

## **PENSIÓN DE VIUDEDAD TRAS EL DIVORCIO O SEPARACIÓN MATRIMONIAL: LEY 40/2007**

Domingo, 19 de septiembre de 2010 | **ROJI ABOGADOS**

Fue uno de nuestros primeros post y en aquél indicábamos que tendríamos que esperar a que nuestro Tribunales se pronunciaran al respecto tras **las dudas que la Ley 40/2007 planteaba** (la improcedencia de la pensión de viudedad para cónyuge separado o divorciado si el mismo no era beneficiario de una pensión compensatoria antes de la entrada en vigor de dicha Ley).

***La reciente sentencia del TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección 4ª, S de 11 Mar. 2010,*** viene precisamente a resolver dicha cuestión, considerando, entendemos que acertadamente, que en los supuestos de divorcio o separación ***anteriores al 1 de enero de 2008 no es necesario que el solicitante de la prestación sea beneficiario de la pensión compensatoria al tiempo del fallecimiento.***

En este sentido el TSJ Madrid estima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, en reclamación por viudedad, por lo que reconoce el derecho de la solicitante a percibir una pensión de viudedad por el fallecimiento de su ex-cónyuge.

*"TERCERO.- En el ámbito de la censura jurídica se enmarcan los motivos tercero y cuarto del recurso, en el que, con adecuado encaje procesal, viene a denunciar, respectivamente, infracción del artículo 174.2 de la LGSS en relación con los artículos 2.3, 3.1 y 97 del CC y artículos 9.3 y 14 de la CE, así como del artículo 3 de la LGSS, centrando su argumentación en el sentido que ha de darse al primero de los preceptos referidos tras la reforma operada en el mismo por la Ley 40/2007, acudiendo para ello, en un voluntarioso y bien articulado alegato jurídico, a los distintos criterios literal, sistemático, histórico y teleológico, para alcanzar la conclusión de que no puede considerarse como requisito para percibir la prestación reclamada encontrarse cobrando en el momento del fallecimiento del causante una pensión compensatoria, sino que el precepto meritado ha de entenderse como la mera incompatibilidad entre la prestación de viudedad y la pensión compensatoria, de tal modo que el derecho a la prestación surge por el fallecimiento de uno de los excónyuges y no por desequilibrio económico en el momento de la sentencia de divorcio.*

*Siendo en todo caso la interpretación alcanzada por el Juzgador de instancia, según esta parte, contrario al principio de igualdad y discriminatoria respecto del beneficio concedido a los consortes no separados o divorciados a los que no se les exige dependencia económica respecto del causante. Para terminar aduciendo la vulneración que del artículo 3 de la LGSS comete el Juez "a quo", al permitir que un pacto privado, como es el convenio regulador, pueda suponer una renuncia a la prestación pública de la pensión de viudedad.*

*Todos los motivos deducidos han de ser abordados conjuntamente dada la evidente imbricación que los mismos presentan.*

*Así, se ha de comenzar indicando que el Magistrado de instancia resuelve con acierto de modo desestimatorio la pretensión actora amparándose para ello en la doctrina ya asentada por esta Sección de Sala sobre el particular discutido y que se concreta en que conforme al tenor dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, "Las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabra, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas" La regla básica y preeminente de interpretación normativa es por ello la del tenor literal, sin que los restantes criterios de hermenéutica legal permitan alterar el sentido claro que resulte de sus palabras, que únicamente adquieren virtualidad para despejar las dudas y aclarar las ambigüedades normativas que pudieran resultar de una indagación puramente objetiva del texto en estudio.*

*En el asunto de autos el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad social, en la redacción dada por la Ley 40/2007, dispone que "En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante".*

*El texto aportado no deja margen a la duda ya que lo en él dispuesto resulta claro y terminante, precisando, "en todo caso", como condición generadora del derecho a la pensión de viudedad el dato objetivo de la percepción de una prestación compensatoria, en los términos prevenidos en el artículo 97 del CC, y ello al tiempo del fallecimiento del causante y que la misma se extinga por razón del óbito, en atención a la posibilidad de que los herederos la puedan seguir satisfaciendo conforme lo estipulado en el artículo 101 del CC.*

*A cuya consideración coadyuva la propia exposición de motivos de la Ley 40/2007 al referir que "El acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil .*

*" Se precisa, en consecuencia, como premisa principal para el nacimiento del derecho, que el solicitante de la prestación sea beneficiario de la pensión compensatoria al tiempo del fallecimiento, sin cuya condición primordial no hará surgir el derecho pretendido.*

*Conclusión que igualmente se alcanza acudiendo a una interpretación finalista, ya mantenida por esta Sección de Sala en la sentencia de 30 de junio de 2009, toda vez que la intención del legislador, contrariamente a lo postulado por la parte recurrente, no es otra que hacer depender el derecho prestacional de la situación económica de dependencia que pudiera tener la beneficiaria, evitando el perjuicio que por la pérdida de la pensión de la que hasta el momento del fallecimiento se encontrase disfrutando la solicitante de la prestación se le pudiese irrogar, subviniendo con ello a una concreta situación de necesidad, asumiendo la pensión de viudedad en estos casos los caracteres de una verdadera renta de sustitución; todo ello de conformidad con la doctrina constitucional asentada en las sentencias del TC 184/1990, de 15 de Noviembre y 15/1991 de 14 de febrero considerando que la pensión de viudedad tiene por estricta finalidad "compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge supérstite, y en general afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad".*

*Finalmente ha de tenerse en cuenta que el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es de estricta configuración legal y requieren de la intermediación legislativa (TC 65/87, 37/1994 y 126/94) correspondiendo al legislador con libertad de criterio, como no podía ser de otro modo, determinar el alcance del derecho de los ciudadanos modulando la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél y ello al margen del mayor o menor acierto empleado en su regulación.*

*Otra consideración distinta supondría alterar los perfiles identificativos de la prestación, haciéndose extensible la acción protectora de la Seguridad Social a un ámbito distinto al pretendido por el legislador, modificando con ello el marco de aplicación al que la norma va dirigida.*

*Es por ello que, de conformidad con los criterios hermenéuticos establecidos en el art. 3.1 del Código Civil, el alcance que debe otorgarse al artículo 174.2 de la LGSS en la redacción dada por la*

*Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social , es el que le ha dado el Juez de lo Social.*

*Ahora bien, ocurre que el precepto discutido ha sido objeto de una muy reciente alteración legislativa propiciada por las modificaciones normativas introducidas por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, con efectos de 1 de enero de 2010, invirtiendo con ello la conclusión jurídica que ha de alcanzarse en el supuesto analizado y que esta Sala en el ejercicio del principio procesal "iura novit curia" no puede ignorar, toda vez que, como recoge la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 8/98, de 13 de enero , "... el principio "iura novit curia" permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocados por los litigantes; el órgano Judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito".*

*En efecto, conforme se recoge en su Disposición Final Tercera, apartado décimo , el artículo 174.2 de la LGSS discutido queda redactado como sigue "En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente.*

*Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última.*

*En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.*

*" Regulación legal que se completa con lo disciplinado en la Disposición Transitoria Decimoctava de la LGSS, igualmente introducida por el apartado catorce de aquella, determinando el régimen normativo de la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, en cuyo periodo cronológico se encuentra el caso de autos.*

*Así se dispone que " El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio ó de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a 10 años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de 10 años y además concurra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:*

- a) La existencia de hijos comunes del matrimonio o*
- b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.*

*La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre , de medidas en materia de Seguridad Social.*

*En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.*

***En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.***

*Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley ".*

*Requisitos todos ellos concurrentes en el supuesto enjuiciado, en donde, conforme resulta del relato de hechos probados: el vínculo matrimonial tuvo una duración no inferior a 10 años, al haberse contraído matrimonio el 6 de diciembre de 1980, fruto del cual nació una hija (hecho probado primero), siendo el periodo transcurrido entre el fallecimiento del exconsorte -29 de septiembre de 2008 (hecho probado tercero) y por lo tanto comprendido en el párrafo In fine" de la Disposición contemplada- y la sentencia de divorcio -11 de abril de 2007 (hecho probado segundo) **y en consecuencia previa a la entrada en vigor de la Ley 40 /2007- no superior a 10 años.***

***Todo lo cual hacen a la demandante tributaria del derecho solicitado en el suplico de la demanda, si bien con efectos de 1 de enero de 2010 conforme a la Disposición Final 3 de la Ley 26/2009".***

