestación».

Segunda. La Ley de 7 de julio de 1981 requiere la existencia de un especial vínculo afectivo y apariencia social, no una mera convivencia, o en términos de la STCT de 19-4-1988 (R.A. 3352) la ley determina que «... las convivientes no esposas pero que en el orden social y afectivo son reputadas como tales al disfrute de prestaciones de viudedad en proporción al tiempo de convivencia exclusiva, en base a que si no contrajeron matrimonio se debió a que se lo impidió la ley vigente anterior a la 30/1981, supuesto sumamente restringido por excepcional, se refiere sólo a la compañera no esposa y que no puede serlo porque el compañero está casado, en un orden gradual afectivo se encuentra en un segundo lugar, no es esposa pero como si lo fuese para la sociedad circundante y para ellos mismos, el precepto no comprende grados afectivos inferiores, concretamente a la compañera o compañero con el que se mantienen relaciones pero sin perder la convivencia con el esposo o esposa legítimos, lo que tiene otras expresiones vulgares que es innecesario consignar, no conviven como esposos, sino que tal convivencia más o menos estable es complementaria, sin abandono de la esposa o esposo, no existe propósito de contraer matrimonio porque no se vive "como tal", no es la única convivente, además de la imposibilidad de contraer matrimonio existe la falta de deseo de crear una apariencia o situación fáctica de matrimonio, que tiene la nota de exclusividad, no se reputa como matrimonio a la segunda convivencia...».

Tercera. El reconocimiento de la pensión de viudedad para los supuestos excepcionales y transitorios en los que no se requiere la existencia de unión matrimonial, requiere en todo caso la existencia de la voluntad de contraer matrimonio, o en términos de la STCT de 3-11-1987 (R.A. 24100) el derecho a la prestación «... no cabe hacerla extensiva a quienes no consta tuvieran la más mínima voluntad de contraer matrimonio que hubiera sido obstado por la ley...», o como señala la STCT de 2-12-1987 (R.A. 27176) «... no puede ser extendida a quienes desde que entró en vigor la nueva regulación civil del matrimonio y del divorcio, si bien persistieron en su convivencia, nada hicieron para que la mujer alcanzará la condición legal de cónyuge, a la que el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social concede la prestación».

III. LA JURISPRUDENCIA LABORAL SOBRE LA PENSION DE VIUDEDAD SIN MATRIMONIO

La jurisprudencia laboral ha pretendido conciliar ambos preceptos, artículo 160 de la LGSS y disposición adicional décima de la Ley de 7 de julio de 1981, y mitigar el rigor de la regulación legal; jurisprudencia que ha sido tachada de inconstitucional por lo que ha sido objeto de atención por el Tribunal Constitucional. Preciso es, pues, efectuar un análisis separado de la jurisprudencia ordinaria y de la del Tribunal Constitucional.

No cabe desconocer la influencia que la legislación en materia de Seguridad Social tuvo en favor de una actitud contraria al matrimonio, y que promueve aún en la actualidad ya admitido el divorcio, cuando establece las causas por las que se puede producir la pérdida de la pen-

sión de viudedad, siendo de aquéllas la más sobresaliente el contraer el cónyuge viudo nuevo matrimonio, a ello se añade la interpretación que le ha venido dando la jurisprudencia, pudiéndose citar las SSTCT de 27-11-1987 (R.A. 26543), 21-3-1989 (R.A. 2535) y 14-4-1989 (R.A. 3138), esta última en su único fundamento de Derecho tras destacar que la pensión de viudedad, conforme con el artículo 11 de la Orden Ministerial de 13-2-1967, se extingue por nuevo matrimonio de la viuda, destaca que «... no puede equipararse a "suspensión", de tal modo que, aunque el nuevo matrimonio se extinga por muerte del cónyuge, no vuelve a reanudarse una pensión definitivamente extinguida. Esta doctrina no puede ser acusada de contraria a ningún principio o derecho constitucional, porque es claro que la viuda pasa a depender económicamente de las consecuencias de su segundo matrimonio...», y como además precisa la SCTC de 21-3-1989 (R.A. 2535) «... aunque el nuevo matrimonio sea anulado por divorcio, por aplicación de la Ley 7 de julio de 1981, no vuelve a reanudarse una pensión definitivamente extinguida. Esta doctrina no puede ser acusada de contraria a ningún principio o derecho constitucional, porque es claro que la divorciada no vuelve a la situación de necesidad a que vino a atender la pensión causada por su anterior esposo, sino que depende económicamente de las consecuencias que declare la sentencia de divorcio...».

La jurisprudencia laboral, especialmente la jurisprudencia menor del extinto Tribunal Central de Trabajo, ha pretendido dar una cabal respuesta a las pretensiones de pensión de viudedad deducidas por viudas que procedían de una familia sin matrimonio, pero aquélla no puede considerarse plenamente satisfactoria, bien que la jurisprudencia ordinaria, como procedente de la jurisdicción no constitucional, no podía cuestionar la vigencia de un marco legal, que sin duda puede calificarse de cicatero y estrecho, y aun cuando lo cuestionó ante la jurisdicción constitucional, las soluciones que dio apoyadas en la jurisprudencia constitucional, no pueden calificarse de satisfactorias.

Se pueden distinguir las siguientes líneas jurisprudenciales, que no siempre constituyen conjuntos o subconjuntos homogéneos:

1. Sentencias que deniegan el derecho a la pensión de viudedad por no existir vínculo matrimonial.

Entre ellas cabe señalar las STS de 5-10-1987 (R.A. 6818), SSTCT de 14-7-1987 (dos sentencias RR.AA. 16047, 16048), 2-12-1987 (R.A. 27144).

La primera de las aludidas sentencias recogiendo doctrina del Tribunal Constitucional señala que: «...la convivencia extramatrimonial no puede equipararse al matrimonio...». En el segundo fundamento de Derecho de la última de las sentencias citadas, y tras haber significado en el primero que «el artículo 327 del Código Civil es contrario a las pretensiones del recurrente, ya que determina que los hechos del estado civil se acrediten por las actas del Registro», se dice: «En cuanto al fondo no cabe estimar infracción del artículo 160 de la Ley Gene-

ral de la Seguridad Social y del artículo 13.1 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, porque estos preceptos sólo reconocen la pensión de viudedad a la cónyuge legítima del causante, y, al no constar que la recurrente lo sea, no podía el fallo concederle esta pensión, sin que la simple alegación de que habían contraído matrimonio en el año 1936, sin especificar fecha ni lugar, y que el Registro de su inscripción había sido destruido pueda fundar la obtención del beneficio...».

2. Sentencias que deniegan el derecho a la pensión de viudedad por inexistencia de vínculo matrimonial no existiendo impedimento legal para ello.

Esta jurisprudencia es muy abundante, así cabe citar las SSTCT de 24-3-1987 (R.A. 6394), 23-4-1987 (R.A. 8396), 28-4-1987 (tres sentencias RR.AA. 8765, 8766, 8767), 26-5-1987 (R.A.11276), 27-10-1987 (R.A. 2385), 3-11-1987 (dos sentencias RR.AA. 24100, 24104), 2-12-1987 (cinco sentencias RR.AA. 27154, 27155, 27161, 27165, 27167), 9-12-1987 (R.A. 27789), 2-1-1988 (R.A. 1135), 7-12-1988 (R.A. 8347), 9-5-1989 (dos sentencias RR.AA. 3803, 3805).

De entre las sentencias citadas anteriormente cabe destacar la de 26-5-1987 que en su único Fundamento de Derecho, recoge la doctrina más general, y dice: «... no hay indebida aplicación del artículo 160.1 de la Ley General de la Seguridad Social ni de la disposición adicional décima de la Ley de 7 de julio de 1981, que reformó parcialmente el Código Civil, por la sentencia que desestima la demanda de viudedad. Dicha norma intertemporal, aparte de su previsión de una reforma en materia de Seguridad Social que ha de valorarse como contemplación del futuro, contienen una expresa determinación de que cause pensión a favor del sobreviviente el convivente en forma marital, que no hubiera podido contraer matrimonio con la beneficiaria por anterior vínculo conyugal de cualquiera de ellos. Se trata de una clara referencia al pretérito (propia de la transitoriedad) o sea que viene a solucionar las situaciones influidas por la legislación anterior en cuanto que impedía la disolución del vínculo matrimonial y con ello vedaba las nupcias de quienes convivían en forma marital y hubieran deseado casarse; pero no cabe hacerla extensiva a quienes precisamente en virtud de la modificación legislativa, podían haber intentado contraer matrimonio, mas por su personal decisión no lo hicieron, por lo cual quedaron fuera de la previsión legal, en concreto del citado artículo 160...», o como señala la sentencia de 9-12-1987 en su único fundamento de Derecho: «Ello acarrea la consecuencia de que la demandante no sea ni la «viuda» a la que el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social reconoce la prestación, ni tampoco la convivente en forma marital que no hubiera podido contraer matrimonio con el causante, por lo que el fallo desestimatorio...», y la sentencia de 7-12-1988, en su único fundamento de Derecho, indica: «... porque en modo alguno puede decirse que fuera la legislación anterior el impedimento para contraer matrimonio entre ambos cuando ella era la que estaba casada con anterioridad y no produjo actuación alguna para divorciarse de su esposo y poder contraer nuevo vínculo con el convivente, por lo que no cumplieron los requisitos exigibles, y cuya exoneración no corresponde a los Tribunales». Esta

última sentencia a su vez se vincula a una línea jurisprudencial que marca muy bien los límites con los que se encuentra la jurisdicción ordinaria o no constitucional a la hora de interpretar la legalidad vigente.

Efectivamente, los límites con los que la jurisdicción ordinaria estima que se encuentra se recogen con nitidez en las SSTCT de 15-11-1988 (R.A. 7873), 8-11-1988 (R.A. 7817), 7-3-1989 (R.A. 2444). En el único fundamento de Derecho de la primera de las citadas sentencias, dice: «Ello patentiza una situación de hecho, sin protección legal en nuestro Ordenamiento de la Seguridad Social, cuando su legalización (se refiere al matrimonio) ya no era obstada por la ley, contraer matrimonio siendo ellos los que no quisieron remover el antedicho obstáculo legal para que se casaran una vez desaparecido, ya que la nueva norma les permitía obtener el divorcio y hubieran podido contraer matrimonio. Puede opinarse en el sentido de que la legislación de Seguridad Social debería conceder pensión de viudedad sobre otros y distintos hechos o situaciones además de las de matrimonio bien real o bien imposibilitado por otra legislación, pero ello no es criterio de aplicación de la ley, ni está amparado por precepto alguno constitucional. El Juzgado se somete al mandato legal, por lo que el recurso se desestima, ya que la demandante no es ni la «viuda» a quien en virtud del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social se reconoce la prestación, ni tampoco la convivente en forma marital que no hubiera podido contraer matrimonio con el causante, a causa de la legislación derogada, ...». En la SCTC de 3-1-1989 (R.A. 868) se recoge la ausencia de fundamentación constitucional a juicio del Tribunal, para atender la solicitud de pensión de viudedad, deducido lo cual después efectivamente será confirmado por el propio Tribunal Constitucional pese al criterio de los votos particulares, que son más acertados erróneamente. Dice la sentencia en su único fundamento de Derecho: «... sí podía acogerse a ella (a la Ley de 7 de julio de 1981) por la ocurrencia *ex post* y con tiempo suficiente de legalización, impide hablar de tratamiento discriminatorio ni de conculcación del principio de igualdad ante la ley contenido en el invocado artículo 14 de la Constitución».

3. Sentencias que reconocen el derecho a la pensión de viudedad por diversas circunstancias efectuado ya el cambio legislativo en nuestro ordenamiento a favor del divorcio.

3.1. El fallecimiento del causante cerca de la fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1981.

Por el fallecimiento del causante cerca de la fecha de entrada en vigor de la Ley de 7 de julio de 1981, STS de 11-10-1986 (R.A. 5441), SSTCT de 24 de marzo de 1987 (R.A. 6392), 3-3-1987 (R.A. 4775), 8-11-1988 (R.A. 7818), la primera de las cuales establece: «Los beneficiarios de las prestaciones que genera la muerte del asegurado son la viuda y los hijos, según disponen los artículos 160 y 161 de la Ley General de la Seguridad Social, y las normas reglamentarias en especial la Orden de 13 de febrero si en ellos concurren las circunstancias que los indicados preceptos enumeran. En el presente caso, según ha quedado anotado, la actora no es

viuda del pensionista fallecido, pero sí quien con él convivía, sin que antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, pudieran haber contraído matrimonio, tanto por los impedimentos legales preexistentes como por los consecuentes de los padecimientos físicos que aquejaban al pensionista fallecido, determinantes de su reconocimiento como incapaz permanente absoluto... . Ello determina en el presente caso la aplicabilidad de la norma segunda de la disposición adicional décima de aquella ley, dado su espíritu y finalidad y la coherencia lógica y axiológica del ordenamiento valorado en su integridad».

En el mismo sentido se pronuncia la STCT de 24-3-1987, al señalar: «... que el causante no pudo llegar a contraer matrimonio por sobrevenir su defunción próxima al tiempo a la entrada en vigor de aquella ley, acontecimiento legislativo que se produjo cuando dicho causante aquejaba ya la grave enfermedad que determinó su muerte, según ha de tenerse por cierto, ... y la imposibilidad física absolutamente involuntaria para los interesados, en orden a acogerse a la decisión legislativa...». Sin embargo, la enfermedad no justifica la pasividad de las partes atendiendo a su fecha de iniciación posterior a la entrada en vigor de la Ley de 7 de julio de 1981 en la STCT de 16-12-1987 (R.A. 28639), pero sí la justifica cuando «la situación de grave enfermedad del causante sometido a internamientos sanatoriales e intervenciones quirúrgicas, por lo que no es racional exigir mayor actividad... (el fallecimiento había acontecido de manera inmediata a la entrada en vigor de la Ley de 7 de julio de 1981)».

3.2. Actuaciones tendentes a destruir el anterior vínculo matrimonial, que demuestren la voluntad de normalizar su convivencia more uxorio.

Cuando hay actuaciones tendentes a destruir el anterior vínculo, que demuestren la «voluntad de normalizar su convivencia "more uxorio" (en términos de la STC de 9 de mayo de 1989 (R.A. 3804), aquí la jurisprudencia no es del todo coherente e inequívoca, así en las SSTCT de 17 de marzo de 1987 (R.A. 6003), 7 de diciembre de 1988 (R.A. 8436) justifican el derecho a la pensión de viudedad en la imposibilidad de llevar a cabo más actuaciones tendentes a la disolución del anterior vínculo matrimonial, como se indica en la última de las sentencias citadas porque «el varón falleció cuando la mujer que era la casada con anterioridad, estaba intentando inscribir la sentencia de su divorcio en el Registro Civil, lo que vino impedido por un error en el orden de sus apellidos, el deseo de contraer matrimonio se vio primero impedido por la ley, y después frustrado, mientras que el propósito aparece mediante actos reveladores de la decisión, y de ahí que tal situación ha de valorarse como voluntad de acogerse a la nueva ordenación ...», o en la STCT de 24 de marzo de 1987 (R.A. 6391) en la que el fallecimiento del causante tuvo lugar una vez iniciadas las actuaciones tendentes a la obtención del divorcio, y más precisamente en la STCT de 14 de junio de 1987 (R.A. 16046) en la que se señala que «... el causante no pudo llegar a contraer matrimonio por sobrevenir su fallecimiento a las pocas semanas de obtener la sentencia de divorcio de su anterior matrimonio e iniciar el expediente matrimonial para casarse con la accionante. De lo dicho se deduce la convivencia marital y el impedimento anterior a la reiterada ley, y la imposibilidad temporal en orden a aco-

gerse a la decisión legislativa ...» o la STCT de 17 de noviembre de 1987 (R.A. 25340), que señala que «la recurrente no pudo llegar a contraer matrimonio por sobrevenir el fallecimiento del convivente cuando éste tenía desde cinco años antes demanda de nulidad matrimonial ante el Tribunal eclesiástico y también demanda de divorcio civil ante el Juzgado de esta clase, por lo que la sentencia recurrida debe ser revocada para estimar la demanda ...». Estas previsiones se extienden también respecto de la pensión de viudedad SOVI en las SSTCT de 27 de enero de 1987 (R.A. 23283) y 9 de diciembre de 1987 (tres sentencias desde R.A. 27790 a 27792).

Sin embargo en la STCT de 2 de diciembre de 1987 (R.A. 27162) deniega el derecho a la pensión de viudedad porque la «reforma parcial del Código Civil, viene a subordinar la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial a la homologación por parte del Juez español, y como aquí no consta que haya recaído tal reconocimiento y efectos civiles, es claro que el matrimonio entre la recurrida y el causante subsistió hasta que fue disuelto por el fallecimiento de uno de los cónyuges...».

4. Sentencias que excusan la necesidad del vínculo matrimonial y de actuaciones tendentes a destruir el anterior vínculo matrimonial por razones culturales.

Especialmente destacable es la STCT de 17 de noviembre de 1987 (R.A. 25431), que deniega el derecho a la pensión aduciendo entre otras razones que no puede «... razonarse ignorancia de la ley, no sólo porque es excusa ineficaz, sino porque sociológicamente no cabe negar que la vulgarmente denominada "ley del divorcio" fue conocida desde su promulgación por todas las áreas de la sociedad española...».

Sin embargo, el derecho a la pensión de viudedad se reconoce por la sentencia de la Magistratura de Trabajo, núm. 12 de Barcelona de 26 de febrero de 1988 (hoy Juzgado de lo Social), que se cita en la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1991, de 11 de abril, que entendió que no procedía aplicarse el artículo 160 LGSS, sino la disposición adicional décima 2 de la Ley de 7 de julio de 1981, aun cuando el fallecimiento del causante aconteció en el año 1979, siendo tanto éste como la solicitante de la pensión solteros, « ... al tratarse de una situación de hecho mantenida durante años y no ser posible discriminar a la actora por el hecho de no haber contraído matrimonio, puesto que no cabe obligar a ello, sobre todo en el supuesto contemplado por la escasa cultura y peculiar situación de la demandante».

5. La Ley 7 de julio de 1981 y la declaración de nulidad de un matrimonio.

No puede dejar de hacerse referencia al supuesto contemplado en la STS de 11 de febrero de 1985 (R.A. 634), el de un matrimonio declarado nulo por la aplicación que se efectúa analógicamente de la regulación contemplada en la Ley de 7 de julio de 1981, en ella se dice:

«... también cesan "ex nunc", al ser declarada la nulidad, los efectos jurídicos del matrimonio; identidad que no sólo autoriza sino que exige que lo dispuesto para la mujer divorciada sea aplicable por razón de analogía a la mujer cuyo matrimonio se anuló; y por tanto que a ésta corresponda también el derecho a la pensión de viudedad ...».

IV. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELATIVA A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD SIN MATRIMONIO.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la pensión de viudedad sin matrimonio en diversas ocasiones, así en los AATC 156/1987 y 788/1987, así como en la sentencia del Pleno 184/1990 que resolvía una cuestión de constitucionalidad acerca del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social y disposición adicional décima de la Ley de 7 de julio de 1981. Los pronunciamientos más recientes y probablemente también más notables vienen constituidos por las sentencias del Pleno núms. 30/1991, 31/1991, 35/1991 y 38/1991, todas ellas de 14 de febrero (BOE de 18 de marzo), que son de idéntico contenido y que tienen dos votos particulares del máximo interés, y ultimamente por la sentencia 77/1991, de 11 de abril (BOE de 14 de mayo), también del Pleno y que si bien no es idéntica a las anteriores recoge su doctrina.

Centrándonos en las sentencias ultimamente mencionadas, que componen un cuerpo de doctrina jurisprudencial seguro, cabe señalar que se acusaba en los recursos de amparo que determinadas sentencias del TCT, por no reconocer el derecho a la pensión de viudedad a personas que habían convivido con el posible causante, de inconstitucionalidad y concretamente de lesión del artículo 14 de la Constitución en relación con los artículos 39.1 y 41 del mismo texto constitucional. Según se denunciaba las sentencias habrían incidido en lesión del precitado artículo 14 en la aplicación del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social, en cuanto que de las mismas se derivan consecuencias jurídicas diferentes según que el presunto beneficiario de la prestación hubiera convivido «more uxorio» o por el contrario hubiera contraído matrimonio, igualmente se consideraba que se lesionaba el artículo 14 de la Constitución por la disposición adicional décima norma 2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Además se consideraba que las sentencias habían vulnerado el artículo 39.1 del texto constitucional en cuanto que en el mismo se proclama la protección de la familia sin distinción entre familia matrimonial y no matrimonial, y por último se estimaba que las sentencias lesionaban el artículo 41 de la Constitución en cuanto que no se garantizaba la protección ante una situación de necesidad constitucionalmente reconocida.

El Tribunal Constitucional únicamente se pronuncia sobre la posible lesión del artículo 14 de la Constitución, por cuanto se trataba de recursos de amparo, y el Tribunal partiendo «... de la doctrina sentada ... (por el propio Tribunal) ...», y habiéndose declarado la compatibilidad del artículo 160 de la LGSS con el artículo 14 en conexión con el artículo 39.1 de la Constitución, ha de rechazarse que la sentencia impugnada, que se limita a aplicar aquella disposición, haya incurrido en lesión de este precepto constitucional».

Recordando su propia doctrina destaca el Alto Tribunal que « ... la Constitución no reconoce el derecho a formar una unión de hecho que "por imperativo del artículo 14, sea acreedora del mismo tratamiento -singularmente por lo que ahora importa en materia de pensiones de la Seguridad Social- que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio", y "siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica, y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento"».

Incluso llega a afirmar el Alto Tribunal en su sentencia 77/1991, de 11 de abril, utilizando criterios más propios de legalidad ordinaria que derivados únicamente de la Constitución que: «Tampoco puede aceptarse que en el caso existieran obstáculos legales que impidieran a la recurrente en amparo contraer matrimonio con quien convivió extramatrimonialmente. Ambos eran solteros y podían haber formalizado, si esa hubiera sido su voluntad, el vínculo matrimonial...».

Afirmaciones del Tribunal Constitucional que no son irreprochables, la misma denominación de unión de hecho es cuestionable pues tanto en el matrimonio como en la familia nos encontramos ante relaciones que funcionalmente son absolutamente idénticas estén o no normalizadas jurídicamente, aquella denominación supone un auténtico prejuicio en cuanto que implica reconocer que existen tales matrimonios y familias a las que se les considera sin protección jurídica o al margen del Derecho, desconociéndose el proceso de creciente juridificación de tales instituciones naturales, hubiera sido preferible que el Tribunal Constitucional se refiriese al matrimonio o a la familia natural.

El matrimonio o la familia que se forma al margen del sistema legal, con independencia que se trate de un rechazo consciente y voluntario del sistema legal vigente o tenga alguna justificación objetiva no supone que se trate de una institución amoral o inmoral, incluso se ha defendido todo lo contrario por suponer un compromiso libremente asumido y constantemente renovado sin necesidad de formalización jurídica o al margen del Derecho. Desde un punto de vista ético es general la valoración positiva de semejantes uniones libres.

El Alto Tribunal considera que la Constitución no abarca a la familia o al matrimonio constituido al margen del sistema legal, afirmación cuestionable pues en aquella norma fundamental el matrimonio y la familia vienen considerados como derechos subjetivos y su protección por el Estado se considera incondicionalmente, esto es, al margen de su adecuación o no a las formas jurídicas.

Indica el Tribunal Constitucional que « ... el legislador podría extender a las uniones estables de hecho los beneficios de la pensión de viudedad, pero ... el no hacerlo así, no lesiona el artículo 14 de la Constitución, ni por sí mismo ni en relación con el artículo 39.1 del Texto

constitucional, a lo que puede añadirse que tampoco se lesiona el artículo 14 de la Constitución en conexión con el artículo 41 de la Constitución, toda vez que, en su configuración actual, la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender una situación de necesidad o de defensa económica. Cuestión distinta es que el supérstite no debe quedar desprotegido del régimen público de Seguridad Social (arts. 41 y 50 de la Constitución). Pero tal protección -...- no tiene necesariamente que prestarse a través de la actual pensión de viudedad». Se considera pues a las situaciones matrimoniales y familiares no fundadas en el sistema legal «tamquam non essent» o como si no existieran por la falta de un requisito legalmente establecido como el idóneo, la celebración del matrimonio civil válido, para producir la cobertura legal de la relación natural, cuando al menos se puede cuestionar si en nuestro Derecho, y respecto de la familia sin matrimonio, existe un estatuto mínimo de convivencia, incluso aun cuando fuera disperso, y que se centre precisamente en los problemas de orden estrictamente patrimonial (tendencia general, por cuanto los problemas afectivos o vinculados a éstos y no patrimoniales se tienden a dejar al ámbito de la moral) que surgen durante su existencia y sobre todo al final de la convivencia. La respuesta doctrinal suele ser negativa, y parece que así deberá considerarse por más que a concretas obligaciones nacidas de relaciones extramatrimoniales se aluda en nuestro Derecho, y aun cuando la consideración de las mismas se efectúa al margen de la existencia de una unión matrimonial. El Tribunal Constitucional podría haber contribuido al establecimiento de ese estatuto (patrimonial) mínimo, y no deja pasar la oportunidad con fundamento en una presunción vulgar equívoca, la de que quienes se unen maritalmente al margen del sistema legal establecido lo hacen por pretender eludir precisamente esas consecuencias de orden patrimonial. Es cierto que como se significa en el voto particular del Magistrado D. Carlos de la Vega Benayas, al que después nos referiremos, «... no parece lógico que el que opta por una unión libre -es decir, sin trabas ni formalismos legales, ni asunción de derechos y deberes jurídicamente exigibles- pueda pedir luego que se le aplique la normativa legal matrimonial, tanto en el orden personal como patrimonial», no obstante las razones para llevar a efecto tales uniones son infinitas, y en todo caso las consecuencias de orden patrimonial no tienen por qué depender de la asunción formal de un determinado compromiso (formar una familia) cuando existe la libre asunción del mismo. Como también se dice en el voto particular antes aludido, sin que por ello incida en contradicción «la unión de hecho, la convivencia more uxorio, si bien no tiene el rango de institución jurídica (...), tampoco es un puro y simple hecho desprovisto de consecuencias jurídicas, que las tiene, y cada vez más, debido al cambio de la conciencia social, que ha evolucionado desde su consideración como acto ilícito (...) hasta el actual acto -no hecho- jurídicamente reconocido y reconocible, con propias y específicas consecuencias en Derecho También los Jueces y Tribunales, en numerosas sentencias, han reconocido y declarado efectos jurídicos a la llamada convivencia marital en materia de sucesiones, separación personal, pensiones, ayudas e indemnizaciones, contratos sobre bienes entre la pareja, etc.».

La Constitución da pie para considerar la existencia de una familia en sentido amplio en nuestro Derecho que genera obligaciones y deberes al margen de que exista una prestación formal del consentimiento, esto es, sin matrimonio; en tal caso la protección a la viuda vendría al margen del matrimonio y por la existencia de esa situación familiar, y tales consideraciones pa-

rece que pueden efectuarse, tanto respecto de las relaciones de Derecho privado como de Derecho público que a tal situación se puedan asociar; es más, precisamente en los derechos que de aquella situación se puedan derivar frente al Estado, como el derecho a la pensión de viudedad, por su carácter de derecho público subjetivo, la unión libre y la conformación de la familia es un dato fáctico en el que la prestación del consentimiento tiene una relevancia elemental, basta con que existan, se quieran o no, las consecuencias.

La pensión de viudedad que se puede hacer derivar de la familia no matrimonial atiende, aun cuando otra cosa diga el Tribunal Constitucional, a una situación de necesidad, de ahí que entre las causas de extinción se encuentre la celebración de un nuevo matrimonio, salvo que se quiera llegar a la conclusión de que aquella causa de extinción deriva de una supuesta inmoralidad de la viuda por violentar un celibato que ni el Derecho ni la moral imponen.

Como acertadamente se manifiesta en el voto particular formulado por el Magistrado D. Carlos de la Vega Benayas, al que se adhiere el Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra, a las sentencias 30/91, 31/91, 35/91 y 38/91 «... el problema de la equiparación no es el verdadero "thema decidendi", ni el que realmente importa, ya que lo que se pretende en el recurso de amparo -y lo que en este voto disidente se sostiene- no es asimilar a todos los efectos la unión de hecho al matrimonio legal, sino dar el mismo trato a unas concretas consecuencias iguales en las distintas hipótesis. No sería congruente. Bastará con decir que equiparar matrimonio y unión libre supondría suprimir uno de los términos, desapareciendo el problema y haciendo la discusión inútil»; siguiendo con el discurso del voto particular «lo que parece congruente es que el partícipe de una unión libre y estable, de acreditada voluntad convivencial more uxorio, pueda exigir del Estado no resultar preterido en las prestaciones sociales sin una razón o causa justificada ... si de algo puede decirse que exista semejanza es entre la situación del viudo o viuda acreedor a la pensión y la del "compañero" o convivente supérstite por muerte del otro que por la misma razón lo pretende. No sé donde podría jugar mejor la dicción del artículo 4.1. del Código civil».

Pero no paran ahí las consideraciones; probablemente el centro de la cuestión está en la siguiente afirmación del voto particular «y digo que el matrimonio o vínculo legal no puede justificar la diferencia de trato porque pese a las apariencias, dicho acto y negocio jurídico no es determinante o la causa de la pensión. Lo que dicho acto garantiza a la Administración de la Seguridad Social es la certeza de la situación, autorizando el sistema, inercialmente, el abono de aquélla, incluso por un día de matrimonio. Pero es quedarse en la forma jurídica no insistir en la causa verdadera y profunda de la prestación social cuestionada», y acogiendo un anterior criterio del propio Tribunal Constitucional el Magistrado disidente señala que «... la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender una situación de necesidad, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite. Claramente se está diciendo, pues, que no es el matrimonio en sí la razón decisiva, pese a que en las legislaciones y en las normas y convenios se estipule como regla general la existencia del previo vínculo matrimonial para acceder al derecho. Se trataría, a la postre, de un problema de fehaciencia o de prueba, y sabido es que la dificultad de ésta no

puede ser razón para negar un derecho. Como tampoco puede convertirse una unión lícita (la unión sin matrimonio) en causa de pérdida de un derecho, consecuencia evidentemente injusta y que ni la ley ni la Constitución autorizan, sobre todo a la vista de su artículo 39, en el que se da cobijo a la familia no matrimonial ...».

V. CONCLUSIONES.

Debe subscribirse la conclusión a que llegan los Magistrados antes indicados disidentes, a los que debe añadirse el voto particular del Magistrado D. Luis López Guerra, de que el vínculo matrimonial no puede ser el determinante de la pensión de viudedad, y matizando más, que la pensión de viudedad no tiene como fin la protección de la familia, sino el atender a una necesidad y suplir una disminución de ingresos en perjuicio del superviviente, considerándose que el artículo 160 LGSS vulneraría el artículo 14 de la Constitución en una interpretación tal que no comprendiese en su ámbito al supérstite de una convivencia extramatrimonial, pero acreditada y estable, como indica en su voto el Magistrado D. Luis López Guerra «Si las prestaciones de la Seguridad Social se configurasen como elementos naturalmente integradores del régimen del matrimonio, o como técnicas de protección de la institución matrimonial, no cabría duda de que el legislador podía legítimamente excluir de tales prestaciones a los ciudadanos no casados, y en el presente supuesto podría excluir de las pensiones previstas en el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social a supervivientes de uniones de hecho. Pero no resulta de los mandatos constitucionales que el sistema de prestaciones de la Seguridad Social tenga como objeto configurador el régimen de la institución matrimonial, ni proteger tal institución: Lo que prevé el artículo 41 de la Constitución es un régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad».

Pudiéndose afirmar, como se hace en aquel voto particular, que « ... esto será así mientras que no se nos ofrezca una razón o fundamento que justifique de qué modo la diferencia entre matrimonio y convivencia more uxorio puede ser trasladada al régimen de las prestaciones por fallecimiento y en favor del superviviente, pero negándoselas al que lo sea en el segundo supuesto o mera convivencia acreditada, y sin olvidar también que esa negativa puede jugar en contra del principio de libertad u opción libre matrimonial (art. 32.1 CE), y volver de un modo indirecto a la antigua concepción (ya sin vigencia social) de la ilicitud de la unión extramatrimonial y negarle todo efecto, con lo que ello entraña de marginación de personas y grupos».

Como hacen los Magistrados que votan disidentemente, cabe encontrar una interpretación a los repetidos fallos del Tribunal Constitucional y de la doctrina, en consecuencia, ya firmemente establecida, que no expulse de la prestación de viudedad a los convivientes more uxorio, esto es, « ... habría la posibilidad de entender su fallo "favorabilia amplianda" no como una cláusula de cierre absoluto, que permitiera la aplicación del artículo 160 de la LGSS a cada situación concreta y en méritos de la misma».