

APLICACIÓN DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL EN LA DELIMITACIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

CRISTINA BLASCO RASERO

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

Palabras Clave: Régimen matrimonial, pensión de viudedad, beneficiarios

El derecho a la pensión de viudedad (que, en el modelo tradicional, centra su protección en el cónyuge superviviente) ha estado condicionado al cumplimiento de los requisitos que la legislación civil exige para la validez del matrimonio. Esta conexión ha permitido cuestionarse, en el orden social, el eventual reconocimiento del derecho en aquellos supuestos en los que se duda de la validez del vínculo. Sin embargo, en todos estos casos, existen dudas razonables acerca de la aplicación de unos requisitos, de índole civil, cuya estricta exigencia puede colisionar con el fundamento y la finalidad de prestaciones que deben basarse en la atención de la necesidad.

Pese a las múltiples reformas operadas ha de partirse de la idea de que los cambios efectuados hasta ahora son sólo puntuales en un proceso que, necesariamente, ha de continuar hasta alcanzar una reforma integral del régimen jurídico de la pensión de viudedad o, incluso, configurar un modelo nuevo de protección de la supervivencia.

ABSTRACT

Key Words: Matrimonial property regime, widow, beneficiary's pension

The right to the widowhood pension (which, in the traditional model, focus its protection on the surviving spouse) has been conditioned to the fulfillment of the civil legislation requirements for the validity of the marriage. This connection allowed to question, in the social order, the eventual recognition of the pension in those cases where it is doubted the validity of the link. However, in all these cases, there are reasonable doubts about the application of requirements, of a civil nature, whose strict requirement can collide with the basis and the purpose of benefits that are based on the need to care.

Despite many reforms operated has to start from the idea that the changes made so far are only point in a process that necessarily, must continue to achieve a comprehensive reform of the legal regime of the widow's pension or, even, set up a new model of protection of survival.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA IMPORTANCIA DEL DERECHO CIVIL EN EL PROCESO DE REFORMAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN POR VIUDEDAD
2. LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO COMO CONDICIÓN ESENCIAL PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD AL CÓNYUGE SUPERVIVIENTE
 - 2.1. El matrimonio como contrato privado con eficacia jurídica. Requisitos para la validez del matrimonio y, por extensión, para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad
 - 2.2. La falta de inscripción del matrimonio en el Registro Civil: relevancia del incumplimiento de un requisito formal sobre el acceso a la pensión
3. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD Y OTRAS FORMAS DE MATRIMONIO
 - 3.1. Consideración previa: formas de celebración del matrimonio reconocidas en el Derecho español
 - 3.2. El controvertido derecho a la pensión de viudedad del miembro superviviente de un matrimonio celebrado por el rito gitano
 - 3.3. Incidencia del matrimonio poligámico sobre el reconocimiento y, en su caso, distribución de la pensión de viudedad
4. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO A PERSONAS DEL MISMO SEXO: ATRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES
5. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN LOS SUPUESTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO: NUEVAS CONDICIONES RESTRICTIVAS DEL DERECHO
 - 5.1. El derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad matrimonial: exclusiva protección del matrimonio putativo
 - 5.2. El limitado reconocimiento del derecho, en los casos de separación y divorcio, al cónyuge beneficiario de una pensión compensatoria. ¿Idoneidad del nuevo criterio?
6. CONCLUSIONES

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA IMPORTANCIA DEL DERECHO CIVIL EN EL PROCESO DE REFORMAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN POR VIUDEDAD

En el conjunto de la acción protectora, las prestaciones por muerte y supervivencia constituyen, con seguridad, una de las fórmulas de protección más sensible a los cambios sociales. En los últimos cincuenta años se han producido tantas y tan profundas transformaciones en las formas de organización de la familia y en las relaciones entre los miembros del grupo, que resulta imprescindible un replanteamiento general del régimen de protección de la supervivencia en el que se considere tanto la necesaria cobertura de nuevas situaciones como, en su caso, la eventual exclusión de aquellos hechos o relaciones que han dejado de constituir una necesidad social. Un replanteamiento de la protección que se ha efectuado y, en un futuro próximo debe continuar realizándose, a mi juicio, atendiendo a las normas y principios que rigen las relaciones entre particulares.

Porque si ya el legislador social está obligado, en el diseño del sistema de protección de las situaciones de necesidad social y en la regulación del régimen jurídico concreto de cada prestación, a utilizar los conceptos y previsiones del Orden Civil (recuérdese su funcionamiento como Derecho común a todo el ordenamiento jurídico) resulta conveniente intensificar el recurso a los preceptos e instituciones civiles como instrumento esencial, de singular utilidad, no sólo para la interpretación y aplicación de las normas sociales, sino también, en el proceso de reformas que ya se ha llevado cabo y que en el futuro ha de seguirse en la ordenación y funcionamiento del Sistema español de Seguridad Social¹. Una intensificación que resulta en muchos aspectos necesaria para solventar ciertos problemas e incoherencias que, por tales motivos, se detectan en la acción protectora del Sistema (sobre todo, cuando en la definición del supuesto normativo no se tienen en cuenta los términos en que deben desenvolverse las relaciones entre particulares). Por tales motivos, resulta de suma importancia ahondar en el análisis de las prestaciones sociales desde los conceptos, reglas o principios propios del ordenamiento civil, para determinar la idoneidad o, en su caso, inoportunidad o incluso el mal uso que pueda haberse dado, en cada tema, a las disposiciones aplicables.

Pero el análisis de las relaciones existentes entre el Derecho civil y el Derecho social (incluso en el ámbito limitado de las prestaciones de supervivencia) constituye un estudio tan extenso que desborda ampliamente el objetivo de estas páginas. Por dicha razón, la obra que en estos párrafos se introduce ha de limitarse a una de las prestaciones en las que en mayor medida se manifiesta esa conexión con el orden civil y en la que resulta más evidente la necesidad de perfilar su régimen jurídico desde una adecuada conceptualización y aplicación de las normas privadas: la pensión de viudedad. A esta razón se suma su tradicional protagonismo como la prestación de supervivencia más afectada por las reformas normativas, y sobre todo, como aquella en la que con más insistencia se plantea la conveniencia de llevar a cabo una remodelación integral de su régimen jurídico.

Para efectuar este análisis es necesario recordar, como punto de partida, los cuatro elementos sobre los que se ha sustentado la protección por viudedad desde los orígenes del Sistema². Como elemento principal se ha de señalar el

¹ Ello sin perjuicio de que, en ciertos aspectos, deban mantenerse en el orden social ciertas reglas especiales y distintas a las previstas en el ordenamiento civil. Es lo que sucede, por ejemplo, con la norma dispuesta en el art. 172.3 de la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS), que permite reconocer el derecho a las prestaciones de muerte y supervivencia generadas por la desaparición del causante que ha sufrido un accidente en circunstancias que hagan presumible su muerte, una vez transcurridos 90 días de su desaparición y, por lo tanto, sin tener que esperar el cumplimiento de los plazos comunes, más extensos, previstos en el art. 193 del Código Civil (en adelante, CC).

² Sobre la delimitación de estos elementos, puede verse, con más extensión: BLASCO RASERO, C.: *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, 2003, págs. 115- 150, así como la bibliografía y la jurisprudencia que en estas páginas se cita.

diseño de una pensión dirigida, con meridiana claridad, a la protección del cónyuge superviviente. Precisamente por ello, se ha venido denegando con reiteración el beneficio al miembro superviviente de una pareja de hecho (esto es, de toda relación de convivencia análoga a la conyugal en la que las partes han optado por no formalizar el vínculo). Y sin embargo, a pesar de la primera condición y de la segunda limitación, también se ha reconocido tradicionalmente el derecho en los supuestos de separación, nulidad y divorcio, aunque en rigor, en los dos últimos casos, se haya atribuido a quien no ostentara ya la condición conyugal requerida (a estos efectos, baste recordar que el divorcio extingue el vínculo y la nulidad supone la invalidez del matrimonio).

Además, desde la reforma operada por la Ley 24/1972, de 21 de junio³, y posteriormente, desde la eliminación por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) de los preceptos de la LGSS que requerían condiciones singulares a los varones⁴, no se ha exigido a los beneficiarios la demostración de requisitos adicionales para acceder al derecho: la persona que hubiera contraído matrimonio con el causante ha venido detentando un derecho absoluto a la pensión de viudedad al margen de condiciones tales como la acreditación de una determinada edad o de una situación de incapacidad para el trabajo, la existencia de hijos comunes, la constatación de un período mínimo de convivencia entre las partes, la demostración de una relación de dependencia económica con el causante, la ausencia de recursos propios u otras circunstancias similares. Por todo ello se ha venido sustentando, como único fundamento de la protección, el resarcimiento del daño que sufre el cónyuge sobreviviente como consecuencia de la pérdida de los ingresos del trabajador o pensionista, causante del derecho.

Sin embargo, estas notas (esenciales en la definición) se han visto sustancialmente alteradas en la última década por un importante proceso de reformas que, de una parte, han permitido extender la protección tanto a los matrimonios constituidos entre personas del mismo sexo, como al miembro superviviente de una pareja de hecho; y, de otra, han restringido la cobertura tanto en los casos de muerte acaecida por una enfermedad común padecida con anterioridad a la celebración del matrimonio, como en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. Por este motivo, es acertado hacer un análisis en profundidad del vínculo que, hoy por hoy, sigue constituyendo el presupuesto fundamental del

³ Con anterioridad a dicha Ley, para el acceso a la pensión de viudedad se exigía a las mujeres que fueran mayores de 40 años, estuvieran incapacitadas para el trabajo o tuvieran hijos a cargo del causante con derecho a pensión de orfandad.

⁴ Recuérdese cómo, en las SSTC 103/1983 de 22 de noviembre y 104/1983 del día 23, se declaró inconstitucional la norma que exigía al varón la acreditación de una relación de dependencia económica respecto a su esposa justificada por una incapacidad permanente y absoluta para el trabajo.

derecho a la protección, al menos, de la pensión básica del sistema: el matrimonio (el estudio de la pensión de viudedad en las uniones de hecho, especialmente por la singular delimitación del supuesto de hecho protegido, requiere un tratamiento particularizado y exhaustivo cuya extensión supera los límites de esta obra).

2. LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO COMO CONDICIÓN ESENCIAL PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD AL CÓNYUGE SUPERVIVIENTE

Como se ha recordado sucintamente en los párrafos anteriores, el reconocimiento y abono de la pensión de viudedad ha estado limitado, desde la configuración inicial del Sistema de Seguridad Social, al cónyuge superviviente, esto es, a la persona que hubiera contraído matrimonio con el causante en alguna de las formas reguladas y admitidas en el ordenamiento jurídico, sin exigírsele el cumplimiento de requisitos adicionales, lógicamente, restrictivos del derecho. Sin embargo, y frente al régimen tradicional de protección de la viudedad, cuando el legislador ha extendido el derecho a quienes hubieran mantenido con el causante una relación de convivencia sin haber contraído matrimonio, lo ha hecho imponiendo condiciones que alejan considerablemente los términos de la protección por viudedad del miembro superviviente de una pareja extramatrimonial respecto a los exigidos al cónyuge sobreviviente⁵. Diferencias que se explican, a mi juicio y entre otras razones, porque con la definición en la LGSS de lo que debe entenderse, a estos efectos, por “pareja de hecho” se suple la ausencia de un concepto común y de un régimen civil concreto de este tipo de relaciones (a diferencia de la expresa y completa regulación del matrimonio en el CC) y porque, posiblemente, constituya un primer paso o un campo propicio para probar el funcionamiento de nuevos requisitos que, en un futuro, podrían condicionar el acceso a la protección de supervivencia de todos sus beneficiarios.

Dejando de lado las condiciones exigidas para obtener la protección en los supuestos de parejas de hecho⁶, en los casos en los que se accede al derecho desde una relación matrimonial constituida, la existencia de un matrimonio y,

⁵ El legislador ha restringido la protección a quienes hayan constituido una “pareja de hecho” (conforme a la definición del art. 174. 3 de la LGSS) y hayan formalizado su relación, bien inscribiéndola en un Registro de Parejas de Hecho, bien haciéndola constar en un documento público, y siempre que acrediten una relación económica con el causante, bien en términos de dependencia, bien en términos de necesidad real.

⁶ Sobre los términos en los que actualmente se extiende el derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de una unión de hecho se puede consultar, entre otras obras, las

con éste, el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, se supedita al cumplimiento de los requisitos exigidos en los art. 44 a 48 del CC, así como a las condiciones dispuestas para su celebración en los art. 49 a 65 del mismo texto. En estos términos puede destacarse, en un primer acercamiento al tema, el carácter formal del matrimonio para cuya válida existencia es esencial el cumplimiento de los presupuestos, de carácter constitutivo, que el ordenamiento jurídico dispone. Por tal motivo, aunque los individuos pueden mantener las relaciones de afectividad y convivencia que deseen, sólo aquellas en las que se cumplen las condiciones exigidas merecen el reconocimiento del ordenamiento y la atribución de los efectos jurídicos que a favor del matrimonio se prevén. Otra cosa sería negarle al Derecho la función de ordenación de las relaciones humanas que inevitablemente ha de desempeñar.

2.1. El matrimonio como contrato privado con eficacia jurídica. Requisitos para la validez del matrimonio y, por extensión, para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad

El matrimonio, como todo acuerdo privado del que derivan consecuencias jurídicas sobre las personas y sus bienes, e incluso, como acto o negocio jurídico del que se deducen una pluralidad de efectos frente a terceros (sujetos públicos y privados) está sometido a ciertas condiciones determinantes de la validez del propio negocio. En el ámbito de la protección social, la identificación de una unidad matrimonial de la que deriva el acceso a la pensión de viudedad a favor del cónyuge superviviente depende igualmente de la existencia de un matrimonio válido, en el que concurren los requisitos exigidos en el ordenamiento civil para su reconocimiento. La relevancia de estos elementos exige empezar este estudio concretando los presupuestos esenciales para la válida constitución de un matrimonio. Se trata, lógicamente, de hacer una somera referencia a las condiciones dispuestas en el CC para la validez del vínculo⁷.

siguientes: Ballester Pastor, I.: “La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, n° 209, 2008 (monográfico sobre: *La pensión de viudedad: régimen vigente y perspectivas de futuro*); Martínez Abascal, V. A.: “Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?”, *Aranzadi Social*, n° 17, 2009; Moreno Gené, J.: “La “pensión especial” de viudedad en las parejas de hecho: la prueba de la convivencia estable”, *Aranzadi Social*, n° 17, 2009 y Viqueira Pérez, C.: “La situación protegida en la pensión de viudedad derivada de pareja de hecho (Ley 40/2007)”, *Actualidad Laboral*, n° 18, 2008.

⁷ Condiciones que se analizan con mucha mayor extensión en otras obras (entre ellas, Albadalejo García, M.: *Curso de Derecho Civil. IV Derecho de Familia*, Edisofes, 2013; Lacruz

En primer lugar, para la celebración de un matrimonio se exige a los contrayentes la acreditación de capacidad suficiente para entender y, en consecuencia, asumir conscientemente las consecuencias que derivan del vínculo conyugal, capacidad que se les presume a los mayores de edad y a los menores emancipados (en cualquier caso, no incapacitados judicialmente para este tipo de contrato). En conexión con la capacidad, la doctrina civilista sitúa otras prohibiciones dispuestas en los art. 46 y 47 del CC, tales como la de contraer matrimonio por personas que ya estén casadas (en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio es claramente monogámico, estando incluso tipificado como un ilícito penal el delito de bigamia) o las limitaciones a contraer matrimonio entre sí que se aplican a las personas vinculadas por ciertos grados de parentesco (como los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, o los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado) así como a los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Con todo, se admite la dispensa del impedimento de edad a partir de los catorce años, del atinente al parentesco en las relaciones en tercer grado entre colaterales y del impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior (en los dos primeros casos por el Juez de Primera Instancia y en el último por el Ministro de Justicia, *ex art.* 48 del CC).

El segundo elemento esencial para la validez del contrato es la prestación del consentimiento matrimonial por parte de los contrayentes, consentimiento que, según el art. 45 del CC, no puede estar sometido a condición, término o modo. Igualmente conduce a la nulidad del matrimonio la concurrencia de alguno de los vicios del consentimiento que se indican en el art. 73 del CC, cuales son el error en la identidad del otro contrayente o en las cualidades personales que hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento, la coacción y el miedo grave.

El carácter formal del contrato matrimonial supone, como tercer requisito de validez, su necesaria celebración conforme al procedimiento establecido. A estos efectos, el CC admite tanto el matrimonio civil oficiado ante el Juez, Alcalde o funcionario competente (conforme a las normas dispuestas en los art. 51 a 58) como el celebrado en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o autorizados por la legislación estatal (art. 59 del CC). Además, se atribuye eficacia jurídica al matrimonio celebrado por españoles fuera del territorio nacional en la forma esta-

Berdejo, J. L. *Derecho de Familia: el matrimonio y su economía*, Civitas, 2011; Sánchez calero, F. J. y otros: *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, 2012; Ureña Martínez, M.: *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tecnos, 2013).

blecida por la Ley del lugar de celebración (art. 49 del CC *in fine*) y al constituido en España por extranjeros cumpliendo las formalidades dispuestas por la ley personal de cualquiera de ellos (art. 50 del CC). Obviamente también, se reconocen los efectos que el ordenamiento jurídico hace derivar del matrimonio al celebrado -válidamente- fuera de nuestras fronteras por personas de otras nacionalidades que se instalen en España.

En definitiva, constituyen éstos requisitos esenciales para la validez del matrimonio y, por ello, para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al cónyuge superviviente. La ausencia de alguno permite la declaración de nulidad del vínculo con las consecuencias que de dicha declaración se derivan⁸.

2.2. La falta de inscripción del matrimonio en el Registro Civil: relevancia del incumplimiento de un requisito formal sobre el acceso a la pensión

Dejando para un epígrafe posterior el análisis que, sobre el derecho a la pensión de viudedad genera la declaración de nulidad matrimonial (principal consecuencia de la falta de alguna de las condiciones señaladas) se han de tratar en éste los problemas que, sobre el reconocimiento del derecho, derivan de la ausencia de otros requisitos de forma. En este aspecto, el principal problema que se ha planteado ante los tribunales se ha referido al eventual reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de falta de inscripción en el Registro Civil de una relación matrimonial, por lo demás, válidamente constituida.

La cuestión fundamental que a estos efectos se plantea se refiere, básicamente, al carácter que debe atribuirse al requisito de inscripción registral. A este respecto es necesario dilucidar el sentido que ha de darse al art. 61 del CC, cuando diferencia los efectos civiles del matrimonio que, según señala, se producen desde su celebración, y “*el pleno reconocimiento de los mismos*” para cuya consecución, también se indica, resulta necesaria su inscripción en el Registro Civil. Se trata, fundamentalmente, de una cuestión de legalidad ordinaria, de orden civil, en cuyo ámbito es esencial determinar el carácter constitutivo o meramente probatorio del requisito de inscripción registral (es decir, si para la existencia de una relación matrimonial válida es o no imprescindible su inscripción en el Registro Civil).

⁸ Conforme al art. 73 del CC procede la declaración de nulidad del matrimonio cuando falta el consentimiento o concurre alguno de los vicios que lo invalidan, cuando se contrae por las personas o entre quienes se ven afectados por alguno de los impedimentos dispuestos en los arts. 46 y 47 CC y no se ha producido dispensa, o cuando, con incumplimiento de los trámites preceptivos, se celebra sin la intervención del juez, alcalde o funcionario competente o sin la concurrencia de testigos.

Sobre esta cuestión, y aunque cabe defender ambas posibilidades, se encuentra en la doctrina civilista opiniones cualificadas contrarias al carácter constitutivo de la inscripción registral que, desde esta perspectiva, ni se considera determinante del estado conyugal, ni de los efectos civiles del matrimonio⁹. No obstante, algunos de estos autores distinguen los efectos que derivan de la falta de inscripción en el Registro Civil según los sujetos implicados¹⁰: mientras que, entre los cónyuges, la falta de inscripción no impide que se desenvuelvan todos los efectos personales y patrimoniales que derivan del matrimonio, frente a terceros rige la regla del art. 61 del CC *in fine*, que prohíbe que la falta de inscripción pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por personas ajenas a la relación. En el mismo sentido, los tribunales vienen negando carácter constitutivo a la inscripción registral y consideran esta exigencia como un requisito formal y garantista frente a terceros que no impide la producción de los efectos civiles que del matrimonio se derivan sobre los hijos y los cónyuges. Por lo demás, existe coincidencia en los tribunales y en la doctrina consultada en su consideración como un medio de prueba cualificado, así como en un título idóneo para acreditar, frente a cualquiera, la existencia de un matrimonio.

Pero la cuestión, en el ámbito concreto de esta obra, no es ya el carácter de la inscripción (lo que constituye un asunto de legalidad ordinaria, en el que cabe remitirse al estudio que, sobre la materia, ha realizado la doctrina civilista especializada y los tribunales del orden civil) y la eficacia del matrimonio no inscrito entre las partes o entre otros sujetos privados, sino el reconocimiento que pueda y deba hacer el Estado de las relaciones matrimoniales no inscritas en el Registro Civil, en este aspecto, en orden a la atribución al cónyuge superviviente del derecho a la pensión de viudedad. Sobre este particular se pueden encontrar en la jurisprudencia reciente posiciones enfrentadas.

Así, el TC (en la STC 199/2005, de 15 de noviembre) ha analizado este tema desde la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, considerando contraria a la CE la actuación de los tribunales de instancia que, en el caso concreto, denegaron el derecho al demandante (miembro superviviente de un matrimonio canónico no inscrito por razones de conciencia) por equiparar

⁹ Vid. por ejemplo, Lacruz Berdejo, J. L. op. cit., págs. 83 y 84; Díez-Picazo, L. y Gullón, A. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, págs. 89-92. En este sentido, tanto la mayoría de la doctrina civilista como la Dirección General de los Registros y del Notariado consideran que la falta de inscripción registral no supone la invalidez o ineficacia del matrimonio, pero sí una ausencia formal que dificulta significativamente su prueba.

¹⁰ En este sentido se pronuncian, entre otros autores, Díez-Picazo, L. y Gullón, A. *Sistema de Derecho...* cit. pág. 91.

su situación a las uniones de hecho. Por el contrario, en su opinión, la denegación del derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de una unión conyugal no inscrita supone una diferencia de trato injustificada y desproporcionada frente a la normal atribución del derecho al resto de matrimonios canónicos inscritos, y por lo tanto considera que, aunque la falta de inscripción en el Registro Civil puede generar otras consecuencias, no es motivo suficiente para denegar el derecho a la pensión de viudedad al cónyuge sobreviviente.

Pero esta interpretación jurisdiccional no es, lógicamente, la única posible. En este sentido, se encuentran otros argumentos de peso en los votos particulares presentados frente a la opinión de la mayoría en los que, en esencia, se defiende la función de la institución registral como “*conditio iuris*”¹¹ a la que la Ley civil supedita la eficacia del matrimonio. En el primer voto particular porque se considera que, con este requisito, se unifica en el ordenamiento jurídico la eficacia de las diversas formas de contraer matrimonio, constituyendo la inscripción en el Registro Civil un elemento objetivo y razonable al que condicionarse la satisfacción, por parte del Estado, de sus obligaciones prestacionales. En el segundo, se insiste en el carácter esencial de la inscripción registral y se añade que, aunque las partes pueden legítimamente incumplir los requisitos impuestos por el legislador y negarse a la inscripción, no pueden después exigir la satisfacción de los derechos que la legislación prevé, precisamente, a favor de quienes cumplen las disposiciones legales.

Por su parte, para el TS la inscripción registral no es un requisito constitutivo que impida, en todo caso, el acceso a la pensión: mientras que, en los supuestos en los que existe alguna duda acerca de la constitución del vínculo o de su validez, la efectiva inscripción del matrimonio en el Registro Civil es requisito imprescindible para obtener la prestación porque constituye el único media categórico de prueba, en aquellos en los que haya medios documentales claramente acreditativos de la celebración del matrimonio y nadie dude del mantenimiento de la convivencia, aunque la falta de inscripción registral impide que de tal relación se deriven plenos efectos civiles, “*sí que puede producir los efectos propios de todo matrimonio en relación con el derecho a causar prestaciones de la Seguridad Social*” (STS de 15 de diciembre de 2004).

Sobre este tema se pueden hacer varias observaciones. Como punto de partida inexcusable, se ha de entender aplicable un único criterio común a todas las formas de matrimonio: si para los celebrados en el extranjero o para los constituidos siguiendo las reglas o ritos de cualquier congregación religiosa se

¹¹ Sobre la interpretación, a estos efectos, de la “*conditio iuris*” véase López Cumbre, L.: “Los nuevos pensionistas de viudedad”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 209, 2008, págs. 38-40.

exige la inscripción de la relación en el Registro Civil, debe condicionarse el derecho a la pensión de viudedad al cumplimiento de este requisito, también, en los matrimonios celebrados conforme al Derecho Canónico (u otra confesión religiosa) sin que razones de conciencia u otras semejantes puedan eximir a ningún particular del cumplimiento de un requisito general, exigido al común de los ciudadanos, fundamentalmente, por razones de seguridad jurídica. Si se excepciona esta condición en algunos supuestos, debe extenderse la misma excepción a todos y de esta forma atribuir el derecho a la pensión de viudedad en cualquier caso en el que se constate la validez del matrimonio aunque no haya sido convenientemente registrado¹².

También cabe, como segunda opción, proteger las relaciones matrimoniales válidas, obviando cualquier requisito puramente formal o “*ad probationem*”. Desde esta perspectiva, se podría entender que la inscripción en el Registro Civil no constituye condición alguna de eficacia de un matrimonio válidamente constituido, sino solamente un medio de prueba de su efectiva celebración; en ese caso, se tendría que reconocer el derecho a la pensión de viudedad a todo aquel que acreditara, por cualquier otro medio, la existencia de un matrimonio válido. Sin embargo, en mi opinión, esta interpretación olvida la función que corresponde al Registro Civil en orden a la constatación de las circunstancias personales y, en concreto, del estado civil de los individuos¹³. Por ello, parece conveniente el mantenimiento de la inscripción registral como forma específica de demostrar la existencia del vínculo, en tanto constituye un medio cualificado para el conocimiento y reconocimiento inmediato por parte del Estado de las relaciones conyugales constituidas. El cumplimiento de esta condición es esencial, por otra parte, cuando confluye un elemento de incertidumbre como sucede en los casos de matrimonios celebrados en el extranjero u oficiados conforme a cualquier rito o práctica propia de una confesión religiosa (especialmente, cuando es poco común en nuestro país) y, por ello, el matrimonio contraído es ajeno (esto es, desconocido) por la administración estatal.

¹² Precisamente por ello, los tribunales ordinarios han utilizado esta doctrina para concluir afirmando el debido reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a los españoles que, habiendo celebrado un matrimonio –válido– en el extranjero, no lo hubieran inscrito en el Registro Civil español (vid. las SSTSJ de Cataluña de 2 de abril de 2009 –AS 2009/2069– y de 4 de octubre de 2011 –JUR 2011/405052–, así como la STSJ de Asturias de 10 de febrero de 2012 –JUR 2012/70488–).

¹³ Según el art. 2 de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil éste “*constituye la prueba de los hechos inscritos*”, no siendo admisible en los casos de falta de inscripción otras pruebas sin que “*previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida*”.

Además, la excusa en el caso controvertido del requisito de inscripción registral permite argumentar una diferencia de trato, quizá insuficientemente justificada, entre las condiciones a las que se supedita el reconocimiento del derecho en los casos de uniones matrimoniales y extramatrimoniales. No se puede excepcionar el cumplimiento de un requisito puramente formal como la inscripción en el Registro Civil, previsto en la regulación civil del matrimonio con claridad, y exigirlo de forma inflexible, sin excepciones, cuando se trata de una pareja de hecho (en la que la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho o la formalización en un documento público en el que conste la constitución de la pareja, constituye una condición esencial de acceso al derecho). Ello aunque se entienda, como es el caso, que la unión protegida no es la unión libre de dos personas que quieren mantener una relación de convivencia análoga a la conyugal sin contraer matrimonio, sino la unión formalizada en alguna de las formas que la LGSS prescribe. Si no fuera así, se podría admitir cualquier otro medio de prueba que se considerara suficiente para acreditar la certeza de la relación fáctica.

En fin, también cabría sostener una interpretación distinta de este tema si se optara por un modelo de protección puramente asistencial en el que se primara la atención de las relaciones reales de dependencia entre dos sujetos o la situación efectiva de necesidad económica de cada individuo, en cuyo caso todos estos requisitos (y principalmente, los que tienen un exclusivo carácter formal) habrían de pasar a un segundo plano para hacer pivotar la protección sobre aquellas condiciones que demostraran las circunstancias reales de cada beneficiario. En ese modelo, aunque la plena eficacia del matrimonio continuara supeditada al cumplimiento del requisito de inscripción registral, en el orden social, centrado en la protección de las situaciones reales de dependencia o precariedad económica, sería ésta una condición superflua que habría de ser irrelevante para el acceso al derecho¹⁴.

3. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD Y OTRAS FORMAS DE MATRIMONIO

Conforme al ordenamiento actual, la existencia de un matrimonio (como institución diferenciada, con una regulación propia que la hace acreedora de un estatuto jurídico determinado) requiere la concurrencia de una pluralidad de

¹⁴ Sobre este mismo tema pueden consultarse las siguiente obras: Barber Cárcamo, R.: “La incidencia del principio de igualdad ante la ley sobre el matrimonio no inscrito (Consideraciones en torno a la STC 199/2004, de 15 de noviembre)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 4, 2005, págs. 20-46; Rivas Vallejo, M. P.: “Efectos del matrimonio no inscrito en el ámbito de las pensiones de viudedad”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2001, págs. 45-67.

requisitos de carácter constitutivo, entre los que se encuentra su celebración en alguna de las formas admitidas en Derecho. En este aspecto, se plantea la eventual eficacia de aquellas relaciones constituidas siguiendo un procedimiento no reconocido por el ordenamiento jurídico, y de otro, de quienes, incluso habiéndolo celebrado en forma, constituyen una relación extraña (cuanto no, contraria) a la regulación española. Antes, sin embargo, se ha de hacer una sucinta referencia a las formas de celebración del matrimonio admitidas en el Derecho español, así como a las posibilidades reconocidas de utilizar otros ritos o procedimientos cuando existe algún elemento de extranjería.

3.1. Consideración previa: formas de celebración del matrimonio reconocidas en el Derecho español

Como ya se ha señalado en un epígrafe anterior, el CC admite, de un lado, el derecho de los españoles a contraer matrimonio dentro de España ante el Juez, Alcalde o funcionario competente, siguiendo las normas establecidas en los art. 51 a 58 del mismo Texto; y de otro, la prestación del consentimiento matrimonial en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita en los términos acordados por el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste (art. 59 CC).

En este último aspecto, hay que tener en cuenta que en el ordenamiento actual existen varios acuerdos por los que se les da validez al matrimonio celebrado en España conforme a las normas y ritos de otras tantas confesiones religiosas: el 3 de enero de 1979 se firmó un Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español por el que se reconocía efectos civiles al matrimonio contraído según las normas de Derecho Canónico, y con las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, las tres de 10 de noviembre, se aprobaron, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Entidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España. Ello permite que el matrimonio constituido con arreglo a las normas de estas confesiones religiosas esté expresamente reconocido en el ordenamiento interno y produzca efectos civiles desde su celebración; para el pleno reconocimiento de los mismos es condición necesaria su inscripción en el Registro Civil (art. 60 y 61 del CC).

Pero aparte de éstas, también se reconoce el derecho de los españoles a contraer matrimonio fuera de España en la forma establecida por la Ley del lugar de celebración (art. 49 del CC) y el derecho de los extranjeros a contraer matrimonio en España con arreglo a las normas aplicables a los españoles o cumpliendo las condiciones establecidas por la Ley personal de cualquiera de ellos (art. 50 del CC). Igualmente, es posible la residencia en España de personas de otras nacionalidades que hayan contraído un matrimonio válido en el extranjero y que pretendan

su plena eficacia dentro de nuestras fronteras. En definitiva, por cualquiera de estas razones, es perfectamente posible que vivan en España personas casadas de acuerdo a otras normas o reglas de procedimiento, de carácter civil o religioso (por ejemplo, por el rito hindú u ortodoxo) y que dicho matrimonio sea válido y eficaz a todos los efectos.

Los problemas se plantean cuando no se cumplen cualquiera de las condiciones señaladas en este epígrafe (así, cuando un español se casa en España conforme a los ritos propios de confesiones religiosas con las que el Estado no tiene acuerdo o cuando se utiliza una forma que no resulta válida según la *Lex Loci* o la *Lex Personae* de los contrayentes). En cualquiera de estos casos, se trata de una relación carente de uno de los requisitos esenciales de validez del matrimonio y por ello, aunque puede existir otro tipo de vínculo (en lo personal, en los términos que las partes decidan) no se constituye una relación matrimonial acreedora del conjunto de derechos y obligaciones que el ordenamiento interno atribuye al matrimonio.

3.2. El controvertido derecho a la pensión de viudedad del miembro superviviente de un matrimonio celebrado por el rito gitano

De las anteriores consideraciones se deduce fácilmente la invalidez e ineficacia de los matrimonios celebrados al margen de lo dispuesto en los preceptos reproducidos. Por ello, en principio, la lógica consecuencia de este régimen civil es la negativa de las instancias públicas al reconocimiento de efectos jurídicos al matrimonio celebrado conforme a otras reglas de procedimiento, entre las que destaca, en territorio español, el matrimonio celebrado por el rito gitano. Ello no ha sido obstáculo al planteamiento de distintos recursos ante los tribunales de justicia que se han basado, principalmente, en la eventual infracción del principio de igualdad y no discriminación. Sobre el particular, existe una notable disparidad de soluciones judiciales, particularmente, entre la alcanzada por el TC en la STC 69/2007, de 16 de abril, en la que se niega la existencia de un motivo discriminatorio, y la STEDH de 8 de diciembre de 2009 (caso Muñoz Díaz contra España) que ha considerado discriminatoria la denegación del derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de un matrimonio celebrado por el rito gitano. Los razonamientos utilizados por ambos tribunales para sustentar sus respectivas decisiones pueden resumirse en los siguientes términos.

El TC, partiendo de la doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad y no discriminación¹⁵ y considerando el amplio margen de libertad del que

¹⁵ A este respecto, utiliza el TC la doctrina contenida en las resoluciones que han venido denegando el derecho a la pensión de viudedad en los casos de convivencia extramatrimonial (véase, por todas, la STC 13/2001, de 29 de enero -RTC 2001/13-).

dispone el legislador en la configuración del Sistema y en la administración de unos recursos limitados, entiende que no supone discriminación alguna la limitación de la pensión de viudedad a las relaciones matrimoniales y la exclusión de otras formas de convivencia¹⁶. En opinión del TC, como la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas de contraer matrimonio, no supone un trato discriminatorio basado en motivos raciales o étnicos la denegación de la pensión a la recurrente, fundamentalmente, porque las partes han tenido la posibilidad de contraer matrimonio en alguna de las formas admitidas en Derecho y, por supuesto, no excluidas para los sujetos pertenecientes a una determinada raza o etnia (como no lo está para cualquier persona independientemente de su creencia, fe, convicción moral, etc.) y porque el que no lo haya hecho así deriva de una decisión personal que, en este sentido, no ha de condicionar el diseño realizado por el legislador de una prestación social vinculada a la existencia de un matrimonio válidamente celebrado. Tampoco prospera en el recurso la solicitud de las partes de aplicar la doctrina de la “discriminación por indiferenciación”¹⁷ porque considera el TC que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual “*al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni amparar la falta de distinción entre supuestos desiguales*”¹⁸.

Por ambas razones, concluye el TC señalando que, si bien es posible que el legislador dicte una regulación legal en la que se establezcan aquellas condiciones materiales y formales exigibles para que las uniones celebradas conforme al rito gitano cuenten con plenos efectos, el hecho de que actualmente no se le reconozca eficacia civil (ni por extensión, en orden a la atribución de derechos prestaciones) no supone un trato discriminatorio, ni por motivos sociales ni por razones étnicas o raciales, contrario a los principios constitucionales.

Frente a la opinión de la mayoría, se emite un voto particular basado en el debido cumplimiento por parte de España del Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995. En opinión del magistrado disidente, la satisfacción de este principio exige la aplicación de medidas de discriminación positiva a favor de la etnia gitana, así como el respeto a sus tradiciones y señas de identidad cultural, y por ello considera desproporcionada la denegación del derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de una relación constituida en la buena fe de las partes, conforme a

¹⁶ Véase la STC 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990/184) y todas las que la siguen.

¹⁷ En este sentido, la parte recurrente alega que la existencia de una tradición propia permite a los miembros de la comunidad gitana acceder a la prestación social en condiciones distintas al resto de los ciudadanos.

¹⁸ Sobre esta doctrina procede remitirse a lo señalado por el TC en otras resoluciones, como la STC 117/2006, de 24 de abril (RTC 2006/117).

las normas ancestrales de su raza, más cuando el Estado había admitido la existencia de una familia (porque le había otorgado el libro de familia y atribuido la condición de familia numerosa), había reconocido la naturaleza del vínculo existente entre las partes (al atribuirle el derecho a la asistencia sanitaria a la recurrente y a sus hijos en concepto de familiares a cargo) y había percibido las cotizaciones satisfechas por el causante durante un amplio período de tiempo.

Por su parte, el TEDH resuelve el mismo supuesto en sentido contrario a la opinión de la mayoría del TC y por ello concluye condenando al Estado Español al reconocimiento de la pensión de viudedad a la parte recurrente. A pesar de ello, el TEDH no reconoce plenos efectos al matrimonio celebrado conforme al rito gitano, siendo así que resuelve en sentido diametralmente opuesto las dos cuestiones planteadas, la primera, sobre el derecho de la recurrente a la prestación social, y la segunda, sobre la eficacia civil de esta forma de matrimonio.

En el primer aspecto, se plantea el eventual derecho de la parte recurrente a la pensión de viudedad considerando la posible infracción del artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en combinación con el artículo 1 del Protocolo nº 1 del Convenio. A este respecto el TEDH entiende que, aunque los Estados tienen plena libertad para instaurar o no instaurar un régimen de protección social y para elegir el tipo o nivel de protección, en el momento en que se adopte una normativa previendo el pago de una prestación social, ésta tiene que cumplir los requerimientos de las normas internacionales. Desde esta perspectiva considera, de una parte, que el Convenio-marco para la Protección de los Minorías –citado- supone que, aunque la pertenencia a una determinada minoría no es excusa para excluir las leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicar esas leyes y por ello, en el supuesto controvertido, es necesario tener en cuenta la legítima expectativa de la recurrente a ser considerada esposa del causante, sobre todo, partiendo de la buena fe de las partes y de su confianza en la validez del vínculo (impresión reforzada con el reconocimiento que hacen las autoridades de la familia generada por la pareja y sus hijos, en las términos ya referidos).

Asimismo, considera el TEDH que la denegación del derecho a la pensión de viudedad supone una diferencia de trato injustificada y desproporcionada respecto a otras situaciones en las que legal o jurisprudencialmente se ha extendido el derecho a quienes incumplen alguno o algunos de los requisitos a los que la Ley supedita la validez del vínculo, como sucede cuando el legislador atribuye el derecho al cónyuge de buena fe en los supuestos de matrimonios declarados nulos o, como en el caso antes comentado y resuelto por la STC 199/2004, de un matrimonio celebrado con arreglo a las normas del Derecho Canónico en el que las partes no procedieron a su inscripción en el Registro Civil por razones ideológicas. Por todas estas razones, el Tribunal concluye reconociendo el derecho a la demandante.

Pero el recurso no termina ahí. En él también se pretende un pronunciamiento del TEDH a favor de la plena eficacia civil del matrimonio gitano alegando, como segunda causa de discriminación, la eventual infracción del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 12 del mismo texto y sin embargo, en este aspecto, el TEDH deniega la pretensión de las partes por considerar que la forma civil vigente en España constituye una vía de celebración del matrimonio abierta a todos y que, por tal motivo, no supone ninguna forma de discriminación o perjuicio para un colectivo concreto.

Todos estos razonamientos ponen en evidencia la complejidad del problema. Se trata, como se ha podido comprobar, de una cuestión discutible en la que se pueden encontrar argumentos a favor y en contra de cada una de las interpretaciones posibles, y en la que es muy difícil dejar de hacer una valoración personal del tema¹⁹. En este sentido, se puede concluir este apartado con unas reflexiones adicionales que, a su vez, plantean nuevos argumentos para la duda.

Para empezar, es necesario cuestionarse la eficacia que hayan de atribuir los poderes del Estado a las costumbres y tradiciones de una etnia que lleva viviendo unos 500 años en este país y que en la actualidad cuenta con más de medio millón de miembros. Como es sabido, la etnia gitana constituye un amplio colectivo cuyas actuaciones y relaciones se rigen en buena medida por costumbres y tradiciones propias que, fácilmente, pueden calificarse como normas de carácter consuetudinario aplicables al grupo social que las reconoce como tales. No obstante, una cosa es que los miembros de la comunidad gitana las consideren como normas exigibles, de obligado cumplimiento, y otra distinta la eficacia que el Estado pueda o deba concederles. En este aspecto se puede defender que, al igual que el Estado ha reconocido eficacia jurídica a los matrimonios contraídos conforme a los ritos de varias confesiones religiosas, sería posible atender a las costumbres de la etnia gitana y reconocer efectos civiles al matrimonio celebrado conforme a su propia tradición.

¹⁹ La mera lectura de las obras publicadas sobre el tema permiten constatar la disparidad de criterios y argumentos, unos a favor y otros en contra de cada postura, tanto en los trabajos publicados tras la STC de 2007, como en las obras posteriores a la resolución del TEDH. Entre los primeros, puede consultarse: Arias Domínguez, A.: “Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad: comentario a la STC 69/2007, de 16 de abril”, *Aranzadi Social*, nº 2, 2007; Gracia Alegría, G.: “Matrimonio celebrado por el rito gitano (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007)”, *Tribuna Social*, nº 205, 2007; Rodríguez Cardo, I. A.: “Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano (A propósito de la STC 69/2007, de 16 de abril)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 16, 2008. Entre las segundas se encuentran, entre otras: Rodríguez Cardo, I. A.: “El rito gitano como vínculo apto para disfrutar de la pensión de viudedad: comentario de urgencia a la STDEH Muñoz Díaz vs. España de 8 de diciembre de 2009”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 2010; Domínguez Alonso, A. P. y Moreno Molina, J. A.: “Pensión de viudedad tras matrimonio celebrado por el rito gitano: Comentario a la STEDH de 8 de diciembre de 2009”, *Diario La Ley*, nº 7356, 2010.

Pero en el régimen actual, en el que no existe acuerdo alguno ni una decisión de los poderes competentes en este sentido, el reconocimiento y la atribución de efectos, civiles y sociales, al matrimonio celebrado por el rito gitano es más problemático. En parte porque, como ya se ha señalado, en el ordenamiento español el matrimonio es un contrato formal en el que el cumplimiento de las normas de celebración constituye una condición esencial para la validez del negocio. Y en este aspecto es claro que, en el sistema actual, ni se reconoce ni se atribuyen efectos civiles a este tipo de relaciones, ni cabe atribuir el derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de un matrimonio celebrado, únicamente, por el rito gitano. Es más, en un modelo de protección dirigido a la atención del cónyuge superviviente y en un sistema matrimonial en la que el cumplimiento de las condiciones de forma son determinantes de la validez del vínculo, podría incluso defenderse la forma civil de celebración del matrimonio (que constituye un procedimiento neutro, sin implicaciones ideológicas, abierto a todos los individuos independientemente de su raza, credo, ideología, etc.) como única forma válida de constitución del vínculo, al margen de la ulterior celebración de la relación ya constituida conforme a los ritos o creencias de cada grupo étnico, social o religioso.

Con todo, esta interpretación también puede cuestionarse si de nuevo se plantea cuál es el criterio que debe prevalecer para la adjudicación del derecho a la pensión de viudedad, si la existencia de un vínculo jurídico legalmente constituido o la acreditación de un estado real de dependencia o necesidad económica. En este sentido, un cambio en el modelo de protección que hiciera hincapié sobre las relaciones existentes al margen del cumplimiento de los trámites formales, alteraría las condiciones de acceso a la pensión para que, en un sistema de derechos derivados, ésta se reconociera a quienes demostraran una relación de dependencia económica respecto al causante o, en un modelo de protección individual, la cobertura se dispensara a quienes acreditaran una situación efectiva de necesidad económica.

3.3. Incidencia del matrimonio poligámico sobre el reconocimiento y, en su caso, distribución de la pensión de viudedad

La pluralidad de sistemas matrimoniales y la posibilidad de que en ordenamientos distintos se admitan otras formas de celebración y otros modelos de relaciones conyugales, plantean diferentes problemas de legalidad cuando se pretende el pleno reconocimiento en España de un matrimonio constituido en términos diferentes o, incluso, contrarios al Derecho interno. En este sentido, se analizan en este apartado los problemas que derivan del matrimonio plural, constituido por un varón y varias mujeres, o al contrario, por una mujer y varios hombres, válido en otras culturas y en algunas confesiones religiosas, y común en otros países.

Sobre este particular, el Derecho español es meridianamente claro al prohibir expresamente, conforme al art. 46.2 del CC, la celebración de un nuevo matrimonio a aquellas personas que ya estén ligadas a otras por un vínculo conyugal. Esta prohibición taxativa evidencia el carácter monogámico del matrimonio; en nuestro ordenamiento jurídico es condición inexcusable la disolución del primer matrimonio (por la muerte o declaración de fallecimiento del cónyuge anterior o por el divorcio, *ex* art. 85 del CC) para volver a contraer uno nuevo. Por ello, de forma complementaria a estas disposiciones, en el art. 217 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, reguladora del Código Penal vigente, se tipifica como delito y se sanciona con pena de prisión “*la conducta del que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior*”.

La cuestión en estos casos se plantea respecto a aquellos ciudadanos, españoles o extranjeros, residentes en España que, conforme a sus creencias y/o al régimen matrimonial vigente en el país en el que hayan celebrado la unión o cuya nacionalidad detenten, pueden contraer matrimonio simultáneamente con varias personas (así sucede en nuestro país, especialmente, con fieles de la religión musulmana). En estos supuestos se producen tres problemas fundamentales: uno, de carácter civil, sobre la eficacia de estos vínculos, tanto en las relaciones entre las partes como en sus relaciones con terceros; un segundo problema, de índole penal, sobre la excepcional inaplicación del delito de bigamia; y el tercero, que es el que en este estudio interesa, acerca de la eficacia de las relaciones poligámicas o poliándricas en el orden social y, concretamente, sobre el eventual derecho a la pensión de viudedad que pueda atribuirse a los diversos cónyuges (coetáneos) del causante.

En relación, exclusivamente, con este último tema hay que tener en cuenta, de un lado, la existencia de un Acuerdo entre el Estado español y la congregación musulmana por el que se reconoce efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley islámica (art. 7 de la Ley 26/1992) en la que se permite el matrimonio simultáneo de un varón con varias mujeres. También hay que tener en cuenta, de otro, el derecho que se les atribuye a los españoles a contraer matrimonio en el extranjero conforme a las normas del lugar de celebración (art. 49 del CC) o la posibilidad reconocida a los extranjeros de casarse en España con arreglo a las normas del país al que pertenece cualquiera de los contrayentes (art. 50 del CC), o incluso y aunque no esté expresamente prevista en ninguna de estas normas, la posibilidad de que residan en España personas de nacionalidad extranjera que han contraído matrimonio en otro país conforme a su propia Ley personal o a la aplicable en el lugar de celebración del mismo. Con tales autorizaciones, es perfectamente posible la residencia en nuestro país de españoles o extranjeros que, por haber contraído matrimonio conforme a un ordenamiento que admite las relaciones

plurales, mantienen una relación de esta índole dentro de nuestras fronteras. La existencia de tales vínculos, sin embargo, no prejuzga la validez en territorio español de los matrimonios así constituidos, ni la eventual atribución de los efectos jurídicos que el ordenamiento nacional vincula a una relación, en nuestro derecho interno, claramente monógama.

En este aspecto, de nuevo es fácil encontrarse con argumentos a favor y en contra del reconocimiento de efectos, civiles y prestacionales, a estas formas anómalas (en nuestro país) de matrimonio. En el primer orden, existen reiteradas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado denegando la inscripción en el Registro Civil de los matrimonios poligámicos, por entender inaplicable las normas que admiten la poligamia en razón de lo previsto en el artículo 12.3 del CC, que impide la aplicación de la ley extranjera cuando sea contraria al orden público, excepción que se considera aplicable al caso en tanto se entiende que dicha práctica “*atenta contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio*”²⁰.

Estos argumentos han sido utilizados por algunos tribunales del orden social para negar la validez del matrimonio contraído por quienes no han disuelto un vínculo anterior²¹. Así, fundamentalmente, por la pluralidad de preceptos del ordenamiento interno que corroboran al carácter monogámico del matrimonio en España, como la prohibición de contraer matrimonio aplicable a quienes ya estén casados (prevista en el art. 46. del CC) o la sanción de nulidad del matrimonio de quienes infrinjan esa prohibición (art. 73.2 del CC) o su tipificación como delito (art. 217 del CP). Estas disposiciones, más la configuración en la Constitución Española y en los Convenios de Derechos Humanos del “*ius connubis*” como un derecho de la persona, les hace rechazar la aplicación de la ley personal de cualquiera de los contrayentes en estos supuestos en los que, en su opinión, se infringe el orden público²², precisándose en este último sentido, que se considera infringido cuando en una cuestión general que afecte al común de los ciudadanos no pueda imponerse una regulación distinta, ni siquiera para los extranjeros, sin que ello genere una grave perturbación en la comunidad nacional.

²⁰ Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11/5/1994, de 8/3/1995, de 3/12/1996, de 14/5/2001 y de 30/9/2008.

²¹ En este sentido se pueden encontrar en distintas resoluciones judiciales, como la STSJ de Cataluña 5255/2003, de 30 de julio (AS 2003/3049) o la STSJ de la Comunidad Valenciana 1821/2005, de 6 de junio (AS 2005/2454), varios argumentos útiles para negar eficacia jurídica a este tipo de relaciones.

²² En virtud de lo dispuesto en el art. 12.3 del CC, citado, y de lo previsto en el art. 8.1. del mismo texto cuando señala que “*las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español*”.

Sin embargo, no parecen constituir éstos argumentos suficientes para una respuesta claramente negativa. Por ello precisamente, se pueden encontrar otras resoluciones en las que se reconoce eficacia jurídica a esta forma de matrimonio y se atribuye el derecho a la pensión de viudedad, en los supuestos enjuiciados, a las distintas esposas viudas del causante (como se ha advertido, en este país la mayoría de los problemas se dan en las relaciones poligámicas entre un varón y varias mujeres constituidas entre los fieles de la religión islámica). Así sucede, en la STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002 (AS 2002/899) en la que se acepta la validez de los dos matrimonios celebrados por el causante con sendas esposas, todos ellos extranjeros, en un país de mayoría musulmana, sin que en esta resolución se considere aplicable la excepción de orden público porque, aunque esta excepción impide la aplicación de la ley extranjera que está en contradicción manifiesta con los principios jurídicos fundamentales del Derecho interno, este principio, en opinión del Tribunal de instancia²³, permite matizaciones o flexibilizaciones aplicables al caso.

Pese a lo dicho, no ofrece el Tribunal argumentos que aclaren porqué en este supuesto procede flexibilizar la aplicación del principio de orden público cuando, ciertamente, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio es monógamo y cuando las relaciones interpersonales generadas en este tipo de matrimonios pueden ser manifiestamente contrario a los derechos fundamentales de las mujeres.

Se trata, en cualquier caso, de un claro supuesto de colisión de derechos esenciales que carece de una respuesta definitiva. Porque si bien es verdad que esta forma de matrimonio puede constituir una vía para perpetuar un trato discriminatorio en perjuicio del sexo femenino, también lo es que la libertad religiosa que se reconoce en la CE como un derecho fundamental y, en base a la misma, el debido respeto a las tradiciones y creencias de los ciudadanos de diferentes pueblos y culturas que residen en este país, pueden ser argumentos también suficientes para reconocer y atribuir efectos jurídicos, dentro del territorio español, a una relación válidamente constituida según la ley personal o la ley del lugar de celebración del matrimonio y que las partes, conforme a su propia conciencia y por lo tanto voluntariamente y de buena fe, consideran legítima. Especialmente, cuando constituyen formas de matrimonio reconocidas jurídicamente en normas internacionales, como sucede en el Convenio de Seguridad Social suscrito entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 8 de noviembre de 1979 ó en el celebrado con la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001.

²³ Conforme a una jurisprudencia antigua del TS (S de 22 de noviembre de 1977- RJ 1977/4284-).

A pesar de la entidad y consistencia de los argumentos que permiten apoyar ambas posturas, la consideración y el respeto a otras creencias, fundamental en sociedades multiculturales para garantizar la convivencia, permite apoyar, al menos en materia de Seguridad Social, esta interpretación normativa. Desde esta perspectiva se reconocería eficacia jurídica a este tipo de matrimonio y se atribuiría a las/os esposas/os del causante el derecho a la pensión de viudedad, en primer lugar, porque constituyen relaciones que los contrayentes consideran válidas y legítimas, y en segundo lugar, porque en el ámbito de la protección social se trata de no dejar sin cobertura a la/al segunda/o o ulterior esposa/o del causante. La respuesta afirmativa puede ser terminante si éstas/os dependían económicamente del causante y carecen de medios propios de subsistencia²⁴.

A su vez, en estas resoluciones, en las que se reconoce el derecho a las distintas esposas –coetáneas– del causante (pretensión a la que, por otro lado, no se ha negado el INSS en ninguna de las resoluciones consultadas) se plantea una segunda cuestión sobrevenida, en este caso, atinente al contenido del derecho. En efecto, una vez atribuida la condición de beneficiario/a de la pensión a más de un sujeto, la cuestión se centra en determinar si les corresponde a cada uno/a de ellos/as la cuantía íntegra de la pensión o, por el contrario, procede aplicar algún criterio de reparto del importe de la única pensión de viudedad causada por la muerte del causante. En este aspecto, en las resoluciones citadas, aunque las demandantes pretenden el reconocimiento “*in integrum*” de la pensión de viudedad calculada, el INSS reconoce una sola prestación a repartir entre las distintas beneficiarias²⁵. En este sentido, cabe aplicar la doctrina contenida en resoluciones reiteradas del TC en las que señala la libertad del legislador para decidir el destino que ha de darse a recursos limitados; también ha de entenderse, especialmente en las actuales circunstancias, la falta de recursos suficientes para satisfacer tantas pensiones como cónyuges sobrevivientes queden tras la muerte del causante.

²⁴ En cualquier caso, pueden encontrarse otras opiniones acerca de la consideración del matrimonio poligámico en el Derecho social en las siguientes obras: Desdentado Daroca, E.: “Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución”, *Tribuna Social*, nº 228, 2009; Val De Tena, A. L.: “Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la Extensión del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002”, *Actualidad laboral*, nº 3, 2003; Martín Jiménez, R.: “Reparto de la pensión de viudedad en supuestos de poligamia”, *Aranzadi Social*, nº 19, 2002.

²⁵ Sobre este particular, el TSJ de Galicia aplica esa misma excepción “de orden público” para entender que, conforme a nuestra legislación interna, un causante genera el derecho a una única pensión de viudedad, sin que exista norma alguna que permita la generación, en estos casos, de una pensión íntegra para cada beneficiario.

Una última cuestión se plantea en relación con cuál puede ser el criterio adecuado para proceder al reparto de la pensión causada entre las distintas beneficiarias. Sobre este particular, cabrían dos opciones: una, entender aplicable el criterio que en el art. 174.2 de la LGSS se dispone para los casos de divorcio y de esta forma distribuir la pensión en función del tiempo de convivencia matrimonial acreditado por cada cónyuge con el causante²⁶ (aunque sin que en estos casos se garantizara un 40% a favor del cónyuge actual porque tal condición puede corresponder a todas las beneficiarias); y otra, proceder al reparto de la pensión siempre por partes iguales²⁷. En este extremo, y ante la falta de doctrina jurisprudencial (ni siquiera hay criterios claros en las escasas resoluciones de los TSJ encontradas sobre el tema) no es fácil decantarse por uno u otro. El criterio que basa la distribución de la pensión en atención al tiempo de convivencia, por un lado, utiliza una perspectiva acusadamente contributiva en la que se beneficia a la esposa que durante más tiempo ha contribuido al Sistema (aunque no directamente, sí porque en su unidad familiar se ha dejado de ingresar durante un período superior de tiempo las cotizaciones satisfechas por el causante). El criterio de reparto de la pensión por partes iguales puede partir de la consideración de que todas las esposas actuales sufren un mismo daño (la misma pérdida de ingresos) cuando se produce la muerte del causante. Frente a tales fórmulas de distribución del importe de la pensión, se puede proponer un cambio hacia un nuevo modelo de protección centrado en las circunstancias reales de los beneficiarios, esto es, que ponderara los ingresos y la situación personal de cada uno de ellos para repartir proporcionalmente el importe de la pensión entre todos. En ese modelo, incluso podría ser necesario aplicar a todos los beneficiarios el complemento por mínimo para que la cuantía de la pensión que a cada una de ellos correspondiera fuera suficiente para garantizar su propia subsistencia²⁸.

²⁶ A favor de esta opción, por ejemplo: Molina Hermosilla, O.: “Poligamia de trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supérstites”, *Aranzadi Social*, nº 8/2001.

²⁷ Este es el criterio ordenado en el Convenio Hispano Marroquí y en el celebrado con la República de Túnez (ambos citados).

²⁸ Aunque en este caso sólo sería aplicable el complemento por mínimos a aquellos/as beneficiarios/as que residieran en territorio español (conforme al requisitos que, en este sentido, se ha añadido al artículo 50 de la LGSS por el art. 1.1. de la Ley 27/2011, de 1 de agosto).

4. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO A PERSONAS DEL MISMO SEXO: ATRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES

La existencia de una relación matrimonial válida (determinante, como se ha reiterado, del acceso a la pensión de viudedad) ha impedido durante años la extensión de la cobertura a las personas del mismo sexo que mantuvieran una relación de convivencia y afectividad análoga a la conyugal, sencillamente porque, conforme al ordenamiento durante años vigente, no podían constituir una relación matrimonial efectiva, en la forma establecida y con los efectos jurídicos atribuidos por el Derecho civil español al matrimonio.

En estas condiciones, se intentó el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a las parejas homosexuales desde la pretensión, común a las parejas de distinto sexo, de equiparación de las uniones de hecho al matrimonio. Esta pretensión, como la más general de la que formaba parte, obtuvo durante años la respuesta denegatoria referida en un epígrafe anterior²⁹. Ni siquiera se consideró a estos efectos aplicable la doctrina de la “discriminación por indiferenciación” y por ello se negó la posibilidad de dar un trato diferente a las parejas de hecho homosexuales frente a las heterosexuales³⁰.

Con el mismo fin (de reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja homosexual) se presentó, en una segunda fase, un nuevo argumento, ya específicamente esgrimido para solicitar la extensión del derecho a este tipo de relaciones: la posible aplicación de la regla segunda de la DA 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, sintéticamente conocida como Ley del divorcio, que permitía el reconocimiento de la pensión de viudedad a “*quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedirse la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tales...*”. Tampoco este argumento fue admitido por los tribunales que reiteraron la aplicación, excepcional y transitoria, de la mencionada norma a quienes no hubieran podido contraer matrimonio antes de la entrada en vigor de la Ley del 81, precisamente, por mantener una relación matrimonial previa con otra persona que no hubiera podido resolverse por no admitirse en Derecho, hasta esa fecha, el divorcio³¹. Los tribunales negaron la aplicación analógica de esta

²⁹ Véase, entre otras, las SSTC 184/1009, de 15 de noviembre (RTC 1990,184); 29/1991, 30/1991, 35/1991 t 38/1991, todas ellas de 15 de febrero (RTC 1991, 29,30, 35 y 39); 77/1991 (RTC 1991, 77) y 66/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 66).

³⁰ Auto del TC 222/1994, de 11 de julio (RTC 1994, 222).

³¹ Véase, por todas, la STC 260/1988, de 22 de diciembre (RTC 1988/260), en la que se precisan las condiciones que se deben cumplir para que resultara aplicable la citada DA.

regla a distintos supuestos en los que los particulares no habían podido contraer matrimonio por otros impedimentos legales como sucedía, en el caso que nos ocupa, respecto a los individuos de un mismo sexo.

La situación cambió radicalmente con la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el CC para permitir, a partir de la fecha de entrada en vigor de la norma, la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo. Desde entonces, la Ley común ordena que el matrimonio contraído por personas del mismo sexo tenga los mismos requisitos y efectos que el matrimonio heterosexual (ex art. 44. párrafo 2º, del CC introducido por la Ley 13/2005-). Para la aplicación general de esta previsión al conjunto del ordenamiento español, concluye el legislador ordenando que, a partir de entonces, “*las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*” (DA 1ª de la Ley de 2005).

En consecuencia, desde el 3 de julio de 2005, las parejas homosexuales pueden contraer matrimonio civil con plenos efectos, de forma que, si con posterioridad a su celebración se produce el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el superviviente tendrá derecho a la pensión de viudedad del Sistema de Seguridad Social (lógicamente, si el causante es trabajador o pensionista y se cumplen los requisitos para causar el derecho). Se produce en este aspecto una equiparación plena del matrimonio homosexual al heterosexual, en tanto coinciden en ambos supuestos los requisitos de acceso al derecho y el contenido de la protección, sin salvedad alguna.

Desde entonces, los problemas judiciales se han planteado en aquellas relaciones que hubieran concluido por el fallecimiento de una de las partes antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley 13/2005, pretendiéndose la atribución de efectos retroactivos a la nueva disposición para que, conforme a la misma, se atribuyera el derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de aquellas parejas homosexuales que no hubieran podido formalizar su relación antes de esa fecha. En términos generales, los tribunales han rechazado la pretensión de las partes de atribuir eficacia retroactiva a la Ley 13/2005 y por ello los procesos han concluido, mayoritariamente, con una respuesta negativa³².

³² Aunque la mayoría de los tribunales se han pronunciado en contra de la aplicación retroactiva de la reforma (entre otras, véase, la STSJ de Madrid de 8 de septiembre de 2006 –AS 2006, 3427- o la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2008 –JUR 2008, 180188-) se puede encontrar alguna sentencia a favor del reconocimiento del derecho (STJS de Asturias de 16 de noviembre de 2007 –JUR 2007, 45074-).

En cualquier caso, el TS ya se ha pronunciado sobre el tema señalando³³ que, ni la Ley 13/2005 contiene ninguna norma transitoria que permita sostener la aplicación de la nueva disposición a aquellos casos en los que el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja homosexual se hubiera producido antes de su entrada en vigor, ni se puede deducir tal efecto de lo dispuesto en la DA 1ª de la misma Ley, con la que únicamente se pretende extender los efectos del matrimonio entre contrayentes del mismo sexo al resto del ordenamiento jurídico. Se trata, en definitiva, y como continúa diciendo el TS, de aplicar la norma general del art. 3.2 del CC que dispone la irretroactividad de la ley, salvo disposición expresa en sentido contrario.

En los mismos supuestos, también se ha denegado la aplicación de la excepción dispuesta en la DA 10ª de la Ley 30/1981 al entender que ni existe laguna legal que sea necesario integrar ni identidad de razón entre ambos casos; se trata, simplemente, de que en la fecha del hecho causante (antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005) ni el matrimonio entre personas del mismo sexo era una institución jurídicamente regulada ni existía un derecho constitucional a su establecimiento, sin que ello, conforme a la doctrina reiterada del TC, pudiera considerarse un supuesto de discriminación prohibida³⁴. Con la nueva Ley se construye, en palabras del TS, un nuevo marco de derechos y deberes que antes no se les reconocía a las parejas homosexuales, y que tiene efectos, exclusivamente, hacia el futuro. Con este cambio, se pretende atender a la demanda de una parte de la sociedad y ello se lleva a efectos en el momento y a partir de la fecha en la que el legislador considera oportuno (cuando, se dice, se dan las condiciones propicias para introducir tales cambios). De esta forma, y con un criterio razonable, no se admite fórmula alguna para extender el derecho a las relaciones concluidas por el fallecimiento de una de las partes antes de la reforma.

³³ En la STS de 29 de abril de 2009 –RJ 2009/4165–, dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina, que, no obstante, cuenta con un voto particular favorable a la aplicación analógica de la DA 10ª. 2 de la Ley 30/1981, ante la falta de una regulación transitoria en la Ley 13/2005.

³⁴ A tal efecto, véase, entre otras resoluciones, el Auto del TC 222/1994, de 11 de julio, o las Sentencias del TEDH por el caso Rees, de 17 de octubre de 1986 –TEDH 1986, 11– y el caso Cossey, de 27 de septiembre de 1990 –TEDH 1990, 22–. En la misma línea, también se ha analizado el tema desde la aplicación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación en: Desdentado Daroca, E.: “Homosexualidad y pensión de viudedad. Una reflexión crítica sobre los problemas de Derecho Transitorio”, *Aranzadi Social*, nº 10, 2009.

5. LA PENSIÓN DE VIUEDAD EN LOS SUPUESTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO: NUEVAS CONDICIONES RESTRINGIDAS DEL DERECHO

Durante años, el derecho a la pensión de viudedad también se ha atribuido, sin condiciones, al miembro superviviente de una relación matrimonial declarada nula por resolución judicial, disuelta por el divorcio de las partes o cuyos integrantes hubieran dejado de vivir juntos (tanto en los casos de separación de hecho como si se producía con intervención judicial). Sólo en el supuesto de nulidad matrimonial, se ha restringido el derecho al cónyuge de buena fe; por el contrario, en los casos de separación y divorcio se ha reconocido a la parte sobreviviente un derecho incondicionado a la pensión de viudedad.

En estos términos, se ha venido produciendo una cierta contradicción entre los fundamentos tradicionales de la protección social y los efectos derivados de los distintos supuestos de crisis matrimonial conforme a las normas reguladoras del Derecho de Familia (como ha venido señalándose con reiteración por la doctrina que ha tratado el tema)³⁵. Actualmente, y aunque las condiciones en las que se extiende el derecho a las prestaciones de supervivencia en los distintos supuestos de crisis matrimonial tras la reforma de 2007 han contribuido a solventar algunos de esos efectos, siguen produciéndose, como se expone en los siguientes párrafos, ciertas disfunciones en la ordenación sustantiva que requieren nuevos ajustes normativos.

En este tema, y al margen de consideraciones comunes a los diversos supuestos de crisis matrimonial, procede realizar un análisis por separado de las singularidades que presenta la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad, separación y divorcio, en tanto constituyen instituciones jurídicas diferenciadas, con distintos regímenes civiles y sociales (en tanto que en la LGSS se define, en distinto sentido, el derecho de los beneficiarios a la pensión de viudedad en cada uno de estos casos).

³⁵ En este aspecto se ha puesto en duda el sentido de una regulación que ha permitido el reconocimiento del derecho en cualquier caso: igual se concedía cuando, tras la separación o divorcio, desaparecía todo vínculo entre las partes, como en los supuestos en los que se establecía alguna obligación económica entre ellas, tanto si se trataba de una pensión alimenticia como de una pensión compensatoria, y tanto a favor del cónyuge beneficiario como del deudor de las mismas. Dicho de otra forma, se reconocía la pensión de viudedad tanto a quienes dependían o mantenían alguna relación económica con el causante como a los que satisfacían tales pensiones privadas y por ello, lógicamente, no dependían del otro. Sobre este particular puede consultarse, entre otras obras: Blasco Rasero, C.: *La familia...*, op. cit. pág. 130-131; Gala Durán, C.: "El derecho a la pensión de viudedad en los casos de nulidad, separación y divorcio: la nueva redacción del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social", *Aranzadi Social*, Tomo V, 1998, págs. 586.587; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "Pensión de viudedad y divorcio", *Relaciones Laborales*, nº 11, 1995, págs. 101-102.

5.1. El derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad matrimonial: exclusiva protección del matrimonio putativo.

Antes del análisis conceptual y, tras éste, de la determinación de las consecuencias jurídicas que la nulidad matrimonial provoca sobre el reconocimiento del derecho a la prestación social, es necesario reseñar, si quiera sea sucintamente, el momento en el que se extiende la pensión de viudedad a este supuesto. Como ya se ha insinuado, uno de los hitos fundamentales en la evolución normativa de las prestaciones de supervivencia en este país lo constituye la Ley 30/1981, de 7 de julio, que tras legalizar el divorcio procedió, en la DA 10^a, a extender el derecho a la pensión de viudedad a los supuestos tradicionales de separación judicial y a los nuevos casos de divorcio. Con anterioridad a esa fecha también se reconocía el derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación judicial (no, lógicamente, en los de divorcio) si bien sólo a favor del cónyuge inocente al que, conforme a la regulación civil, se le atribuyera el derecho de alimentos. En estas condiciones, se producía una relación de complementariedad entre las normas civiles y sociales, en tanto que la pensión de viudedad se dirigía a paliar la situación de precariedad económica en la que quedaba el beneficiario de la pensión alimenticia cuando dejaba de cobrarla, precisamente, por el fallecimiento del deudor.

Sin embargo, la citada DA 10^a de la Ley 30/81 no hacía expresa referencia a la nulidad del matrimonio, surgiendo así la duda sobre la posible extensión del derecho a estos supuestos. Para colmar esta laguna se procedió, en los años siguientes, a la aplicación analógica de la regulación del divorcio a los casos de nulidad matrimonial, primero, por decisión de los Tribunales³⁶ y después, por disposición administrativa³⁷. En última instancia intervino el legislador que, con la DA 13^a de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, reformó el art. 174.2 de la LGSS para añadir un nuevo apartado en el que expresamente se atribuía el derecho a la pensión de viudedad, en los casos de nulidad matrimonial, al contrayente de buena fe que no hubiera contraído nuevas nupcias (si bien en cuantía proporcional al período de convivencia con el causante).

En estos términos se ha venido reconociendo la pensión de viudedad al miembro superviviente de una relación matrimonial declarada nula hasta la reforma operada por la Ley 40/2007 en la que, aunque se mantiene el derecho,

³⁶ En este sentido se pronunció, en estos primeros años, la Sala de lo Social del TS en la sentencia de 11 de febrero de 1985, manteniéndose este criterio en resoluciones posteriores, como la sentencia dictada en unificación de doctrina de 11 de febrero de 1994.

³⁷ El criterio jurisprudencial fue recogido en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 3 de abril de 1995.

se alteran las condiciones de acceso a la pensión al exigirle al cónyuge de buena fe, además, que hubiera sido beneficiario de la indemnización prevista en el art. 98 del CC. Siendo éstas las condiciones actuales de acceso a la pensión de viudedad es necesario analizar, conforme a la regulación vigente, la situación protegida y el fundamento de la protección en los casos de nulidad matrimonial.

El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de declaración de nulidad del matrimonio (como ya se ha señalado, por incumplimiento de alguno de los presupuestos esenciales de validez del vínculo) presenta un primer problema conceptual, de contradicción con la ordenación y el fundamento general de la pensión de viudedad. En un primer acercamiento al tema, puede decirse que el reconocimiento del derecho al miembro superviviente de un matrimonio nulo supone la concesión del beneficio a una relación inválida y, por lo tanto, a una persona que no reviste la condición conyugal que se exige en la regulación social, de forma taxativa, para acceder a la protección.

Sin embargo, la exigencia de buena fe, al menos, en uno de los contrayentes, permite restringir la protección a lo que se denomina “matrimonio putativo”, esto es, un matrimonio que, en opinión de la doctrina civilista, se considera inválido pero eficaz (aunque se trate de una eficacia limitada) porque se ha generado una apariencia de matrimonio dada la buena fe de uno o de los dos contrayentes³⁸. Ello supone, en el tema que nos ocupa, la aplicación de la regla dispuesta en el art. 79 del CC (del que la doctrina deduce el concepto de “matrimonio putativo”) por la que se mantienen los efectos producidos desde la celebración del matrimonio hasta la fecha de la sentencia firme de nulidad respecto a los hijos y al contrayente/s de buena fe, regla que se extiende a la situación personal de las partes que, durante ese período, habrían detentado el estado civil de casados.

De esta forma, no se puede decir que en el ordenamiento vigente se produzca un reconocimiento generalizado del derecho a la pensión de viudedad en los casos de nulidad matrimonial, porque hay matrimonios nulos totalmente ineficaces en los que no se detenta derecho alguno a la prestación social (lo que sucede cuando concurre mala fe en ambos cónyuges, por ejemplo, porque ambas partes hayan simulado un matrimonio que sabían inválido con una intención defraudatoria). Por el contrario, el legislador sólo atribuye el derecho a los matrimonios putativos, inválidos pero eficaces, porque, como ya se ha seña-

³⁸ Lacruz Berdejo, op.cit., págs. 118 y ss. Ya hace años Jordano Barea (“El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial”, *ADC*, 1961, pág. 344) lo definió como “un matrimonio aparente o de hecho, contraído o celebrado en forma, revelador de una apariencia jurídica matrimonial a la que la ley, *utilita publica et privata suadente* y mirando muy especialmente al *favor prolis*, hace producir efectos”.

lado, constituye la buena fe (y, como ahora se verá, la creación de una apariencia de matrimonio) condición esencial para la atribución del beneficio.

Esta interpretación se confirma con una de las últimas reformas introducidas por el legislador en la materia, concretamente, cuando la Ley 40/2007 da nueva redacción al último párrafo del art. 174.2 de la LGSS para decir que, en los casos de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el art. 98 del CC, indemnización que, precisamente, se abona al contrayente de buena fe y sólo cuando haya existido convivencia conyugal (es esta relación de convivencia la que permite crear la apariencia de matrimonio consustancial al matrimonio putativo). En la misma línea se puede entender la fijación de una pensión de viudedad siempre en cuantía proporcional al período de convivencia, en tanto que la eficacia de este tipo de matrimonio se limita al tiempo transcurrido entre la fecha de celebración y la de la sentencia en la que se declare la nulidad del vínculo, eventualmente igual al período de convivencia.

No obstante, y aunque la remisión al art. 98 del CC permite confirmar esta teoría sobre la limitada aplicación del derecho a la pensión de viudedad al matrimonio putativo, las condiciones en las que actualmente se reconoce el derecho a la pensión en los supuestos de nulidad matrimonial y, en concreto, la exigencia de que el eventual beneficiario haya recibido del causante la indemnización referida “*atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97*” del mismo texto, genera importantes dudas e incoherencias.

En efecto, como se analizará con más extensión en el epígrafe siguiente, en el art. 97 del CC se regula el derecho a la pensión compensatoria que corresponde “*al cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio*”, estableciéndose en su segundo párrafo las circunstancias que ha de tener en cuenta el juez para determinar su importe cuando los cónyuges no hayan llegado a un acuerdo sobre este tema en el convenio regulador (como la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo, la dedicación a la familia, etc.). Pues bien, la primera cuestión que en este aspecto se plantea es si la remisión que en el art. 98 del CC se hace al art. 97 se refiere a la integridad del texto o sólo a las circunstancias referidas en éste para determinar la cuantía de la indemnización. Y ello porque, si la remisión se entendiera hecha al precepto en su conjunto, habría que entender que también en los supuestos de nulidad, sólo procedería el reconocimiento de la indemnización a favor del cónyuge que sufriera un desequilibrio económico respecto al otro y un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio.

Sin embargo, no parece que sea ésta la interpretación más adecuada del precepto y por ello no parece que proceda la remisión del art. 98 al art. 97 del CC para determinar las condiciones que delimitan el acceso al derecho. Fundamentalmente, porque ya aparecen en el primero de esos preceptos los términos en los que se ha de reconocer al cónyuge de buena fe el derecho a una indemnización económica en los supuestos de nulidad matrimonial: cuando haya existido convivencia conyugal. Por ello, debe entenderse que únicamente resulta de aplicación el art. 97 del CC en relación con las circunstancias que pueden tener en cuenta las partes o, en caso de desacuerdo, el juez, para determinar el importe de la misma³⁹.

Un segundo problema se refiere a quien puede ser acreedor de la indemnización prevista en el art. 98 del CC y, por lo tanto, posible beneficiario de la pensión de viudedad. Sobre este particular, considera la doctrina civilista⁴⁰ que el abono de la indemnización procede en los casos en los que concurra buena fe, exclusivamente, en una de las partes; de esta manera, el contrayente de buena fe tiene derecho a reclamar y recibir el importe de la indemnización fijada y el contrayente de mala fe la obligación de sufragarla. Si ambas partes han actuado de buena fe, ninguno de los contrayentes puede reclamar al otro el importe de la indemnización porque se produce una compensación de sus respectivas pretensiones conforme al art. 1.195 del CC. En los casos en que concurre mala fe en las dos partes, ninguno de ellos tendría derecho a la indemnización referida por incumplimiento del supuesto de hecho⁴¹.

Desde esta perspectiva, perfectamente coherente con los términos de la regulación civil, se determina también el fundamento o la finalidad de la indemnización referida: con su abono se pretende compensar los daños y perjuicios que por la celebración del matrimonio y, posteriormente, por la declaración de nulidad del mismo, ha sufrido el contrayente de buena fe y sancionar al que, de mala fe, haya causado tales daños. Por este motivo se entiende que el fundamento de dicha indemnización es la existencia de una actuación culpable o dolosa de uno de los contrayentes y no la necesidad de

³⁹ En el mismo sentido, entiende Díez-Picazo y Gullón, op. cit., pág. 139 que la remisión que hace el art. 98 del CC “no es más que a los parámetros del artículo 97 para fijar su contenido”.

⁴⁰ Sobre este particular, puede verse, entre otros, Serrano Gómez, E.: “La invalidez del matrimonio” en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M.: *Tratado de Derecho de Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales*, Aranzadi, 2011, págs. 112- 116.

⁴¹ En el mismo sentido se ha pronunciado el TS en la Sentencia de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992/2014).

proteger al cónyuge más desfavorecido (es decir, tendría una función sancionatoria más que compensatoria)⁴².

La aplicación de esta doctrina y, en general, del régimen jurídico de la indemnización fijada en el art. 98 del CC al ámbito de la protección social permite cuestionar la idoneidad de este criterio. En primer lugar porque, conforme a lo referido, en los casos en los que concurra buena fe en ambos contrayentes ninguno tiene derecho a la indemnización del art. 98 del CC y, por este motivo, tampoco se le podría atribuir al sobreviviente el derecho a la pensión de viudedad a la muerte del otro contrayente. Tal consecuencia constituye, a mi juicio, una diferencia de trato injustificada y desproporcionada entre dos relaciones cuando, en una de ellas, la buena fe existe en ambos contrayentes y en la otra, sólo en uno de sus miembros; y ello, entre otras razones, porque en los casos en los que concurra buena fe en las dos partes, sólo en el orden civil resulta coherente que se compensen entre sí las prestaciones debidas por ambos particulares. En el ámbito de la protección social, no parece lógico que esta circunstancia justifique la exoneración del pago de la prestación por parte de la Entidad Gestora, ni la pérdida de la pensión derivada del fallecimiento del causante por el contrayente de buena fe superviviente.

En segundo lugar porque, si en los términos anteriormente referidos, se entiende que la indemnización tiene una finalidad fundamentalmente sancionatoria, resulta inapropiado concebir el Sistema de Seguridad Social como instrumento de sustitución de obligaciones o responsabilidades que surgen en un ámbito puramente privado y que por ello han de ser asumidas, exclusivamente, por particulares. Ni tampoco, en aquellos casos en los que la indemnización haya sido satisfecha por el deudor antes de su fallecimiento, tiene sentido el reconocimiento de una prestación social que, al dar continuidad a la indemnización del art. 98 del CC, tendría por finalidad seguir compensando los daños y perjuicios que la celebración de un matrimonio nulo han causado sobre el contrayente de buena fe cuando, además, se entiende que esa compensación ya se ha producido con la indemnización abonada por el cónyuge de mala fe. La incoherencia de esta interpretación hace decantarnos por la ya señalada al principio de este apartado, esto es, como el matrimonio putativo, aunque inválido, ha producido efectos desde su celebración hasta la declaración de nulidad, se

⁴² No obstante, tampoco resulta una cuestión completamente resuelta. Mientras que algunos autores tienen clara su función sancionatoria (Serrano Gómez, op.cit. pág. 114) otros consideran que la finalidad de esta indemnización es resarcir “la situación de desamparo que puede provocar la nulidad en quien no allegó bienes para atender a su nueva situación personal, debido a las ocupaciones matrimoniales y familiares” (León González, M.: “La indemnización del artículo 98 del Código Civil”, *ADC*, 1992, pág. 964).

abona una prestación proporcional al período de convivencia y, por lo tanto, al período durante el cual el contrayente de buena fe ha tenido la condición civil de cónyuge del causante. Desde esta interpretación, coherente con el régimen actual de protección de la viudedad, resulta innecesaria y contraproducente la exigencia añadida en la reforma de 2007 porque, como ya se ha señalado en el apartado anterior, expulsa de la protección a quienes también de buena fe han ostentado la condición conyugal protegida.

En tercer lugar, y en relación con lo anterior, tampoco parece adecuado condicionar el reconocimiento de la pensión social a la previa atribución de la indemnización civil porque, a diferencia de lo que sucede en el régimen actual de la separación y el divorcio en el que la pensión de viudedad viene a sustituir una pensión compensatoria de tracto sucesivo que se pierde como consecuencia del fallecimiento de su deudor, en los casos de nulidad matrimonial la pensión no sustituye renta privada alguna (la indemnización es de pago único y, por lo tanto, se extingue la obligación con su inmediato cumplimiento). Por la misma razón, sólo en los supuestos de separación y divorcio la pensión de viudedad viene a cubrir la relación económica existente entre el acreedor de la pensión compensatoria y el deudor de la misma (y causante de la de viudedad). En los supuestos de nulidad matrimonial, una vez que el contrayente de mala fe abone la indemnización correspondiente y se liquiden los derechos y obligaciones derivados del matrimonio celebrado, no existe relación económica alguna que haya de ser sustituida con cargo a una prestación social.

En definitiva, con la condición añadida por la Ley 40/2007 ni se consigue atender una relación de dependencia económica entre las partes⁴³, ni tampoco a los sujetos que hayan vivido a cargo del causante y que por ello, tras su fallecimiento, se encuentren sin recursos suficientes para vivir. Como se ha puesto de manifiesto en los párrafos anteriores, no se trata de una indemnización a favor del contrayente que se encuentre en una situación de precariedad económica, ni tampoco en beneficio de quien haya resultado desfavorecido por la celebración o por la declaración de nulidad del matrimonio, ni siquiera a favor de quien haya sufrido un desequilibrio económico en relación con la otra parte; sólo constituye una cantidad a tanto alzado con la que se pretende sancionar al contrayente de mala fe y compensar los daños y perjuicios causados a quien creía válido su matrimonio y por ello ha convivido como tal durante cierto

⁴³ Desde la misma perspectiva, otros autores también han advertido la falta de idoneidad del criterio utilizado por el legislador al entender que la indemnización del art. 98 del CC no es un parámetro que sirva para constatar la existencia de una relación de dependencia económica entre los cónyuges. Vid. por ejemplo: Ureña Martínez, M.: *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad*, Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 123-125.

tiempo. Por tales motivos es claro que no se trata de una indemnización dirigida a compensar una situación real de necesidad del beneficiario que, ante la muerte del deudor, haya de ser paliada por una prestación de Seguridad Social.

5.2. El limitado reconocimiento del derecho, en los casos de separación y divorcio, al cónyuge beneficiario de una pensión compensatoria. ¿Idoneidad del nuevo criterio?

Como ya se ha señalado en el epígrafe anterior, más claridad ha habido en el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial y divorcio, dada su expresa regulación por el ordenamiento social, incluso los primeros, en las normas de Seguridad Social originaria. Así, en la propia la Ley de Bases de 1963 y en el Texto Articulado de 1967 se reconocía el derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial, a favor del cónyuge declarado inocente o, según el artículo 7 de la Orden de 13 de febrero de 1967, del beneficiario de la obligación civil de alimentos (que, en el caso de la mayoría de las mujeres de aquella época –en situación de inactividad- era consustancial a la declaración de inocencia porque, a pesar de la separación, el marido tenía la obligación de abonarle lo indispensable para su sostenimiento en función del deber de socorro mutuo del art. 68 del CC). En los mismos términos se reconocía el derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial en el Texto Refundido de la LGSS de 1974.

Con la Ley 30/1981, de 7 de julio, se introdujeron cambios sustanciales en el Derecho de Familia y, por extensión, en el régimen tradicional de protección por viudedad. Primero y básicamente, porque la autorización y regulación del divorcio supuso, a los efectos que interesan, el reconocimiento “*ex novo*” del derecho a la pensión de viudedad al cónyuge divorciado. En segundo lugar, porque se eliminó de la regulación civil toda referencia a la culpabilidad o inocencia de los cónyuges y por ello se atribuyó expresamente la pensión de viudedad al cónyuge separado y divorciado “*con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio*”. Por tal motivo, a partir de entonces, la pensión de viudedad no se limita al cónyuge declarado inocente y, en consecuencia, puede reconocerse el derecho a cualquiera de las dos partes (basta que el fallecido se considerara causante de la pensión para que el sobreviviente pudiera tener derecho al beneficio).

En los últimos años, sin embargo, y frente a una regulación que atribuía un derecho incondicionado a la pensión de viudedad al cónyuge separado o divorciado, la Ley 40/2007 ha vuelto a establecer condiciones restrictivas del derecho, ahora dependientes de la relación económica existente entre las partes. En este análisis del Derecho vigente, y siguiendo el “*modus operandi*” del apartado anterior, se procederá primero a analizar la situación protegida para

después estudiar las condiciones a las que actualmente se supedita el reconocimiento del derecho.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la situación protegida, se parte del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial y divorcio⁴⁴. Respecto a la primera, coincide la doctrina civilista en entender que a pesar de la separación de las partes se mantiene el estado civil de casados y por ello, tras la muerte del causante, la calificación del superviviente como viudo/a del fallecido. En estos casos, sin embargo, se suspenden otros derechos y obligaciones consustanciales al matrimonio, tales como la relación de convivencia entre los cónyuges, y se modifican los vínculos personales y económicos existentes entre los miembros de la unidad familiar⁴⁵. En opinión de la doctrina civilista, la mayoría de estos derechos y deberes (normalmente vinculados al mantenimiento de una relación matrimonial efectiva) queda también en suspenso cuando cesa “*de facto*” la relación de convivencia hasta entonces existente⁴⁶. No obstante, la pervivencia del vínculo permite el mantenimiento en los supuestos de separación de hecho del deber de alimentos entre los cónyuges previsto en el art. 142 del CC⁴⁷.

Frente a la separación, el divorcio constituye una de las tres causas de disolución del matrimonio dispuestas en el art. 85 del CC (junto a la muerte y a la declaración de fallecimiento de una de las partes). La sentencia judicial de divorcio, a diferencia de la nulidad, pone fin a un matrimonio válidamente constituido dejando las partes, desde ese momento, de ser cónyuge el uno del otro (para un sector doctrinal pasan a detentar el estado civil de “divorciado/a”, mientras que para otros se le vuelve a atribuir el estado de “soltero/a”). Por lo demás, el divorcio genera o, en su caso, mantiene las consecuencias derivadas de la resolución judicial de separación. En los tres supuestos, además, procede la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, en los casos de separación judicial y en los de divorcio, porque así lo dispone el art. 1.392 del CC y, en los

⁴⁴ El análisis que se efectúa en los siguientes párrafos de los distintos supuestos de crisis matrimonial se limita, lógicamente, a la exposición de aquellos rasgos fundamentales que resulten útiles a los efectos que aquí interesan. Existe en el mercado editorial un gran número de trabajos monográficos de estos temas a los que en estos aspectos me remito.

⁴⁵ De las consecuencias que aparecen dispersas en distintos preceptos del CC destacan las que se refieren a las condiciones de cuidado de los hijos, la forma de contribución de ambas partes al levantamiento de las cargas comunes, el uso de la vivienda y el ajuar familiar, el cese de la posibilidad de uno de los cónyuges de comprometer bienes del otro en el ejercicio de la potestad doméstica y el posible establecimiento de una pensión compensatoria a favor de uno de ellos.

⁴⁶ Castilla Barea, M.: “La separación”, en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M.: *Tratado de Derecho de Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales*, Aranzadi, 2011, pág. 153.

⁴⁷ STS de 25 de noviembre de 1982.

supuestos de separación de hecho porque, aunque el art. 1.393. 3 del CC limita estos efectos a quienes lleven separados más de un año, la jurisprudencia del TS viene entendiendo que la sociedad de gananciales se suspende durante el período de separación de hecho o incluso, considera que debe reputarse automáticamente extinguida con la cesación de la relación de convivencia entre los cónyuges⁴⁸.

Pero al margen del análisis de las distintas consecuencias de orden civil que generan los supuestos de separación y divorcio, cuyo estudio en profundidad no corresponde a esta obra, tanto en una como en otro faltan, por definición, la situación de convivencia y la relación económica (de formación de un fondo común con los ingresos de ambos cónyuges del que participan todos los miembros del grupo familiar) que constituyen, en el régimen general de la pensión de viudedad, el fundamento de la protección social (como ya se ha señalado, es común en la doctrina la consideración del resarcimiento del daño que sufre el cónyuge superviviente como fundamento de la pensión de viudedad). El primer elemento, porque normalmente se produce el cese de la convivencia cuando los cónyuges se separan o se divorcian. El segundo elemento, porque desde el momento en que se produce la separación o el divorcio dejan los cónyuges de poner en común los bienes e ingresos de cada uno de ellos y de participar en los recursos del otro; en ese momento, se ha de llegar a un acuerdo por el que se decida la forma de distribuirse, en el futuro, las cargas, gastos y responsabilidades comunes.

Sin embargo, y a pesar de estas consecuencias, en el régimen tradicional de protección por viudedad el derecho se ha venido atribuyendo de forma incondicionada al cónyuge sobreviviente, aún en los supuestos de crisis matrimonial e independientemente de que tras el acuerdo de separación o la sentencia de divorcio se mantuviera o no un relación económica entre las partes; es decir, al margen de que se hubiera fijado una pensión compensatoria, de quien fuera el acreedor o deudor de la misma y, en su caso, de la cuantía que hubiera podido fijarse. De esta forma, se venía reconociendo al cónyuge superviviente el derecho a la pensión de viudedad al fallecimiento del causante, aunque con anterioridad al óbito y tras la separación o el divorcio no compartieran bienes de ningún tipo, ni recibiera alguna contraprestación del causante o incluso aunque él mismo hubiera sido el deudor de una pensión civil a favor de la otra parte, e independientemente de la situación en la que quedara el sobreviviente después del fallecimiento (tanto si mantenía algún tipo de ingresos, de su importe y de su fuente de procedencia, como si carecía de ellos). La única limitación se refería al importe de la pensión y siempre exclusivamente, en atención al período de convivencia.

⁴⁸ STS de 11 de octubre de 1999, RJ 1999/7324; STS de 26 de abril de 2000, RJ 2000/3230 ó STS de 23 de febrero de 2007, RJ 2007/656.

El reconocimiento incondicionado de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente de una relación matrimonial disuelta por el divorcio de las partes o en la que sus miembros habían dejado de convivir y de compartir ingresos y gastos, hicieron a la doctrina plantearse el fundamento de la protección. De un lado porque es claro que, especialmente en los supuestos de divorcio, no se protegía la condición civil de cónyuge del causante porque dicho matrimonio era ya inexistente. De otro, porque tampoco compensaba la pérdida de unos ingresos, los del causante, en los que tras la separación o el divorcio el antiguo cónyuge ya no tenía derecho a participar. Asimismo, porque en ningún caso se supeditaba el reconocimiento del derecho al mantenimiento de una relación económica entre las partes derivada del pago de una pensión privada, alimenticia o compensatoria. Y, en fin, porque tampoco se exigía la acreditación por el superviviente de una situación de precariedad económica que hubiera de ser atendida por una prestación del Sistema. Lo único que podía compensar era la existencia, durante un cierto tiempo, de una relación matrimonial válida y, en su caso, la contribución del causante al Sistema de Seguridad Social (y, por extensión, de su cónyuge) durante el período en el que la relación se había mantenido viva; por ello, era razonable que su cuantía se limitara a la duración de dicha convivencia.

Frente a este régimen, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre ha modificado la redacción del art. 174 de la LGSS alterando, con la reforma, la razón o el fundamento de la protección por viudedad en los supuestos de crisis matrimonial. En concreto, conforme a la redacción actual del art. 174.2 de la Ley, la pensión de viudedad se restringe en los supuestos de separación judicial y divorcio al cónyuge que hubiera sido beneficiario, en vida del causante, de la pensión compensatoria regulada en el art. 97 del CC. De esta forma, el legislador da un giro de ciento ochenta grados en el régimen de atribución del derecho en los supuestos de crisis matrimonial para, a partir de la reforma, limitar la pensión social al cónyuge acreedor de una pensión compensatoria que precisamente, haya quedado extinguida por el fallecimiento del causante. Tras la nueva redacción, es claro que la pensión de viudedad compensa la pérdida que sufre el cónyuge o excónyuge de la pensión compensatoria que hasta esa fecha viniera percibiendo; tanto es así, que en la redacción dada al precepto por la DF 3ª.10 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de PGE para el año 2010, el importe de la pensión de viudedad tiene como límite máximo la cuantía de la pensión compensatoria que se viniera percibiendo⁴⁹.

⁴⁹ Para hacer frente a las dificultades generadas por la aplicación, *ad futurum*, de un nuevo sistema que excluía de la protección a quienes, conforme al anterior, hubieran accedido al derecho, la citada Ley 26/2009 introdujo dos excepciones a la norma general. La primera, para

En este punto, la cuestión se plantea en torno al contenido y alcance de la pensión compensatoria⁵⁰, de carácter civil que, de acuerdo con el art. 97 del CC, ha de abonarse al cónyuge al que la separación o el divorcio le produzca un empeoramiento respecto a la situación económica que gozaba durante el matrimonio, colocándole en posición de inferioridad frente al otro cónyuge. La utilización de este parámetro suscita varias dudas conceptuales que pueden resumirse en los siguientes términos.

El primer problema se plantea porque en el primer párrafo del art. 97 del CC se admite tanto la posibilidad de que la compensación se haga efectiva a través de una pensión periódica, temporal o indefinida, como mediante el abono de una prestación única. La opción entre una u otra forma de compensación tiene importantes consecuencias jurídicas en el orden social porque, conforme a la actual redacción del art. 174 de la LGSS, sólo se generaría derecho a la pensión de viudedad en los casos en los que se hubiera reconocido una pensión periódica y no en los supuestos de pago a tanto alzado, y exclusivamente, cuando se trate de una pensión que se seguía abonando y que por ello se pierde como consecuencia del fallecimiento. La primera limitación, además, genera una diferencia de trato injustificada entre el régimen de atribución del derecho en los supuestos de nulidad frente a los de separación y divorcio porque, fijándose en todos los supuestos el pago de una indemnización a tanto alzado, sólo en los casos de nulidad matrimonial se generaría el derecho a la pensión de viudedad⁵¹. En términos similares, se denegaría el derecho al cónyuge beneficiario de una pensión compensatoria de carácter temporal que se hubiera extinguido antes del fallecimiento del causante.

establecer una excepción a este requisito a favor de las mujeres víctima de violencia de género que hubieran renunciado a la pensión compensatoria como forma de huir del agresor (sobre el tema también se ha pronunciado el TS en las sentencias de 21 de diciembre de 2010 –RJ 2011/59–, de 26 de enero de 2011 –RJ 2011/2116– y de 30 de mayo de 2011 –RJ 2011/5108). Y la segunda, para autorizar transitoriamente su inaplicación en los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 en los que se cumplieran ciertas condiciones adicionales: a) que entre la fecha de la separación o el divorcio y el fallecimiento hubiera transcurrido menos de 10 años; b) que el vínculo matrimonial hubiese durado un mínimo de 10 años; y c) que existieran hijos comunes o que el beneficiario tuviera más de 50 años en la fecha del fallecimiento del causante.

⁵⁰ Sobre el tema, puede verse, entre otras obras: Castilla Barea, M. y Cabezuelo Arenas, A.L.: “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio” en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuenca Casas, M.: *Tratado de Derecho de Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales*, Aranzadi, 2011, págs. 519-599; Lasarte Álvarez, C. y Valupesta Fernández, R.: “Comentario al art. 97 CC” en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil*, Cívitas, Madrid, 1994; Montero Aroca, J.: *La pensión compensatoria en la separación y divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código civil)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

⁵¹ Ureña Martínez, M.: *Crisis matrimoniales...cit.* pág. 124.

Pero el principal problema deriva de la cuestionable utilización de la pensión compensatoria como criterio determinante de la concesión del derecho a una prestación social. Porque si en los años inmediatamente posteriores a la aprobación del divorcio, la pensión compensatoria trataba de proteger al cónyuge más débil (normalmente a la mujer que se había dedicado al cuidado del hogar y de la familia) en las actuales circunstancias, han variado tanto el fundamento jurídico de la pensión civil como el perfil y las necesidades de sus beneficiarios, fundamentalmente, porque el aumento progresivo de los niveles de formación y empleo de la población femenina ha permitido situar hoy por hoy a las mujeres en una posición equiparable a la de los hombres (aunque la tasa de ocupación sigue siendo sensiblemente inferior entre las mujeres, se ha producido un incremento significativo que se evidencia, especialmente, en las cohortes más jóvenes). En consideración a estas nuevas realidades, desde la reforma al CC realizada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, la pensión compensatoria (hasta entonces, sólo de carácter indefinido) puede tener hoy una duración temporal (lo que parece ser la tónica general en el ámbito judicial).

Como consecuencia de tales cambios, se ha producido una evolución significativa en la interpretación del concepto de “desequilibrio económico” determinante del reconocimiento y abono de la pensión compensatoria. Resumidamente, porque de la aplicación de una tesis objetiva, que entendía producido el desequilibrio económico cuando se produjera un mero descenso en el nivel de vida respecto al disfrutado durante el matrimonio, se ha pasado a una tesis subjetiva en la que se exige, además, que éste derive del sacrificio soportado por uno de los cónyuges en beneficio del matrimonio y de la familia⁵². Conforme a esta interpretación pues, la pensión compensatoria sólo ha de abonarse a aquel cónyuge que ha sufrido algún perjuicio económico o profesional derivado del matrimonio (para ello, se pueden tener en cuenta las circunstancias previstas en el art. 97 del CC tales como la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades mercantiles o profesionales del otro cónyuge o las probabilidades de acceso a un empleo) y que, tras la separación o el divorcio, sufre un desequilibrio económico efectivo. De esta forma, la mera diferencia de ingresos entre ambos cónyuges, posterior a la ruptura, no justifica por sí sola el abono de la pensión compensatoria.

En las circunstancias actuales, la vinculación de la pensión de viudedad a la pensión compensatoria tiene diversas lecturas según el perfil de sus destinatarios. Porque efectivamente, en el caso de separación o divorcio de mujeres mayores, que llevan muchos años casadas, sin trabajo y con escasas posibili-

⁵² En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia más reciente, como la STS de 19 de enero de 2010, RJ 2010/417 ó la STS de 14 de abril de 2011, RJ 2011/184064.

dades de encontrar empleo tras la ruptura del vínculo, la pensión compensatoria (en estos casos, normalmente de carácter indefinido) atiende un estado de dependencia económica que, en caso de fallecimiento del deudor, produce sobre el cónyuge sobreviviente una situación de necesidad real que debe ser cubierta con cargo a la pensión de viudedad.

Sin embargo, no en todos los supuestos se produce esa misma vinculación entre pensión compensatoria, dependencia económica, situación de necesidad y pensión de viudedad. Así, puede darse el caso de sujetos que tras el divorcio se encuentran en estado de necesidad porque carecen de recursos suficientes para vivir y, sin embargo, no tienen derecho a pensión compensatoria porque no existe un desequilibrio económico entre su situación y la de su cónyuge, por ejemplo, porque éste también tiene un bajo nivel de ingresos. En estos casos aunque, ciertamente, uno de los cónyuges no dependiera económicamente del otro (no recibiera ayuda alguna de ésta) se encuentra en una situación de necesidad real que, injustificadamente, carece de cobertura en el sistema actual de protección de la viudedad.

También puede darse el caso opuesto. Puede suceder que en un caso concreto el juzgador de instancia o incluso las partes, voluntariamente, en el convenio regulador, fijen una pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges que, aunque tenga su propia fuente de ingresos (haya trabajado durante el matrimonio y siga haciéndolo después del mismo) haya sufrido algún perjuicio, por ejemplo, en su propia carrera profesional porque haya renunciado o se haya visto condicionado su derecho a la promoción por su especial dedicación a la familia. En estos casos y aunque este cónyuge tenga sus propios ingresos (e incluso, aunque éstos sean de cuantía suficiente para vivir) si existe un evidente desequilibrio en la situación económica de ambos cónyuges (porque el otro tenga unos ingresos notablemente superiores) se le puede reconocer una pensión compensatoria que, a su vez, le permita el acceso a una pensión de viudedad a la muerte del causante. Aunque en estos casos se produzca una relación de dependencia económica, porque efectivamente uno de los cónyuges recibe una renta periódica del causante que pierde como consecuencia de su fallecimiento, no existe una situación de necesidad real que requiera la protección del Sistema.

La variedad de circunstancias que pueden producirse en los casos de separación y divorcio demuestran la falta de idoneidad del criterio elegido por el legislador para condicionar el acceso a la prestación social⁵³. En este aspecto,

⁵³ Por similares razones, considera Ureña Martínez (op. cit.) que la pensión compensatoria no es un parámetro adecuado para medir la relación de dependencia económica existente entre ambos cónyuges (págs. 93 a 122).

quizá hubiera sido más adecuado configurar la pensión de viudedad como una renta sustitutiva de una pensión alimenticia (éste sería, con claridad, el requisito al que condicionar el acceso a la prestación si se optara por un modelo de protección de la viudedad de carácter asistencial). Así era, como se ha señalado al inicio de este epígrafe, cuando la pensión se limitaba al cónyuge declarado inocente o al beneficiario de la pensión civil de alimentos; entonces, la prestación de Seguridad Social sustituía la pensión privada que, como señala el art. 142 del CC, comprende “*lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*”. Por ello, normalmente, el fallecimiento del obligado a prestar alimentos dejaba al alimentista en una situación de penuria económica que, con una finalidad asistencial, venía a ser compensada por la pensión de viudedad⁵⁴.

6. CONCLUSIONES

Para finalizar este estudio sobre la aplicación del ordenamiento civil en la delimitación de los sujetos beneficiarios de la pensión de viudedad, se pueden subrayar varias ideas generales a modo de últimas conclusiones.

A fecha de hoy, el matrimonio sigue siendo el supuesto de hecho básico en la protección por viudedad del Sistema de Seguridad Social. Un matrimonio que si se ha constituido conforme a las previsiones del CC (a todos los preceptos que disponen los requisitos formales y materiales para la válida constitución del mismo), genera un derecho inmediato a la prestación social tras el fallecimiento del causante, sin mayores condicionamientos ni limitaciones. Por el contrario, y frente al régimen de protección de las relaciones conyugales, cuando el legislador ha considerado oportuno extender la protección por viudedad a las parejas de hecho, lo ha hecho en condiciones tales que se puede afirmar la limitada cobertura del Sistema, de un lado, a las relaciones estables y duraderas en las que ha quedado constatada la formalización del vínculo, y de otro, a las uniones en las que se acredita una relación económica entre las partes. Circunstancias que, en general, son irrelevantes para el acceso a la protección en los casos de matrimonio. Por ello se puede decir, como primera idea general, que mientras que todas las relaciones matrimoniales válidamente constituidas (incluso, las que presentan alguna causa de nulidad) pueden

⁵⁴ Entonces, el problema radicaría en la imposibilidad de utilizar este criterio en los supuestos de divorcio, ya que, en atención a los preceptos civiles aplicables, el deber de alimentos (que, para las partes de una relación matrimonial, deriva del deber de los cónyuges de socorrerse mutuamente) sólo opera constante el matrimonio; por este motivo, se puede seguir reclamando mientras los cónyuges permanezcan separados, pero no una vez producido el divorcio.

acceder a la protección del Sistema, la cobertura de las parejas de hecho aparece significativamente limitada por diversos requisitos, tanto de fondo como de forma, que restringen considerablemente la protección. Surge así una diferencia de trato evidente entre uno y otro tipo de relaciones, por más que se pueda justificar aludiendo a la libertad que se atribuye al legislador en la configuración del Sistema y en la administración de unos recursos limitados.

Por estos motivos puede decirse que la prestación social sigue teniendo, como presupuesto de hecho básico, al matrimonio. Pero el matrimonio es un acto formal cuya validez depende del cumplimiento de los requisitos dispuestos en el orden civil, unos esenciales para la validez de éste como de cualquier negocio jurídico (fundamentalmente, los que se refieren a la capacidad de las partes para contratar y a la voluntariedad del consentimiento) y otros que establecen las reglas de procedimiento exigidas para la constitución del vínculo o para su registro; normas que permiten al Estado llevar un cierto control, a priori y a posteriori, de un hecho con evidente relevancia jurídica. Pues bien, en el ámbito de la protección social, es en este último aspecto donde se han planteado mayores problemas, en gran medida, porque desde las reglas y principios fundamentales de un verdadero Sistema de Seguridad Social, no se entiende bien que el incumplimiento de meros requisitos de forma pueda impedir el acceso a las prestaciones sociales, especialmente si se acredita una situación de necesidad real que por tales motivos queden al margen del Sistema. Algo similar sucede respecto a los requisitos a los que actualmente se supedita la atribución del derecho en los supuestos de nulidad, separación y divorcio: tales condiciones generan tantas incoherencias o disfunciones en su aplicación efectiva, que necesariamente ha de cuestionarse la idoneidad de los nuevos criterios.

Como tercera reflexión cabe indicar la importante diversidad de problemas que durante años ha suscitado y que en la actualidad sigue suscitando la aplicación del régimen tradicional de protección por viudedad. Tanto la delimitación del supuesto protegido como su aplicación a la realidad social han generado tantas carencias o deficiencias en la protección, que ha sido en estos años una constante la conflictividad o el recurso de los particulares a las instancias judiciales en reclamación de sus derechos. En este aspecto, los temas que en este trabajo se han analizado sólo constituyen una parte de los asuntos que han sido cuestionados en sede judicial (junto a éstos, se encuentran todos los relacionados con las relaciones de convivencia extramatrimonial, el contenido de la protección –por ejemplo, sobre el reparto de la pensión entre varios beneficiarios, su cuantía, el complemento por mínimos, etc.- o los distintos aspectos de la dinámica del derecho –fundamentalmente, en relación con las causas de extinción-).

En relación con tales supuestos, también se ha podido apreciar una significativa divergencia de opiniones doctrinales y, lo que es más preocupante, judi-

ciales. Y aunque la pluralidad de ideas es fundamental en una sociedad verdaderamente libre, la seguridad jurídica e incluso la justicia reclaman el mantenimiento de un criterio normativo y jurisdiccional uniforme (al menos, durante un determinado período histórico). A mi juicio, contradice las reglas elementales de la equidad la aplicación de reglas contradictorias o el mantenimiento de opiniones opuestas en atención a la identidad del supuesto planteado, e incluso, a discrecionalidad de la instancia que ha de aplicar la norma. En otras palabras, y en relación con algunas de las decisiones analizadas, entiendo que no cabe mostrar flexibilidad en unos casos y ser rigurosos en otros al exigir la concurrencia de los requisitos previstos: ello genera arbitrariedad y, por lo tanto, conduce a un resultado injusto para el común de los ciudadanos.

En relación con la perspectiva que ha guiado este análisis, es necesario concluir recordando la idea fundamental con la que se empezaron estas páginas. Ciertamente, existe una relación ineludible entre el Derecho Social y el Derecho Civil que se hace más estrecha en el ámbito que aquí se trata: como se ha podido comprobar, existen numerosos puntos de conexión entre el régimen jurídico de la pensión de viudedad y las normas civiles que regulan el matrimonio. Pero como también se ha intentado demostrar, es necesario que cuando el legislador social utilice los conceptos del Derecho de Familia profundice en su significado y en sus consecuencias jurídicas para que no entren en contradicción con el fundamento de las prestaciones sociales o con los principios que rigen nuestro Sistema de Protección Social.

En fin, todas estas apreciaciones constituyen razones adicionales a favor del cambio normativo. Por supuesto, que es difícil (por no decir imposible) llegar a un resultado que satisfaga a todas las partes; también es complicado decidir qué modelo de protección resulta más aconsejable para el futuro próximo. Pero también resultan evidentes los perjuicios que derivan de la situación actual: las diferencias de trato, las situaciones carentes de protección, las contradicciones entre la regulación del Sistema de Seguridad Social y el régimen jurídico civil que ordena las relaciones entre particulares, los gastos que esta fórmula de protección suponen sobre los presupuestos generales, etc. Por ello, la última conclusión a este trabajo coincide con la que con reiteración ha manifestado el grueso de la doctrina: la necesidad de un estudio en profundidad de la materia, desde todos los ángulos posibles, que concluya con una reformulación integral del sistema de protección por viudedad.