

A pensión compensatoria como requisito
constitutivo do dereito á pensión de viuvez
en supostos de divorcio ou separación xudicial.

A propósito dunha sentenza do
Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña
(Sala do Social) de 20 de outubro de 2010

*The spousal support as a requirement for a widow's
pension in cases of legal separation or divorce.
According to a sentence of the High Court of Justice
of Cataluña (Social Chamber) 20 October 2010*



LUCÍA DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR

Profesora da Área de Dereito do Traballo e da Seguridade Social na Universidade de Santiago de Compostela
lucia.dans@usc.es

Resumo

Após a Lei 40/2007, o acceso á pensión de viuvez por parte das persoas divorciadas ou separadas xudicialmente restrinxíuse de forma considerable. Isto explícase, sobre todo, porque coa devandita norma se introduciu un novo requisito para beneficiarse da pensión de viuvez: que no momento do falecemento, o cónxuxe sobrevivente continúe a ser acredor da pensión compensatoria a que se refire o artigo 97 do Código civil.

Co fin de corrixir a situación de especial vulnerabilidade en que quedaron aquelas persoas que se divorciaran ou separaran antes de se promulgar a citada norma, a Lei 26/2009 posibilitou unha excepción transitoria a tal regra, que unicamente pode entrar en xogo ante a concorrencia de certos requisitos. No medio de todas estas modificacións legislativas ditouse a sentenza a cuxo comentario se dedica este traballo.

Palabras chave: Seguridade Social, pensión de viuvez, separación xudicial ou divorcio, pensión compensatoria, dereito transitorio.

Abstract

Since the approval of Act 40/2007, access to the widow's pension for those legally separated or divorced, has considerably been restricted. The explanation lays basically on a new requirement introduced by this act, which entitles: the spouse to pension support at the time of the decease, the survivor spouse continues to be the beneficiary of the spousal support as stated on article 97 of the Civil Code.

In order to correct the special vulnerability situation of people who had separated or divorced before the passing of this act, the Act 26/2009 made a temporary exception possible, which could only apply if certain requirements concurred. In the meantime of all these legislative modifications, a sentence, at whose comment this article is devoted to, was delivered.

Keywords: Social Security, widow's/widower's pension, legal separation or divorce, spousal support, transitional law.

1. Preliminar

Nos últimos anos a pensión de viuvez veu sufrindo transformacións de enorme calado económico e social. Estamos a referirnos, en primeiro lugar e como punto de partida, á reforma operada pola Lei 40/2007, de 4 decembro, de medidas en materia de seguridade social. Non está de máis lembrarmos que até a promulgación desta norma a pensión de viuvez estaba concibida como unha prestación económica de carácter vitalicio a favor do cónxuxe supervivente, ao esixir o artigo 174.1 da Lei xeral da Seguridade Social (en diante LXSS) a concorrencia dos requisitos propios de calquera prestación de carácter contributivo: que o suxeito causante estivese de alta ou en situación asimilada á de alta e que completase –segundo o caso– un período mínimo de cotización previa¹. Polo que respecta aos beneficiarios, non só quen mantivese a condición de cónxuxe no momento do falecemento, senón tamén a persoa ou as persoas que no seu día foran cónxuxes lexítimas tiñan dereito a se beneficiaren da pensión de viuvez, estas últimas, na contía proporcional ao tempo vivido co suxeito causante e coa única condición de que non volvesen contraer novas nupcias.

Ora ben, a partir da Lei 40/2007 restrínxese cualitativa e cuantitativamente o acceso á prestación económica de viuvez por parte das persoas divorciadas ou separadas xudicialmente, no que supuxo un claro recorte dos dereitos deste colectivo de pensionistas da Seguridade Social española. De feito, sen se tratar da reforma que máis algarabía xerou –como o foi o recoñecemento da devandita pensión ás parellas de feito, supeditado á concorrencia de certos requisitos²–, desde logo si semella ser a que máis repercusión económica vai ter sobre tal colectivo. E é que con esta norma engadíase un inciso final ao primeiro parágrafo do artigo 174.2 da LXSS, segundo cuxo teor orixinal «o dereito á pensión de viuvez das persoas divorciadas ou separadas xudicialmente quedará condicionado, en calquera caso, a que, sendo acreedoras da

¹ Aínda que, claro está, «se a causa da morte fose un accidente, sexa ou non de traballo, ou unha enfermidade profesional, non se esixirá ningún período previo de cotización», segundo o previsto no parágrafo primeiro *in fine* do artigo 174.1 da LXSS. Así mesmo, non se require que o causante estivese de alta ou situación asimilada á de alta na data do seu falecemento «sempre que este completase un período mínimo de cotización de quince anos», tal e como dispón o parágrafo segundo do mesmo artigo 174.1.

² Véxase o artigo 174.3 da LXSS. No propio preámbulo da Lei 40/2007 se salienta que «en materia de supervivencia, as maiores novidades atanguen á pensión de viuvez e, dentro desta, ao seu outorgamento nos supostos de parellas de feito que, alén dos requisitos actualmente establecidos para as situacións de matrimonio, acrediten unha convivencia estable e notoria durante cando menos cinco anos, así como a dependencia económica do convivente sobrevivente nunha porcentaxe variable en función da existencia ou non de fillos comúns con dereito á pensión de orfandade» (cfr. o seu parágrafo sétimo).

pensión compensatoria a que se refire o artigo 97 do Código civil, esta quedase extinguida polo falecemento do causante».

Pese á ambigua redacción deste inciso, del podía extraerse a introdución dun novo requisito para acceder á pensión de viuvez, como é o de que o/a cónxuxe supérstite sexa acreedor/a –no momento do falecemento– da pensión compensatoria contemplada no artigo 97 do Código civil (en diante CCiv.). Isto dicir que de non pactar ou decretar xudicialmente a compensatoria, ou se se acorda unha pensión compensatoria temporal mais se revoga antes da morte do causante (por exemplo, porque se produce a inserción laboral de quen se estivese lucrando), ou, en fin, se se pacta por este concepto unha prestación económica única³, decae calquera posibilidade de beneficiarse máis tarde da de viuvez.

Aínda cando o circunloquio utilizado polo lexislador permite albiscar a finalidade última da reforma operada no artigo 174.2 da LXSS, isto é, volver configurar a pensión de viuvez como unha auténtica renda de substitución e reservárllela apenas a aqueles cónxuxes lexítimos que, en maior ou o menor medida, continuasen a depender economicamente do suxeito causante no momento do seu falecemento⁴, non tar-

³ Desde o ano 1981, o artigo 97 do CCiv. regulaba unha pensión compensatoria con carácter vitalicio en favor do cónxuxe ao cal a separación ou o divorcio lle producise un desequilibrio económico. «Tratábase dunha regulación que, sen dúbida, estaba pensada para a disolución de matrimonios de longa duración, moi favorable para o cónxuxe que quedaba en peor situación económica após o divorcio, normalmente a muller» [cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2007) «Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales» *La Ley* 2, p. 1669].

Emporiso, logo da reforma operada pola Lei 15/2005, de 8 xullo (BOE de 9 xullo), o referido precepto queda redactado nos seguintes termos: «O cónxuxe a que a separación ou o divorcio produza un desequilibrio económico en relación coa posición do outro, que implique un empeoramento na súa situación anterior no matrimonio, terá dereito a unha compensación que poderá consistir nunha pensión temporal ou por tempo indefinido, ou nunha prestación única, segundo se determinar no convenio regulador ou na sentenza». Con isto referéndase a doutrina xurisprudencial sobre a temporalidade da pensión compensatoria, iniciada polas SSTS (Sala do Civil) de 10 de febreiro de 2005 (RX 1133) e de 19 de decembro 2005 (RX 7840).

⁴ En resposta ao Acordo sobre medidas en materia de seguridade social suscrito polo Goberno e os interlocutores sociais con data de 13 de xullo de 2006, pois, coa finalidade de «mellorar a situación das familias que dependen das rendas do falecido e adecuar a acción protectora do sistema ás novas realidades sociais», se precisa nel que «a pensión de viuvez debe recuperar o seu carácter de renda de substitución e reservarse para aquelas situacións en que o habente-causa contribuía efectivamente ao sustentamento dos familiares supérstites: matrimonio... ou persoas divorciadas perceptoras das pensións previstas no Código civil» (cfr. a súa epígrafe III.3.a).

Co dito acordo, en fin, dábase á súa vez cumprimento á disposición adicional quincuaxésima cuarta da Lei 30/2005, de 29 decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2006 (BOE de 30 decembro), en que xa se anunciaba que «o Goberno presentará ante o Congreso dos Deputados, logo da súa valora-

daron en aparecer as primeiras resolucións xudiciais que, cunha interpretación algo forzada do mencionado inciso, aínda que non exenta de rigor xurídico, concluíron o dereito do supérstite á pensión de viuvez pese a non estar percibindo a compensatoria a que se refire o artigo 97 do CCiv.

Segundo esta doutrina xudicial, o que esixe a devandita norma «é que de se estar a percibir a pensión compensatoria, esta quede extinguida co falecemento do causante»⁵, sobre a base de que o artigo 101 do CCiv. «considera a posibilidade de que a pensión compensatoria subsista tras a morte do debedor e pase a gravar os seus herdeiros»⁶; ou o que é o mesmo, con ela «introdúcese unha incompatibilidade entre a pensión pública de viuvez e a pensión compensatoria»⁷, de maneira que se se accede á primeira quedará automaticamente extinguida a segunda. De todos os xeitos, cómpre advertirmos que esta doutrina foi ben cedo corrixida en suplicación⁸ e, apenas dous anos despois, atallada de raíz polo propio lexislador.

ción e análise cos axentes sociais no marco do diálogo social, un proxecto de lei... dentro dun contexto de reformulación global da pensión de viuvez, dirixido a que esta recupere o seu obxectivo de prestación substitutiva das rendas perdidas como consecuencia do falecemento do causante».

⁵ Cfr., entre outras, a SXS de Barcelona de 28 de xullo de 2008 (XUR 2009, 125510), FD segundo, parágrafo oitavo, cuxos argumentos foron integramente reproducidos por unha SXS de Bilbao de 13 febreiro de 2009 (XUR 403562). A virtualidade das devanditas resolucións é que suscitan «bastantes dúbidas sobre a interpretación que caiba outorgarlle ao parágrafo segundo do artigo 174.2 da LXSS e, sobre todo, volve[n] a pór sobre a mesa os grandes problemas que presenta a reforma do sistema da Seguridade Social cando non se aborda dun xeito global e unitario e se acode a reformas fragmentarias, e cando se emprega, moitas veces por razóns de oportunidade política, unha linguaxe ambigua» [cfr. VICENTE PALACIO, A. (2009) «Pensión de viudedad de cónyuges separados judicialmente o divorciados y pensión compensatoria. ¿Es la pensión compensatoria requisito de acceso a la pensión de viudedad o pensión incompatible con ésta? (Breve reflexión sobre la pensión de viudedad a raíz de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona 28 jul. 2008)» *Tribuna Social* 220, pp. 59 e 60].

⁶ Cfr. a SXS de Barcelona xa citada, FD segundo, parágrafo oitavo.

⁷ FD segundo, parágrafo décimo quinto. Téñase en conta que, segundo o artigo 101.2 do CCiv., «o dereito á pensión non se extingue polo único feito da morte do debedor. Non obstante, os herdeiros deste poderán solicitar do xuíz a redución ou supresión daquela, se o caudal hereditario non puidese satisfacer as necesidades da débeda ou afectase aos seus dereitos na lexítima».

⁸ Trátase, respectivamente, da STSX de Cataluña de 19 de febreiro de 2010 (recurso 8125/2008) e da STSX do País Vasco de 6 de outubro de 2009 (AS 2397). Segundo esta última resolución, «os termos do precepto [artigo 174.2 da LXSS] son nítidos, precisos e categóricos, e non deixan lugar a dúbida sobre o seu contido, alcance e significado, de supeditar o recoñecemento do dereito á pensión de viuvez á dupla condición de que o supérstite sexa acreedor da pensión compensatoria regulada no artigo 97 do Código civil e de que esta se extinga pola morte do debedor» (FD segundo, parágrafo décimo primeiro). No mesmo sentido, e entre outras moitas, véxanse a STSX Cataluña de 17 de marzo de 2010 (XUR 176179), a STSX de Navarra de 29 de xuño de 2009 (AS 1825) e a STSX do País Vasco de 24 de marzo de 2009 (XUR 322124).

Trátase, máis en concreto, da segunda modificación que até a data experimentou a regulación legal da pensión de viuvez; esta vez, por medio da Lei 26/2009, de 23 decembro, de orzamentos xerais do Estado para o ano 2010⁹. De entre todas as reformas acometidas pola devandita norma, quizais a que pase máis desapercibida sexa precisamente a reformulación que dá ao controvertido inciso do artigo 174.2 da LXSS, sobre todo tendo en conta que o cambio en cuestión se limitou a unha simple –mais clave– modificación dos tempos verbais, co claro propósito de finalizar calquera discusión interpretativa. Repárese en que onde antes estaba previsto que «o dereito á pensión de viuvez das persoas divorciadas ou separadas xudicialmente quedará condicionado, en calquera caso, a que, sendo acreedoras da pensión compensatoria a que se refire o artigo 97 do CCiv., esta quedase extinguida polo falecemento do causante», agora pode lerse que para beneficiarse da mencionada prestación da Seguridade Social «será requirido que as persoas divorciadas ou separadas xudicialmente sexan acreedoras da pensión a que se refire o artigo 97 do Cciv. e esta quedase extinguida á morte do causante».

Non é esta a única reforma que acomete a Lei 26/2009 en materia de viuvez. Tamén introduce dúas excepcións á regra que impón estar a percibir pensión compensatoria na data da morte do causante, para poder acceder á de viuvez. Unha delas, no propio artigo 174.2 da LXSS, en que se recoñece de forma expresa o dereito á pensión de viuvez das persoas que, «aínda non sendo acreedoras de pensión compensatoria, puidesen acreditar que eran vítimas da violencia de xénero no momento da separación xudicial ou o divorcio»¹⁰. E a outra, na nova disposición transitoria décimo oitava da LXSS, con que o lexislador aproveita para corrixir en parte a situación de especial vulnerabilidade en que quedaron aqueles que se separaron ou divorciaron antes da

⁹ BOE de 24 decembro.

¹⁰ A razón de ser desta excepción tamén hai que buscala na xurisprudencia laboral. En concreto, en tres SSTSX de Cantabria de 22 de xaneiro de 2009 (AS 278), de 4 de febreiro de 2009 (XUR 172892) e de 23 de xuño de 2010 (XUR 356097), onde –tras realizar unha interpretación do artigo 174.2 da LXSS, en relación coa LO 1/2004 e a LO 3/2007– se concluíu que a transversalidade do principio de igualdade obrigaba a sala a facer o propio, corrixindo as desigualdades existentes e os efectos perversos que se xeraban para aquelas mulleres que, se non estaban gozando dunha pensión compensatoria, era como consecuencia precisamente da súa difícil situación persoal e familiar, por razóns de defensa e autoprotección.

Ao non se tratar dunha doutrina pacífica [véxase SERRANO ARGÜELLO, N. (2010) «Pensión de viudedad para ex cónyuges vítimas de violencia de género, de la denegación judicial a la nueva regulación legal» *Aranzadi Social*. 4 (BIB 2010/411)], a cuestión terminou por ser despexada en unificación da doutrina por dúas SSTs de 21 de decembro de 2010 (RX 59) e de 26 de xaneiro de 2011 (RX 2116), en que xa co sustento do novo inciso introducido pola Lei 26/2009 se confirmou a mantida pola sala cántabra.

entrada en vigor da Lei 40/2007 –sempre, iso si, que o falecemento tivese lugar antes do 1 de xaneiro de 2010– e que naquela altura dificilmente podían imaxinar sequera que a súa renuncia á pensión compensatoria no procedemento de divorcio ou separación matrimonial ía carrexar a perda de calquera posibilidade de acceder máis tarde a unha pensión pública de viuvez¹¹.

Só nestes supostos e como excepción puramente transitoria, o recoñecemento de tal prestación da Seguridade Social non quedará supeditado a que a persoa divorciada ou separada xudicialmente sexa acreedora da pensión compensatoria nos termos establecidos polo artigo 174.2 da LXSS, sempre, iso si, que se produza a concorrencia de todos e cada un dos seguintes requisitos: que «entre a data do divorcio ou da separación xudicial e a data do falecemento do causante... transcorra un período de tempo non superior a dez anos, sempre que o vínculo matrimonial tivese unha duración mínima de dez anos e ademais concorran no beneficiario algunha das dúas condicións seguintes: a) a existencia de fillos comúns do matrimonio; ou b) que teña unha idade superior aos 50 anos na data de falecemento do causante da pensión».

2. Os feitos

Xustamente no medio de todas estas modificacións legislativas, tivo lugar a controversia axuizada pola STSX Cataluña (Sala do Social) de 20 de outubro de 2010, recurso 7611/2009¹², a cuxo comentario se dedican as páxinas que seguen. Do relato dos feitos probados nela despréndese o seguinte:

- 1) A actora, nada en 1946, estivo casada durante algo máis de dezaioito anos co suxeito causante, concretamente durante o período comprendido entre o 4 de marzo de 1973 e o 16 de xullo de 1991.
- 2) Froito dese matrimonio naceron dous fillos que no momento da separación aínda eran menores de idade.

¹¹ En efecto, «este réxime transitorio... é en definitiva o recoñecemento explícito de intentar amortecer o impacto da reforma sobre unha parte dos beneficiarios que poderíamos identificar como aqueles que tiñan un certo dereito adquirido, e sobre os que a reforma se tornaba máis descarada e cruel» [BOSCH GUERRERO, C. (2010) [en liña] «Pensión de viudedad en separación o divorcio, año 2010. Importante novedad para viudos separados y divorciados» *Noticias Jurídicas*. Dispoñible en formato electrónico no enderezo web <<http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/201003-21035478021456.html>>].

¹² AS 2011, 971.

3) A separación xudicial decretouse por Sentenza de 27 de xaneiro de 1992, en que se aprobou na súa integridade o convenio regulador suscrito polas partes, xunto coa ampliación que deste se fixo posteriormente.

4) A teor do establecido no citado convenio, o esposo asumía integramente a manutención dos dous fillos en común, mais «os cónxuxes descúlpanse reciprocamente da pensión compensatoria prevista no artigo 97 do Código civil»¹³.

5) Tras o falecemento do que fora o seu marido, que tivo lugar o 9 de agosto de 2008, a actora solicitou unha pensión de viuvez o 24 de outubro dese mesmo ano.

Poucos días despois, o INSS denegou a prestación de viuvez aducindo o seguinte motivo: «por non ter dereito [a solicitante] no momento do falecemento, á pensión compensatoria a que se refire o artigo 97 do Código civil, de acordo co artigo 174.2 parágrafo primeiro da Lei xeral da Seguridade Social»¹⁴. Así as cousas, promoveuse unha demanda sobre a Seguridade Social ante o Xulgado do Social n.º 25 de Barcelona, que o 9 de setembro de 2009 ditou unha sentenza estimatoria en que se declaraba «o dereito da parte actora a percibir a prestación de viuvez na porcentaxe correspondente do 52% da base reguladora mensual de 2557,18 euros con data de efectos de 10.08.08, incrementada coas melloras e revalorizacións procedentes»¹⁵. E contra a devandita resolución, a citada entidade xestora interpuxo un recurso de suplicación ante a Sala do Social do TSX de Cataluña en que alegaba, en resumidas contas, que o que esixe o artigo 174.2 da LXSS para acceder á pensión de viuvez é que, no momento do falecemento do suxeito causante, o cónxuxe supérstite estea a percibir unha pensión compensatoria pola separación ou o divorcio e que, como consecuencia do óbito en cuestión, se produza a extinción da compensatoria.

Resulta preciso insistir nun dato esencial: na data en que se pronunciou a sentenza de instancia (o 9 de setembro de 2009) aínda non entrara en vigor –de feito, nin sequera se promulgara– a Lei 26/2009. Así mesmo, cabe presumir, pese a que a información que proporciona o texto da sentenza de suplicación non conteña este concreto dato, que a mencionada norma tampouco estaba promulgada no momento de se interpor o recurso aquí axuizado. Non debe estrañar, por iso, que o devandito recurso se articulase sobre un único motivo: a infracción do artigo 174.2 da LXSS, en relación cos artigos 3.1 e 97 do CCiv., coa alegación do INSS, en síntese, de que o que esixe o

¹³ AF segundo.

¹⁴ AF terceiro.

¹⁵ AF primeiro.

primeiro dos preceptos citados para poder acceder á pensión de viuvez é que «o/a viúvo/a na data do falecemento de quen fora o seu cónxuxe, estea a percibir pensión compensatoria pola separación ou o divorcio, e que como consecuencia de tal falecemento, esta se extinga»¹⁶. Dado que nunca existiu a compensatoria, é claro para o recorrente que a actora «non ten dereito a percibir a pensión de viuvez que se lle concedeu [pola xulgadora de instancia]»¹⁷.

3. A decisión xudicial

Sendo todo isto así, a solución a que chega a Sala do Social do TSX de Cataluña non podía ser outra que a de estimar o recurso interposto polo INSS, cuxos argumentos foron acollidos na súa integridade. Faino, en primeiro lugar, posicionándose abertamente a favor da doutrina xudicial que viña esixindo a existencia dunha pensión compensatoria previa para poder acceder á de viuvez. Sérvese para iso do propio artigo 3.1 do CCiv., precepto en virtude do cal «as normas serán interpretadas segundo o sentido propio das súas palabras, en relación co contexto, os antecedentes históricos e legislativos, e a realidade social do tempo en que han de ser aplicadas, atendendo fundamentalmente ao espírito e finalidade daquelas».

Pois ben, atendendo ao teor literal das súas palabras, que é o canon do que debe partirse no labor hermenéutico¹⁸, a letra do artigo 174.2 da LXSS –na redacción dada pola Lei 40/2007– «non deixa lugar a dúbidas»¹⁹ para a Sala, xa que tal precepto vén dicir que «para que as persoas que nun momento contraeron matrimonio, e que despois se separaron ou divorciaron, sexan acreedoras da pensión de viuvez é necesario... que perciban unha pensión compensatoria e que tal pensión se extinga na data da morte do causante»²⁰. De todo o que se deriva que «a percepción de pensión compensatoria é un requisito constitutivo do dereito á pensión de viuvez»²¹.

¹⁶ FD único, parágrafo segundo.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Neste sentido, véxase PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (1994) *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*. Pamplona, Aranzadi, p. 66.

¹⁹ FD único, parágrafo cuarto.

²⁰ FD único, parágrafo terceiro *in fine*.

²¹ FD único, parágrafo cuarto.

Aínda cando a literalidade da norma non lle suscita máis dúbidas, a Sala sérvese dun criterio de interpretación sistemático para avalar a súa conclusión. Faino citando o propio preámbulo da Lei 40/2007, onde xa se avanzaba que «o acceso á pensión de viuvez das persoas separadas xudicialmente ou divorciadas queda condicionado á extinción polo falecemento do causante da pensión compensatoria a que se refire o artigo 97 do Código civil»²². Así, segundo a Sala catalá, «se non hai extinción da pensión compensatoria non hai dereito á de viuvez e... se non existe a primeira non se ten dereito á segunda, posto que se a compensatoria non existe non se pode producir a súa extinción; dito doutro xeito, a extinción da compensatoria é condición da de viuvez, condición que non pode producirse se a compensatoria non existe cando ocorre o falecemento do causante»²³.

Con todo, quizais o criterio máis contundente que utiliza a Sala para apuntalar a súa decisión sexa o sistemático en conexión co teleolóxico, pois, como con todo rigor se fai notar, «se o lexislador quixese darlle outra interpretación ao precepto controvertido, non modificaría de forma transitoria os requisitos de acceso á pensión, como en realidade fixo a partir da Lei de orzamentos xerais do Estado (Lei 26/2009, de 23 de decembro)... introducindo no TRLXSS unha nova disposición transitoria... décimo oitava»²⁴. Segundo a devandita disposición transitoria, só para os supostos de separación xudicial ou divorcio que tivesen lugar con anterioridade ao 1 de xaneiro de 2008, «o recoñecemento do dereito á pensión de viuvez non quedará condicionado a que a persoa divorciada ou separada xudicialmente sexa acreedora da pensión compensatoria», *ex* artigo 174.2 da LXSS. Claro que para isto ser así, recórdese, é preciso que se dea a concurrencia dunha serie de requisitos acumulativos relacionados coa data en que se produciu a morte do causante, a duración do vínculo matrimonial e o propio beneficiario da pensión de viuvez.

Pois ben, postos a compulsar a confluencia dos requisitos establecidos pola disposición transitoria décimo oitava da LXSS, resulta que no suposto de autos concorrían todos menos un. En efecto:

1) Cúmprese coa condición relativa a que a separación xudicial tivese lugar antes do 1 de xaneiro de 2008 e o falecemento se producise antes do 1 de xaneiro de 2010.

²² Cfr. o seu parágrafo oitavo.

²³ FD único, parágrafo cuarto *in fine*.

²⁴ FD único, parágrafo sexto.

2) Cúmrese, así mesmo, o requisito referente á duración do vínculo matrimonial, pois este prolongárase durante algo máis de dezoito anos, cando a disposición transitoria décimo oitava da LXSS unicamente esixe que o matrimonio «tivese unha duración mínima de dez anos».

3) Tamén cumpre a actora coas dúas esixencias que de forma alternativa se lle impoñen ao habente-causa, pois á súa idade daquela (62 anos) debe engadirse a circunstancia de que tivera dous fillos con quen fora o seu marido, cando a norma esixe á persoa beneficiaria ben que «teña unha idade superior aos 50 anos na data de falecemento do causante da pensión», ben «a existencia de fillos en común».

4) Imposible para a actora, con todo, cumprir co único requisito restante, pois entre a data de separación (1992) e a data do feito causante (2008) transcorreran máis de dez anos, en concreto dezaseis. E é precisamente esta última a «circunstancia... que non lle permite á actora continuar lucrándose da pensión que lle concedeu o Xulgado»²⁵.

Ben é certo, xa se dixo, que no momento da interposición da demanda —e seguramente no da interposición do recurso— a Lei 26/2009 aínda non vira a luz, polo que era virtualmente imposible que o INSS puidese fundamentar o seu recurso na infracción da nova disposición transitoria décimo oitava da LXSS. Por esa mesma razón, tampouco a xuíza de instancia podería aplicar a devandita norma. De todos os xeitos, e en aplicación do principio *iura novit curia*, a Sala trae a colación a súa propia doutrina acerca da aplicabilidade da legalidade vixente no momento de resolver un recurso, a prol da seguridade xurídica e da tutela xudicial efectiva.

Trátase da doutrina contida na STSX de Cataluña de 26 de abril de 2010²⁶, onde xa daquela deixara sentado, por unha banda, que a aplicación da citada disposición transitoria décimo oitava da LXSS non conculca o principio de irretroactividade das normas restritivas de dereitos individuais, sobre todo tendo en conta que tal «norma... non restrinxen dereitos, senón que transitoriamente amplía o espectro de beneficiarios²⁷». E, pola outra, que o recoñecemento á actora da pensión de viuvez, na hipótese de que cumprise todas e cada unha das referidas esixencias, tampouco vulneraría o principio de seguridade xurídica, posto que «a norma non xera confusión ou dúbida ningunha acerca dos seus requisitos, nin tampouco xera incerteza ningunha sobre os

²⁵ FD único, parágrafo décimo *in fine*.

²⁶ XUR 291835.

²⁷ FD único, parágrafo décimo terceiro.

seus efectos»²⁸. Así as cousas, en fin, «a disposición transitoria 18.^a é de aplicación ao suposto axuízado e, como a actora non cumpre cos presupostos acumulativos que esta lle impón, o recurso da entidade xestora debe ser estimado»²⁹.

4. Consideracións finais

Sobre a base de canto antecede, é claro que nos atopamos ante unha resolución axustada a dereito, que evidencia como desde a Lei 40/2007 se produciu unha importante restrición no acceso á pensión de viuvez por parte dun colectivo especialmente numeroso, posto que tamén o é o número das chamadas «crises matrimoniais». Ora ben, aínda sendo certo que xa só a previsión contida na nova disposición transitoria décimo oitava da LXSS –que establece os supostos en que, de forma excepcional, «o recoñecemento do dereito á pensión de viuvez non quedará condicionado a que a persoa divorciada ou separada xudicialmente sexa acreedora da pensión compensatoria»– constitúe razón bastante para alcanzar a conclusión a que agora chega a Sala do Social do TSX de Cataluña, chama a atención que esta non mencione nin sequera a existencia doutros indicios que deberían deixar resolta a cuestión relativa á esixencia ou non de pensión compensatoria para causar dereito á de viuvez e, porén, manteña vivo o debate acerca da interpretación que debe facerse do parágrafo primeiro do artigo 174.2 da LXSS na redacción dada pola Lei 40/2007. Ao fin e ao cabo, lémbrese, a tantas veces citada disposición transitoria décimo oitava non é máis que unha excepción a un requisito que, con carácter xeral, esixe hoxe o artigo 174.2 da LXSS para acceder á pensión de viuvez, cuxo teor literal –e isto é importante– tamén foi corrixido pola propia Lei 26/2009, precisamente para saír ao paso dos pronunciamentos xudiciais renitentes a que antes nos referimos.

Se aínda con todo quedase algunha dúbida acerca de cal é a finalidade última da norma e, en substancia, da propia reforma –devolverlle á pensión de viuvez o seu primixenio carácter de renda substitutiva³⁰–, esta quedaría desmontada á luz do novo inciso que, inmediatamente a continuación, introduciu a Lei 26/2009 no primeiro

²⁸ FD único, parágrafo décimo cuarto.

²⁹ FD único, parágrafo décimo sexto.

³⁰ Ao respecto, véxase a STSX de Andalucía/Granada de 8 de xullo de 2010 (AS 2011, 248), en que se considera que é «este o espírito que informa a reforma e a finalidade que con ela se persigue» (cfr. o seu FD segundo, parágrafo terceiro).

parágrafo do artigo 174.2 da LXSS. Estamos a referirnos á previsión segundo a cal «no suposto de que a contía da pensión de viuvez fose superior á pensión compensatoria, aquela diminuírase até alcanzar a contía desta última». Ben é certo que co establecemento dun precepto deste tipo, máis que tratar de lle pór freo aos pronunciamentos xudiciais anómalos, o que con certeza busca o lexislador é impedir a viabilidade de certo tipo de prácticas fraudulentas que teñan como único propósito asegurarse unha pensión futura da Seguridade Social³¹. Repárese en que, desde o seu establecemento pola Lei 40/2007 e até a entrada en vigor da Lei 26/2009, a esixencia da compensatoria como requisito constitutivo da prestación económica de viuvez resultaba doada de esquivar: abundaba con acordar unha cantidade mínima en concepto de pensión compensatoria, por moi pequena que esta fose, no momento da separación xudicial ou o divorcio, para asegurarse así un dereito futuro á de viuvez.

Pode dicirse máis. Sexa cal for a intención dos cónxuxes no momento de pactaren a compensatoria, advírtase que en calquera caso o/a beneficiario/a terá sempre, como máximo, dereito a unha prestación económica de viuvez equivalente á cantidade que no momento do seu divorcio ou separación legal acordasen os cónxuxes –ou o xuíz, por sentenza– en concepto de compensatoria. Aínda que xuridicamente discutible, non pode negarse que se trata dunha previsión congruente co espírito que vén presidindo a reforma do réxime legal da pensión de viuvez. Claro que tampouco é descartable que esa aparente coherencia poida volverse contra si mesma, sobre todo tendo en conta que en non poucos casos –e especialmente naqueles en que o vínculo matrimonial ou a convivencia entre os cónxuxes se prolongou durante moitos anos– vai producirse un importante recorte na contía da pensión de viuvez do beneficiario, o que xerará unhas veces, e perpetuará outras, unha situación de infraprotección en supostos de verdadeira necesidade³².

³¹ Desde logo, «o lexislador tomou nota das fisuras da anterior redacción posta en evidencia por foros e sentenzas, e agora volve á carga refinando o modelo para triturar o dereito convenientemente». BOSCH GUERRERO, C. (2010) [en liña] *op. cit.*

³² A fin de contas, «negar a conexión entre a situación de necesidade e a pensión de viuvez supón, dalgún modo, alterar o sentido con que xurdiu a devandita protección», utilizando as palabras de LÓPEZ CUMBRE, L. (2008) «Los nuevos pensionistas de viudedad» *Tribuna Social* 209, p. 51. Na mesma liña, véxase tamén RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2009) «La pensión de viudedad: nuevas perspectivas» *Actualidad Jurídica Aranzadi* 771 (BIB 2009\214).