

**La cónyuge superviviente tiene derecho a acrecer su pensión de viudedad si fallece la cónyuge histórica-divorciada, con quien compartía ésta.**

**Inmaculada Ballester Pastor**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I de Castellón.*

**Resumen:** *Cuando se comparte la pensión de viudedad entre una cónyuge superviviente y otra cónyuge histórica -lo que ocurre aquí porque el causante se había divorciado previamente y concurren los derechos de dos beneficiarias a la misma- la merma en la pensión que así se obtiene debiera mantenerse mientras la prestación se lucra. No obstante, el Tribunal Supremo resuelve que la pensión de viudedad que obtiene la última esposa sí acrece cuando fallece quien fuera la histórica.*

**Palabras clave:** *Pensión de viudedad. Divorcio. Cónyuge. Acrecimiento.*

**Abstract:** *When the widowhood pension is shared between the surviving spouse and the historical spouse - which happens here because the deceased had previously divorced and the rights of two beneficiaries to it concur - the reduction in the pension thus obtained should be maintained while the benefit profit. However, the Supreme Court decides that the widow's pension obtained by the surviving spouse does increase when the former spouse dies.*

**Keywords:** *Widow's pension. Divorce. Spouse. Accrual.*

---

## **I. Introducción**

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación de doctrina y concede el derecho a recuperar y acrecer la pensión de viudedad a quien había estado compartiendo ésta con otra beneficiaria cuando la última fallece. El Tribunal opta por incrementar la cuantía de la pensión de viudedad que fue reconocida a la cónyuge superviviente cuando dejan de concurrir las dos beneficiarias, es decir, cuando desaparece el motivo que obligaba a reducir la cuantía de la pensión inicialmente reconocida.

La pensión de viudedad es única, y su cuantía no varía aunque concurren varias beneficiarias con derecho a generarla, lo que aquí sucede, motivo por el que la pensión debe dividirse y abonarse en atención al tiempo de convivencia con el causante. Pero la norma no contempla qué ocurre si acaecen incidencias que afectan posteriormente a la cuantía de esta pensión, como el fallecimiento de una de ellas, años después.

El Tribunal otorga una respuesta llamativa en este peculiar conflicto. No se concede una pensión diferente ni se altera su cuantía sino que, atendiendo a la finalidad de la norma, y de acuerdo con el carácter contributivo de la pensión, una vez

desaparecido el motivo que no permitía percibir la pensión íntegra se accede a su pago completo.

## **II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 613/2021, de 9 de junio.

**Tipo y número recurso:** RCUUD núm. 3901/2018.

**ECLI:**ES:TS:2021:2313

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Exmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

**Votos Particulares:** carece.

## **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes**

D<sup>a</sup> Lourdes es beneficiaria de una pensión de viudedad desde agosto de 1996 por ser cónyuge superviviente de D. Fausto, quien falleció el 15 de julio de 1996. Dado que D. Fausto había estado casado y se había divorciado, años atrás, esta pensión -asignada en un primer momento a D<sup>a</sup> Lourdes- se recalculó en diciembre y parte de la misma le correspondió también a D<sup>a</sup> Piedad, cónyuge histórica de quien Fausto se había divorciado. Como consecuencia de tal reparto Lourdes percibe, desde diciembre de 1996, un 30,27% de dicha pensión y D<sup>a</sup> Piedad tiene derecho al porcentaje restante: un 69,74%.

A D<sup>a</sup> Lourdes y a D<sup>a</sup> Piedad se les abona una pensión de viudedad a la que ambas tienen derecho y que se reparte entre las dos. Para determinar el porcentaje de pensión que le corresponde a cada cónyuge -la histórica y la superviviente- el INSS fija como período de cómputo el tiempo transcurrido entre el primer matrimonio de Fausto, el día 20 de abril de 1963, y la fecha del fallecimiento de éste, el 15 de julio de 1996. En este caso el período equivale a 12.141 días. Dado que el tiempo transcurrido entre el 20 de abril de 1963 y la separación entre Fausto y Piedad -el 23 de junio de 1986- es de 8.466 días se le concede a la cónyuge divorciada un porcentaje del 69,73% de la pensión y el resto, es decir, el 30,27%, es el porcentaje de pensión que recibe D<sup>a</sup> Lourdes.

El conflicto que aquí se debate surge años después, tras el fallecimiento de D<sup>a</sup> Piedad, el día 8 de abril de 2017. Entonces, D<sup>a</sup> Lourdes solicita el abono del 100% de la pensión de viudedad. El INSS deniega tal solicitud por Resolución de 24 de mayo de 2017 y, una vez interpuesta reclamación administrativa previa contra dicha Resolución, ésta es igualmente desestimada.

El INSS deniega la solicitud porque, lo primero, entiende que la regulación aplicable al supuesto de hecho no es la derivada de la Ley 40/2007 (sistema distributivo) sino la que procede de la legislación anterior (sistema atributivo) y, lo segundo, argumenta que el acrecimiento -de la pensión de viudedad- solamente está previsto para otros supuestos, como es el caso de la pensión de orfandad.

### **1. La Sentencia del juzgado de lo social nº 3 de San Sebastián**

Tras interponer D<sup>a</sup> Lourdes demanda contra la Resolución denegatoria del INSS, la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de San Sebastián, de fecha de 19 de marzo de 2018, estima la demanda y reconoce el derecho a percibir el 100% de la pensión de viudedad. Se condena al INSS a pagar a la demandante el 52% de la base reguladora de 1.611,80 euros, catorce veces al año, con efectos desde el día 1 de mayo de 2017, más las revalorizaciones legales correspondientes.

La Sentencia de instancia argumenta que las previsiones de la Ley 30/1981 fueron incorporadas a la LGSS/1994 mediante la Ley 66/1997 y aunque durante un tiempo la jurisprudencia aplicaba un criterio de pura proporcionalidad -cada uno en atención al tiempo de convivencia con el causante- a partir de la STS de 21 de marzo de 1995 se aclara que al cónyuge viudo le corresponde la pensión íntegra y ésta sólo disminuye en la medida en que otra persona posea derecho proporcional a su cobro. Asimismo, desde la Ley 40/2007 se modifica este régimen y, por ello, la viuda supérstite tiene derecho a percibir la pensión íntegramente. Finalmente, se argumenta que este resultado no está prohibido por el ordenamiento e impide el enriquecimiento injusto del INSS, ya que la Entidad Gestora dejaría de abonar la pensión que obtenía la primera cónyuge.

## *2. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia origen del Recurso de Casación.*

Interpuesto recurso de suplicación por el INSS contra la anterior Resolución, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de junio de 2018 lo estima, da la razón al INSS y revoca la Sentencia de instancia, anulando el reconocimiento del 100% de la pensión.

Señala este pronunciamiento que no existe previsión normativa específica y sistemática que esté a favor del acrecimiento de la pensión y que éste no tiene cabida en la regulación de la pensión de viudedad vigente en el momento del hecho causante (1996), anterior a la reforma operada por la Ley 40/2007, a diferencia del acrecimiento de la pensión de orfandad tras el fallecimiento del beneficiario de la pensión de viudedad causada por el mismo sujeto (orfandad absoluta), que sí está regulado. Se descarta también que resulte aplicable el criterio sentado por la STS 1015/2017, de 19 de diciembre (rcud. 1480/2016) dado que allí se aborda un supuesto de hecho distinto al que aquí se resuelve.

## **IV. Posición de las partes**

La representación de D<sup>a</sup> Lourdes desarrolla un único motivo en la interposición del recurso de casación e invoca la infracción del art. 174 LGSS, precepto que es el que estaba vigente en el momento del fallecimiento del sujeto causante. Reproduce la evolución jurisprudencial que aparece en la STS 1015/2017, de 19 de diciembre y reclama la aplicación de su doctrina, dado que lo que se interesa es alcanzar una solución que no está prohibida, a lo que se añade que la recurrente está percibiendo una pensión inferior al 40% de la base reguladora.

El INSS alega que no concurre la contradicción entre las sentencias esgrimidas ya que la regulación aplicable a los dos casos es diferente (las reformas de 2007 y 2009 no se aplican a este caso, y sí al que se aporta como caso referencial) y, además, la norma aplicable (la que corresponde atendiendo a la fecha del hecho causante) establece un criterio de distribución de la pensión de acuerdo con el tiempo de convivencia, sin prever la ulterior modificación de los porcentajes resultantes.

La representante del Ministerio Fiscal, por su parte, en su informe sí que entiende que concurre la contradicción entre las Sentencias que se aportan como contradictorias, aplica además las reflexiones de la STS 1015/2017, de 19 de diciembre (rcud.1480/2016) y se inclina por la estimación del recurso.

## **V. Normativa aplicable al caso**

La parte recurrente invoca la infracción del art. 174 LGSS vigente al momento del fallecimiento del causante. Tal precepto señalaba, en su redacción desde el año 1994 hasta el 31 de diciembre de 1997, lo siguiente:

### *Artículo 174. Pensión de viudedad*

*1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguno de los casos de extinción que reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se*

*encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado el período de cotización que reglamentariamente se determine. Si la causa de su muerte fuese un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización.*

*2. En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.*

*3. Los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil.*

## **VI. Doctrina básica**

### *1. La evolución normativa y jurisprudencial*

Antes de dar solución al conflicto, el FJ 2º de la Sentencia efectúa un análisis de la evolución normativa y jurisprudencial dado que, como se explica al inicio, el debate acerca de la obtención de la pensión de viudedad deriva de un fallecimiento ocurrido en el año 1996, lo que implica que la norma a tener en cuenta es la de esa misma fecha, motivo por el que no entran en juego las modificaciones operadas posteriormente a través de las Leyes 40/2007 y 26/2009, ni tampoco ha de atenderse a la redacción del art. 220 de la LGSS de 2015, donde se regula la pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

#### **1.1 La doctrina judicial atributiva vigente al tiempo del hecho causante**

La redacción del art. 174 LGSS incorporaba ya en su párrafo 2º una referencia a la nueva regulación del matrimonio operada a través de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reproduciendo literalmente lo allí dispuesto. Tal precepto, no obstante, generaba múltiples dudas en los casos de divorcio, con o sin concurrencia de personas con derecho a la pensión derivada del mismo causante, dudas a las que debió dar respuesta la doctrina judicial de entonces.

De acuerdo con tal doctrina, la persona divorciada, si no concurre con otro beneficiario, no tiene derecho a la pensión de viudedad completa sino que se le atribuye la parte proporcional al tiempo de convivencia matrimonial con el causante; aquí el tiempo de convivencia es lo relevante a efectos de determinar el porcentaje devengado de la pensión. Asimismo, señalaban por aquel entonces los Tribunales que, en los casos de divorcios o separaciones, cuando sí aparece esa concurrencia de beneficiarios respecto de una misma pensión de viudedad, quien es el cónyuge al momento del fallecimiento merece la protección amplia, lo que significa que el cónyuge superviviente genera un derecho pleno y, después, desde ese derecho pleno se detrae la cuantía de la pensión del excónyuge; además, la pensión del cónyuge histórico - beneficiario divorciado- se otorga en proporción al período que alcanzó su convivencia conyugal, actuando como módulo temporal de referencia el que va desde el matrimonio inicial (disuelto por el divorcio) hasta el momento del fallecimiento del causante. Esta doctrina es la que comúnmente se ha identificado como la doctrina atributiva.

#### **1.2 El art. 174.2º tras las Leyes 40/2007 y 26/2009**

La Ley 40/2007 mantiene la regla de proporcionalidad en atención al tiempo de convivencia pero únicamente en supuestos de concurrencia de beneficiarios, minora el derecho a la pensión para el excónyuge ya que solamente surge su derecho si viene percibiendo pensión compensatoria y además, mejora y cuida el derecho del cónyuge superviviente frente al cónyuge histórico dado que a éste se le otorga, en caso de concurrencia, como mínimo, el 40% de la pensión de viudedad.

No obstante, el legislador sigue sin precisar en la norma dos cuestiones relevantes: la primera de ellas, cuál es el período de referencia dentro del cual debe hallarse la

proporción que hay que calcular cuando aparece la concurrencia de beneficiarios y la segunda cuestión, si los tiempos en los que no ha habido convivencia comportan una minoración de la pensión.

La reforma introducida posteriormente a través de la Ley 26/2009 -que redacta el art.174.2º LGSS, precepto que ha pasado a ser el actual art. 220 LGSS- alude a la especial protección para las víctimas de violencia de género y limita el importe de la pensión del viudo histórico, dado que su importe queda topado por el importe de la pensión compensatoria que recibiera del causante. Pero este otro cambio tampoco despeja las dudas en torno al modo de proceder en casos de concurrencia de beneficiarios respecto al período de referencia que hay que tener en cuenta y respecto a qué hacer con los tiempos sin convivencia matrimonial o análoga.

### 1.3 La doctrina judicial derivada de la evolución normativa

A consecuencia de tales cambios normativos la doctrina judicial viene aplicando el principio de proporcionalidad solamente cuando aparece una concurrencia de beneficiarios. Por tanto, si solamente hay un cónyuge viudo la cuantía de la pensión de viudedad no queda afectada por el tiempo de convivencia con el causante, sino que se percibe íntegramente. No obstante, cuando aparece un cónyuge superviviente y un cónyuge histórico, y concurren ambos, aparte de garantizarse el 40% de la pensión al cónyuge superviviente, los Tribunales mantienen que los períodos en los que el causante no mantuvo convivencia con ninguno de los cónyuges se reparten entre ellos, con arreglo al tiempo convivido, a diferencia de lo que ocurría previamente, cuando los períodos de no convivencia se atribuían al cónyuge superviviente.

En consecuencia, ninguna previsión normativa que haya visto la luz a lo largo de estos años resuelve la cuestión aquí suscitada, referida al acrecimiento de la pensión de viudedad cuando fallece el cónyuge histórico que cobraba parte de tal pensión.

## 2. *El análisis de la contradicción*

El requisito de la contradicción comporta la necesidad de que aparezca la identidad exigida por el art. 219º LRJS, lo que podría ponerse en peligro con la entrada en juego de bloques normativos diferentes. En la sentencia referencial (STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2016 (rec. 664/2015) se estima el recurso de suplicación de la demandante, cónyuge del sujeto causante en el momento del fallecimiento producido en el año 2012 y se reconoce el derecho al acrecimiento de la pensión de viudedad tras el fallecimiento en el año 2014 de la otra beneficiaria concurrente, la excónyuge por divorcio del sujeto causante con quien se compartía la pensión de viudedad. La doctrina que aparece en este pronunciamiento entiende que, dado que la pensión de viudedad es única y tiene naturaleza contributiva, la cónyuge del sujeto causante en el momento del fallecimiento tiene derecho a la pensión íntegra tras el fallecimiento de la otra beneficiaria.

El Tribunal sostiene que sí concurre la contradicción dado que existe coincidencia sustancial en las pretensiones y en los hechos que aparecen en ambos pronunciamientos –el acrecimiento de la pensión de viudedad de la cónyuge superviviente tras el fallecimiento de la otra beneficiaria que es excónyuge por divorcio del causante- y se aportan soluciones contradictorias, en un caso favorable al derecho y en el otro caso desfavorable. Y no impide la existencia de contradicción el que en la sentencia recurrida la pensión de viudedad se causara en el año 1996 y resultara de aplicación el art. 174.2º LGSS mientras que en la sentencia de contraste la pensión de viudedad surgiera en el año 2012, y estuviera vigente la versión ulterior del art. 174.2º LGSS.

La razón de ello estriba en que, como se ha analizado previamente, en ninguna de las versiones del precepto aparece una previsión específica sobre el acrecimiento o no de la pensión de viudedad en caso de finalización del régimen de concurrencia de beneficiarios, por ejemplo, por fallecimiento del excónyuge por divorcio del sujeto causante. No existe, pues, en la norma, previsión específica sobre el acrecimiento o

no de la pensión de viudedad del único cónyuge supérstite en caso de conclusión por cualquier causa del régimen previo de concurrencia de beneficiarios.

**3. Sobre el auxilio al Tribunal de la doctrina contenida en la sts 1015/2017, de 19 de diciembre**

Señala el Tribunal, como premisa previa, que es necesario partir del alcance del art. 174.2º LGSS: la persona viuda es titular de una pensión íntegra y sólo en la medida en que concorra otra persona beneficiaria es minorada la cuantía de ésta y resulta clave, también, recurrir a la doctrina de la STS 1015/2017, de 19 de diciembre ya que esta doctrina da cobertura a la defensa de tesis opuestas.

El problema que en este otro pronunciamiento se resuelve es una pensión de viudedad con beneficiarias concurrentes estando topada la pensión de la excónyuge: se concluye en ella que si la cuantía correspondiente al antiguo cónyuge supera el importe de la pensión compensatoria, el exceso revierte en favor de quien sea cónyuge o asimilado en el momento del fallecimiento. Esta conclusión se obtiene atendiendo a la conjunción de criterios sistemáticos, teleológicos y lógicos. Aunque el problema aquí debatido es diverso al actual, estas pautas interpretativas, reconoce el Tribunal, *nos auxilian a la hora de resolver la cuestión ahora debatida*.

**VII. Parte dispositiva**

El Tribunal estima el recurso y entiende que, en supuesto de concurrencia de personas beneficiarias, al importe de la pensión de viudedad que le corresponde al cónyuge supérstite (en proporción al tiempo de convivencia con el causante) se le debe añadir la porción de la pensión que (en razón a ese mismo parámetro) ha venido percibiendo el excónyuge a partir del momento en que se extingue este derecho. Pero también advierte el Tribunal que la solución expuesta no puede trasladarse ni al supuesto inverso (fallecimiento de la persona viuda y supervivencia del cónyuge histórico) ni a otros en los que hay concurrencia de diverso tipo (por ejemplo, entre excónyuges o en los que son otras personas (huérfanos) a quienes el legislador desea se destine el importe de la pensión extinguida, ni a cualesquiera otros diversos.

**VIII. Pasajes decisivos**

El Tribunal considera que la solución acertada es la que contiene la sentencia de contraste, aunque lo hace basándose en argumentos distintos de los que aparecen en aquel pronunciamiento. Estos son los argumentos que se exponen:

El primero de ellos, que la literalidad del art. 174.2º no resuelve la cuestión aquí planteada, y las reformas del precepto de 2007 y 2009 ignoran esta situación, de manera que acudir en caso de concurrencia de beneficiarias a una estricta proporcionalidad es aplicar una solución que no aparece prevista en la norma: lo que está en juego es si la cuantía íntegra de la pensión de viudedad que percibiría la viuda de no concurrir con otra se reactiva cuando desaparece el derecho de esa otra persona.

El segundo de ellos, la finalidad de la regulación aplicable es la de atribuir la pensión de viudedad en proporción al tiempo de convivencia que cada una de las personas beneficiarias de la pensión de viudedad acredite, pero la regulación presupone que el importe de la pensión se lucra íntegramente por la persona viuda si es la única beneficiaria.

Por eso, la doctrina judicial había entendido que el derecho del cónyuge superviviente a la pensión de viudedad es un derecho pleno, y de ese derecho se descuenta el importe percibido por otras eventuales beneficiarias de la pensión. Por ello, resulta más acorde con la finalidad de la norma -pese a sus imperfecciones- que el derecho pleno solo esté afectado por el descuento durante el tiempo en que existe la concurrencia de beneficiarios. La regulación parte de la idea de que a partir del hecho causante se genera una pensión completa que debe repartirse entre sus beneficiarios, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad convivencial. De este

modo, sin perjuicio de los mínimos y máximos establecidos posteriormente (40%, e importe de la pensión compensatoria) opera una especie de vasos comunicantes porque la bajada o subida de la pensión percibida repercute en el otro. Esta concepción utiliza un principio de coherencia como argumento de interpretación.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 41 CE corresponde al legislador la determinación de cuáles son las situaciones de necesidad protegidas. La situación de necesidad se atiende mejor si se permite que la pensión recupere el importe querido por la Ley para los casos en los que haya concurrencia que haciendo pervivir en el tiempo su magra cuantía pese haber desaparecido la causa que abocaba a su minoración.

Además, en el año 2017 las normas vigentes sobre concurrencia de beneficiarios garantizan que la persona viuda perciba como mínimo un 40% de la pensión y que la parte no percibida por las personas concurrentes acrezca su derecho (STS 105/2017). No surge un nuevo hecho causante en 2017, sino que de ser otra la solución adoptada ésta quiebra con la realidad social al mantenerse la percepción de una pensión muy parcial (30,27% de la misma) en favor de quien podía haber percibido su totalidad, algo que sí hubiera ocurrido si la excónyuge hubiera fallecido antes que el causante. Por tanto, en atención a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas -ex. art. 3.1º CC- y dado que no aparecen en los preceptos solución al problema, debe aceptarse esta solución.

Por tanto, concluye el Tribunal que tras extinguirse el derecho a percibir pensión de viudedad por parte de la primera esposa del causante, recupera toda su amplitud el derecho originario e íntegro de la viuda. La solución propuesta no aparece por realizar un nuevo cálculo de la pensión, ni por revisar los porcentajes de la pensión ni de aplicar normas posteriores al hecho causante que da origen a la pensión sino que la solución tiene su origen en la necesidad de que cese el descuento o reparto entre beneficiarias, un reparto que solamente ha tenido sentido cuando tal concurrencia existe. Tampoco inspira esta misma solución el deseo de evitar el enriquecimiento injusto de la Entidad Gestora, ni se pretende alterar los requisitos para que surja el derecho al percibo de la pensión; lo que sucede es que ha desaparecido el motivo por el que ha desaparecido la causa por la que su importe no era satisfecho íntegramente.

Se dispensa una protección acorde al carácter contributivo que posee la pensión de viudedad, ya que el causante cumplió con los requisitos para que el sistema abonase una pensión de viudedad, con independencia de que ésta fuese o no compartida. No existe, pues un acrecimiento de la pensión, lo que sucede es que ha desaparecido el motivo por el que la pensión no se percibe de manera íntegra por la cónyuge viuda, de forma que lo que ocurre es que se restablece el derecho en su dimensión originaria y la Entidad Gestora va a seguir pagando la misma pensión de viudedad, que tiene carácter único. Este supuesto es diferente del caso de la orfandad -contemplada expresamente por la norma- ya que en la orfandad aumentada por el fallecimiento del viudo el beneficiario pasa a tener un importe de la pensión superior al que le correspondía por la situación protegida, en cambio aquí solamente se otorga la pensión que originariamente correspondería de no existir concurrencia de beneficiarios. Y es significativa por ello la conducta de la misma Entidad Gestora que al fallecer el causante reconoce a D<sup>a</sup> Lourdes el 100% de la pensión y cuando la excónyuge reclama procede a descontar a la viuda la fracción que le corresponde a aquélla.

## **IX. Comentario**

El Tribunal Supremo resuelve el conflicto dando una solución al mismo que la norma no contempla. La duda que plantea la norma es saber si se reactiva, o no, el derecho al cobro íntegro de la pensión de viudedad por parte del supérstite cuando éste se ha perdido por compartir la pensión con un excónyuge desde el momento en el que el otro beneficiario fallece. El Alto Tribunal declara que, en este concreto supuesto, sí debe reactivarse el derecho a la percepción de la pensión íntegra.

La solución parte de reconocer, lo primero, que esta cuestión no está resuelta en la norma que estaba vigente en 1996. Pero en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1995 la pensión se otorga al cónyuge último, y solamente decrece su cuantía -si existe concurrencia de beneficiarios- atendiendo al tiempo de convivencia. Nótese que esta doctrina judicial es la que usa, precisamente, el INSS para otorgar en agosto de 1996 a D<sup>a</sup> Lourdes el 100% de la pensión que ahora se intenta recuperar.

Tal como se narra en el pronunciamiento, la doctrina judicial, primero, y las normas, con la introducción de criterios correctores, después, eligen otorgar la protección a quien fuera el cónyuge último -quien es el que sufre el descalabro económico y precisa de ese apoyo que aporta la pensión- frente a quien fuera también cónyuge años atrás. De hecho, como con gran claridad se expone en el pronunciamiento, las normas han impuesto obstáculos para acceder a la pensión de viudedad al cónyuge histórico: el 40% de la pensión se reserva al supérstite, y el cónyuge divorciado debe estar percibiendo pensión compensatoria, para llegar a compartir esta pensión.

Pero estos obstáculos y esta protección del cónyuge supérstite no existían en 1996, motivo por el que resulta necesario que, en este concreto conflicto, y particularmente en este caso especialmente sangrante -en el que la pensión de viudedad queda reducida a un escaso 30% sobre la base reguladora -y sin poder acceder a complementos por mínimos- el Tribunal Supremo indague y encuentre una respuesta que logre proteger -acudiendo a criterios teleológicos, sistemáticos, y a la evolución de las normas o al el contexto social- a la cónyuge supérstite que aquí se encuentra en una situación de especial perjuicio económico.

## **X. Apunte final**

El supuesto que aquí se resuelve es singular por cuanto supone la corrección de una especial situación de infortunio, una penuria extraña hoy dado que la norma protege mejor la situación de necesidad de la viuda con matrimonio vivo en el momento del fallecimiento del causante, gracias a los cambios normativos y jurisprudenciales operados<sup>[1]</sup>. Y es una solución excepcional porque advierte el pronunciamiento que no puede trasladarse al caso de fallecimiento de la persona viuda y superviviente del cónyuge histórico, de forma que el cónyuge divorciado no acrece su pensión de viudedad si fallece el supérstite. Además, ello tampoco ocurre en caso de concurrencia de beneficiarios que son excónyuges y asimismo no es aplicable a los casos en los que el legislador desea que sean otras personas -huérfanos- a quienes se destine el importe de la pensión extinguida.

De cualquier forma, si el fallecimiento del causante genera una única pensión de viudedad, al tratarse de una prestación contributiva y si el sujeto causante cumple todos los requisitos, una vez desaparecida la necesidad de repartir la pensión, lo razonable sería que, si la situación cambia, fuera la norma la que contemplara la posibilidad de la reversión de la merma operada previamente, dado que el reparto es una mera cuestión accidental que surge después<sup>[2]</sup>. Al no ofrecer la norma una solución clara, como otras tantas veces ocurre, los tribunales pasan a ocupar el papel del legislador.

---

## **Referencias:**

1. ^ *Acerca de los requisitos para el acceso a las pensiones de viudedad de cónyuges históricos, Vid. LOUSADA AROCHENA, J.F., Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las Leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre, Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº 1, 2010.*

2. <sup>^</sup> *El principio contributivo es el que justificaría este derecho al acrecentamiento, tal como pone de relieve BALLESTER LAGUNA, F., en Concurrencia de beneficiarios y acrecimiento de la pensión de viudedad cuando se extingue el derecho de alguno de ellos, Revista española de derecho del trabajo, nº 196, 2017.*