

M.ª DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

*Catedrática de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidad de León*

Extracto:

LA sentencia objeto de comentario versa sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de la convivencia marital sobre el derecho a pensión de viudedad del excónyuge que estuvo unido con el causante por vínculo matrimonial posteriormente disuelto. Exactamente se trata de determinar si una convivencia *more uxorio* anterior al fallecimiento del causante de la pensión impide adquirir el derecho a la pensión del excónyuge divorciado sobreviviente reconocido en el artículo 174.2 LGSS. Sobre tal planteamiento se proyecta la finalidad institucional de la pensión de viudedad, el eventual reparto de dicha pensión de muerte y supervivencia entre el viudo o la viuda del causante y el excónyuge del mismo en virtud de anterior matrimonio disuelto, así como las causas de extinción o pérdida de efectos de la pensión de viudedad, con especial atención a la convivencia *more uxorio*.

El mandato legal de extender a las posibles futuras pensiones sociales de viudedad, que son por hipótesis pensiones *mortis causa*, los motivos de pérdida del derecho previstos para las eventuales pensiones civiles de divorcio o separación legal, que son por hipótesis pensiones *inter vivos* causadas a favor del excónyuge divorciado, suscita ciertos problemas de ajuste que resuelve el Tribunal Supremo aplicando los instrumentos de la interpretación jurídica. Fundamentalmente se analiza en este estudio la incidencia que puede tener en la determinación de los preceptos legales aplicables la STC 125/2003, de 19 de junio, que ha declarado la inconstitucionalidad de la norma 5.ª de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas del matrimonio y del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación o divorcio.

Sumario:

1. Planteamiento de la cuestión.
2. Antecedentes de hecho.
3. Finalidad institucional de la pensión de viudedad.
4. Regulación legal del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio.
5. Criterios de distribución de la pensión de viudedad cuando concurren varios beneficiarios.
6. Causas de extinción o pérdida de efectos de la pensión de viudedad.
7. Argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para otorgar la pensión de viudedad al excónyuge divorciado que había convivido maritalmente con otra persona.
8. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En un sistema de Seguridad Social con fuertes connotaciones contributivas, como el nuestro, las situaciones de separación y divorcio pueden tener graves repercusiones sobre la situación del excónyuge o cónyuge viudo/a. Las consecuencias que estas situaciones provocan a efectos de Seguridad Social fueron tratadas por el legislador español en la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, denominada Ley de Divorcio. Dicha disposición normativa ha sido enérgicamente criticada por la doctrina ¹, fundamentalmente por su carácter oscuro, ambiguo y provisional, por sus imprecisiones técnicas y por su inadecuación al sistema de Seguridad Social, ya que la solución normativa de la norma civil se basa en un sistema típicamente contributivo, mientras que el sistema interno de Seguridad Social, aunque influido por los principios contributivos del modelo germáni-

¹ Ampliamente al respecto, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Divorcio vincular y derecho a pensión de viudedad (Comentario a la STCT de 17 de septiembre de 1980)», *JSSS*, 1981, T. II, págs. 287 y ss.; RODRÍGUEZ SANTOS, B.: «La pensión de viudedad tras la legalización del divorcio», *AL*, 1985, T. II, págs. 1.031 y ss.; GOERLICH PESET, J.M.ª: «La protección por viudedad en los supuestos de separación y divorcio», *RL*, 1988, T. II, págs. 492 y ss.; GARCÍA VIÑA, J. y RIVAS VALLEJO, M.P.: *Las prestaciones de supervivencia en el Sistema de la Seguridad Social*, Barcelona (Cedecs), 1996; LEONES SALIDO, J.M.: *Las pensiones de viudedad y orfandad*, Granada (Comares), 1998; GALA DURÁN, C.: «El derecho a la pensión de viudedad en los casos de nulidad, separación y divorcio: La nueva regulación del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social», *Aranzadi Social*, núm. 9, 1998, págs. 249 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad por razón de sexo*, Madrid (La Ley), 2000, págs. 198 y ss.; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La pensión de viudedad en el régimen general de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo blanch), 2000; GETE CASTRILLO, P.: «Compatibilidad de la pensión de viudedad en nuestro sistema de Seguridad Social», *Foro de la Seguridad Social*, núm. 3, 2001, págs. 9 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas de reforma», *AS*, núm. 14, 2001, págs. 5 y ss.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Protección por muerte y supervivencia: cuestiones pendientes tras la promulgación del Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre», *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 11, 2002, págs. 5 y ss.; GARATE CASTRO, L.: *La reforma de las pensiones por muerte y supervivencia*, Santiago de Compostela (Revista Xurídica Galega, Monografías), 2002; DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.ª L.: *Régimen jurídico de la viudedad*, Sevilla (CARL-Mergablum), 2002 y «Efectos de la convivencia extramatrimonial sobre la pensión de viudedad: la problemática aplicación de la causa de extinción "vivir maritalmente con otra persona" contenida en el artículo 101 del Código Civil», *Aranzadi Social*, 2003, T. II, págs. 2.971 y ss.; ALONSO OLEA, M.: «Las pensiones de viudedad hoy», *Tribuna Social*, núm. 154, 2003, págs. 9 y ss.; TORTUERO PLAZA, J.L.: «La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del sistema en clave continuista», *RMAS*, núm. 44, 2003, págs. 44 y ss.; RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Comentarios a los artículos 171 a 179 de la Ley de Seguridad Social», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A., Dir.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Murcia (Laborum), 2003 o MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid (MTAS-La Ley), 2004, págs. 8-11.

co, parte de planteamientos distintos, concretamente en la pensión de viudedad, que hasta la entrada en vigor de la Ley de Divorcio se fundaba principalmente en el vínculo matrimonial y en la convivencia y dependencia económica de los beneficiarios con el sujeto causante ².

Tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, aunque el estado civil continúa siendo el eje determinante para la obtención de pensiones de viudedad, se incide de forma decisiva en los requisitos necesarios para su atribución, pues aunque no se suprime el requisito del vínculo matrimonial, se crea un nuevo concepto de vínculo al asimilar las situaciones de ruptura matrimonial, esto es, separación y divorcio, al concepto de viudo/a, de tal forma que no se va a exigir que el vínculo sea actual, en el momento en que se produce el hecho causante, sino que haya existido en algún momento antes del fallecimiento ³, y por lo tanto, puede accederse a la pensión de viudedad desde dos situaciones distintas: el matrimonio y la situación de separación o divorcio.

Es decir, se produce una extensión del derecho a la pensión, manteniéndose la relación jurídica entre el excónyuge superviviente y el sujeto causante, y generándose derecho a pensión tanto para el excónyuge como para el/la viudo/a en proporción al tiempo convivido.

La cuestión planteada en la sentencia objeto de comentario versa sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de la convivencia a modo de matrimonio (*more uxorio*) sobre el derecho a pensión de muerte y supervivencia, en concreto pensión de viudedad, del excónyuge que estuvo unido con el causante por vínculo matrimonial posteriormente disuelto. Más concretamente, se trata de determinar si una convivencia *more uxorio* anterior al fallecimiento del causante de la pensión impide adquirir el derecho a la pensión del excónyuge divorciado sobreviviente reconocido en el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

Tal planteamiento se proyecta sobre el eventual reparto de dicha pensión de muerte y supervivencia entre el viudo o la viuda del causante y el excónyuge del mismo en virtud de anterior matrimonio disuelto.

2. ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos relevantes para la decisión del litigio se resumen como sigue:

- a) La parte demandante (Ana C) es la viuda propiamente dicha del causante (Juan T), y la parte demandada (Antonia M) la primera mujer del mismo, excónyuge divorciada.

² DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.ª L.: «Efectos de la convivencia extramatrimonial sobre la pensión de viudedad: la problemática aplicación de la causa de extinción "vivir maritalmente con otra persona" contenida en el artículo 101 del Código Civil», cit., págs. 2.971 y ss.

³ Interesantísimas al respecto las reflexiones de CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: «El matrimonio como "presupuesto" del derecho a la pensión de viudedad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, cit., págs. 35 y ss.

- b) En el curso de los años 1973 a 1976, Antonia M, primera mujer del causante, vigente el matrimonio entre ambos, se ausentó del domicilio conyugal y volvió a él en varias ocasiones, abandonándolo definitivamente el 4 de junio de 1976 para convivir maritalmente con otro hombre (Manuel G), como lo había hecho en las ausencias temporales anteriores.
- c) La convivencia *more uxorio* de Antonia M con Manuel G se prolongó hasta el fallecimiento de éste el 13 de mayo de 1990.
- d) Entretanto, el vínculo matrimonial entre el causante Juan y Antonia se disolvió por sentencia de divorcio, contrayendo Juan nuevas nupcias con su segunda mujer (Ana C), en fecha 14 de abril de 1983.
- e) El causante Juan falleció el 11 de septiembre de 1999, reconociéndose en principio pensión de viudedad íntegra a la segunda mujer (Ana C).
- f) En fecha 19 de junio de 2000 la entidad gestora acordó modificar dicha pensión de viudedad de Ana C por haberse reconocido a la primera mujer excónyuge divorciada del causante, Antonia, el derecho al reparto del importe de la misma en determinado porcentaje, atendiendo a los períodos de convivencia respectivos (48,43% para Antonia y 51,57% para Ana C).
- g) En vía jurisdiccional la viuda propiamente dicha, Ana C, invoca como fundamento de su pretensión de mantener el derecho a la pensión de viudedad en su importe íntegro el precepto del artículo 174.3 LGSS, en la redacción de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre.

3. FINALIDAD INSTITUCIONAL DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

Los riesgos inherentes al modo en que está regulada la pensión de viudedad, mezclando planos patrimoniales, civiles y de protección social, cuando no incluso morales o de una determinada visión religiosa del área social a que se contrae la protección de esta contingencia lleva a dilucidar cuál es la razón de ser, la verdadera finalidad institucional de la pensión de viudedad. Como con acierto ha manifestado recientemente algún autor, «¿Estamos convirtiéndola en un derecho derivado del mero hecho matrimonial? ¿La pensión de viudedad es de naturaleza patrimonial y llega a percibirse socialmente como formando parte de los gananciales? ¿Es un premio a la institución matrimonial o un pago por haber estado casado? ¿O es más bien un mecanismo de protección social que actúa sustitutoriamente conforme al régimen contributivo, cuando cesan los salarios o ingresos del causante? ¿Es, definitivamente, una asignación asistencial para personas necesitadas?»⁴.

⁴ «¿Cuál es la causa real a la que debe responder esta hoy más que discutible pensión, siendo así que sus mayoritarias protagonistas lo que más persiguen es disponer de derecho propio a pensión –jubilación– de la Seguridad Social?», GETE CASTRILLO, P.: «Situación normativa de la pensión de viudedad: ¿para cuando el paso de un continuo manoseo a una radical revisión institucional de la contingencia de muerte y supervivencia?», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, cit., pág. 51.

Estos y otros muchos interrogantes encuentran diversidad de respuestas en la doctrina, que en ocasiones no duda en ubicar la institución dentro de la «protección familiar» y no dentro de las de «fomento matrimonial», dado que pueden ser beneficiarias de dichas pensiones personas que no ostentan la condición de cónyuges (excónyuges cuyo matrimonio se disolvió por divorcio e incluso personas que nunca ostentaron tal condición por haber sido declarado nulo su matrimonio). El cuestionamiento de que la pensión de viudedad pivote en nuestro ordenamiento jurídico sobre la institución del matrimonio (art. 32 CE) y no sobre la familia (art. 39 CE) llevaría, en último extremo, a dar legitimidad a las meras uniones de hecho o «matrimonios irregulares» o a acoger un concepto más amplio y polisémico del término «matrimonio», dados los cambios que se avecinan ⁵.

El actual régimen jurídico de la pensión de viudedad se hace depender fundamentalmente de dos factores: período de carencia y matrimonio, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio, partiendo de la aceptación del hecho de que ser viudo/a constituye *per se* una situación de necesidad. Así, es posible compatibilizar la pensión de viudedad con cualquier otra renta procedente o no del trabajo o con otras pensiones de la Seguridad Social, sin que el incremento del patrimonio del viudo/a afecte a la pensión de viudedad ⁶.

La protección se hace derivar del contrato de matrimonio, además de otras consideraciones formales en torno a la previa situación de alta y período de carencia, de tal forma que del hecho de ser viudo/a se deriva una presunción *iuris et de iure* de que el sujeto beneficiario se encuentra en una situación de necesidad vitalicia, que sólo se extingue cuando el sujeto contrae nuevo matrimonio. De esta forma, en nuestro sistema de Seguridad Social se prima más un criterio formal que una evaluación real de la situación de necesidad ⁷, llegando a afirmar algún autor que la pensión de viudedad se configura como renta de carácter «asegurativo/resarcitorio» ⁸, cimentada en un concepto de familia tradicional fundada en el matrimonio y en la dependencia económica de la mujer con respecto al cabeza de familia, desviándose de forma flagrante de los postulados constitucionales.

Hemos llegado a un estadio normativo, reforzado de modo contundente por una realidad sociológica, económica, laboral y familiarmente muy distinta a aquella en que se desenvolvía la mujer al momento de la primera configuración de la pensión de viudedad e, incluso, diferente en alto grado al momento en que se generaliza la compatibilidad del disfrute de la pensión con todo trabajo o con otras pensiones devengadas por el beneficiario, al punto que resulta una obviedad el desfase absoluto existente entre la configuración normativa de la pensión de viudedad y la lógica que debe tener una medida racional y razonable de protección social ⁹.

⁵ SEOANE GARCÍA, A.: «Pensiones de viudedad y matrimonios irregulares», *Revista de Derecho Social*, núm. 27, 2004, pág. 130.

⁶ CRUZ VILLALÓN, J. y DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^a L., en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.^a N.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Granada (Comares), 1999, pág. 1.605.

⁷ CRUZ VILLALÓN, J. y DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^a L., en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.^a N.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, cit., pág. 1.576.

⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Pensión de viudedad y divorcio», *RL*, 1995, T. I, págs. 93 y ss.

⁹ GETE CASTRILLO, P.: «Compatibilidad en la pensión por viudedad...», cit., pág. 15.

Para el máximo intérprete constitucional, la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender situaciones de necesidad sino compensar la falta o minoración de ingresos del cónyuge superviviente, con un claro carácter indemnizatorio.

Por ello el legislador, atendiendo a la menor importancia social del fenómeno de las parejas de hecho frente al matrimonio, puede optar por no incluirlas dentro del ámbito subjetivo de cobertura de la pensión de viudedad sin que ello atente contra el artículo 14 CE ¹⁰. Aun cuando el régimen público de Seguridad Social ha de atender en su conjunto a situaciones de necesidad (art. 41) el derecho a la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad que atender a una situación de necesidad o dependencia 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 y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, la muerte de uno de los cónyuges, otorgando a tal efecto una pensión que depende y es proporcional en su cuantía a la base reguladora correspondiente al causante, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad ¹¹.

La STS de 26 de mayo de 2004, objeto de comentario, adhiriéndose a la doctrina que postula su carácter de medio compensatorio frente a un daño y no tanto a su finalidad tuitiva frente a una situación de necesidad, concibe la pensión de viudedad (o asimilada a viudedad) como una especie de «renta diferida» cuyo título de adquisición es la contribución de los cónyuges, bien por toda la vida en común bien mientras dura el matrimonio, a la ayuda y socorro mutuos y a la actuación «en interés de la familia» a que les obliga el estado de casados (arts. 67 y 68 del Código Civil –CC–). Esto es, con las desnaturalizadas institucionalmente prestaciones de viudedad, convertidas por mor de la evolución legislativa, jurisprudencial y fáctica, en mero «premio matrimonial», en una técnica de protección de la institución del matrimonio, se intenta compensar «la pérdida del auxilio implícito en la vida en común» ¹².

Además, y esto es realmente criticable, el excónyuge que no participa de las rentas del causante se convierte en partícipe de la pensión de viudedad con carácter vitalicio, «a modo de beneficiario de una lotería en la que no tenía participaciones, o de premio por los años que soportó al causante» ¹³. Sin embargo, tal condición no es gratuita, sino que se le exige una especie de fidelidad originaria (para el acceso a la pensión) y mantenida (para la pervivencia de la pensión) a la memoria del causante, cristalizada en imposibilidad de contraer nuevo matrimonio o de convivir *more uxorio*, si bien tras la STC 125/2003, de 19 de junio, ya es posible convivir *more uxorio*, con lo cual la fidelidad se ha llevado a parámetros simplemente formales.

¹⁰ SSTC 27/1986, de 19 de febrero; 184/1990, de 15 de noviembre, reiterada por las SSTC 29/1991, 30/1991, 35/1991, 38/1991, todas de 14 de febrero, 77/1991, de 11 de abril y 66/1994, de 28 de febrero; o los AATC 232/1996, de 22 de julio, y el reciente de Pleno 188/2003, de 3 de junio.

¹¹ SSTC 184/1990, de 15 de noviembre y 241/2000, de 16 de octubre.

¹² A que aludieran las SSTS 14 y 23 julio 1999 (RJ 1999, 6803 y 7752).

¹³ TORTUERO PLAZA, J.L.: «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres. (Un apunte sobre su impacto en el régimen de compatibilidades)», *TS*, núm. 104, 2003, pág. 72.

4. REGULACIÓN LEGAL DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN LOS SUPUESTOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

En su redacción actual, el artículo 174 LGSS, que regula la pensión de viudedad del Régimen General de la Seguridad Social (y la pensión de viudedad de los Regímenes Especiales que a él remiten), se encuentra estructurado en tres apartados, que aluden sucesivamente a los requisitos de la pensión de viudedad del cónyuge sobreviviente (apartado 1), a la pensión de viudedad «en los supuestos de separación o divorcio» y de «nulidad matrimonial» (apartado 2), y a la pérdida de los «derechos derivados del apartado anterior» (apartado 3).

El párrafo primero del artículo 174.2 LGSS regula la pensión de viudedad en los casos de separación o divorcio en los siguientes términos: «*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 hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio*».

Es, por lo tanto, la existencia del estado de viudez el requisito que debe reunir el cónyuge superviviente, potencial beneficiario de la mencionada pensión, lo cual implica la demostración de su anterior matrimonio válidamente celebrado¹⁴. Ahora bien, a partir de la Ley 30/1981, de 7 de julio, el requisito del vínculo matrimonial ha sufrido profundas vicisitudes produciéndose una relativización del mismo, ya que, por un lado, éste puede verse alterado por la influencia que ejercen las situaciones de separación y divorcio en el alcance de la protección y régimen jurídico de la prestación de viudedad y, por otro, se va a reconocer el derecho a la pensión a quienes hubieran mantenido una convivencia marital con el causante y no hayan podido contraer matrimonio por impedírsele la legislación anterior.

El párrafo transcrito de la LGSS tiene su origen normativo en la disposición adicional 10.^a de la Ley 30/1981¹⁵, norma que, por su escasa claridad, dio lugar a multitud de interpretaciones encontradas. Su origen legal explica posiblemente las imprecisiones y lagunas del precepto, que parece influido por el Derecho alemán, muy basado en un esquema asegurativo, y en una lógica de adquisición y maduración de derechos en el curso del tiempo. La aceptación, en el Derecho alemán, de una titularidad de derechos de propiedad sobre las prestaciones de Seguridad Social, influye en la idea de que el cónyuge divorciado ha consolidado unos derechos a unas prestaciones futuras, que deben serle reconocidos en el momento de producirse el evento causante. El marco normativo de

¹⁴ CRUZ VILLALÓN, J. y DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^a L., en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.^a N.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, cit., pág. 1.597.

¹⁵ La disposición adicional 10.^a de la Ley 30/1981 reguló, «con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación», los derechos a pensión de viudedad (o situación asimilada), y en general a prestaciones por razón de fallecimiento en favor de cónyuges, excónyuges, ascendientes y descendientes, en las situaciones familiares creadas a partir de la admisión del divorcio en dicha ley. En lo que concierne a la pensión de viudedad (o situación asimilada), la mencionada disposición adicional contempla expresamente el reconocimiento de pensión a los convivientes de hecho «que no hubieran podido contraer matrimonio por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha» (norma 2.^a), y la distribución de la pensión entre «quien sea» cónyuge legítimo y quien «lo haya sido» en proporción «al tiempo vivido» con el causante (norma 3.^a). Estos derechos a pensión «quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo 101 del CC» (norma 5.^a, declarada inconstitucional por STC 125/2003, de 19 de junio).

que parte de nuestra legislación de Seguridad Social es bastante distinto, y por ello la regla 3.ª de la citada disposición adicional (que hace referencia a la situación en la que el causante tiene un cónyuge superviviente y uno o varios excónyuges supervivientes procedentes de una separación anterior o uno o varios divorcios ¹⁶) ha planteado, desde un primer momento, problemas de interpretación que la doctrina ha examinado y que la jurisprudencia ha tratado de resolver y aclarar ¹⁷.

Como muy bien distingue la sentencia objeto de comentario, el pasaje inicial del precepto identifica determinados beneficiarios de la pensión («quien sea o haya sido cónyuge legítimo»); el posterior expresa una causa impeditiva de la adquisición del derecho (haber contraído «nuevas nupcias»); el siguiente indica el criterio de cálculo de la pensión reconocida («cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido»); y el último incluye lo que parece ser una cláusula de cierre sobre determinadas causas impeditivas de adquisición del referido derecho a la pensión de viudedad («con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio»).

La finalidad de tal disposición legal es que, sean cuales sean las causas de la separación matrimonial o de la disolución del matrimonio, éste genera de manera mecánica un derecho expectante a una eventual pensión de viudedad (o asimilada a viudedad) ¹⁸ que sólo se desvanece cuando el excónyuge contrae nuevas nupcias. Cuando se devenga o materializa a la muerte del causante, el contenido del derecho expectante o en curso de adquisición del excónyuge divorciado (o del cónyuge separado) no equivale a la pensión de viudedad íntegra sino a una pensión proporcional al tiempo vivido con el excónyuge (o cónyuge separado) fallecido.

5. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD CUANDO CONCURREN VARIOS BENEFICIARIOS

Recientemente se ha cuestionado el criterio proporcional (*pro rata temporis*) establecido para aquellos supuestos en los que concurren varios beneficiarios de la pensión de viudedad. En concreto, se ha recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la discriminación que sufre la viuda superviviente al tener que compartir su pensión de viudedad con otra beneficiaria (la anterior-

¹⁶ GÓMEZ MUÑOZ, J.M., en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Dir.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Navarra (Aranzadi), 2003, pág. 1.127.

¹⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Pensión de viudedad y divorcio», cit., pág. 96.

¹⁸ La sentencia objeto de comentario insiste en la idea de que no cabe hablar en rigor de «pensión de viudedad» respecto de la percibida por el excónyuge divorciado en virtud del artículo 174.2 LGSS, puesto que dicho beneficiario, desde el momento en que dejó de ser cónyuge, ya no puede ser viudo o viuda; en este caso habría que hablar más bien de «pensión asimilada a la de viudedad». Una situación es la del viudo o viuda propiamente dichos («quien sea» cónyuge en el momento del fallecimiento) y otra situación distinta es la del excónyuge divorciado (quien «haya sido» cónyuge del fallecido pero ya no lo es en el momento del fallecimiento por disolución mediante divorcio del vínculo conyugal). Sólo en el primer caso nos encontramos con la «viudedad» en el sentido de que la expresión tiene tanto en el lenguaje ordinario (Diccionario RAE, primera acepción de viudo/a: «persona a la que se le ha muerto su cónyuge y no ha vuelto a casarse»), como en el propio lenguaje del legislador (arts. 834, 837 y 838 CC: «cónyuge que al morir su consorte», «cónyuge sobreviviente») como, en fin, en la opinión generalizada de la doctrina científica. Cuestión, en definitiva, que no es irrelevante en derecho en cuanto que destaca dos situaciones distintas que pueden ser reguladas por el legislador de manera distinta.

mente casada con el causante de la pensión cuyo matrimonio se disolvió o anuló) en relación con la viuda superviviente de un causante que no ha contraído anteriores nupcias, pues sólo y exclusivamente en este último caso, la viuda percibe la totalidad de la pensión de viudedad. Se comparan los supuestos en los que la pensión de viudedad corresponde al cónyuge de quien contrajo dos o más matrimonios respecto de aquellos en los que dicha pensión de viudedad pertenece al cónyuge de quien contrajo un solo matrimonio, y se alega por la recurrente que el prorrateo de la pensión en proporción al tiempo de convivencia cuando concurren varios beneficiarios vulnera el principio de igualdad contenido en el artículo 14 CE.

Ante tal planteamiento, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 2 de noviembre de 2004 ¹⁹, entiende que los supuestos contemplados presentan un claro elemento diferenciador, «pues la pensión de viudedad se configura en relación con un causante, que no es el beneficiario directo y cuyas vicisitudes matrimoniales, fruto de su personal autonomía y libertad, son las que finalmente repercuten en el régimen jurídico de la pensión del beneficiario, ya que el legislador ha considerado como interés susceptible de protección el derivado de la convivencia marital durante un cierto tiempo. No pueden considerarse términos homogéneos para llevar a cabo la comparación necesaria en el juicio de igualdad biografías diferentes en el terreno matrimonial, precisamente de la persona que con su muerte causa la pensión de viudedad. Y, en coherencia con tales biografías, el legislador ha tomado en consideración el tiempo de convivencia conyugal con el causante, en cuyo período de tiempo se ha realizado la pertinente cotización a la Seguridad Social a efectos de pensión».

A partir de tal argumentación, el máximo intérprete constitucional llega a la conclusión de que cuenta con una justificación objetiva y razonable la opción de no excluir de la titularidad de la pensión de viudedad a quienes anteriormente tuvieron la condición de cónyuges y que como tales convivieron con el causante durante un cierto lapso de tiempo.

Ratificada, por tanto, la opción por la distribución de la pensión (si bien el propio Tribunal Constitucional es consciente de que pudieran existir otras posibles), procede recordar los criterios de reparto ²⁰, pues sobre tal particular, y una vez superada la tesis distributiva (que partía de la igualdad entre el cónyuge viudo y el excónyuge), se ha impuesto una nueva interpretación en la que adquiere mayor protagonismo la persona que convivía matrimonialmente con el causante en el momento del fallecimiento ²¹, reconociendo que el derecho del viudo es un derecho pleno sin límite alguno derivado de la duración que hubiera alcanzado su convivencia matrimonial, ya que la regla de proporcionalidad se refiere exclusivamente al divorciado o separado, no al viudo con matrimonio normal. El punto de partida viene constituido por el distinto origen y legitimación de los derechos a pensión del cónyuge viudo y del cónyuge divorciado. Mientras aquél se hallaba consagrado con anterioridad a la Ley de Divorcio, en la LGSS el derecho del cónyuge divorciado deriva de la Ley de Divorcio

¹⁹ BOE de 2 de diciembre de 2004.

²⁰ Ampliamente al respecto, MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, L.: «El *ius aequum* y el *ius commune* en su integración», RSS, núm. 25, 1985, págs. 102 y ss. y MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, L. y ZORRILLA RUIZ, M.M.: «La pensión de viudedad en la reciente legislación sobre el divorcio. Aspectos de un esfuerzo transformador en pro de la igualdad material», DL, núm. 16, 1985, pág. 110.

²¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Pensión de viudedad y divorcio», cit., pág. 101.

que lo reconoce, pero de forma limitada, en proporción al tiempo de su convivencia matrimonial, con lo cual el derecho del viudo es un derecho pleno, con independencia de la duración del matrimonio, tan sólo mermado en la proporción que corresponde al eventual excónyuge ²².

La jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha aplicado este criterio de proporcionalidad tanto al supuesto de pensión asimilada de viudedad en favor de excónyuge divorciado que no concurre con otro beneficiario o beneficiaria de pensión de viudedad ²³, como al supuesto de concurrencia de pensión en favor del viudo o viuda propiamente dichos con pensión en favor de excónyuge divorciado ²⁴. Este segundo supuesto de concurrencia de pensión de viudedad con pensión asimilada a viudedad da lugar a una distribución o reparto de la cuantía de la pensión de viudedad entre los dos (o más) pensionistas concurrentes, de acuerdo con determinadas reglas que se ha encargado de precisar la unificación de doctrina ²⁵, si bien el reparto o distribución de la pensión de viudedad entre pensionistas concurrentes había sido ya previsto por el legislador para las situaciones particulares generadas por la ley de reconocimiento del divorcio, respecto de las parejas de hecho o convivientes *more uxorio* que no pudieron contraer matrimonio «por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha» (normas 2.ª y 3.ª de la disposición adicional 10.ª de la L 30/1981, de 7 de julio).

A partir de la unificación de criterios, el Tribunal Supremo pasó a considerar que el único cónyuge que tiene atribuido un derecho pleno a la pensión de viudedad es el último, y ello con independencia del tiempo que haya durado su matrimonio. Tal interpretación ha sido calificada de «profundamente innovadora» ²⁶, ya que viene a corregir algunos errores derivados de la aplicación de la tesis distributiva, que partía de una supuesta igualdad entre el cónyuge viudo y el excónyuge, favoreciendo al primer contrayente, a costa de los derechos del cónyuge viudo. Ciertamente, esta interpretación resulta más equitativa, al adquirir mayor protagonismo la persona que convivía con el causante en el momento del óbito, y por tanto la que, en principio, podría presumirse, sufre mayores perjuicios económicos ²⁷.

En cualquier caso, dicha doctrina legal, contenida en la STS de 21 de marzo de 1995, tuvo un importante voto particular en contra suscrito por dos magistrados que abogaban por mantener el criterio anterior de la Sala, argumentando, entre otras razones, que cuando el excónyuge fuera el único beneficiario –por no haber contraído nuevas nupcias el causante tras divorciarse de él– no tendría sentido disminuirle la pensión, beneficiando indebidamente de este modo a la Seguridad Social. La justificación de tal proceder ²⁸ parte de la base de que, originariamente, los excónyuges no tenían derecho alguno a prestación de viudedad, derecho que se otorga por aplicación de la Ley de Divorcio

²² CRUZ VILLALÓN, J. y DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.ª L., en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.ª N., Dirs.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, cit., pág. 1.604.

²³ SSTs 14 y 23 julio 1999 (RJ 1999, 6803 y 7752) y 17 enero y 20 marzo 2000 (RJ 2000, 978 y 2865), entre otras.

²⁴ SSTs 21 marzo, 10 y 26 abril 1995 (RJ 1995, 2171, 3032 y 3733), 10 noviembre 1999 (RJ 1999, 9501) o 27 enero 2004 (RJ 2004, 849), entre otras.

²⁵ STS 21 marzo 1995 (RJ 1995, 2171).

²⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Pensión de viudedad y divorcio», cit., pág. 100.

²⁷ CRUZ VILLALÓN, J. y DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.ª L., en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.ª N., Dirs.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, cit., pág. 1.604.

²⁸ Según STS 14 julio 1999 (RJ 1999, 6803).

de 1981, lo que impediría que pudiera hablarse de una regulación restrictiva de derechos o, simplemente, lesiva de los derechos de los cónyuges separados o divorciados. Esta importante sentencia estableció además que el cálculo de la pensión del excónyuge se realizaría tomando en consideración el período de convivencia real, no el de existencia jurídica del vínculo matrimonial, con lo cual se computa el tiempo transcurrido entre la celebración del matrimonio y el momento de la separación de hecho, momento temporalmente anterior al de la sentencia de divorcio donde éste quedaría acreditado. De esta manera el Tribunal Supremo deja claro que habrán de exigirse los dos requisitos concurrentes, establecidos por la LGSS, para que nazca el derecho a la prestación: haber estado casado con el causante, no sólo haber convivido maritalmente, y haber convivido de manera efectiva, es decir, no haber estado tan sólo casados formalmente ²⁹.

Debe quedar claro, además, que la distribución de la pensión de viudedad entre distintos beneficiarios en relación proporcional al tiempo convivido puede tener como resultado percepciones económicas muy exiguas que, no obstante, carecen de garantía de mínimos individualizadamente ³⁰. Ello significa que el mínimo garantizado afecta a la totalidad de la prestación y no a cada una de las participaciones que en ella tengan los beneficiarios, de modo que no es el importe de éstas el que se considera para determinar si se tiene derecho al complemento sino el importe unitario de la pensión aún sin distribuir; de lo cual se sigue que el complemento al que, eventualmente, se tenga derecho debe abonarse a cada pensionista en el mismo porcentaje que el fijado para su respectiva participación en la pensión ³¹.

El importe del complemento por mínimos de la pensión de viudedad correspondiente a cónyuge divorciado o separado judicialmente del causante tampoco se percibe íntegro, aunque se trate del único beneficiario de la pensión, sino en el mismo porcentaje (minorado) en que se le ha reconocido la pensión de viudedad ³².

6. CAUSAS DE EXTINCIÓN O PÉRDIDA DE EFECTOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

El artículo 11 de la Orden de 13 de febrero 1967 no alude para nada a la posterior convivencia marital como causa enervante del percibo de la pensión, procediendo invocar en este caso el conocido principio conforme al cual no cabe interpretar extensivamente las normas restrictivas de los

²⁹ En tal sentido, también, SSTS 24 marzo, 10 y 26 abril 1995 (RJ 1995, 2184, 3032 y 3733) o 3 julio 2000 (RJ 2000, 7173), llegando a la conclusión de que el módulo temporal para el cálculo de la pensión de viudedad arranca en el período en que se inició el matrimonio y termina en el momento en que se terminó la convivencia, pues aunque el requisito de convivencia no constituye condición exigible para alcanzar la prestación, sí lo es a efectos de determinar el porcentaje de la pensión.

³⁰ GÓMEZ MUÑOZ, J.M., en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, cit., pág. 1.129.

³¹ El complemento de mínimos estará referido a la única pensión que se distribuye y no a cada una de las partes. En tal sentido, STS 30 marzo 1994 (RJ 1994, 2661), entiende que no puede multiplicarse la prestación en función de los mínimos vitales garantizados, «pues éstas no tienen un carácter asistencial, aunque se vinculen a la falta de otros ingresos y no se consolide». En similares términos, STS 27 septiembre 1994 (RJ 1994, 7256).

³² SSTS 20 mayo 2002 (RJ 2002, 6797); 22 octubre 2002 (RJ 2003, 1905); 9 diciembre 2002 (RJ 2003, Rec. 162/2002) y 19 diciembre 2002 (RJ 2003, 2350).

derechos de los beneficiarios de la Seguridad Social. Por el contrario, no se reputa discriminatoria la previsión legal que anuda a la celebración de un posterior matrimonio la pérdida de la pensión, «pues 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 en la convivencia extramatrimonial»³³.

La redacción del artículo 174.3 LGSS, vigente en el momento del hecho causante origen de la sentencia comentada, tenía el siguiente tenor literal: «*Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil*». Los derechos mencionados por remisión al apartado anterior del artículo 174.3 LGSS, es decir, los contemplados en el artículo 174.2 LGSS son, como se acaba de ver, los devengados en caso de «*muerte y supervivencia*» por excónyuges divorciados o cónyuges separados. Posteriormente, mediante Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 2002, se ha añadido una nueva cláusula legal al citado artículo 174.3 LGSS, que no afecta a la cuestión objeto de debate.

Así pues, los supuestos en que por mandato del artículo 174.3 LGSS se extinguen o quedan sin efecto los derechos a pensión de viudedad del excónyuge divorciado o del cónyuge separado se determinan mediante reenvío a un precepto legal regulador del cese de la pensión «civil» que, de acuerdo con el artículo 97 CC, se puede fijar «en la resolución judicial» de separación o divorcio en favor del cónyuge separado o del excónyuge divorciado «cuando la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio».

La pensión compensatoria se define como aquella que se otorgan los esposos con la finalidad de paliar en lo posible la disparidad en las condiciones de vida que la ruptura del matrimonio podía traer consigo³⁴, tratando de compensar al cónyuge cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas. Por tanto, se devenga en función del desequilibrio económico respecto de la situación matrimonial precedente y no implica la garantía de un nivel de subsistencia³⁵. Por ello, supeditar la concesión de la pensión de viudedad al otorgamiento de la pensión compensatoria crearía situaciones ciertamente contradictorias y discriminatorias entre la viuda-divorciada y la viuda-esposa, y también entre viudas-divorciadas ya que se garantizaría la pensión de viudedad a la divorciada o separada con un determinado *status* económico, sin posteriores variaciones, que obtiene pensión compensatoria aunque ésta sólo signifique el mantenimiento de ese nivel de vida, y la divorciada o separada que como consecuencia de la precaria situación económica de su excónyuge, no tuviera derecho a la pensión compensatoria y por tanto tampoco a la pensión de viudedad.

³³ SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Las prestaciones por muerte y supervivencia en la unificación de doctrina», *TS*, núm. 154, 2003, pág. 56.

³⁴ Ampliamente al respecto, COSSIO MARTÍNEZ, M.: *Las medidas en caso de crisis matrimonial*, Madrid (McGraw-Hill), 1997.

³⁵ Sobre ésta, extensamente, DE LA CÁMARA, M.: *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*, Madrid (Civitas), 2002, págs. 147 y ss.

En concreto, son tres las situaciones o supuestos de hecho, indicados en el artículo 101 CC, de extinción de la pensión «civil», que el legislador ha ordenado aplicar también, por remisión, a la pensión social de viudedad derivada de una situación previa de nulidad matrimonial o divorcio:

1. «El cese de la causa que lo motivó» (el derecho a pensión).
2. «Contraer el acreedor (de la pensión) nuevo matrimonio».
3. «Vivir (el acreedor de la pensión) maritalmente (es decir, a modo de matrimonio o *more uxorio*) con otra persona».

El mandato, por remisión, de extender a las posibles futuras pensiones sociales de viudedad, que son por hipótesis pensiones *mortis causa*, los motivos de pérdida del derecho previstos para las eventuales pensiones civiles de divorcio o separación legal, que son por hipótesis pensiones *inter vivos* causadas en favor del excónyuge divorciado (o del cónyuge separado), suscita, como señala la STS 26 mayo 2004, ciertos «problemas de ajuste», que han de resolverse con los instrumentos de la interpretación jurídica.

Uno de estos problemas, referente al primer supuesto de extinción de la pensión, consiste en que la pensión social de viudedad es en principio «vitalicia» (art. 174.1 LGSS), por lo que no se encuentra para ella una situación homóloga a la que puede motivar «el cese de la causa» de la pensión «civil» en favor del excónyuge divorciado o del cónyuge separado, pensión que es en principio temporal, en cuanto depende de que subsista el desequilibrio económico en relación con la posición matrimonial anterior que la ha originado ³⁶.

Otros posibles problemas interpretativos del mandato de remisión del artículo 174.3 LGSS, directamente relacionados con la cuestión objeto de litigio, y puestos de manifiesto por el magistrado ponente, son «los que derivan de la extrapolación de una consecuencia prevista para una pensión civil ya devengada a una pensión social expectante de devengo futuro».

Para afrontar estos posibles problemas interpretativos, y concretamente el de si la convivencia *more uxorio* impide desde que se produce el nacimiento del derecho a la pensión del excónyuge divorciado malogrando tanto el derecho ya adquirido como el derecho expectante o en curso de adquisición, el Tribunal Supremo analiza la incidencia que puede tener en la determinación de los

³⁶ A pesar de la remisión realizada por el artículo 174.3 LGSS al artículo 101 CC, esta causa de extinción permanece inaplicada y prácticamente inédita al juicio de los Tribunales, señalando que «el hecho de que la recurrente fuera privada por sentencia firme de la pensión compensatoria por desequilibrio económico en aplicación estricta del artículo 101 del Código Civil, no puede suponer una condena que impida el nacimiento de una prestación futura de Seguridad Social que solamente puede quedar condicionada a la acreditación de los requisitos constitutivos, o extintivos, en su caso, en el momento del hecho causante», STSJ Asturias 17 noviembre 1995 (AS 1995, 4275); en el mismo sentido STSJ País Vasco 9 diciembre 1998 (AS 1998, 7497). Ampliamente al respecto, DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^a L.: *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, cit., págs. 269 y ss.

preceptos legales aplicables la STC 125/2003, de 19 de junio ³⁷, que ha declarado la inconstitucionalidad de la norma 5.ª de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio, reguladora de las formas del matrimonio y del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación o divorcio. Y el núcleo esencial del hilo argumental en el que la mayoría de los miembros del Alto Tribunal basan su decisión es la consideración de que el «matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes», y ello porque el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional.

El Tribunal Constitucional ha entendido –eso sí, con el voto disidente de seis de sus magistrados, entre los que se halla el propio ponente de la sentencia, Sr. Conde Martín de Hijas– que esta disparidad de tratamiento de la convivencia *more uxorio*, aplicable como causa de extinción de la pensión de viudedad únicamente respecto de los cónyuges supervivientes al causante en caso de separación o divorcio pero no así respecto al cónyuge viudo que convivía con aquél al tiempo de su matrimonio, infringe el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación consagrado en el artículo 14 CE, al instituir (en relación con lo dispuesto en el art. 160 LGSS) un doble sistema de extinción por causas ajenas a la propia esencia de la pensión de viudedad, lo que le lleva a declarar inconstitucional la norma 5.ª de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 CC de «vivir maritalmente con otra persona».

El matrimonio o la convivencia *more uxorio* del divorciado beneficiario de la pensión, realmente no es causa de extinción, sino de pérdida de la pensión que le correspondiera. En efecto y conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, el titular de la pensión es el viudo o la viuda y de la cuantía de la misma se deduce, con destino al divorciado/a, la parte que corresponda al tiempo de convivencia del primer matrimonio. Pues bien, en la medida en que el titular de la pensión es el cónyuge superviviente, la deducción a favor del divorciado/a desaparece cuando éste/a la pierde por las causas vistas, de lo que deriva que la pérdida de la parte de pensión del divorciado/a acrecienta la pensión del titular y, por tanto, no hay extinción. Parece existir un deseo oculto de que el titular de la pensión se constituya en controlador de la situación fáctica del divorciado/a, en la medida en que detectada y denunciada su convivencia silenciosa, provocaría la pérdida de la pensión en beneficio del viudo/a ³⁸.

La situación tras la declaración de inconstitucionalidad referida es la siguiente: la convivencia marital con otra persona llevada a cabo por los beneficiarios de la pensión de viudedad, sea cual sea su condición (cónyuge superviviente, divorciado/a, separado/a) no es causa de extinción de la pensión de viudedad que perciban. La no aplicación de la causa extintiva acuñada con toda lógica por el artículo 101 CC a cualquiera de los beneficiarios de la pensión de viudedad produce, en cualquier caso, efectos poco razonables, pues la Seguridad Social debe continuar en el pago de la pen-

³⁷ RTC 2003, 125, en relación con la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Social del TSJ País Vasco por considerar que le planteaba dudas de constitucionalidad la regla 5.ª de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Concretamente, la problemática que se debatía consistía en dilucidar si la convivencia extramatrimonial del titular de una pensión de viudedad vulnera el principio de igualdad ante la ley, ya que esta causa de extinción supone un tratamiento discriminatorio carente de justificación objetiva en relación con el viudo/a con matrimonio constante hasta la fecha del fallecimiento del causante.

³⁸ TORTUERO PLAZA, J.L.: «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres», cit., pág. 78.

sión de viudedad cuando los beneficiarios conviven *more uxorio* y, sin embargo, el CC libera al cónyuge separado o divorciado del pago de la pensión a que se refiere el artículo 97 del mismo texto legal cuando se produce la misma situación. La nueva situación legal ha producido además un efecto adicional: liberar al cónyuge superviviente de la desagradable función de controlar la moralidad del divorciado/a, pero con ello ha perdido la posibilidad de que la convivencia marital del separado/a, divorciado/a, acrecentase su pensión de viudedad ³⁹.

Con anterioridad, y a pesar de la claridad del precepto de la LGSS en el cual no se establece de forma general la extinción de la pensión por convivencia marital, la Circular de la Subdirección General de Gestión del INSS de 15 de noviembre de 1984, partiendo de una aplicación analógica de las causas de extinción de la pensión compensatoria, asimilaba la situación de convivencia marital a la de contraer nuevas nupcias. En esta línea, algunos Tribunales llegaron a aceptar la tesis del INSS y por ende a admitir que la convivencia extramatrimonial extinguía la pensión de viudedad en todo caso ⁴⁰, si bien la opción predominante fue la de defender que no es posible realizar una interpretación extensiva de ninguna norma que restrinja o recorte los derechos de los beneficiarios de la Seguridad Social ⁴¹.

Sin embargo, lo más reprobable es que durante años se ha otorgado un trato radicalmente opuesto a beneficiarios de una misma pensión de viudedad, ante situaciones idénticas de convivencia *more uxorio*, en razón exclusiva a que se tratara de separados, divorciados o matrimonios anulados de una parte, o de que quien devenga pensión de viudedad lo sea por matrimonio no anulado, separado o divorciado, de otra. Es decir, la convivencia *more uxorio* de pensionistas de viudedad ocasionaba efectos extintivos de la pensión en los primeros, pero no en los segundos ⁴².

Volviendo al análisis de los preceptos legales, a simple vista cabe apreciar una notable similitud entre la regulación «provisional» de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981 y la regulación con mayor propósito de estabilidad contenida en el artículo 174 LGSS. Una y otra conciben la pensión de viudedad como una renta devengada en favor de los cónyuges por la ayuda mutua y la aportación al interés de la familia. Una y otra declaran que esta renta se mantiene para el excónyuge divorciado (o para el cónyuge separado) con independencia de las causas determinantes del divor-

³⁹ TORTUERO PLAZA, J.L.: «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres», cit., pág. 79.

⁴⁰ SSTSJ Madrid 17 diciembre 1990 (AS 1990, 3921); Asturias 17 septiembre 1992 (AS 1992, 4149) o Comunidad Valenciana 30 junio 1993 (AS 1993, 3088).

⁴¹ SSTSJ Baleares 7 febrero 1990 (AS 1990, 2558); Andalucía/Granada 18 septiembre 1990 (AS 1990, 2817) y 15 enero y 8 octubre 1991 (AS 1991, 458 y 5723). Esta doctrina fue plenamente ratificada por el Tribunal Supremo, rechazando la aplicación extensiva del artículo 101 del Código Civil pues restringe o recorta los derechos de los beneficiarios de la Seguridad Social, STS 14 abril 1994 (RJ 1994, 3239) y 17 junio 1994 (RJ 1994, 5446). Igualmente el Tribunal Constitucional en su sentencia 124/1994, de 25 de abril, se manifiesta recalando con firmeza la excepcionalidad de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981, y el alcance restringido del artículo 101 CC, que sólo regula el derecho a las pensiones de Seguridad Social de los sujetos incluidos en el ámbito de la Ley 30/1981.

⁴² De ahí que algún autor haya llegado a expresar que «de ese modo el cúmulo de sinsentidos, contradicciones, hipocresías y despropósitos sociales propiciados por semejante discriminación normativa –o cuando menos aplicativo en sede administrativa y judicial– rayaba en la hilaridad y, desde luego, no podía por menos que distorsionar la percepción social de una protección social necesitada de radical revisión». GETE CASTRILLO, P.: «Situación normativa de la pensión de viudedad...», cit., pág. 50.

cio (o la separación). Una y otra aceptan el criterio de proporcionalidad al tiempo de convivencia para fijar el contenido del derecho. Y una y otra, tal como han sido interpretadas por la jurisprudencia, dan lugar al reparto de la pensión de viudedad entre pensionistas concurrentes adoptando para tal distribución el propio criterio de proporcionalidad al tiempo de convivencia.

La norma 5.ª de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981 ha sido declarada inconstitucional por la citada STC 125/2003, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código Civil de «*vivir maritalmente con otra persona*», por lo cual, aunque los asuntos enjuiciados y los preceptos aplicados no son exactamente los mismos, tal declaración de inconstitucionalidad ha de ser considerada como premisa en la interpretación del actual artículo 174 LGSS, por la sencilla razón de que el tenor literal de la citada norma 5.ª es virtualmente idéntico al del artículo 174.3 LGSS.

Como muy bien argumenta la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, puede pensarse, en verdad, que la vinculación de esta Sala a la jurisprudencia constitucional establecida en la STC 125/2003 no es automática, en cuanto que lo resuelto en esta última no es, como en el caso objeto de litigio, la adquisición de la pensión (asimilada) de viudedad por parte de conviviente *more uxorio* que dejó de serlo por fallecimiento de su pareja (actual art. 174.2 LGSS), sino el mantenimiento o conservación de pensión (asimilada) de viudedad por parte de quien ya había adquirido la pensión y luego cambia su régimen de vida conviviendo a modo de matrimonio con otra persona (actual art. 174.3 LGSS). También es verdad que, como se cuida de destacar el propio Tribunal Constitucional, la declaración de inconstitucionalidad de la sentencia 125/2003 se limita a la norma 5.ª de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981, que era la aplicable al caso, y no al artículo 174.3 LGSS, cuya posible aplicación se cuestiona en el presente litigio.

Es previsible que se produzca una declaración de inconstitucionalidad esta vez referida al apartado 3.º del artículo 174 de la citada ley en lo que concierne a la convivencia marital, y de producirse, «además de poner fin a la discriminación existente entre el cónyuge supérstite y el excónyuge, también concluiría con la existente entre el excónyuge que contrae matrimonio y el que convive maritalmente con otra persona fruto de la modificación realizada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre»⁴³. Y ello porque la citada ley añade un inciso en el artículo 174.3 LGSS («*sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio*») que viene a excluir como causa de extinción el nuevo vínculo matrimonial, siempre que el pensionista reúna las condiciones de edad, incapacidad, minusvalía y «pobreza» exigidas.

En definitiva, no existen razones para que la norma eliminada del ordenamiento por el Tribunal Constitucional respecto del mantenimiento de la pensión ya adquirida pueda ser considerada parte del mismo por vía interpretativa para la adquisición de la pensión del excónyuge divorciado. Es más, la eliminación de dicha norma legal, tal como ha sido efectuada por el Tribunal Constitucional, debe

⁴³ DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.ª L.: «Efectos de la convivencia extramatrimonial sobre la pensión de viudedad: la problemática aplicación de la causa de extinción "vivir maritalmente con otra persona" contenida en el artículo 101 del Código Civil», cit., pág. 2.978.

sostenerse *a fortiori* para la adquisición de la pensión teniendo en cuenta que, en lo que concierne a este momento inicial de la formación y el reconocimiento del derecho, el artículo 174.2 LGSS sólo establece expresamente como causa impeditiva el contraer nuevas nupcias, mientras que para el mantenimiento de la pensión ya adquirida tal causa de pérdida del derecho va acompañada, como se ha visto, de la convivencia *more uxorio*.

7. ARGUMENTOS UTILIZADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO PARA OTORGAR LA PENSIÓN DE VIUDEDAD AL EXCÓNYUGE DIVORCIADO QUE HABÍA CONVIVIDO MARITALMENTE CON OTRA PERSONA

La doctrina constitucional emanada de la STC 125/2003 y otras anteriores ⁴⁴ no determina automáticamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la regulación legal contenida en el artículo 174 LGSS, pero sí condiciona dicha interpretación en el sentido de excluir la posibilidad de considerar causa impeditiva de la adquisición de la pensión (asimilada) de viudedad a la convivencia *more uxorio*, que no se menciona en el enunciado del artículo 174.2 de dicha ley, y que ha sido descartada como causa de extinción o pérdida de efecto de la pensión ya causada por dicha sentencia constitucional. «Si la convivencia *more uxorio* mencionada por remisión en la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981 debe entenderse suprimida por discriminatoria como causa de extinción de la pensión ya causada, con mayor razón habrá de entenderse no presente en el artículo 174.2 LGSS, que ni siquiera la menciona, como causa de pérdida del derecho expectante a la adquisición de la pensión».

La conclusión que se impone es que la convivencia *more uxorio* del excónyuge divorciado que ha desaparecido en fecha anterior al fallecimiento del causante no es causa de extinción de la pensión devengada por aquél ⁴⁵. De *lege data*, el Tribunal Supremo refrenda la sentencia recurrida, STSJ Comunidad Valenciana, de fecha 13 de noviembre de 2002 ⁴⁶, que ha resuelto la controversia en favor de la solución del reparto entre las dos pensionistas concurrentes, argumentando que la convivencia a modo de matrimonio había cesado (debido al fallecimiento del conviviente *more uxorio*) antes de la muerte del causante, por lo que no pudo generar un efecto extintivo sobre un derecho que todavía no había nacido.

⁴⁴ Particularmente la STC 126/1994, de 15 abril (RTC 1994, 166), concediendo el amparo en el caso de una perceptora de pensión de viudedad que ve extinguido su derecho a pensión por convivir de *more uxorio* con otra persona tras el fallecimiento de su anterior marido. Para el TC, la exigencia de convivencia matrimonial para la concesión de determinadas pensiones no justifica que pueda judicialmente declararse, sin que la ley lo prevea, la pérdida de un derecho de pensión, causada en un anterior matrimonio por el hecho de que la beneficiaria conviva después *more uxorio* con otra persona tras el fallecimiento del anterior marido.

⁴⁵ Respecto de la convivencia *more uxorio* que se prolonga o que se produce después de la fecha del fallecimiento del causante, regulada en la actualidad en el artículo 174.3 LGSS, el Tribunal Supremo deberá plantear en su caso y en su día cuestión de constitucionalidad si tiene dudas sobre su compatibilidad con la Carta Magna que no puedan despejarse mediante la aplicación de los criterios de la interpretación jurídica (art. 35 de la LOTC y art. 5.2 de la LOPJ). Tal problema sigue vivo en cuanto que el legislador ha procedido mediante Ley 24/2001 a la derogación de la citada norma 5.ª de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981, pero no a la modificación en el punto cuestionado del artículo 174.3 LGSS.

⁴⁶ (JUR 2003, 207389), en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 2 de enero de 2002 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón.

Esta solución obliga a descartar como ajustada al derecho actualmente en vigor la tesis de la sentencia de contraste, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Asturias, de 15 de junio de 2001, apoyada en la apreciación de que desde el mismo momento en que se consolida una convivencia *more uxorio* el derecho expectante o en curso de adquisición a la pensión (asimilada) de viudedad del excónyuge divorciado se pierde, por lo que «no cabe su rehabilitación» por el cese de dicha situación de convivencia.

En cualquier caso, la posición de la sentencia de contraste cuenta, tal y como reconoce el Tribunal Supremo, con un fuerte argumento a su favor, que merece ser considerado detenidamente y no es otro sino el principio de «protección jurídica de la familia» expresado en el artículo 39.1 de la Constitución. «La protección jurídica de la familia se debilita cuando resulta más desventajoso para los ciudadanos contraer matrimonio, con el refuerzo del cumplimiento de los deberes familiares respecto del cónyuge y los hijos que ello lleva consigo, que convivir *more uxorio*, modo de vida sin duda legítimo pero que es más favorable para la conservación de las opciones del individuo que para la efectividad de las responsabilidades familiares y del "interés de la familia" ⁴⁷. A tal consecuencia de debilitación de la protección jurídica de la familia parece conducir ineludiblemente la solución que reconoce el reparto de pensión entre el viudo o la viuda y el excónyuge divorciado cuando una convivencia *more uxorio* anterior del excónyuge había cesado en el momento de la muerte del causante por cualquier causa, entre ellas el fallecimiento del conviviente *more uxorio*. En esta hipótesis, si en lugar de convivir a modo de matrimonio el excónyuge divorciado hubiera optado por contraer nuevas nupcias, hubiera perdido la pensión de manera definitiva, en aplicación de la causa prevista en el repetidamente citado artículo 174.2 LGSS. El trato más ventajoso en el supuesto contemplado de la convivencia *more uxorio* sobre la convivencia matrimonial parece claro, por lo que cabe pensar que podríamos estar aquí ante una diferencia no suficientemente justificada desde el punto de vista constitucional, en cuanto que restrictiva del principio de protección jurídica de la familia, que tiene, como se ha visto, rango de principio constitucional».

Pero tales dudas sobre una posible inconstitucionalidad de la regulación del artículo 174.2 LGSS, por discriminatoria de los excónyuges divorciados que se casan luego respecto de los excónyuges divorciados que emprenden luego una convivencia *more uxorio* terminada antes del fallecimiento del causante, deben entenderse despejadas por la propia STC 125/2003. El Tribunal Constitucional no encuentra causa de discriminación en restringir a las nuevas nupcias, con exclusión de la convivencia *more uxorio*, la pérdida de efecto de la pensión (asimilada) de viudedad ya adquirida, y no parece dudoso a la vista del razonamiento de la sentencia y de uno de sus votos particulares, y, teniendo en cuenta además que se trata de una resolución reciente, que habría que aplicar *a fortiori* el mismo criterio respecto del derecho expectante o en curso de adquisición contemplado en el artículo 173.2 de la propia LGSS.

Sobre este asunto, ya la STC 126/1994, de 25 de abril ⁴⁸, había hecho hincapié en el hecho de que un bien jurídico tutelado como es el derecho a la pensión de viudedad, una prestación de la Seguridad Social, no puede perderse por una conducta privada que la legislación no ha previsto expre-

⁴⁷ STS 29 junio 1992 (RJ 1992, 4688).

⁴⁸ RTC 1994, 126.

samente como causa de extinción de la pensión. Dice el Alto Tribunal que los derechos de Seguridad Social, como derechos sociales de prestación que implican una carga financiera considerable, son de contenido legal y requieren ineludiblemente de intervención legislativa. Corresponde al legislador en función de las situaciones de necesidad existentes y de los medios financieros disponibles determinar la acción protectora a dispensar por el régimen público de Seguridad Social y las condiciones para el acceso a las prestaciones y para su pérdida. Esta característica de derechos prestacionales, que requieren una base financiera sólida y una administración de recursos escasos permiten al legislador una amplia libertad de configuración y dentro de ella la no consideración a efectos de obtención del derecho a prestaciones de viudedad de la convivencia *more uxorio*, que el máximo intérprete constitucional no ha considerado contrario a la Constitución, entre otras razones, por estimar que con ello no se dificulta irrazonablemente al hombre y mujer que desean convivir *more uxorio*⁴⁹. Sin embargo, termina argumentando el Alto Tribunal, que el que sea constitucional la opción legislativa de exigir la convivencia matrimonial como requisito para la concesión de determinadas prestaciones no justifica que pueda judicialmente declararse, sin que la ley así lo establezca expresamente, la pérdida de un derecho a pensión causada en un anterior matrimonio por una convivencia *more uxorio* tras el fallecimiento del anterior marido.

8. CONCLUSIONES

Las prestaciones de muerte y supervivencia se han caracterizado por un cierto inmovilismo, es decir, por una ausencia de modificaciones significativas en su régimen jurídico. La estructura protectora histórica y actual, en tanto que no ha cambiado, refería a hombres inválidos y dependientes económicamente y a mujeres normalmente inactivas en la esfera laboral. En la actualidad, el impacto de la muerte del causante (sobre el viudo y la viuda trabajadores y su esfera familiar) sigue siendo el mismo en el corto plazo, la pensión sigue siendo insuficiente y alejada de las rentas participativas del causante. Sin embargo, su carácter vitalicio y su régimen de compatibilidades terminan generando una dosis de superprotección, resultado de aplicar en el presente una legislación basada en las estructuras sociales, familiares e ideológicas de un pasado muy lejano⁵⁰.

Incluso puede señalarse una evolución que va desde la rigidez de los requisitos exigidos para el beneficiario de la protección, hasta una relajación de los mismos –tendencia asistencializadora–, mientras que el régimen jurídico del resto de las prestaciones dispensadas por el nivel contributivo experimentan un endurecimiento⁵¹.

Esta dejadez o imprecisión legislativa ha provocado ciertos contrasentidos e incongruencias en el tema concreto que nos ocupa –efecto extintivo de la convivencia marital–, pues no puede desconocerse que el legislador ha aprovechado la reforma operada por el Real Decreto 1465/2001,

⁴⁹ STC 184/1990, de 15 de noviembre.

⁵⁰ TORTUERO PLAZA, J.L.: «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres», cit., pág. 73.

⁵¹ CRUZ VILLALÓN, J. y DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^a L., en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.^a N., Dirs.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, cit., pág. 1.577.

de 27 de diciembre ⁵², que modifica el artículo 11 de la vigente Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, para deslegalizar la materia de la compatibilidad entre viudedad y matrimonio ⁵³. El beneficio de la no extinción de la pensión de viudedad por matrimonio tan sólo alcanza a quienes acrediten una serie de exigencias (de edad, minusvalía e ingresos), que nos sitúan en parámetros de protección asistencial.

La nueva ordenación es aplicable tanto al titular de la pensión de viudedad como a los beneficiarios procedentes de situaciones de divorcio o nulidad, si bien, dado que éstos tan sólo reciben la parte de pensión en proporción a su tiempo de convivencia con el fallecido, su importe será bastante bajo, por lo cual difícilmente podrán cumplir los requisitos asistenciales (que la pensión sea la principal o única fuente de rendimientos) y con ello, difícilmente podrán beneficiarse de la no extinción de la pensión de viudedad ⁵⁴. Mantenido como está el efecto extintivo que sobre la pensión de viudedad produce, como regla general, contraer nuevo matrimonio, y resistente el legislador actual a dar efecto pensionístico alguno a las parejas de hecho u otras formas de convivencia de creciente presencia en nuestra sociedad, no se alcanza a ver la coherencia de admitir una «perturbación conceptual» como la que genera esa referida excepción ⁵⁵, que puede ser de «frecuente ocurrencia, habida cuenta la esperanza media de vida actual en España» ⁵⁶.

Es preciso estar, pues, al ya aludido artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que contempla como causa de extinción las nuevas nupcias, pero no la mera convivencia extramatrimonial, fenómeno que sólo merecía una consideración negativa para el legislador de entonces ⁵⁷. Y ha de entenderse así, además, porque carecería absolutamente de sentido que, no surgiendo de las uniones el derecho a pensión de supervivencia, al ser necesario en todo caso el requisito del matrimonio ⁵⁸, pudiesen provocar, en cambio, la extinción del derecho legítimamente alcanzado, pudiéndose llegar de esta manera a la absurda situación de que una persona se viese privada de su pensión de viudedad sin poder luego obtener otra a la muerte de aquélla con la que hubiese convivido.

⁵² De modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia.

⁵³ Sobre el particular, por todos, GARATE CASTRO, J.: «La reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia (del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social al Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre)», en AA.VV. (GARATE CASTRO, J., Coord.): *Estudios jurídicos sobre las reformas de la Seguridad Social*, Revista Xurídica de Galicia, Santiago de Compostela, 2003, págs. 69-82.

⁵⁴ La fidelidad al causante se convierte de hecho en requisito del derecho al acceso y al mantenimiento de la pensión. TORTUERO PLAZA, J.L.: «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres...», cit., pág. 80.

⁵⁵ «De tan limitado alcance práctico que sólo en clave de atender a ciertos anacronismos morales y obediendo a sesgos de notorio tinte clasista puede llegar a explicarse», GETE CASTRILLO, P.: «Situación normativa de la pensión de viudedad...», cit., pág. 52. Y que exigirá, antes de tomar la decisión de contraer nuevo matrimonio, que los contrayentes pensionistas de viudedad deban hacer números para saber cuáles son las consecuencias de su matrimonio. TORTUERO PLAZA, J.L.: «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres...», cit., pág. 80.

⁵⁶ ALONSO OLEA, M.: «Las pensiones de viudedad hoy», *Tribuna Social*, núm. 154, 2003, pág. 12.

⁵⁷ GÓMEZ MUÑOZ, J.M., en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Dir.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, cit., pág. 1.132.

⁵⁸ Cuestionando este requisito, interesantes reflexiones en SEOANE GARCÍA, A.: «Pensión de viudedad y matrimonios irregulares», cit., págs. 127-128.

En definitiva, si no pueden acceder a la pensión de viudedad quienes hayan convivido *more uxorio*, no es equitativo que la convivencia *more uxorio* después del matrimonio provoque la pérdida del derecho a pensión, atribuyendo a esta causa de extinción una «razonable neutralidad»⁵⁹ dentro del régimen jurídico de la pensión de viudedad. A pesar de la remisión realizada por el artículo 174.3 al artículo 101 del CC, no es posible, con el actual régimen jurídico de la pensión de viudedad, vincular la extinción de la pensión de viudedad al cese de la pensión compensatoria por desequilibrio económico⁶⁰.

Por lo demás, es evidente que los cambios en el sistema familiar y las exigencias de un nuevo modelo constitucional de Seguridad Social aconsejan una reforma en profundidad de la estructura actual de la pensión de viudedad –que cuantitativamente ocupa el segundo puesto en importancia, tras la jubilación, en el sistema de pensiones, y únicamente ha visto afectado su régimen jurídico por leves retoques asistencialistas acordes con la subida de mínimos–, alumbrando una concepción global de la contingencia y un régimen jurídico de su protección acordes con la verdadera realidad social actual y con la finalidad que es propia de la Seguridad Social⁶¹.

La incorporación del requisito de la situación de necesidad, junto con el reconocimiento de las uniones de hecho, serían los factores clave sobre los que necesariamente debería pivotar el régimen jurídico de esta pensión, pues la «dependencia económica» del supérstite –con vínculo actual, o pasado o conviviente de hecho⁶²– respecto del causante debería erigirse en factor determinante de la prestación⁶³, evitando de este modo tanto las situaciones de sobreprotección⁶⁴ como las de infraprotección⁶⁵.

La toma en cuenta de la necesidad económica debería llevar en unos casos, al igual que en otras experiencias comparadas, a no reconocer derecho a pensión alguno al excónyuge que no dependa económicamente del causante, mientras que, por el contrario, esa dependencia económica debería operar para asegurar una protección más efectiva del excónyuge que dependa económicamente del causante, y ello al margen y no a costa de los eventuales derechos del cónyuge supérstite⁶⁶.

⁵⁹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «A propósito de la convivencia extramatrimonial: los límites de lo razonable», *RED*, núm. 77, 1996, pág. 522.

⁶⁰ STSJ Asturias 17 noviembre 1995 (AS 4275).

⁶¹ GETE CASTRILLO, P.: «Situación normativa de la pensión de viudedad...», cit., pág. 45.

⁶² Ampliamente al respecto, entre muchos, FERNÁNDEZ DOMÍNGEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad por razón de sexo*, cit., págs. 202 y ss.

⁶³ DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.ª L.: «Efectos de la convivencia extramatrimonial sobre la pensión de viudedad: la problemática aplicación de la causa de extinción "vivir maritalmente con otra persona" contenida en el artículo 101 del Código Civil», cit., pág. 2.979.

⁶⁴ Tal ocurre en todo supuesto en el que no se dé una material situación de necesidad económica ocasionada directamente por el fallecimiento del causante, tal como es dable presumir en los casos de quienes no son cónyuges en el momento del óbito, del varón o mujer en cuya situación económica no repercute negativamente la muerte, cuando menos significativamente, o en quien percibe la pensión de viudedad no obstante su convivencia *more uxorio*, sin que esta situación extinga la pensión. GETE CASTRILLO, P.: «Compatibilidad en la pensión por viudedad...», cit., pág. 15.

⁶⁵ Cual sucede en el caso de la pensión compartida, por el lado del cónyuge que lo es al momento del hecho causante, ya que es él quien, presumiblemente, sufre los efectos económicos negativos derivados del fallecimiento del causante. O, más aún, en el caso de las personas que sufren tales pérdidas materialmente, pero que, por no estar equiparado el trato de protección prestacional que las uniones de hecho merecen con la que se dispensa a las uniones matrimoniales, se incurre socialmente en un injusto trato que requiere pronta solución. GETE CASTRILLO, P.: «Compatibilidad en la pensión por viudedad...», cit., pág. 15.

⁶⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Pensión de viudedad y divorcio», cit., pág. 102.