

Pensión de viudedad y el derecho de acrecer en situaciones de concurrencia de beneficiarios.

Susana Molina Gutiérrez

Magistrada de la jurisdicción social

Resumen: *La Sala Cuarta del Tribunal Supremo aborda la cuestión relativa al reconocimiento, o no, del derecho del cónyuge legítimo a incrementar la pensión de viudedad tras el fallecimiento del cónyuge histórico, o asimilado, en los casos de concurrencia de beneficiarios en el percibo de la prestación en supuestos de crisis familiares.*

Palabras clave: *Seguridad Social. Pensión de viudedad. Acrecimiento.*

Abstract: *The Supreme Court considers the recognition, or not, of the right of the legitimate spouse to receive the widow's pension in full after the death of the historical spouse, or assimilated, in cases of concurrence of beneficiaries in the receipt of the benefit in the event of family crisis.*

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

I. Introducción

Con ocasión del análisis de un recurso extraordinario para la unificación de doctrina en materia de Seguridad Social, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo indaga sobre la posibilidad del acrecimiento de la pensión de viudedad que venía percibiendo el cónyuge legítimo respecto de la porción de pensión de viudedad que recibía el cónyuge histórico con quien concurría en su percepción, tras el fallecimiento de éste.

Nuestro Alto Tribunal reitera su doctrina más reciente, sentada en junio de 2021, para insistir en que la pensión de viudedad en los casos de concurrencia de beneficiarios es única y plena; de tal suerte que el fallecimiento del excónyuge ni da lugar a un nuevo hecho causante, ni a un nuevo cálculo de ésta. Únicamente se trata de la recuperación del estado de cosas a la que en un inicio habría tenido derecho el cónyuge legítimo caso de haber concurrido a esta prestación contributiva en solitario.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia número 136, de 9 de febrero de 2022.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCU. Núm. 4823/2019.

ECLI: ES:TS 2022:544

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín.

Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Aborda la Sala Cuarta, a través del recurso unificador de doctrina, una cuestión que la academia ha denominado “acrecimiento de la pensión de viudedad” en los supuestos de concurrencia de beneficiarios y posterior fallecimiento de uno de ellos, más concretamente el óbito del cónyuge histórico.

Veremos en este estudio como nuestro más Alto Tribunal recogerá la doctrina que ya sentara recientemente sobre la materia en junio de 2021^[1], para reiterarla, casando la sentencia del Tribunal territorial para declarar que la pensión de viudedad en los casos de concurrencia de beneficiarios en única, si bien es reconocida con las particularidades y limitaciones que disciplinara el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción dada por la Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la actualidad vigente artículo 220.2 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS)

- Supuesto de hecho.

La actora, la Señora “S”, venía percibiendo pensión de viudedad tras el fallecimiento de su esposo habiéndole sido aplicado la prorrata del 40% del apartado segundo del artículo 220 de la LGSS^[2] al concurrir con la excónyuge del causante, con una prorrata por convivencia del 60%.

Resulta que el día 1 de noviembre de 2015 falleció la exmujer del causante extinguiéndose con ello la pensión que percibía, por lo que actora solicitó a la entidad gestora le fuera reconocido el incremento de su pensión de viudedad con la parte proporcional que aquélla venía recibiendo, lo cual fue denegado por Resolución del INSS de 28 de enero de 2016 argumentando la gestora que superaba el importe de la pensión mínima una vez aplicada la prorrata del divorcio en atención al tiempo de convivencia con el causante, añadiendo que no prevé la LGSS la posibilidad de ser incrementada la pensión del cónyuge legítimo en el caso de fallecimiento del cónyuge histórico, con lo que una vez hecho el reparto de la pensión en caso de concurrencia de beneficiarios, la extinción de una parte de ella no alteraría la pensión reconocida a los demás.

Formalizada por la Señora “S” demanda ante los Juzgados de lo Social de Santiago de Compostela recayó sentencia^[3] que acordó estimar su demanda declarando su derecho a percibir el 100% pensión de viudedad calculada sobre el 52 % de la base reguladora de correspondiente.

Recorre en suplicación el Letrado del INSS y de la TGSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia quien acogió la posición de la entidad gestora^[4] desestimando la demanda en su día presentada por la viuda legítima.

IV. Posición de las partes

La Señora “S” no se aquietó con la resolución de suplicación y decidió recurrir en casación unificadora ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 14 de marzo de 2016, recurso 664/2015, que en un

supuesto similar de concurrencia de beneficiarios en que se produce el fallecimiento del cónyuge histórico afirmó 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 de viudedad tras el fallecimiento de la otra beneficiaria (...) exactamente en los mismo términos en los que la pensión fue objeto de reconocimiento administrativo inicial tras la muerte del sujeto causante y hasta que poco tiempo después fue objeto de minoración al tener también derecho a la pensión de viudedad la otra beneficiaria en régimen de concurrencia”*.

El Ministerio Fiscal interesó en su informe la estimación del recurso con base en la doctrina de la Sala Cuarta sentada en Sentencia de 17 de diciembre de 2017, recurso 1480/2016^[5].

Por su parte el Letrado del INSS impugnó el recurso argumentando, en términos similares a los sostenidos en las instancias previas, que no prevé la LGSS derecho alguno a favor del cónyuge superviviente que permita acrecer su derecho en caso de fallecimiento del excónyuge con quien concurría en el percibo de la pensión de viudedad, correspondiéndole únicamente el derecho al percibo de la parte proporcional al tiempo de convivencia garantizándose, en todo caso, el 40% de la pensión correspondiente.

V. Normativa aplicable al caso

La cuestión que interpreta la Sala es la relativa a la existencia, o no, de un derecho a favor del cónyuge legítimo superviviente a ver incrementado su derecho, y percibir la pensión contributiva de viudedad en su integridad, en el caso del fallecimiento del excónyuge histórico del causante con quien concurrían en la percepción de la referida pensión de viudedad.

Por tanto, interpreta nuestro Alto Tribunal el derogado artículo 174.2 de la LGSS (vigente artículo 220.2) en cuya virtud *“Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, esta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el artículo siguiente”*; en relación con el artículo 8.1 de la Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social que dispone que *“La cuantía de la pensión vitalicia de viudedad será equivalente al 45 por 100 de base reguladora correspondiente al causante”* añadiendo el apartado segundo que *“Si el causante fuera pensionista de vejez o invalidez y, por tanto, la base reguladora fuese el importe de la pensión correspondiente a tales situaciones, el porcentaje se elevará hasta alcanzar el del 60 por 100, sin que la cuantía de la pensión así resultante pueda ser superior a la que correspondería de no ser pensionista el causante”*.

VI. Doctrina básica

La Sala en la resolución comentada se enfrenta a una cuestión que ya fue objeto de análisis y estudio en la Sentencia de la Sala de 9 de junio de 2021^[6] en donde nuestro más Alto Tribunal para ofrecer una solución del caso maneja dos elementos fundamentalmente: los criterios interpretativos tradicionales (gramatical, sistemático, teleológico y auténtico); y un análisis histórico del reconocimiento de la pensión de viudedad en los casos de crisis familiares. A este respecto, distingue una primera etapa materializada por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social que introdujo un párrafo segundo en el artículo 174 de la LGSS^[7]; y un segundo momento histórico que fue operado por Ley 26/2009 de 23 de diciembre,

de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 que limitó el importe de la pensión de viudedad del excónyuge condicionándolo al de la pensión compensatoria fijada en la sentencia de separación o divorcio^[8].

Partiendo de este escenario normativo el Tribunal fija como acertada la doctrina sentada en la sentencia de contraste, pero por argumentos dispares a los manejados por la Sala Territorial de Madrid, y acude, como anticipábamos, a criterios interpretativos de tipo gramatical, sistemático, teleológico y auténtico para desentrañar la finalidad de una norma en relación con una cuestión no disciplinada en ella^[9].

Así, en primer lugar, maneja la Sala unificadora criterios gramaticales; y si bien parte de una evidencia: la ausencia de regulación de la materia en la norma por cuanto el artículo 174 de la LGSS no se refiere al destino de la parte de pensión percibida por uno de los beneficiarios concurrentes en caso de su fallecimiento; se concluye que tal omisión no puede ser equiparada en modo alguno a una *“tácita voluntad de descartar la incidencia de aplicación de ese límite a los efectos del reparto de la pensión”*, pues desconocemos *“los antecedentes, elementos contextuales o de otro tipo que avalen tal opción”*. Y se añade, que existe una evidente diferencia con la regulación de la acumulación de la pensión de viudedad en el huérfano, prevista en el artículo 233.1 de la LGSS^[10], pues en este caso se trataría de abonar una pensión superior a la que realmente correspondería. Por lo tanto, de este primer criterio hermenéutico no puede deducirse ni una equiparación con la reglamentación de la pensión de orfandad (al ser las consecuencias obtenidas en ambos casos del todo dispares), ni mucho menos deducir de la laguna normativa detectada una voluntad del legislador o *mens legislatoris* de descartar la opción interesada por la actora.

Sigue argumentando la Sala que el derecho a la pensión de viudedad en los casos de concurrencia de beneficiarios se configura como un derecho *“único y pleno”* con la particularidad de que su importe es recibido por distintos sujetos que concurren como titulares del derecho; de tal suerte que *“parece más tuitivo con la finalidad de la norma que ese derecho pleno sólo esté afectado por el descuento durante el tiempo en que exista la concurrencia de beneficiarios”* de tal suerte que cuando falleciera el excónyuge del finado el derecho del cónyuge legítimo recuperase toda su virtualidad. Afirma el Tribunal que se produce una suerte de *“vasos comunicantes”* porque la bajada o subida de la pensión percibida por cada uno de los beneficiarios repercute en el otro.

El último canon interpretativo que se maneja es el constitucional, pues si el artículo 41 de la Carta Magna determina que los poderes públicos mantendrán un régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, parece que la norma ha identificado como situación merecedora de protección la de la viuda legítima (sea cónyuge o persona asimilada), en el sentido de configurar su derecho a la pensión como un derecho a la prestación en su cuantía íntegra, salvo que deba ser minorado por razón de concurrencia.

Para terminar, y en relación con el contexto social, se dice que pugnaría con la realidad social que se mantuviera una pensión muy parcial en favor de quien podía haber percibido la prestación en su totalidad caso de no haber concurrido con el excónyuge, pues si ésta hubiera fallecido antes que el causante nunca se habría cuestionado el derecho de la cónyuge legítima a percibir la prestación en toda su extensión.

No se trata, por consiguiente, ni de realizar un nuevo cálculo, ni de revisar porcentajes sino de que cese el descuento o reparto de la pensión primitivamente reconocida, pues ha cesado la causa por la que su importe no era íntegramente abonado a la viuda legítima.

Es más, afirma la Sala que no estamos ante un supuesto de *“acrecimiento”* de pensiones en sentido técnico, por cuanto no se produce un incremento del derecho inicialmente reconocido. La entidad gestora seguirá abonando en todo momento la

misma pensión; sino de un descuento de pensión que tras el fallecimiento de la excónyuge desencadena que la cónyuge legítima recupera la pensión que originariamente le correspondería de no haber concurrido con otros beneficiarios.

VII. Parte dispositiva

Con base en la referida doctrina, concluye la Sala Cuarta, que la sentencia del Tribunal Superior ha de ser casada, pues la doctrina ajustada se contiene en la resolución citada de contraste, de tal suerte que se casa y anula la sentencia del órgano territorial declarando la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social que declaraba a la Señora S. el derecho a lucrar íntegramente la pensión de viudedad.

VIII. Pasajes decisivos

Centra el Tribunal sus razonamientos jurídicos fundamentales en los puntos 3 y 4 de su sentencia, en los que recopila su doctrina precedente sentada en su resolución de 9 de junio de 2021 en la que aborda la existencia, o no, de un derecho de acrecer en el percibo de la pensión de viudedad en los casos de concurrencia de beneficiarios cuando, devengado ya el derecho, se produce el fallecimiento del excónyuge y la supervivencia del cónyuge legítimo.

IX. Comentario

Acrecer de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española significa en su primera acepción “hacer mayor, aumentar. Dicho de un partícipe: Percibir el aumento que le corresponde cuando otro partícipe pierde su cuota o renuncia a ella”.

En el mundo del Derecho esta institución jurídica no nos es ajena, pues a ella se refiere tanto el derecho sucesorio^[11] como en nuestra disciplina el estudio de las prestaciones por muerte y supervivencia^[12]. Así, podemos referirnos al derogado artículo 36.2 RGP o los artículos 17.2^[13] y 23^[14] de la Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social pues establecieron una serie de reglas de acrecimiento de las pensiones de orfandad y a favor de familiares respecto de la viudedad. Se trata, sucintamente, de casos de huérfanos absolutos, respecto de los que se prevé el incremento de la cuantía de su pensión de orfandad con la correspondiente pensión de viudedad. Si alguno de los beneficiarios libera su parte, ésta sería distribuida entre los restantes.

La justificación de este incremento lo sitúa la doctrina^[15] en la compensación de la merma o menoscabo que los beneficiarios experimentan como consecuencia de la pérdida de ingresos con los que el causante hacía frente a la cobertura de las obligaciones familiares.

Cuando con ocasión de la reforma operada por la Ley 30/1981 de 7 de julio se abre la posibilidad de concurrir en la pensión de viudedad varios beneficiarios surgen dudas acerca de la posibilidad de aplicar el criterio del acrecimiento antes referido a esta prestación.

En concreto, se trataría de determinar qué sucedería con la cuantía íntegra de la pensión de viudedad, que percibiría la viuda de no concurrir con otra beneficiaria, cuando desaparece el derecho de esa segunda persona beneficiaria.

Tradicionalmente, la Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 3 de septiembre de 1990^[16] ofrecía una serie de criterios para los casos de concurrir varios beneficiarios de la pensión y extinguirse la titularidad de uno de ellos por contraer nuevas nupcias^[17]; fallecimiento de uno de los titulares existiendo

huérfanos absolutos con derecho a pensión de orfandad y familiares con derecho a pensión a su favor^[18]; extinción de una pensión de orfandad o a favor de familiares ya acrecida; y en lo aquí interesa, ausencia de descendientes, ascendientes o colaterales con derecho a acrecer su pensión, en cuya caso se optaba por incrementar la pensión de los titulares restantes en proporción al tiempo convivido.

La jurisprudencia matizó estos criterios^[19] afirmando que los criterios señalados respecto del derecho de acrecer en caso de concurrencia de varios beneficiarios con la condición de excónyuges (pues por aquel entonces los convivientes de hecho no tenían reconocido el derecho) sólo cabía hacerla efectiva respecto del cónyuge supérstite.

X. Apunte final

Hemos de puntualizar, como también lo hace la Sala, que parecería que la solución ofrecida por nuestro Alto Tribunal sólo sería válida para los casos en que el fallecimiento lo fuera del cónyuge histórico o primer conviviente que concurriera con el cónyuge legítimo, pero no en otros casos en que la muerte fuera del cónyuge legítimo, o en el caso de sólo concurrencia de ex cónyuges; pues en estos supuestos el derecho de los concurrentes estaría, en todo caso, limitado por el tiempo de convivencia con el causante (y con la redacción vigente del artículo 220.1 LGSS) con el límite de la cuantía de la pensión compensatoria, con lo que en ningún caso su derecho pudiera verse acrecentado, caso de desaparecer el de otro beneficiario, hasta el máximo legalmente previsto, al que en ningún caso hubieran tenido derecho.

No obstante, y ante la ausencia de solución normativa^[20], hay parte de la doctrina^[21] que sostiene que lo razonable sería que si uno de los beneficiarios pierde la pensión su parte acreciera el derecho de los restantes con independencia de si se fuera, o no, cónyuge legítimo.

En todo caso parece que, como en otras ocasiones de lagunas legislativas será la doctrina jurisprudencial la que venga a ofrecer una solución a la cuestión, siendo recomendable a futuro que el legislador, a la vista de la detección de la ausencia de normación sobre la materia, opte por ofrecer, en aras de garantizar una mayor seguridad jurídica, una concreta solución al respecto^[22].

Referencias:

1. [^] *En Sentencia de 9 de junio de 2021, recurso 3901/2018.*
2. [^] *En cuya virtud “Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, esta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el artículo siguiente”.*
3. [^] *Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Santiago de Compostela de 4 de marzo de 2019.*
4. [^] *En sentencia de 18 de octubre de 2019, recurso 3122/2019.*
5. [^] *En donde la Sala ante la cuestión de si el cónyuge supérstite debe ver incrementada su pensión de viudedad en la suma que deja de percibir la otra beneficiaria, ex cónyuge, como consecuencia de tener su pensión topada como consecuencia de haberse divorciado y fijado una pensión compensatoria de 258,58 euros, concluye que el importe de la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, y que se reconoce en*

proporción al tiempo de convivencia con el causante, debe incrementarse con la pensión que le correspondería al excónyuge, igualmente calculada en proporción al tiempo de convivencia, pero en lo que exceda del importe de su pensión compensatoria, y ello por considerar que la redacción del art. 174 LGSS supone una tesis distributiva, de forma que los periodos en los que el causante no mantuvo convivencia matrimonial con ninguna de las beneficiarias, se distribuyen entre ellas con arreglo al tiempo convivido con aquél.

6. *^ Recurso 3091/2018.*
7. *^ En cuya virtud “si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente” se trata del principio de distribución de la pensión “prorrata temporis” en consideración al tiempo de convivencia de cada uno de los beneficiarios con el causante, así como el establecimiento de una garantía en la cobertura para el cónyuge legítimo que fijaba un importe mínimo de protección del 40 % de la pensión. Así, señala la Sala se combinan “dos intereses básicos dignos de protección: uno derivado de la duración de la convivencia con el causante y otro de la vigencia del vínculo en el momento del óbito (STC 186/2004)”.*
8. *^ Según establece la STS de 20 de abril de 2015, recurso 1326/2014.*
9. *^ En este sentido BALLESTER PASTOR, I. “La cónyuge supérstite tiene derecho a acrecer su pensión de viudedad si fallece la cónyuge histórica-divorciada, con quien compartía ésta” Revista Jurisprudencia Laboral Núm. 6/2021.*
10. *^ En cuya virtud “Cuando, a tenor de lo establecido en el artículo 231, el condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas no pudiese adquirir la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, o la hubiese perdido, los hijos del mismo que sean titulares de la pensión de orfandad causada por la víctima del delito tendrán derecho al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta.*
11. *^ Artículo 922 CC: “Si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar”.*
12. *^ Así art. 17 y siguiente de la OM de 13 de febrero de 1967; art. 233 LGSS/2015.*
13. *^ Art. 17.2 “El porcentaje que se establece en el número anterior se incrementará con el que se señala en el artículo 8.º, para la pensión de viudedad, cuando a la muerte del causante no quede cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma. En caso de existir varios huérfanos con derecho a pensión, el incremento se distribuirá entre todos ellos por partes iguales”.*
14. *^ Art. 23.2 “Si al fallecimiento del causante no quedase cónyuge sobreviviente, o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma, la pensión correspondiente a los nietos o hermanos se incrementará en la forma prevista en el número 2 del artículo 17. Si en el indicado momento no*

quedase cónyuge sobreviviente, ni hijos, nietos o hermanos con derecho a pensión, el porcentaje para determinar la pensión de los ascendientes se incrementará, en igual forma que en el anterior supuesto, distribuyéndose el incremento por partes iguales entre todos los ascendientes, si hubiera más de uno con derecho a pensión.

15. ^ RODRIGUEZ INIESTA, G. *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social. Ediciones Laborum.2006. Pág. 305.*
16. ^ *Publicada en el BOE de 14 de septiembre de 1990.*
17. ^ *En este caso se indicaba que la fracción de pensión acrecerá a la de los otros beneficiarios en proporción al tiempo de convivencia. Piénsese que en aquel momento no estaba en vigor la prestación indemnizatoria a tanto alzado prevista en el artículo 11.a) de la Orden de 1967.*
18. ^ *Su porción acrecerá a la de orfandad, y en su defecto a la pensión a favor de familiares.*
19. ^ *En Sentencia de 21 de marzo de 1995.*
20. ^ 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.
21. ^ DESDENTADO DAROCA, E. *La pensión de viudedad retos del Derecho de Familia y Reflexiones sobre las últimas reformas. Editorial Bomarzo.2013. Pág.141.*
22. ^ *En el mismo sentido BALLESTER PASTOR, I. “La cónyuge supérstite ...” Op.cit.*