

petencias a las Comunidades Autónomas, de conformidad al art. 150.2 CE.

Ahora bien, si todo ello es así, la tesis estimatoria del recurso que profesa la mayoría queda reducida, en realidad, a cuatro argumentos, que se expresan en el penúltimo párrafo del fundamento jurídico 13 y que, a continuación, paso a examinar.

Se dice, en primer lugar, que los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica no contienen una invocación explícita del art. 150.2 CE, a diferencia de lo que ocurre en su artículo 1. No creo, con el máximo respeto, que de la *extrema flexibilidad* de nuestra jurisprudencia anterior debamos pasar a la exigencia de exigir una invocación por fórmula sacramental del art. 150.2 CE, para todos y cada uno de los artículos de una ley orgánica de transferencias como condición para mantenerle ese carácter.

Se subraya, a continuación, la dificultad de aprehender (sic) cuáles serían las concretas facultades transferidas en los artículos 2 y 3. Sin embargo el artículo 3, regla 1 de la Ley Orgánica 2/1996 precisa que corresponderá a las Comunidades Autónomas «la regulación de los horarios para la apertura y cierre de los locales comerciales» lo que muestra, con alguna claridad, la intención de transferir, como antes dije, competencias de naturaleza normativa. La oscuridad de la redacción de una ley no debe conducir, sin más, a una declaración formal de que es ésta es constitucionalmente irregular.

Se afirma, en tercer lugar, que tampoco resulta claro si la hipotética transferencia se limitaría a la ejecución o abarcaría potestades normativas. Este aserto tampoco es decisivo ya que, transferida a Baleares la competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia de comercio interior (por el artículo 1 de la Ley impugnada), las competencias a transferir en el artículo 2 eran ya las normativas, salvo para las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Comunidad Valenciana, Aragón y, precisamente, la Foral de Navarra.

Finalmente se critica en la sentencia la heterogeneidad competencial existente en la materia, argumento que tampoco es concluyente cuando —admitido que en la redacción laberíntica de los artículos 2 y 3 se intentó dar un diferente régimen a tal diversidad competencial— cabe sin duda una interpretación conforme al artículo 150.2 de la normativa de transferencia a plazo, condicionada y sometida a límites de ejercicio que no sólo no parece inconstitucional sino la única vía adecuada para racionalizar, poner orden y reducir a sistema una submateria de difícil armonización. ¿No es esa la misión adecuada a las leyes orgánicas de transferencias?

Creo, en conclusión, que la extensión del límite de las materias reservadas a la generalidad de las leyes orgánicas, a tipos de leyes orgánicas como los Estatutos de Autonomía y las leyes de transferencia se hace en forma apresurada en la Sentencia de la que se discrepa. Introducir una rigidez innecesaria en los instrumentos flexibles del art. 150 CE pone en riesgo la utilidad de un instrumento previsto en la Constitución sin que la conclusión a la que se llega sea fruto de una reflexión adecuada.

9. No puede olvidarse, en fin, que, al negar carácter orgánico a los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 2/1996, también les niega la mayoría implícitamente su virtualidad de haber operado transferencias en la hipótesis de que, como he intentado demostrar, haya tenido ese efecto respecto de las de desarrollo legislativo en la submateria de horarios comerciales a que me he venido refiriendo.

La Sentencia de la mayoría no precisa (FJ 14) el alcance que pueda tener su fallo respecto del recurso 1255/96 y qué efectos pueda producir privar del carác-

ter de orgánicos los expresados artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 2/1996. En la hipótesis de que, en su calidad fallida de Ley orgánica de transferencia, dicha declaración debiese afectar a la Ley orgánica desde el mismo momento en que ésta se promulgó y que los jueces ordinarios debiesen considerar la supuesta transferencia como sin nunca hubiese existido (*tamquam non esset*) el fallo de la mayoría me suscitaría mayores reparos. Sin embargo, además del tiempo transcurrido desde que se interpuso el recurso (antecedente 2), la evolución competencial de nuestras Comunidades Autónomas posterior a 1996 permite mantener en el terreno de la simple hipótesis la de que siga pendiente alguna controversia en la que se puedan poner en cuestión competencias autonómicas de desarrollo legislativo en materia de horarios comerciales mal transferidos —según la tesis mayoritaria— por la Ley Orgánica 2/1996, como voy a demostrar brevemente.

Conviene observar que, pese a su indudable relieve, por ejemplo a efecto de negar la declaración de pérdida de objeto (FJ 10), la Sentencia mayoritaria no toma en consideración, al efectuar su labor de selección del Derecho aplicable, si puede, y cómo puede, un Real Decreto-ley posterior incidir regularmente sobre una Ley Orgánica anterior. Tampoco procede entrar en este Voto particular en dicha cuestión. Sin embargo, en la medida en que la reforma de algunos Estatutos de Autonomía, producida con posterioridad a la Ley Orgánica 2/1996, pueda haber tenido la condición de *ius superveniens* respecto de la transferencia operada en la Ley Orgánica 2/1996 —hipótesis que la mayoría ni siquiera se plantea— el recurso podría haber perdido objeto y la aparición sobrevenida del Real Decreto-ley 6/2000 que (FJ 10, tercer párrafo) la mayoría cree consecuente inmediato del artículo 3 de la Ley Orgánica, ser considerado desde un ángulo muy distinto al que adopta el fundamento jurídico 9 de la Sentencia de la mayoría y, sin duda, en la línea de lo que se ha razonado en este Voto: Lo transferido en 1966 se habría consolidado estatutariamente, lo que haría ya innecesaria la regulación de ley orgánica para una competencia consolidada.

Este es mi Voto, que emito en Madrid, a veintitrés de junio de dos mil tres, reiterando mi constante consideración y respeto a mis compañeros de la mayoría.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Firmado y rubricado.

14320 Pleno. Sentencia 125/2003, de 19 de junio de 2003. Cuestión de inconstitucionalidad 5105/97. Planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sobre la disposición adicional décima, regla quinta, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas de matrimonio y del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Vulneración del derecho a la igualdad en la ley: pérdida de la pensión de viudedad por convivencia marital. Nulidad del precepto estatal. Votos particulares.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente; don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano,

don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5105/97, promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por supuesta inconstitucionalidad de la disposición adicional décima, regla 5 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas de matrimonio y del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, por oposición al art. 14 de la Constitución. Han comparecido el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Por Auto de 28 de noviembre de 1997 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco elevó a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional décima, regla 5 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas de matrimonio y del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, por oposición al art. 14 de la Constitución.

2. Las circunstancias del caso son las siguientes. Con fecha 5 de mayo de 1995, tuvo entrada en el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Bilbao demanda formulada por doña María Jesús Meaza Iridín contra doña Esther Castro Varela y el INSS en solicitud de modificación de la prorrata sobre la pensión de viudedad que venía percibiendo de su fallecido esposo don José Manuel Méndez Bran, junto con la primera esposa de éste, la precitada doña Esther Castro Varela, por estimar que la demandada venía conviviendo maritalmente con don Angel García Martín. A tal fin alegó como fundamentos legales sustantivos de su pretensión la aplicación de la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas de matrimonio y de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, en relación con el art. 101 del Código civil y 160 de la Ley general de la Seguridad Social, aprobada por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

Previa sustanciación del oportuno procedimiento y de la celebración de la vista oral, el Juzgado de referencia dictó Sentencia con fecha 14 de noviembre de 1995, por la que desestimó en su integridad la demanda así formalizada, apoyando su fallo en el único fundamento jurídico en el que se exponía que la disposición adicional décima, regla 5 de la Ley 30/1981, no era de aplicación al supuesto de autos por cuanto el mismo, por remitirse al art. 101 CC, se refiere exclusivamente a los supuestos de pérdida de la pensión concedida a uno de los cónyuges en los casos de nulidad, separación y divorcio, por convivencia *more uxorio*, pero no de pérdida de la pensión de viudedad, que aparecían regulados, teniendo en cuenta la fecha del fallecimiento del Sr. Méndez Bran (el 6 de abril de 1992), en el art. 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, en relación con el art. 160 de

la Ley general de la Seguridad Social, aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

Contra la referida Sentencia, la representación de doña María Jesús Meaza Iridín formalizó recurso de suplicación sustanciándose en el rollo núm. 3320/96 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En el citado rollo de suplicación, el Tribunal, una vez cumplimentado el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal previsto en el art. 35.2 LOTC, dictó Auto, en fecha 14 de noviembre de 1997, acordando elevar cuestión de inconstitucionalidad, por estimar que le planteaba dudas la conformidad con el principio de igualdad recogido en el art. 14 CE, de la disposición adicional décima, regla 5 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas de matrimonio y del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

3. En la fundamentación del Auto de planteamiento, el órgano judicial proponente realiza las consideraciones que seguidamente se extractan:

La problemática en debate, señala la Sala proponente, consiste en precisar cuáles son los efectos que se deben asignar a una situación en la que el titular de una pensión de viudedad, reconocida al amparo del apartado 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/81, de 7 de julio, convive *more uxorio* con otra persona y, más concretamente, si tal circunstancia puede considerarse causa legalmente válida para acordar la pérdida de efectos de dicha pensión. Entiende, igualmente, que la indicada Ley 30/1981 es la que resulta de aplicación en este caso, ya que, producido el fallecimiento del causante en abril de 1992, no había sido publicado el texto refundido de la vigente Ley general de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, cuyo art. 174.3 transcribe las previsiones de la referida disposición adicional décima.

El planteamiento por parte de este órgano judicial de la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta, a su juicio, obligado, conforme recogen las previsiones del art. 5.2 LOPJ, pues la invocación ante la Sala de la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 se lleva a cabo por quien obtiene un beneficio con su aplicación y ejercita un legítimo derecho a reclamar las consecuencias que de aquélla derivan. Ciertamente, entiende la Sala, que no es indiferente para la Sra. Meaza el pasar a percibir un 5 por 100 de la pensión de viudedad devengado por el Sr. Méndez que un 100 por 100 de esa pensión, siendo necesario para obtener este último resultado la pérdida de efectos de la viudedad que disfruta la Sra. Castro.

Considera la Sala que, por aplicación del juego conjunto de los mandatos contenidos en la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 y en el art. 101 del Código civil, el recurso interpuesto por la Sra. Meaza debería ser estimado.

Los argumentos de que se vale para defender tal interpretación son los siguientes:

a) Un primer argumento de corte legal, a tenor del cual la indicada disposición adicional décima es una norma reguladora del derecho a la pensión de viudedad dentro del sistema de Seguridad Social, aunque se encuentre ubicada dentro de una ley de naturaleza eminentemente civil.

b) El segundo argumento tiene fundamento jurisprudencial. Considera la Sala proponente que los únicos casos en los el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han tenido ocasión de pronunciarse sobre el problema relativo a la extinción de pensión de viudedad por convivencia extramarital de su titular ratifican la postura por ella mantenida.

Así, la STC 126/1994, de 25 de abril, se refería a un supuesto de hecho en el que una persona había obtenido pensión de viudedad derivada de quien era su marido al tiempo de fallecer, sin que ella o el causante hubieran contraído ningún otro matrimonio ni hubieran generado distinta pensión de viudedad al amparo de la normativa contenida en la Ley 30/1981. El Tribunal Constitucional considera que «no existe en la legislación vigente de la Seguridad Social reguladora de las prestaciones por supervivencia una norma expresa que establezca que la convivencia de hecho es causa de extinción de la pensión de viudedad», a lo que añade que «una excepción a esta regla es la disposición adicional décima de la Ley 30/1981», concluyendo que «el que sea constitucional la opción legislativa de exigir la convivencia matrimonial como requisito para la concesión de determinadas prestaciones no justifica que pueda judicialmente declararse, sin que la ley así lo establezca expresamente, la pérdida de un derecho a pensión causada en un anterior matrimonio por una convivencia *more uxorio* tras el fallecimiento del anterior marido». Tras estos razonamientos, concluyó que la recurrente había perdido una pensión que le había sido previamente reconocida «por aplicación de un precepto restrictivo de derechos al margen de los supuestos de hecho para los que fue concebido», dado que su pensión de viudedad no había sido reconocida en aplicación de la Ley 30/1981, de forma que el recurso de amparo es estimado.

También se fundamenta el Auto de planteamiento en la Sentencia del Tribunal Supremo de casación para unificación de doctrina de fecha 14 de abril de 1994. De la doctrina sentada en dicho pronunciamiento deduce la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, según el Tribunal Supremo, el apartado 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 sólo se refiere a las pensiones de viudedad causadas en caso de concurrir una de las situaciones de nulidad, separación o divorcio que regula dicha Ley, con la necesaria consecuencia de entender que en tales casos sí existe norma legal que amplía los supuestos de extinción de efectos de la pensión de viudedad regulados en el art. 11 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, permitiendo declarar judicialmente la pérdida de esa pensión causada en anterior matrimonio cuando su titular conviva *more uxorio* con otra persona tras el fallecimiento del cónyuge del que estuvo divorciado o separado legalmente o del que obtuvo la nulidad matrimonial.

Por consiguiente, entiende la Sala que siendo éste, precisamente, el caso objeto de debate en el presente litigio, existe una norma con rango de ley posterior a la Constitución que permite acoger la pretensión invocada por la recurrente en el sentido de privar de efectos a la pensión de viudedad que tiene reconocida la Sra. Castro Varela, ya que ésta se encuentra conviviendo de hecho con el Sr. García Martín.

c) La interpretación de la referida disposición legal y su aplicación jurisprudencial suscitan a la Sala proponente dudas sobre la constitucionalidad de la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, ya que el tratamiento legal que en ella se dispensa a la pensión generada en favor de quien obtuvo la nulidad, divorcio o separación legal con el sujeto causante de la viudedad vulnera, a su entender, el principio de igualdad en la ley, en cuanto la causa de extinción de la pensión de la que son titulares las personas mencionadas supone un tratamiento discriminatorio en relación con el que se asigna al viudo o viuda que no se encuentra en una de las situaciones legales descritas.

Entiende la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que resulta innegable la diferencia de trato que la ley establece en la norma de referencia en relación con la pensión de viudedad causada

en casos distintos a los que en ella se recogen. Esta distinción se evidencia en dos supuestos. Por una parte, en el de la pensión de viudedad devengada por quien contrajo un solo matrimonio y no fue anulado, ni se divorció o separó legalmente de su cónyuge, pues, en tal caso, el viudo o viuda percibirá pensión aun cuando conviva *more uxorio* con otra persona. Y, por otra, en el de la pensión de viudedad devengada por quien contrajo dos o más matrimonios, pues, en tal supuesto, el o los cónyuges cuyo matrimonio fue anulado, o se encuentren divorciados o legalmente separados que obtuvieron dicha clase de pensión la perderán en el caso de convivir maritalmente con otra persona, mientras que el viudo que tenía reconocido vínculo matrimonial al tiempo del fallecimiento del causante no la pierde aunque mantenga ese mismo tipo de convivencia. En el caso concreto que sirve de base a esta cuestión, esto supone que la Sra. Meaza puede instar la pérdida de efectos de la viudedad que disfruta la Sra. Castro, mientras que la Sra. Castro no podría iniciar una actuación similar respecto a la Sra. Meaza, ya que esta última era cónyuge del Sr. Méndez al tiempo de su fallecimiento y su pensión no fue recocida por mor de la Ley 30/1981, de forma que tampoco le alcanzan las previsiones de la regla 5 de su disposición adicional décima. La igualdad de los supuestos de hecho sujetos a comparación es manifiesta, pues la pensión de viudedad devengada en favor del cónyuge viudo o de quien lo fue antes de la anulación del matrimonio, divorcio o separación legal es la misma en todo su régimen jurídico, con la sola de sus causas de extinción.

A lo anterior añade la Sala proponente que la diferencia de trato legal expuesta resulta carente de justificación. Tal afirmación se sustenta en dos motivos. En primer lugar, en el hecho de que la conducta que conlleva la pérdida de la pensión sólo es tomada en cuenta por el legislador en un único supuesto de entre los varios que permiten el acceso a la viudedad. Y, en segundo lugar, en la circunstancia de que la causa de extinción de la pensión que se viene considerando resulta extraña a los fines pretendidos por el legislador a la hora de establecer el reconocimiento del derecho a viudedad. Precisa en este punto el Tribunal Superior de Justicia que no resulta determinante para la resolución del caso la cuestión relativa a que la mera convivencia *more uxorio* no permite generar pensión de viudedad, al considerar la Sala que no resulta relevante el argumento a tenor del cual la ley no puede privar de pensión a una persona por convivir maritalmente con otra, cuando, al no existir matrimonio, esa convivencia no es suficiente para generar viudedad, una vez que la STC 184/1990 declaró la conformidad constitucional de la norma primera de la disposición adicional quinta de la Ley 30/1981, que exige el matrimonio para el devengo de la pensión de viudedad.

Continúa su argumentación el órgano judicial en su Auto de planteamiento señalando, ahora con fundamento en la STC 184/1990, que si la *ratio* o finalidad perseguida en el actual sistema de Seguridad Social para establecer la pensión de viudedad consiste en paliar una situación de desequilibrio económico que sobreviene ante la desaparición de un trabajador o pensionista para quien es su cónyuge supérstite, o fue con anterioridad su esposo o esposa parece razonable entender que la percepción de aquella prestación ha de mantenerse en tanto subsista esa causa que motivó su establecimiento legal. Esto supone, continúa su razonamiento, que sólo podrá acordarse la extinción de la pensión de viudedad cuando se acredite que, tras su concesión, ha sobrevenido una circunstancia que evidencie la desaparición de esa situación de desequilibrio económico, lo que quiere decir que puede estar justificado el que el legislador entienda que cuando se da la convivencia *more uxorio*

con otra persona distinta al causante de la pensión, esta nueva persona suple con sus ingresos los percibidos por quien mora con él en concepto de pensión de viudedad, de donde podría resultar admisible la pérdida de dicha pensión, pues habría desaparecido la causa o razón de ser que propició su reconocimiento. Concluye la Sala proponente señalando que, en todo caso, el elemento que hay que destacar en ese planteamiento es que lo relevante en aras a la extinción de la viudedad no sería el hecho en sí de la convivencia del viudo o viuda con otra persona, sino la aparente presunción de que esa nueva persona con la que se convive aporta unos ingresos suficientes para el mantenimiento de la nueva comunidad de hecho que se ha constituido.

Ahora bien, entiende la Sala que si éste fuera el razonamiento que aparentemente podría justificar el trato legal introducido en la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, falta por explicar por qué ese mismo tratamiento no se dispensa al viudo o viuda que obtuvo su pensión al margen de la Ley 30/1981, pues también en su caso la convivencia extramatrimonial denotaría la suplencia de rentas dejadas de obtener al perder la pensión de viudedad y, sin embargo, la ley no acuerda en este caso la extinción de la pensión. De ahí que entienda el Auto de planteamiento que esa diferencia de trato entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que responde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma, factor éste de diferenciación que no parece reunir la cualidad de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal. Se trata, en definitiva, de constatar la distinta incidencia que el legislador asigna, en materia de pensión de viudedad, a la convivencia *more uxorio* de su titular con otra persona distinta al sujeto que la generó, en función del estado civil que entre beneficiario y causante existía en la fecha del fallecimiento de este último.

d) Concluye, finalmente, el Auto de la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por el que se plantea la presente cuestión de inconstitucionalidad que las anteriores consideraciones le llevan a defender que la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 no se acomoda a la Constitución, pues si la convivencia *more uxorio* con una persona con la que no existe vínculo conyugal es perfectamente lícita en el marco de nuestro ordenamiento legal, de este hecho lícito -que se contempla en abstracto por la ley, sin atender a la efectiva aportación de algún ingreso a la comunidad de convivencia- no puede deducirse la privación de una pensión de viudedad cuando tal medida no guarda relación alguna con la finalidad que persigue la ley al acordar su establecimiento, máxime cuando sólo en los casos concretos de cónyuges con matrimonio anulado, divorciados o separados opera esa circunstancia como causa legal de extinción de la pensión, sin que exista justificación razonable que explique ese diferente trato legal con respecto al cónyuge viudo.

4. Por providencia de 15 de enero de 1998, la Sección Primera del Tribunal acordó oír al Fiscal General del Estado por plazo de diez días y a los efectos determinados en el art. 37.1 LOTC, para que alegase lo que estimara oportuno sobre la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, por si pudieran faltar las con-

diciones procesales (relevancia de la norma cuestionada) o por ser notoriamente infundada dicha cuestión.

5. Mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 6 de febrero de 1998, el Fiscal General del Estado formuló alegaciones en las que sostiene la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada. En las mismas el Ministerio público procede al análisis del «juicio de relevancia» (art. 37.1 LOTC) afirmando que el criterio de selección y aplicación de la norma cuestionada es competencia del órgano jurisdiccional por lo que debe considerarse adecuada la exclusión en el supuesto de autos de la norma contenida en el art. 174.3 del texto refundido de la Ley general de Seguridad Social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, al estimar que el fallecimiento de causante de la pensión de viudedad se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de dicha disposición. Considera el Fiscal adecuado subsumir el supuesto de hecho dentro de los previstos transitoriamente por la regla 3 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, que prevé la distribución a prorrata de la pensión de viudedad generada por aquellas personas que, por aplicación de la referida Ley, hubieran obtenido el divorcio de su primer cónyuge y contraído nuevas nupcias, dejando a su fallecimiento más de una persona con la que hubieran mantenido ese estado civil, de tal manera en que dichos supuestos ordenaba distribuir los derechos de viudedad entre todos ellos, en proporción al tiempo en que hubieren vivido con el cónyuge fallecido.

Considera, igualmente, que los casos contemplados en la STC 126/1994 o la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1994 difieren del presente. Tal diferencia estriba en que mientras los supuestos de hechos a que se referían las anteriores resoluciones hacían referencia a pensiones de viudedad obtenidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 30/1981 y, en consecuencia, sus disposiciones no le eran de aplicación, en el caso presente los hechos se produjeron durante la vigencia provisional de dicha norma por lo que dicha norma resultaba de aplicación. Y, concluye, «de ser de aplicación la indicada regla 3, por tratarse de un supuesto generado durante su vigencia, es evidente que la regla 5 de la misma disposición adicional le es, también, de aplicación y, por consiguiente, el Tribunal tenía que hacer uso de la misma para aplicarla o no en función de la valoración de los hechos sometidos a su enjuiciamiento».

Procede el Ministerio Fiscal al estudio del segundo de los requisitos de admisibilidad, esto es, si la cuestión resulta notoriamente infundada. Tal conclusión alcanza el Fiscal en su informe fundándola en los siguientes motivos. En primer lugar, considera que el derecho a la percepción de una pensión de viudedad es, en principio, un derecho de configuración legal que se encuentra amparado por el art. 41 CE, correspondiente al legislador, en consecuencia, su desarrollo normativo con la determinación de las situaciones y condiciones en que hayan de establecerse las diferentes prestaciones asistenciales a las que tengan derecho los ciudadanos. Por consiguiente, a su juicio, no atenta contra el art. 14 CE, que a diferentes situaciones jurídicas relacionadas con el estado civil del beneficiario de una pensión de viudedad (casado o divorciado, separado o cuyo matrimonio haya sido anulado) se establezcan consecuencias distintas en relación con tales prestaciones y sus circunstancias. Y, en segundo término, tampoco se trata, entiende, de situaciones equiparables teniendo en cuenta que el origen del cese de la convivencia matrimonial en uno y otro caso es diferente. En definitiva, los términos de comparación que aduce el órgano jurisdiccional para estimar la existencia de un trato legislativo discriminatorio no

parten de situaciones iguales y, por consiguiente, a situaciones desiguales en conforme a la Constitución tratamientos legislativos diferentes.

6. Por providencia de la Sección Primera del Tribunal Constitucional, de fecha 21 de abril de 1998 se acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad promovida, dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 37.2 LOTC y publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», para general conocimiento.

7. El Abogado del Estado, en escrito que tuvo entrada en el Tribunal el 8 de mayo de 1998, solicita que se dicte Sentencia declarando que la disposición objeto de la cuestión de inconstitucionalidad no es contraria a la Constitución:

Nada objeta el Abogado del Estado a la aplicabilidad de la norma al caso concreto y, por lo tanto, al planteamiento de esta cuestión desde el punto de vista de sus requisitos formales, si bien mantiene una posición contraria en cuanto al fondo.

a) En primer lugar, procede a analizar en su escrito de alegaciones la cuestión relativa a la supuesta identidad en las posiciones subjetivas de los partícipes en la pensión. Considera el Abogado del Estado que el rechazo de la convivencia marital como causa de extinción de la pensión no se sitúa en una especie de contradicción intrínseca de este efecto con alguna regla o principio constitucional, sino en su desigual proyección personal. El Auto de planteamiento parte de la previa aceptación del razonamiento que justificaría en sí mismo la pérdida del derecho a la pensión por causa de ulterior convivencia marital, al razonar que puede estar justificado que el legislador entienda que cuando se produce la convivencia *more uxorio* del pensionista con otra persona distinta del causante de la pensión esta nueva persona suplente con sus ingresos los percibidos en concepto de pensión, de donde podría resultar admisible la pérdida de dicha pensión. Ahora bien, si fuera la razón antedicha la verdadera causa de extinción de la pensión, quedaría por explicar, añade el auto, por qué no se dispensa ese mismo trato al viudo o viuda que obtuvo su pensión al margen de la Ley 30/1981. En suma, la diversidad de trato entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión. Considera, por ello, el Abogado del Estado que la lesión constitucional apreciada por la Sala no estriba en la configuración de la convivencia *more uxorio* como causa extintiva de la pensión, sino en su desigual manejo o aplicación por el legislador ante dos pensiones de viudedad que no sólo reconocen una identidad de presupuestos, sino una misma e idéntica finalidad en el sistema de Seguridad Social.

b) Entiende la abogacía del Estado, en segundo lugar, que si bien por razón de los presupuestos, no cabe duda de que es posible aislar e identificar elementos comunes, en los que participan tanto el cónyuge supérstite como el cónyuge divorciado, junto a estos aspectos de semejanza, hay que reparar también en una fundamental diferencia que impide emplear incluso una misma terminología -de viudos- para los dos pensionistas. El cónyuge cuyo matrimonio se disuelve con el fallecimiento del causante, es quien detenta de manera exclusiva la condición de cónyuge viudo o cónyuge supérstite, circunstancia individualizadora de un estado civil, como señala el auto, y productora de intensos efectos jurídicos tras el fallecimiento de su cónyuge. El reconocimiento de derechos legítimos y sucesorios en favor del viudo

revela esta singular posición, cuya legitimidad constitucional no deriva simplemente de un libre arbitrio del legislador, sino de las propias normas constitucionales que, como el art. 39 CE, aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. El cónyuge divorciado —aunque convencionalmente usemos esta expresión— no es tal cónyuge en sentido jurídico, porque, a causa del divorcio, ha perdido, precisamente, esta cualidad. Se trata, en definitiva, de un extraño; un acreedor, como significativamente lo llama el art. 101 CC. Nada más. No existe, por lo tanto, concluye el Abogado del Estado, una identidad de presupuestos jurídicos entre la posición del viudo y del divorciado, por más que ambos lo sean de una misma persona.

c) Analiza, por último, la *ratio legis* de la norma cuestionada. Considera, en primer lugar, que la norma en cuestión, contiene una remisión al art. 101 CC, siendo precisamente esta remisión la que provoca el efecto potencialmente estimativo del recurso de suplicación, y sobre el que la Sala plantea su duda de constitucionalidad. Es obvio que en esta cuestión no se está juzgando, añade, la constitucionalidad de ninguna norma civil, sino en cuanto resulta incorporada al régimen regulador de las pensiones públicas por obra de la referida remisión. Ello no obstante, considera la representación del Estado que será necesario examinar el alcance y justificación de la norma en el propio texto matriz, porque el Auto de planteamiento de la cuestión ha centrado el problema de la igualdad en la justificación o injustificación de las diferencias entre el viudo y el divorciado, y tal diferenciación tiene su sede propia en la regulación del derecho de familia. Nada podrá objetarse, concluye, a esta perspectiva metodológica de que parte el auto acerca del fundamento de la norma, aunque sí a su solución.

Señala el Abogado del Estado que si se parte del texto del Código civil, deben reconocerse diferencias esenciales de trato entre aquellas dos figuras, tanto en vida del cónyuge luego causante de la pensión, como a raíz del fallecimiento de éste. Tales diferencias arrancan del conjunto de normas generales, que instituyen un amplísimo elenco de deberes recíprocos entre los cónyuges que obviamente no rigen para con los terceros: desde el deber de socorro mutuo hasta el conjunto de normas que estatuyen un amplio reconocimiento de mecanismos participativos y, en fin, el reconocimiento de derechos sucesorios, tanto legítimos como abintestato. En el diseño de estos derechos, no se contiene condicionamiento alguno a la situación de necesidad del otro cónyuge: ni los mecanismos de participación, ni los derechos sucesorios ni, en general, los deberes recíprocos de los cónyuges están sujetos a la medida de las necesidades del otro. De la lectura de la STC 184/1990 y de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1995 se aprecia claramente que la pensión de viudedad participa, por así decirlo, de la naturaleza propia de los derechos económicos que se devengan por efecto del propio matrimonio. Del mismo modo que los mecanismos de participación o los derechos sucesorios no tienen una conexión concreta con situaciones de necesidad, las pensiones de viudedad —que tienden a procurar una función sustitutiva de aquellos derechos— tampoco deben vincularse a dicha exigencia. Sin embargo, continúa su razonamiento, el anterior esquema no resulta aplicable a las pensiones del divorciado o separado. Si atendemos a lo previsto en el art. 97 CC, la pensión que según el referido precepto puede establecer la autoridad judicial se encuentra rigurosamente condicionada a que la separación o divorcio sea productora de un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique —además— un empeoramiento en su situación anterior

en el matrimonio. Se exige, pues, la acción conjunta de dos factores apreciados en su valor relativo, basado el uno en el desequilibrio en la respectiva posición de los cónyuges, y el otro consistente en la apreciación de un empeoramiento respecto de la posición anterior al divorcio o separación.

En la pensión del divorciado, no sólo su cuantía queda sujeta a la previa determinación de una necesidad, sino que la misma identificación del perceptor, y hasta la percepción o devengo mismos, quedan remitidos a la prudente fijación del juez. El Juzgador, según el art. 97 CC, puede no disponer el devengo de esta pensión, puede disponer su pago a cargo de cualquiera de los cónyuges y, en fin, puede determinar su cuantía en función no sólo de las concretas circunstancias que enumera, sino, como el precepto indica, teniendo en cuenta cualesquiera otras. A diferencia de la pensión del divorciado, la del viudo se encuentra prefigurada absolutamente en cuanto a su devengo (puesto que se devenga siempre y en todo caso); se encuentra también predeterminada su titularidad (en cuanto el beneficiario es invariablemente el supérstite); se halla también prefigurada su causa (que no es la apreciación circunstancial de una necesidad concreta sino el hecho objetivo del fallecimiento del cónyuge); en fin, también su cuantía está delimitada según la base reguladora, sin perjuicio de que deba soportar una eventual reducción, caso de concurrir con el separado o divorciado. Esta configuración diferencial explica que la situación de necesidad, no sólo sea determinante del reconocimiento de esta pensión para el divorciado, sino que su vigencia quede sometida a otros condicionamientos posteriores. De este modo, el art. 100 CC dispone que, fijada la pensión, «sólo podrá ser revisada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno y otro cónyuge». En definitiva, la configuración de esta pensión sigue prácticamente el mismo esquema que el de los alimentos. En realidad, esta pensión constituye una forma peculiar de este derecho sin otra particularidad que la especial situación que la motiva y el no atenerse el Código a la exigencia de lo «indispensable», sino a parámetros propios.

d) Concluye el Abogado del Estado señalando que situados en un marco estrictamente económico o sociológico, no deja de ser cierto que tanto en la pensión de viudedad propiamente dicha como en la prevista para los casos de separación o divorcio, existe una finalidad compensadora; ahora bien, no puede olvidarse la muy distinta configuración técnica de unas y otras pensiones, lo que justifica que no puedan equipararse, como supone el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, porque esa misma diversidad en su diseño jurídico evidencia una distinta fundamentación. En la pensión de viudedad, la situación de desequilibrio que potencialmente pueda haberse producido entre los cónyuges, no es más que la justificación teórica de la propia institución, que se incardina así en el ámbito de una necesidad presunta, pero para lo que «resulta irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad» (STC 184/1990, FJ 4). En cambio, en las pensiones de divorcio o separación, la necesidad no es ya el fundamento último de la pensión, sino expresión directa de su configuración positiva y elemento determinante de su devengo. Ello explica que la convivencia marital del cónyuge supérstite no sea otra cosa que un dato irrelevante, mientras que en las pensiones derivadas de separación o divorcio pueda contar como elemento de juicio para su concesión o para su subsistencia pues no cabe duda de que, en un plano general, el hecho de la convivencia permite fundar razonablemente una presunción legal de mejora y de mayor holgura económica del separado o divorciado. Precisamente por ello, si la pensión del art. 101 CC está permanentemente vinculada a una

situación de necesidad, no puede ser lógico que la pensión, una vez devengada, sea insensible a hechos o situaciones que pudieron y debieron tenerse en cuenta a la hora de su concesión.

8. Por escrito registrado en este Tribunal el día 9 de mayo de 1998, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó la decisión de la Mesa de la Cámara de no personarse ni formular alegaciones en el actual proceso, si bien en el mismo ponía a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudiera precisar.

9. El Fiscal General del Estado, por escrito que tuvo entrada en el Tribunal el 22 de mayo de 1998, interesa que se dicte Sentencia desestimatoria de la cuestión promovida, por no ser el precepto legal cuestionado contrario al art. 14 CE:

a) Comienza recordando el Fiscal General del Estado que es necesario diferenciar, de una parte, los supuestos de hecho que generaban el derecho a la percepción de una prestación de viudedad que, con carácter general, venía regulando el anterior art. 160 LGSS de 1974, precepto éste que, lógicamente, por preceder en el tiempo a la Ley 30/1981, no contemplaba los supuestos de separación, nulidad y divorcio, de aquellos otros, novedosamente generados por la recién aparecida normativa. Este nuevo supuesto, ahora planteado después de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 y surgido al amparo de la misma, es contemplado por el legislador que, en su disposición adicional décima, regla 5, genera un nuevo, y a juicio del Ministerio público autónomo, derecho a la pensión de viudedad, que, si bien participa también de las características genéricas propias de toda pensión de viudedad, aporta peculiaridades propias que le hacen diferente del que establecía el anterior art. 160 LGSS por la sencilla razón de que éste último no podía haberlo previsto al no haber podido existir en la realidad jurídica del momento en que entró en vigor. Así, de la interpretación sistemática de toda la disposición adicional en su conjunto, podemos advertir que la misma no sólo establece las personas que, en los diferentes supuestos allí contemplados, tienen derecho a su percepción, sino también el momento en que debe comenzar la misma, la proporción a que tiene derecho cada una de las personas que convivieron maritalmente con el fallecido, así como el momento de su extinción, regulado en la regla 5 de esta disposición adicional, que es, precisamente, de aquella de cuya constitucionalidad alberga dudas el órgano judicial.

b) Considera el Ministerio público que en el presente supuesto es necesario hacer una lectura *pro constitutione* de la norma cuestionada antes de pronunciarse a favor de la no conformidad con el Texto Supremo de la misma y, al mismo tiempo, determinar si existe o no un verdadero marco de comparación para constatar si se ha operado o no esta discriminación en perjuicio de una situación respecto de la otra.

Sobre esta base, la Fiscalía General del Estado parte de la apreciación de que no existe una contradicción entre la norma cuestionada y el art. 14 CE. Y ello porque, desde una perspectiva lógica de todo el conjunto de esta norma, si hemos afirmado que la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 introduce en el sistema de prestaciones por viudedad, aun cuando fuere de modo provisional, un conjunto de supuestos a los que el legislador ha querido extender el marco de su asistencia social haciendo uso de su prerrogativa discrecional, y ha aspirado a configurarlo como un todo armónico e integral, de tal manera que aparezcan con toda nitidez incluidos en ella los casos en los que se genera este derecho

a la prestación e, igualmente, los motivos que determinan su extinción, habrá que concluir que si la misma prestación de viudedad generada por una única persona es percibida por otras dos o más en proporción al tiempo que cada una de ellas convivió conyugalmente con aquella, siendo el nexo de conexión entre unas situaciones y otras la constatación de la existencia de dichos lazos conyugales, es evidente que una interpretación lógica de la norma debe conducir inequívocamente a la conclusión de que si ambas partes proporcionales de la misma pensión de viudedad se generaron a partir de semejante causa, se extingan, también, por los mismos motivos.

Avala este criterio interpretativo la propia dicción literal de la regla 5 cuestionada, al señalar «los derechos derivados de los apartados anteriores», luego es evidente que, tanto el derecho al percibo de la prestación del que en un tiempo anterior fue cónyuge del fallecido y al momento de su muerte estaba ya separado, así como del divorciado o cuyo matrimonio fue anulado, «deriva» de la misma fuente que el del cónyuge supérstite, porque ambas en su conjunto forman un todo que es la propia prestación de viudedad. Luego, en pura lógica, ese todo, proporcionalmente repartido, solamente puede desaparecer por unas mismas causas, en este caso las del art. 101 CC, por haberlo así acordado el legislador en el ejercicio de su discrecionalidad.

La objeción a este razonamiento podría estructurarse de la siguiente manera: la situación del cónyuge supérstite es diferente de la del divorciado o del que obtuvo la nulidad matrimonial, por cuanto en el primero de los casos existía un vínculo matrimonial y en el segundo ya no, de tal manera que este criterio diferencial podría determinar, también, un tratamiento legislativo distinto de ambas situaciones jurídicas, como habría venido a reconocer la posterior normativa de la Seguridad Social que, en su art. 174 del texto refundido de 1994, ha establecido un precepto de semejante contenido a la que, para este caso concreto, prevenía la regla 5 cuestionada. A la vista de ello, podría concluirse que, mientras que la pensión de viudedad, conforme a un criterio de interpretación histórica apoyado en un proceso de sucesión de leyes en el tiempo, debía regirse por las normas generales del texto refundido de 1974 y, por ende, por las específicas del art. 160 citado, en cambio, la pensión generada en favor de los cónyuges anteriores, debía regularse por la nueva normativa.

Sin embargo, el razonamiento indicado es, a juicio de la Fiscalía General del Estado, erróneo, porque arranca de una premisa igualmente equivocada. En efecto, el punto de partida de dicha situación no era posible antes de la Ley 30/1981, por cuanto con anterioridad a dicha norma legal no era reconocida en nuestro Ordenamiento civil la disolución matrimonial por divorcio o nulidad, ni tampoco el cese de la convivencia conyugal por las causas de separación que fueron introducidas por dicha Ley, de tal manera que nunca antes de la entrada en vigor de aquella normativa habrían podido originarse las situaciones de hecho que sí se han dado después de la misma.

Tal afirmación lleva consigo una consecuencia, cual es la de que si dichas situaciones no podían haber sido contempladas por el sistema de cobertura social establecido por el Estado en favor de los ciudadanos en fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, la misma, al haber creado situaciones jurídicas nuevas, tomara, también, la decisión de extenderlo a aquéllas, de tal forma que ya fuera posible la existencia de personas que hubieran contraído válidamente y conforme al Ordenamiento civil dos o más matrimonios y, por consiguiente, la posibilidad de existencia de cónyuges

supérstites que hubieran coincidido en la convivencia marital con el fallecido, a lo largo de su vida. En definitiva, las situaciones de viudedad generadas por la Ley 30/1981 eran totalmente novedosas a las anteriormente contempladas; de ahí que la norma legal pusiera especial cuidado en destacar la «provisionalidad» de su regulación, a la espera de que la nueva normativa general de la Seguridad Social incluyera estas situaciones recién creadas dentro del mecanismo de protección social, para integrar dentro de un todo genérico dichas situaciones nuevas.

No puede olvidarse, finalmente, que, a este respecto, el legislador posterior de 1994 ha pretendido zanjar las posibles dudas de constitucionalidad que hubieran podido surgir de la anterior normativa «provisional», que derivan más que de la literalidad de los preceptos que integran la norma cuestionada, de su interpretación por los órganos jurisdiccionales, cumpliendo el anterior mandato legislativo y regulando en el nuevo art. 174 del texto refundido este conjunto de situaciones, con semejante literalidad al de la regla 5 cuestionada, integrándolo, por tanto, dentro de la normativa genérica del sistema de prestaciones de la Seguridad Social.

Como corolario de todo lo expuesto destaca, por último, el Ministerio Fiscal que las situaciones apuntadas por el razonado Auto cuestionante no constituyen términos válidos de comparación para apreciar la existencia de una discriminación, por cuanto el tratamiento legislativo es el mismo para todos los casos.

Así, respecto del primero de los supuestos comparativos, esto es, el que en el Auto de planteamiento ponía en relación la situación del separado, divorciado o cuyo matrimonio había sido anulado, con el del viudo de su primera relación conyugal, no constituye verdadero término de comparación, porque, amén de ser un supuesto totalmente ajeno al que constituye el presupuesto fáctico de la presente cuestión, no se trata de situaciones semejantes. En efecto, la situación del viudo no divorciado existía ya antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 y tenía su propia regulación, hoy ya igualada también en sus consecuencias por el nuevo Texto refundido de 1994, mientras que, v. gr., la del divorciado no podía tener lugar al momento de entrada en vigor del texto refundido de 1974, de ahí que éste no la contemplara. Se pretende sustentar, por tanto, la existencia de un trato legislativo discriminatorio sobre un mero mecanismo de sucesión legislativa en el tiempo, poniendo en relación dos normas que fueron dictadas para regir en momentos diferentes, por lo que el término de comparación no es válido.

Tampoco lo es el derivado de las dos situaciones siguientes que se ponen en relación por el órgano jurisdiccional pues, conforme a los criterios interpretativos que hemos sostenido anteriormente, tampoco se aprecia situación discriminatoria alguna. Ambas situaciones jurídicas tienen su origen y también pueden quedar abocadas a su extinción por las mismas causas y en los mismos supuestos hipotéticos, los que contempla el art. 101 CC, de ahí que no se aprecie tampoco trato discriminatorio alguno.

10. Por providencia de 17 de junio de 2003 se acordó señalar el día 19 siguiente para deliberación y votación de la presente Sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. Antes de proceder al estudio de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el órgano jurisdiccional es necesario destacar una serie de aspectos que

permitirán una mejor delimitación de las dudas de constitucionalidad suscitadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, partiendo de la base de que, como ha señalado este Tribunal, es, en principio, al Juez promotor de la cuestión a quien corresponde determinar cuáles son efectivamente las normas aplicables al caso que ha de decidir (STC 15/1994, de 20 de enero, FJ 2).

Pues bien, los aspectos que han de tenerse en cuenta a los efectos de la adecuada delimitación de la materia son los siguientes. En primer lugar, que la resolución que plantea la cuestión de inconstitucionalidad considera que no es aplicable al supuesto de autos la norma contenida en el art. 174.3 del texto refundido de la Ley general de Seguridad Social (LGSS) aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que recoge un texto legislativo semejante a la norma que es cuestionada, pero que, en el presente caso, no es de aplicación. Es, de este modo, la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, la que resulta de aplicación en este caso, ya que, producido el fallecimiento del causante en abril de 1992, no había sido publicado el texto refundido de la vigente Ley general de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

La disposición adicional décima de la Ley 30/1981, desde su previa declaración de provisionalidad («con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación»), regula el derecho a las pensiones de Seguridad Social de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, evitando que la ruptura o interrupción del vínculo matrimonial ponga fin a las prestaciones de Seguridad Social ya reconocidas a favor del cónyuge y los descendientes por razón de matrimonio o filiación (apartado 1). La norma aborda, igualmente, la regulación de los supuestos en que no hubiera podido contraerse matrimonio por impedirlo la legislación anteriormente vigente, habiendo fallecido el causante, extendiendo a aquél los beneficios (apartado 2); el reconocimiento del derecho a pensión en proporción al tiempo de convivencia, del cónyuge separado y del divorciado (apartado 3); o la equiparación de quienes se encontrasen en situación legal de separación y quienes hubiesen visto disuelto su matrimonio, a efectos de generar derechos pasivos en relación con sus ascendientes o descendientes (apartado 4). Finalmente la norma 5 de aquella disposición ordena que «los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo ciento uno del Código Civil», el cual establece como causa de cesación de la pensión conyugal derivada de la nulidad, separación o divorcio la «convivencia marital con otra persona».

En segundo término el órgano jurisdiccional estima relevante para la decisión final del recurso la aplicación de la disposición adicional cuestionada, por cuanto aduce, con argumento que denomina legal, que «por aplicación del juego conjunto de los mandatos contenidos en la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 y en el art. 101 CC, el recurso interpuesto por la Sra. Meaza debería ser estimado». Como pone de relieve el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, el supuesto de autos sometido a enjuiciamiento fue regulado precisamente por esta disposición y, por ello, el Instituto Nacional de la Seguridad Social distribuyó la pensión de viudedad entre la demandante, que ostentaba la condición de cónyuge superviviente al fallecimiento del Sr. Méndez Bran, y el anterior cónyuge de quien éste se había divorciado, la demandada doña Esther Castro Varela, correspondiéndole a aquélla el 5 por 100 del haber y a la segunda el 95

por 100 restante. El supuesto de hecho se encuentra, en consecuencia, contenido dentro de los previstos transitoriamente por esta norma quinta de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 y, por tanto, la resolución de la presente cuestión debe quedar circunscrita, exclusivamente, a los limitados contornos de aquella disposición.

2. No obstante, alguna precisión debe efectuarse sobre la disposición legal objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, dado que la misma ha quedado derogada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que, en su disposición derogatoria única, establece que, a partir de su entrada en vigor, perderá su vigencia: «la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio».

A tal efecto, conviene recordar que, a diferencia de lo que, por regla general, acontece en el recurso de inconstitucionalidad, en la cuestión, la derogación de la norma legal objeto del proceso no impide el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada en el proceso a quo puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal (STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 2). Por ello, se dice en nuestra STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 2, «podrían justificarse soluciones distintas en cuanto a la desaparición de la razón del proceso», «pues mientras en el recurso directo la derogación, por lo común, extinguirá el objeto, en la cuestión de constitucionalidad la solución puede ser otra por cuanto la validez de la norma -aun derogada- puede requerir un juicio de constitucionalidad». En efecto, éste puede condicionar la decisión judicial en un proceso pendiente, que plantea un problema vivo, lo que justificaría la supervivencia de la norma cuestionada aunque sólo fuere para esa particular controversia. Así, en las cuestiones de inconstitucionalidad, los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable dicha norma en el proceso a quo y de su validez dependa la decisión a adoptar en éste (SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 2; 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 3; 385/1993, de 23 de diciembre, FJ 2).

En este sentido, conviene recordar que la cuestión de inconstitucionalidad responde en el diseño constitucional a un mecanismo de control en el que los hechos y las pretensiones deducidas acotan y delimitan el ámbito del juicio de constitucionalidad y que los requisitos que para su planteamiento establecen los arts. 163 CE y 35 LOTC pretenden evitar que las cuestiones de inconstitucionalidad se conviertan en un mecanismo abstracto de control normativo. Por todo ello, y dado que, como requiere nuestra doctrina, la norma cuestionada resulta aplicable en el proceso a quo y de su validez depende la decisión a adoptar en éste, debe concluirse la plena vigencia de la cuestión de inconstitucionalidad planteada sin que la misma se haya visto afectada en su objeto por la derogación de la norma 5 de la Ley 30/1981 efectuada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

3. Precisadas las anteriores cuestiones, el órgano jurisdiccional halla la posible contradicción entre la norma cuestionada y el mandato de igualdad contenido en el art. 14 CE en dos supuestos de hecho sobre los que construye la posible discriminación en la que pueden encontrarse los que hubieren percibido una pensión de viudedad reconocida por la disposición adicional décima, norma 5, de la Ley 30/1981. Por una parte, en el de

la pensión de viudedad devengada por quien contrajo un solo matrimonio no anulado, ni se divorció o separó legalmente de su cónyuge, pues, en tal caso, el viudo o viuda percibirá pensión aun cuando conviva *more uxorio* con otra persona. Y, por otra, en el de la pensión de viudedad devengada por quien contrajo dos o más matrimonios, pues en tal supuesto el o los cónyuges cuyo matrimonio fue anulado, o se encuentren divorciados o legalmente separados, que obtuvieron dicha clase de pensión, la perderán en el caso de convivir maritalmente con otra persona, mientras que el viudo que tenía reconocido vínculo matrimonial al tiempo del fallecimiento del causante no la pierde aunque mantenga ese mismo tipo de convivencia.

En el primero de ellos, considera el Tribunal proponente, se aprecia la existencia de un diferente trato legislativo, a su juicio discriminatorio, entre el supuesto de hecho que es sometido a su enjuiciamiento, y el del caso de convivencia *more uxorio* de quien percibe una pensión de viudedad sin haber anulado o disuelto su matrimonio o haberse separado legalmente. A continuación señala el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco como término de comparación la situación en la que se encuentran las dos personas que, en vida del Sr. Méndez Bran, mantuvieron una relación conyugal con el mismo, señalando que, por aplicación de la norma contenida en la disposición adicional cuestionada, en un caso (el de la Sra. Castro Varela) podría perderse la parte proporcional de la pensión de viudedad si se hubiere acreditado la convivencia *more uxorio*, y, en el otro caso (el de la Sra. Meaza Iridín), no. Sobre la base de los dos supuestos de hecho expuestos, considera la Sala de lo Social que se produce una verdadera discriminación contraria al art. 14 CE porque no existe justificación razonable que explique el diferente trato legislativo deparado a la extinción del derecho a percibir una pensión de viudedad en los casos concretos de cónyuges con matrimonio anulado, divorciados o separados por mantener una convivencia de mero hecho con otra persona y, sin embargo, no extinguirse dicho derecho de viudedad cuando la persona que mantiene la relación de convivencia de hecho es el cónyuge viudo.

La comparación que hace la Sala proponente de la cuestión descansa en la apreciación de una diversidad de trato entre dos personas en quienes se reconoce una misma cualidad: la de perceptores de una pensión, causada por un mismo causante y por el mismo e idéntico motivo de haber contraído matrimonio con éste. La disolución del matrimonio sería también un dato común a ambos sucesivos cónyuges del causante común, en cuanto la extinción o cesación del vínculo, siquiera ocurrido en distintos momentos de tiempo, sería el presupuesto determinante del devengo de las pensiones o, más exactamente, del llamamiento a compartir una misma pensión. Esta comunidad de presupuestos entre los perceptores de la pensión le permite concluir la igualdad de los supuestos de hecho sujetos a comparación.

4. Pasando al estudio de las dudas que aduce el órgano judicial en relación con el principio de igualdad ante la Ley establecido en el art. 14 CE, es necesario partir de la reiterada doctrina constitucional sobre dicho principio. Es oportuno traer a colación en este momento la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad en la ley, que puede considerarse resumida en el fundamento jurídico 1 de la STC 144/1988, de 12 de julio, en el que se declaró que el principio de igualdad prohíbe al legislador «configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adop-

tables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria».

Ahora bien, lo propio del juicio de igualdad es su carácter relacional conforme al cual se «requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5)».

Así pues, «el juicio de igualdad ex art. 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas» (SSTC 212/1993, de 28 de junio, FJ 6, 80/1994, de 13 de marzo, FJ 5, entre otras). Por ello toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, que ha de consistir en «una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos» (ATC 209/1985, de 20 de marzo, FJ 2). Así, puede decirse que dos individuos son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en ellos concurre una cualidad común, un *tertium comparationis* que opera como elemento definitorio de la clase, y son desiguales, cuando tal circunstancia no se produce. Conviene, por todo ello, examinar, en primer término, si los supuestos de hecho aportados por el órgano judicial como término de comparación guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere.

5. El Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, como ya se expuso, considera existente un término de comparación adecuado en la situación en la que se encuentran las dos personas que, en vida del Sr. Méndez Bran, mantuvieron sucesivamente una relación conyugal con el mismo, señalando, sobre esa base, que se produce una discriminación contraria al art. 14 CE, porque no existe justificación razonable que explique el diferente trato legislativo deparado a la extinción del derecho a percibir una pensión de viudedad en los casos concretos de cónyuges de matrimonio anulado, divorciados o separados por la mera acreditación de mantener una convivencia de mero hecho con otra persona, y la no extinción dicho derecho de viudedad, cuando la persona que mantiene la relación de convivencia de hecho es el cónyuge viudo, indicando como términos de comparación los dos que han quedado precisados en el fundamento jurídico 3.

Normativamente es necesario precisar que todos los supuestos contemplados en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 julio, que modifica la regulación del matrimonio y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, parten de la base de una pensión concedida o derivada de las situaciones de nulidad, separación o divorcio. Por

su parte, el art. 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que desarrolla reglamentariamente, en cuanto a la extinción de la pensión de viudedad, el art. 160 de la Ley general de la Seguridad Social, establece, en su apartado a), que la pensión de viudedad se extinguirá por contraer nuevas nupcias. De la referida regulación se deduce, así como de la interpretación previa de las normas 1 y 3 de la referida disposición adicional, que la remisión que la norma 5 hace al art. 101 CC sólo debe entenderse referida a los supuestos concretos que de forma específica regula la mencionada disposición adicional. Esto es, a los casos de pensiones relacionadas con situaciones de separación o divorcio del beneficiario, pero no en las pensiones del viudo no separado legalmente, sea cónyuge único del causante, o concorra como titular de pensión con quien con anterioridad a él fueran cónyuges del mismo causante, criterio interpretativo éste avalado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En esta misma línea cabe situar, como pone de relieve el Tribunal proponente, nuestra STC 126/1994, de 25 de abril, en la que se dio una interpretación restrictiva al ámbito de aplicación del art. 101 CC, limitándose tan sólo su aplicación a los supuestos de pensiones de viudedad que traigan su causa de separación, divorcio o nulidad, pero que, como puso de manifiesto el Voto particular que la acompañaba, dejó «imprejuzgada la constitucionalidad de la propia norma».

Dando por sentado, pues, como dato de partida, que la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 julio, se aplica sólo a los cónyuges supervivientes al causante que se encuentren en los casos de separación o divorcio, pero no a los viudos que convivan con aquél al tiempo de su muerte, puede concluirse que los dos términos de comparación que propone el Auto pueden en realidad reducirse a uno, que es el definido por la condición de viudo conviviente con el causante. Es esta la cualidad común que define, como decimos, el término de comparación, pues el hecho de que sea cónyuge único o cónyuge concurrente con otro anterior cónyuge divorciado no aporta ninguna singularidad a cada caso desde la óptica de la necesaria comparación. Lo que cuenta en definitiva es que los viudos, cónyuges únicos o concurrentes con un anterior cónyuge divorciado, no se encuentran concernidos por la disposición adicional décima, ni por tanto les alcanza lo dispuesto en la norma 5 de ésta. Y es ese el hecho que constituye el dato relevante del término de comparación del tratamiento de los cónyuges incluidos en el ámbito de la referida norma 5. Simplificados de este modo los términos sobre los que se cifra el juicio de igualdad, debe procederse a comprobar si las situaciones de los viudos convivientes con el causante al morir éste y de los cónyuges separados (que son también viudos) o divorciados son iguales o no, como paso previo para admitir o no si su regulación legal diferenciada resulta constitucionalmente admisible.

6. Este Tribunal ha venido considerando que las diferenciaciones entre categorías de personas que un texto legal toma en consideración no carecen de fundamento razonable, de suerte que el legislador es libre de establecer respecto de cada una de ellas regímenes jurídicos diferenciados. No obstante, como señalara la STC 39/1992, de 30 de marzo, FJ 8, dicha solución no puede aplicarse de manera automática a todos los supuestos de concurrencia de puntos dispares en distintos regímenes jurídicos, porque ello equivaldría a dejar al arbitrio del legislador o del Gobierno la eficacia del principio de igualdad en la Ley, mediante el simple procedimiento de crear sistemas legales distintos, justificando tratamientos diferentes, aunque no concudiesen otras razones sustantivas (SSTC 39/1992, de 30 de marzo, FJ 8; 268/1993, de 20 de septiembre, FJ 2; 377/1993,

de 20 de diciembre, FJ 3; y 291/1994, de 27 de octubre, FJ 4). El anterior criterio, sin desvirtuar el reiteradamente sentado por el Tribunal, permite excepcionalmente trascender en algún caso singular el mero aspecto formal de la diversidad de ordenamientos, si la misma notoriamente carece en algún punto de diferencias reales objetivas que funden la distinción, para fundamentar la razonabilidad y objetividad de la diferencia (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 2). En el presente caso es evidente que dentro del grupo normativo aplicable a las pensiones de viudedad cabe apreciar la existencia de dos regímenes jurídicos diferenciados, constituidos, uno, por la regulación contenida en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, y, otro, el que cabría calificar como «régimen común» establecido por el art. 160 LGSS 1974, que constituye una regulación autónoma y diferenciada del primero, aplicando al presente caso el canon de enjuiciamiento antes apuntado. Se trata de este modo de constatar la relevancia constitucional de la distinta incidencia que el legislador asigna en materia de pensión de viudedad a la convivencia *more uxorio* de su titular con otra persona distinta al sujeto que la generó, en función del estado civil que existía entre el beneficiario y causante en la fecha de fallecimiento de éste último.

Se hace necesario precisar que la presunta lesión constitucional apreciada por la Sala que propone la cuestión, a la que estrictamente debemos ceñirnos, no estriba en la configuración de la convivencia *more uxorio* como causa extintiva de la pensión, sino en su desigual manejo o aplicación por el legislador ante dos pensiones de viudedad, que no sólo reconocen una identidad de presupuestos, sino una misma e idéntica finalidad en el sistema de Seguridad Social. Como se ocupa de señalar en su Auto de planteamiento el Tribunal Superior de Justicia, no resulta determinante para la resolución del caso la cuestión relativa a que la mera convivencia *more uxorio* no permite generar pensión de viudedad una vez que la STC 184/1990, de 15 de noviembre, declaró la conformidad constitucional de la norma primera de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, que exige el matrimonio para el devengo de la pensión de viudedad. Y ello es así en la medida en que la situación de quien, teniendo su matrimonio anulado o estando divorciado o separado legalmente, se ve privado de su pensión por convivir con otra persona, sin obtener a cambio nueva viudedad cuando ésta fallezca, no resulta distinta en sus efectos jurídicos a la que se produce en el caso de quien, sin estar divorciado o separado previamente, convive extramatrimonialmente con otra persona y sin embargo no devenga viudedad.

Procede en este punto analizar si el distinto régimen jurídico que en relación a la extinción de la pensión de viudedad se contiene en la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, en relación con el establecido por el art. 160 LGSS, se funda en una diferencia real que justifique la razonabilidad y objetividad del distinto tratamiento jurídico. Es evidente que la regulación antes descrita conduce, como hemos dicho, a la aplicación de normativas distintas para regular un mismo tipo de pensiones: la Ley general de Seguridad Social de 1974 para los viudos stricto sensu convivientes con el causante en el momento de la muerte de éste (independientemente de que lo sean de un causante que hubiera contraído un único matrimonio con dicho viudo, o que hubiere contraído matrimonios anteriores extinguidos por divorcio), y la Ley 30/1981 para los cónyuges del causante cuyos matrimonios se hubieran

extinguido por divorcio así como los legalmente separados de aquél. Y es evidente también que la diferencia entre los regímenes citados conduce a que una misma situación de hecho (la convivencia *more uxorio* del titular de la pensión de viudedad), en la que pueden encontrarse los diferentes beneficiarios, opera como causa extintiva de la pensión en unos casos (en los del cónyuge separado y en los de cónyuges divorciados) y no en otros (en los de viudos no separados, lo sean de un matrimonio único del causante, y por tanto sin concurrencia en el disfrute de la pensión con otros beneficiadores, o lo sean de un matrimonio del causante al que precedieron otros extinguidos por divorcio).

La constatación de un panorama de desigualdad resulta evidente. Una vez que a todos los cónyuges sin distinción se les otorga el derecho a la pensión de viudedad, la pensión de viudedad queda concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supérstites, por lo que es evidente que no puede considerarse constitucionalmente admisible que la concreta causa de extinción de la pensión por convivencia *more uxorio* pueda aplicarse en unos casos y no en otros. Como pone de relieve el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, si la convivencia *more uxorio* con una persona con la que no existe vínculo conyugal es perfectamente lícita en el marco de nuestro ordenamiento legal, de este hecho lícito no puede deducirse la privación de una pensión de viudedad, cuando tal medida no guarda relación alguna con la finalidad que persigue la ley al acordar su establecimiento, máxime cuando sólo en los casos concretos de cónyuges con matrimonio anulado, divorciados o separados opera esta circunstancia como causa legal de extinción de la pensión, sin que exista justificación razonable que explique ese diferente trato legal con respecto al cónyuge viudo.

A lo anterior debe añadirse que la diferencia de trato que se introduce por la norma cuestionada entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que corresponde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma, factor éste de diferenciación que, al margen de no reunir la cualidad de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal, conlleva, en última instancia, una directa vulneración del art. 14 CE, y en particular de la prohibición de discriminación en función de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que aquel precepto se refiere.

Como señalara la STC 177/1993, de 31 de mayo, FJ 2, «el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados». De este modo, dada la unidad de la pensión, en los supuestos examinados la diferenciación legal, al establecer dos sistemas de extinción distintos, incurre en una discriminación prohibida por el art. 14 CE, careciendo de la objetividad, suficiencia y razonabilidad requerida por nuestra doctrina, por lo que cabe declarar la reclamada inconstitucionalidad de la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 julio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el art. 101 del Código civil de «vivir maritalmente con otra persona».

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud:

Declarar la inconstitucionalidad de la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 julio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código civil de «vivir maritalmente con otra persona».

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecinueve de junio de dos mil tres.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5105/97, al que se adhieren los Magistrados don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Con el respeto que siempre me merece el parecer mayoritario del Pleno, que creo haber reflejado con absoluta fidelidad como Ponente, ejercito, no obstante, según anuncié en la deliberación, la facultad que me confiere el art. 90.2 LOTC, para expresar mi opinión discrepante, defendida sin éxito en la deliberación, dándola publicidad por este Voto.

1. La Sentencia de la que disiento parte de un dato, que se acepta acriticamente (FJ 5, párrafo 3), cual es el de que «la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, se aplica sólo a los cónyuges supervivientes al causante que se encuentren en los casos de separación o divorcio, pero no a los viudos que convivan con aquél al tiempo de su muerte». Tal dato se toma de nuestra STC 126/1994 y STS, Sala Cuarta de 21 de marzo de 1995, sin cuestionar la interpretación jurisprudencial de la disposición adicional décima citada que lo avala, y que el órgano proponente de la cuestión expone con precisión y exactitud.

Sobre tal base de partida me resulta totalmente lógica la conclusión a la que llega la Sentencia y la argumentación conducente a ella, que compartiría sin reserva alguna, si considerara aceptable la base de partida. Pero es precisamente el referido dato de partida el que constituye el objeto de mi discrepancia, pues creo que la norma cuestionada es aplicable por igual a los cónyuges separados o divorciados y a los viudos. Esto sentado, el juicio de igualdad, dados los términos en que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, quiebra por su base, al no estar desigualmente tratados unos y otro cónyuges sucesivos del causante, sino que a todos se aplica la misma norma con idénticos efectos. Es, a mi juicio, la interpretación judicial de la norma, que no ésta, la que crea la desigualdad, que luego venimos a remediar en un aspecto no esencial mediante la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma.

Naturalmente esa negación de la base de partida de la Sentencia supone un enfrentamiento crítico con la interpretación jurisprudencial de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 (tanto de este Tribunal Constitucional en su STC 126/1994, como del Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de marzo de 1995), de la que parte el órgano cuestionante, interpretación fielmente seguido por éste.

2. Aunque la cuestión de inconstitucionalidad se limita a la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, en su planteamiento, sobre todo en la enunciación del juicio de relevancia, resulta claro que se parte del sentido atribuido en la jurisprudencia que cita a las normas 1 y 3 de dicha adicional. Según ella el cónyuge viudo queda al margen de la regulación de esas normas, estando su situación jurídica regida por la LGSS (la de 1974 en el momento contextual a la disposición adicional). Es indudable que, aunque no sean dichas normas 1 y 3 el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, constituyen su presupuesto, habida cuenta de que el alcance subjetivo de la norma 5 sólo puede fijarse a partir del propio alcance subjetivo de las normas que la preceden en la disposición adicional. Por ello en un juicio de constitucionalidad que pretenda ser riguroso, no puede eludirse la constatación de si el alcance subjetivo de la cuestionada norma 5, que deriva de la interpretación jurisprudencial del alcance subjetivo de las que la preceden, es, o no, el que el órgano cuestionante le atribuye, lo que inevitablemente supone incluir en ese juicio de constitucionalidad la interpretación jurisprudencial de esas normas precedentes, pues es en ella donde se asienta, reitero, el tratamiento jurídico diferencial de los diversos titulares de la pensión de viudedad.

La Sentencia de la que disiento ha eludido explícitamente el enjuiciamiento de esa jurisprudencia, limitándose a tomarla como dato, en una actitud autolimitativa de la jurisdicción de este Tribunal que no comparto.

No creo que se invada el ámbito de la jurisdicción de este Tribunal al enjuiciar la interpretación de la legalidad ordinaria, cuando de lo que se trata, es de si tal interpretación es respetuosa con el principio constitucional (art. 1 CE) y el derecho fundamental de igualdad ante la Ley (art. 14 CE).

Todo juicio constitucional de igualdad referido a una ley, competencia incuestionable de este Tribunal, inevitablemente debe incluir, como uno de sus elementos, la interpretación de dicha Ley; y no creo que esa interpretación pueda estarle vedada a este Tribunal Constitucional por el hecho de que el Tribunal Supremo, en ejercicio de su insustituible jurisdicción, y en su propio plano de actuación, haya abordado, a su vez, la interpretación de la misma ley.

La cuestión está resuelta en el sentido que sostengo por la propia jurisprudencia de este Tribunal citada en la Sentencia de la que disiento, utilizada en ella para superar la dificultad de que, según el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la desigualdad cuestionada no se produce en «una Ley», sino que resulta de la aplicación de «leyes distintas» a supuestos que se consideran iguales. A tal fin (FJ 6 de la Sentencia) se traen a colación las SSTC 39/1992, de 30 de marzo, 268/1993, de 20 de septiembre, 377/1993, de 20 de diciembre y 291/1994, de 27 de octubre. Pues bien, es la misma STC 39/1992, de 30 de marzo, la que en un fundamento anterior al aludido en la Sentencia de la que disiento (en ella se alude al 8), concretamente en su FJ 5, párrafo 2, dice lo siguiente:

«Aunque en una primera consideración del tema pudiera en efecto entenderse que nos hallamos ante un problema de legalidad ordinaria, carente de relevancia constitucional, debe sin embargo convenirse en que ello

no es así, puesto que la doctrina constitucional, representada, entre otras, por las SSTC 19/1983, 109/1988, 253/1988 y 103/1990, ha establecido, de un lado, que la jurisdicción exclusiva que confiere el art. 117.3 de la Constitución a los órganos judiciales no impide que el Tribunal Constitucional deba revisar la interpretación judicial de las leyes, cuando de ella puedan resultar afectados derechos fundamentales y libertades públicas, pues en tal caso la interpretación y aplicación de la norma adquiere relevancia constitucional y, de otro lado, que el principio de igualdad puede resultar vulnerado, cuando los Jueces y Tribunales apliquen las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca o no corrija trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables y además la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admisible en derecho conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que, en otro caso, se produciría.»

No puedo comprender cómo este Tribunal, por una parte no vea dificultad en llevar un posible juicio de igualdad «en la Ley», a un juicio de igualdad «en leyes distintas», sustentando la amplitud de ese juicio en la jurisprudencia aludida, y simultáneamente restrinja su facultad de enjuiciamiento, para no enfrentarse a la interpretación jurisprudencial de la Ley, cuando la propia jurisprudencia constitucional invocada para lo primero abre explícitamente la vía para lo segundo.

Pero es que además en esa simultánea amplitud y restricción de criterio la consecuencia es la de que este Tribunal viene a ser más respetuoso con la interpretación judicial de la ley que con la ley misma, lo que no me resulta lógico, ni compartible por tanto.

En todo caso, la actitud inicial de respeto hacia la interpretación jurisprudencial de las normas 1 y 3 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, presupuesto de la cuestión, creo que no tiene en cuenta que, aunque nuestra Sentencia se refiera inmediatamente a la norma 5, el sentido de nuestra doctrina, a menos que se rectifique en el futuro, es tal, que los mismos argumentos valen para cuestionar la constitucionalidad del diferente trato atribuido a los separados y divorciados en la norma 3 de la disposición adicional, y a los viudos en la LGSS de 1974, trato diferenciado que, sin embargo, la jurisprudencia pronunciada sobre ella viene consagrando.

3. Distanciándome del respeto hacia la interpretación jurisprudencial referida, creo que en el juicio de igualdad que el órgano cuestionante nos propone el primer eslabón del discurso debe consistir en la constatación de si, en efecto, la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, en cuanto a la aplicación de la causa de extinción recogida en dicha norma 5 en su remisión al art. 101 CC, constituida por la convivencia more uxorio, establece un trato diferenciado para los cónyuges divorciados de un matrimonio anterior del causante de la pensión de viudedad, y para el viudo de éste.

La clave de esta constatación debe situarse en el dato de la remisión de la norma a los apartados anteriores de la disposición adicional: («5.^a: Los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo 101 del Código Civil»), de modo que los sujetos concernidos por dicha norma no son otros que los titulares de los derechos, a los que las normas precedentes se refieren.

Sobre esa base, para negar que la norma 5 cuestionada establezca un trato diferente para los separados y divorciados en comparación con el atribuido en otra norma al viudo, basta con constatar que el viudo tenga establecido su derecho en alguno de los apartados anteriores de la disposición adicional décima, a que su norma 5 remite.

Al respecto, si se acude a la norma 1 (comprendida sin ningún género posible de discusión en la referencia de la 5), puede afirmarse con razonable seguridad, que el derecho del cónyuge viudo está contenido en esa norma, con la consecuencia de quedar incluido en el radio de acción de la 5, y, por ello, de la concreta causa de extinción de la pensión de viudedad resultante de la aplicación al caso de los supuestos del art. 101 CC por imperio de dicha norma 5, consistente en la convivencia *more uxorio*.

4. La disposición adicional en su párrafo 1 y en la norma 1 dice:

«Con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas:

1. A las prestaciones de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en esta disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio.»

La primera consideración a tener en cuenta, al abordar desde la clave constitucional de la igualdad la interpretación de la norma 1 referida, es la de si tal interpretación sitúa a los distintos beneficiarios teóricos de pensiones de viudedad en posiciones iguales o diferentes. Tal dato debe ser previo al del análisis de si, en el caso de que existan diferencias de trato legal (bien sea porque las diferencias derivan de la aplicación de normas diferentes, bien porque las situaciones de cada beneficiario puedan no considerarse iguales, y por tanto su tratamiento legal diferenciado pueda ser distinto, bien por las dos causas a la vez, si las situaciones distintas determinan, a su vez, su regulación en leyes distintas), y dadas éstas, las mismas tienen justificación constitucional suficiente.

Lo que se quiere resaltar desde la clave de la igualdad, es que a la hora de la interpretación de una norma determinada, no puede ser constitucionalmente indiferente el que se opte por dejar fuera de su ámbito de aplicación determinadas situaciones, remitiendo la regulación de éstas a una normativa distinta, cuando de ello resultan regímenes diferenciados, si frente a dicha opción interpretativa cabe la de considerar integradas todas las distintas situaciones en el ámbito de la misma norma, con el resultado de que todas ellas reciban un mismo trato legal.

Es indudable que, si el sentido lógico de la norma a interpretar permite optar por el segundo término de la alternativa enunciada, la plena efectividad del derecho fundamental de igualdad ante la Ley, en cuanto clave obligada de interpretación, impondrá la necesaria prevalencia de esa interpretación y el rechazo de la contraria.

Pues bien, no existe ninguna dificultad lógica para entender que el sentido de la norma 1 que ahora analizamos es proclamar en todo caso el derecho del cónyuge a las prestaciones por razón de matrimonio [se acota la reflexión en el cónyuge prescindiendo de los descendientes para simplificarla]; y que la expresión «con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio», no supone que la norma tenga como supuesto único de referencia aquellos eventos, sino que el derecho es independiente de esas situaciones, que pueden darse o no, siendo claramente la función normativa de la mención de las mismas la de modificar el sistema precedente, en el que esas situaciones (una inexistente,

la de divorcio, y otra no, la de separación) hubieran impedido el devengo del derecho.

Atribuir a esos términos legales («con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio») el sentido referido, no supone forzar en lo más mínimo la interpretación gramatical y lógica del texto legal; y por otra parte en tal interpretación se conserva la armonía del mismo con el sentido del párrafo inicial de la Adicional al que nos referimos antes (interpretación sistemática) que constituye la clave de arco de un sistema global modificado.

La interpretación alternativa contraria de que la norma se refiere sólo a los casos de separación o divorcio, para establecer en ellos el derecho a las prestaciones, antes inexistente, lo que supone hacer de la disposición adicional un simple añadido al sistema precedente, se ofrece en cambio como restricción interpretativa de su alcance normativo, al dejar fuera de la norma las pensiones devengadas en casos de matrimonio en que no se han producido dichas dos situaciones. Y además esa restricción interpretativa constituye la base para restringir el alcance del párrafo 1 de la adicional.

Pero lo que resulta decisivo desde la clave de una interpretación constitucional en línea de igualdad, es que la interpretación que se propone (la de la globalidad irrestricta de la norma) conduce a un régimen unificado de la «materia de pensiones y Seguridad Social» (párrafo 1) mientras que la interpretación restrictiva (la que refiere la norma a sólo los supuestos de separación o divorcio) implica la consagración de dos regímenes distintos y coexistentes de pensiones.

Ha de concluirse así que las exigencias del derecho de igualdad, en cuanto clave constitucional de interpretación de la Ley, imponen el rechazo de la interpretación restrictiva, conducente a la separación de regímenes, y en la misma medida imponen la primera de las interpretaciones, desde la cual no se producen tratamientos jurídicos diferenciales, interpretación que es, en definitiva, una interpretación de las que en la teoría general del Derecho se califican como interpretación declarativa, frente a la interpretación correctora (restrictiva, y extensiva). Ni siquiera se trata de una interpretación declarativa lata, sino que se trata incluso de lo que se califica como interpretación declarativa estricta.

La consecuencia de esta opción interpretativa, que es consciente y deliberadamente contraria a la de la jurisprudencia aplicada por el órgano cuestionante, y dentro de ella y muy especialmente a la STC 126/1994, conduce al rechazo de la cuestión de inconstitucionalidad, pues, si la norma 1 de la disposición adicional se refiere al derecho a la pensión de viudedad de todos los cónyuges supervivientes al causante, en la medida en que la norma 5 cuestionada, como acertadamente alega el Ministerio Fiscal, se refiere a «los derechos derivados de los apartados anteriores», a todos los cónyuges (trátese de viudo, cónyuge único conviviente con el causante, cónyuge separado único del finado, no concurrente en el derecho a la pensión con otros beneficiarios, o de cónyuges divorciados únicos o de cónyuges divorciados concurrentes con el viudo), les será aplicable la causa de extinción establecida en esa norma 5 por remisión al art. 101 CC, sin que exista la diferencia de trato en relación con cuya afirmada existencia se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, que carece así de base.

Llegados a esta conclusión no resultaría ya necesario abordar la interpretación de la norma 3 de la disposición adicional y su interpretación jurisprudencial, que está en la base del planteamiento de la cuestión, aunque considere oportuno exponer mi opinión de que también en la norma 3 se contiene la regulación del derecho a la pensión de viudedad del cónyuge viudo, y no sólo

del separado o del divorciado; y que también a aquél, lo mismo que a éstos, le es aplicable, para la determinación de la cuantía de su pensión, la norma de proporcionalidad al tiempo convivido con el cónyuge fallecido, con la consecuente inexistencia del derecho de acrecimiento de la pensión del viudo, si se extingue la del divorciado, que me parece de exclusiva creación jurisprudencial sin una mínima base discernible en la norma, y que es precisamente el supuesto normativo del que parte el órgano cuestionante, al enunciar en el planteamiento de la cuestión el juicio de relevancia.

5. La norma 3 dispone literalmente:

«El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento, 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 divorcio.»

En mi personal visión de esta norma, presupuesto, se reitera, del planteamiento de la cuestión, extraña que, si el legislador hubiera querido limitar el alcance del precepto a los supuestos de separación o divorcio, y con la única finalidad de regular las pensiones de los separados o viudos, no se hubiera referido a tales supuestos con nitidez (como lo ha hecho, por cierto, la LGSS de 1994 en el art. 174.2, correlato de la norma 3 que examinamos).

Excluido de la norma el cónyuge viudo, y limitada aquélla por tanto a los casos del cónyuge separado y del cónyuge divorciado, que es la interpretación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1995, resultan dos regímenes de la pensión distintos, respecto de los incluidos en aquél y los excluidos, diferencia que consiste en lo esencial en que el criterio de fijación de la pensión en proporción al tiempo de convivencia sólo opera respecto de los incluidos en la norma y no respecto de los viudos. Además esa visión de los incluidos y excluidos de la norma repercute en la determinación del alcance subjetivo de la norma 5, con la consecuencia derivada de la existencia también de dos regímenes distintos en cuanto a la extinción de la pensión, diferencias que suscitan un grado de dificultad todavía mayor desde la perspectiva constitucional del derecho de igualdad, si se parte de la idea, no de pensiones distintas, sino de las fracciones de una misma pensión.

Frente a esa interpretación jurisprudencial considero que una interpretación literal y lógica de la norma 3 referida no impide entender que la referencia a «quien sea... cónyuge legítimo» puede cubrir todos los supuestos de ellos, y por tanto también los de los viudos convivientes con el causante al morir éste; y ello, tanto se encuentren en situación de beneficiarios únicos de la pensión de viudedad, como en la de concurrencia con otros beneficiarios. El elemento en torno al cual se centran las posibles dificultades de la interpretación tiene que ver probablemente con la función normativa asignable al inciso final («con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio»).

En lo que podemos calificar como interpretación restrictiva del término «quien sea... cónyuge legítimo», se hace de aquel inciso final la clave de interpretación del alcance subjetivo del precepto, en el sentido de que la alusión a la causa de separación acota a su vez el alcance subjetivo de la alusión a «quien sea... cónyuge legítimo», que resulta serlo en la interpretación jurisprudencial que crítico sólo el cónyuge legítimo separado.

Tal interpretación es ciertamente compatible con el sentido literal y lógico del texto de la norma. Pero igual-

mente lo es la que, sin restringir el alcance subjetivo de la alusión a «quien sea... cónyuge legítimo», reduce la función normativa del inciso final («con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o divorcio»), a una meramente complementaria: la de fijar la intranscendencia de esas causas, cuando la separación o divorcio se hayan producido, sin necesidad de recortar por ello el alcance subjetivo de la alusión a «quien sea... cónyuge legítimo».

Visto así, el sentido innovador de la norma respecto al régimen precedente de la pensión de viudedad se revela con claridad. Consiste en haber introducido en todo caso, sin distinciones, como elemento de fijación de la pensión de viudedad el de la proporción del tiempo de convivencia matrimonial del beneficiario con el causante; y ello, se den, o no, situaciones de concurrencia, derivándose de tal inteligencia un trato absolutamente igual de todos los beneficiarios de la pensión de viudedad, resultado de la aplicación a todos ellos de una misma norma. Las diferencias en la cuantía de la respectiva pensión no resultarán de un tratamiento legal distinto, sino de las diversas circunstancias individualizadas de cada beneficiario, no dependiendo su pensión de circunstancias ajenas a él (que el causante hubiera contraído un solo o varios matrimonios, que existan o no otros beneficiarios de la pensión); no condicionándose la dinámica de cada pensión por la de las demás; y no entrando en juego, en suma, las ideas de reparto de la pensión única y de acrecimiento de la del viudo, al extinguirse las de los beneficiarios concurrentes, que no tiene ninguna base en la norma, al menos explícita, como acabo de advertir.

En realidad con la interpretación que aquí se expone no se trataría de que una pensión única deba dividirse entre varios beneficiarios, sino que en caso de pluralidad de éstos la pensión de cada beneficiario tiene su propia individualidad, y no es fracción de un todo, lo que permite la absoluta independencia de las dinámicas respectivas de las distintas pensiones, desapareciendo los problemas de interferencias entre beneficiarios, de los que el caso objeto del proceso a quo es ejemplo paradigmático. Esa pluralidad y entidad diferenciada de cada pensión es compatible con el hecho de la existencia de un límite legal implícito en la norma. En razón de ese límite, al ser (o poder ser, pues el parámetro temporal, en relación con el cual el tiempo de convivencia está en una determinada proporción, no se precisa en la norma, siendo sin duda uno de los puntos de mayor dificultad para su interpretación) la suma de los distintos tiempos de convivencia con el causante común la base cien del parámetro temporal de referencia de las distintas proporciones, tal suma no podrá exceder de esa base cien, con la consecuencia de que el conjunto de las distintas pensiones, determinadas en proporción al tiempo de convivencia con el causante, no podría exceder del límite teórico de una pensión del cien por cien (obviamente cuando se habla del cien por cien nos estamos refiriendo a la pensión, lo que es distinto de la relación porcentual de la pensión con su base reguladora).

Entendidas las normas 1, 3 y 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 en el sentido expuesto, todos los sucesivos cónyuges del causante resultan sometidos a un tratamiento absolutamente igual en el régimen de la pensión de viudedad regulado esas normas.

Por el contrario la interpretación jurisprudencial de las normas 1 y 3 de dicha disposición adicional, y derivada de ella la que sería aplicable al alcance subjetivo de la 5, comporta las siguientes diferencias en el trato

legal de los distintos beneficiarios de las pensiones de viudedad:

a) La aplicación de normativas distintas para regular un mismo tipo de pensiones: la LGSS de 1974 para los viudos stricto sensu (independientemente de que lo sean de un causante que hubiera contraído un único matrimonio con el viudo, o que hubiere contraído matrimonios anteriores extinguidos por divorcio), y para los cónyuges del causante cuyos matrimonios se hubieran extinguido por divorcio.

b) El diferente trato de los viudos mismos, a partir de dicha duplicidad de regímenes normativos, pues su respectiva pensión no dependerá exclusivamente de las circunstancias relacionadas con su matrimonio con el causante, ni percibirán, en todo caso, por tanto una pensión íntegra, sino que ésta puede depender de un evento totalmente ajeno a ellos, como es el hecho de los posibles precedentes matrimonios del causante, extinguidos por divorcio. En este caso, en vez de percibir la integridad de la pensión que les correspondería en caso del matrimonio único del causante, percibirán la diferencia que resulte de restar de esa integridad la parte de pensión que corresponda al cónyuge o cónyuges divorciados. De este modo dos viudos, que en términos comparativos se encuentren en posiciones teóricas de absoluta igualdad en cuanto a sus respectivos tiempos de convivencia con el causante, percibirán pensiones de viudedad diferentes.

c) La diferente composición del mismo régimen legal de la pensión de viudedad de los viudos, pues mientras que en el caso de matrimonio único del causante ese régimen estará constituido exclusivamente por la LGSS 1974 (y la normativa reglamentaria complementaria), en el caso del viudo cuyo causante hubiese contraído varios y sucesivos matrimonios, extinguidos por divorcio antes de contraer el último, el régimen legal de la pensión del viudo lo integran en realidad dos leyes: la LGSS 1974 y la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, puesto que hay que tener en cuenta la aplicación de esta última al cónyuge divorciado como dato normativo para fijar la pensión del viudo. De este modo la Ley 30/1981 condiciona de modo directo la cuantía de la pensión del viudo y por tanto es uno de los elementos normativos de su propio régimen legal.

d) La intranscendencia relativa del tiempo de convivencia matrimonial entre el viudo y el causante de la pensión, y el carácter determinante del tiempo de convivencia para fijar la pensión del cónyuge separado o del divorciado. Resulta así que respecto de una misma pensión, (puesto que de pensión única se trata, según la jurisprudencia de que partimos, y por tanto, de la misma entidad caracterológica en el caso de cada una de las partes), mientras que una de sus partes, la del viudo, se determina sin consideración al tiempo de convivencia con el causante, en la otra parte, la del divorciado, el tiempo de convivencia del titular de la pensión resulta decisivo.

e) El diferente trato de las pensiones únicas de viudedad según haya existido o no separación, pues en el caso del viudo separado en el momento del óbito de su causante su pensión de viudedad se determina en función del tiempo de convivencia matrimonial, mientras que si no hubo separación el tiempo de convivencia no cuenta. Así, pues, el tiempo de convivencia no opera como factor en función del cual se distribuye una pensión entre plurales beneficiarios (cónyuge viudo y anteriores cónyuges divorciados), sino que entra en función aunque se trate de una pensión única.

f) La introducción en el sistema de un elemento de acrecimiento de las pensiones en unos casos (en el caso

del viudo concurrente en la pensión con anteriores cónyuges divorciados, cuando se extingue la fracción de pensión de éstos), y no en otros (en el caso de concurrencia si la fracción de pensión que se extingue es la del viudo). Téngase en cuenta que ni en la LGSS de 1974, (en la que no cabía la posibilidad de plurales beneficiarios de la pensión de viudedad, pues en todo caso el matrimonio del causante sólo podía ser único), ni en la disposición adicional décima de la Ley 10/1981 (en la que ya se parte de la previsión de la posible pluralidad de matrimonios múltiples del causante, y derivada de ella se regula la concurrencia de los distintos beneficiarios de la pensión) existe ninguna norma que establezca tal acrecimiento, lo que pone en evidencia, cómo dicho acrecimiento, que es el soporte de toda una compleja conflictividad entre la pluralidad de titulares de la pensión, es de pura creación interpretativa de la jurisprudencia, en la que no es difícil advertir el propósito de mejorar la situación del viudo.

g) Finalmente la diferencia de regímenes citados conduce a que una misma situación de hecho, (la convivencia *more uxorio* del titular de la pensión de viudedad) en la que pueden encontrarse los diferentes beneficiarios, opera como causa extintiva de la pensión en unos casos (en los del cónyuge separado y en los de los cónyuges divorciados) y no en otros (en los de los viudos, lo sean de un matrimonio único del causante, y por tanto sin concurrencia en el disfrute de la pensión con otros beneficiarios, o lo sean de un matrimonio del causante, al que precedieron otros extinguidos por divorcio).

La constatación de ese panorama de desigualdad de conjunto a que conduce la interpretación jurisprudencial que analizamos, obliga a valorar si la interpretación jurisprudencial que conduce a él es la única interpretación posible de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, pues, si hay otra, dada la exigencia de interpretación de las leyes de conformidad a la Constitución, será obligado rechazar, por contraria al derecho de igualdad, la interpretación conducente a la desigualdad, y tener por única interpretación constitucionalmente aceptable aquella en que el citado panorama de desigualdad no se produzca. Al respecto ha quedado expuesta la interpretación legal posible, y constitucionalmente obligada sobre la base de dicha posibilidad.

6. Por todo lo expuesto considero que la cuestión de inconstitucionalidad debía haber sido desestimada, y en tal sentido dejo formulado mi voto disidente.

Madrid, a diecinueve de junio de dos mil tres.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y Rubricado.

Voto particular que formulan los Magistrados don Pablo Cachón Villar, don Guillermo Jiménez Sánchez y don Eugeni Gay Montalvo respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5105/97

Con respeto para la decisión mayoritaria, y de acuerdo con la opinión discrepante que mantuvimos en la deliberación en algunas cuestiones que estimamos de interés, disentimos de la decisión adoptada y de algunos extremos de su fundamentación jurídica en los términos que exponemos a continuación. Hacemos uso, así, de la posibilidad concedida por el art. 90.2 LOTC.

1. El Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad parte de la existencia de un tratamiento diferente, que estima no justificado y contrario

al principio de igualdad (art. 14 CE), entre el viudo conviviente y el divorciado en la fase de extinción de la pensión de viudedad: mientras que al primero no se le extingue su parte de la pensión de viudedad cuando convive *more uxorio*, al segundo, por el contrario, sí se le extingue por dicha convivencia.

Aunque el supuesto de hecho de que parte la presente cuestión de inconstitucionalidad se ciñe al divorciado o divorciada, la misma se extiende al separado o separada, a quien su parte de pensión de viudedad también se le extingue por convivencia *more uxorio*.

2. El examen de la cuestión, como se hace en la Sentencia mayoritaria, debe partir de nuestra doctrina en relación con el principio de igualdad ante la Ley.

Como sintetiza el fundamento jurídico 1 de la STC 144/1988, de 12 de julio, este principio opera «frente al legislador, o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria».

Como puede comprobarse, la aplicación de nuestra doctrina establece como primera premisa para su aplicación la existencia de situaciones o supuestos de hecho que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, sean iguales. Se exige, así pues, para proceder al juicio de igualdad ex art. 14 CE «la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que deriva de dicho precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas» (SSTC 212/1993, de 28 de junio, FJ 6, y 80/1994, de 13 de marzo, FJ 5, entre otras). O, como dijimos en la STC 1/2001, de 15 de enero, FJ 3, para poder apreciar vulneración del art. 14 CE «es *conditio sine qua non* que los términos de comparación que se aportan para ilustrar la desigualdad denunciada sean homogéneos».

3. Entendemos, pese a la argumentación de la Sentencia mayoritaria, que tal requisito esencial no concurre en el presente caso.

En la fundamentación jurídica de dicha Sentencia se afirma que el supuesto de hecho de los viudos convivientes con el causante al morir éste y el de los cónyuges separados o divorciados es igual (FJ 3, párrafo tercero, *in fine*), estando basada dicha igualdad en la unidad de la institución de la pensión de viudedad (FJ 6, párrafo sexto).

Sin embargo entendemos que la existencia de una misma pensión de viudedad no es el único elemento que se ha de tener en cuenta a la hora de proceder a la comparación de los términos que se nos ofrecen de referencia, pues con ello se soslayan algunos aspectos relevantes que permiten inferir, en los supuestos sometidos a nuestro enjuiciamiento, la existencia de situaciones distintas, justificativas del distinto trato legal que se dispensa a unos y a otros.

No basta la unidad de pensión, pues se trata de una pensión referida a personas que, como indicamos a continuación, se hallan en situaciones distintas, con diferente acceso a la participación en el reparto de tal única pensión.

En efecto. No resulta necesario abundar sobre la realidad de que se trata de situaciones de hecho que, respecto del causante de la pensión, se muestran claramente diferentes. Así, no es la misma la situación del cónyuge conviviente con el causante de la pensión en el momento del fallecimiento de éste (que ostentaba con el fallecido una convivencia actual y un vínculo matrimonial) que la situación de quien, pese a ser cónyuge, no convivía con el causante de la pensión al tiempo de su fallecimiento (como ocurre en caso de separación), o la situación de quien no era ni siquiera cónyuge del causante al tiempo del fallecimiento (caso de divorcio, en el que no habría ni convivencia actual ni vínculo matrimonial).

Esta evidente diferencia entre las respectivas situaciones de hecho impide entender que concorra un homogéneo término de comparación. Por ello, ausente éste, se desvanece cualquier posibilidad de trato desigual constitucionalmente relevante.

4. A lo expuesto interesa, además, añadir otras consideraciones. Precisamente por tratarse de situaciones de hecho distintas es por lo que el legislador regula un diferente régimen jurídico, en el cual los criterios que sustentan la distinta participación en la pensión (que no se han cuestionado ni en el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad ni en la Sentencia mayoritaria) se corresponden con los criterios que determinan la extinción de su percepción.

Así, refiriéndonos a la participación en la pensión, mientras el cónyuge viudo conviviente con el causante percibe en su integridad la pensión de viudedad, el separado y el divorciado la perciben en cuantía proporcional al tiempo de su convivencia con el causante. Y caso de concurrir el cónyuge conviviente con el divorciado se detrae de la pensión de aquél la cuantía correspondiente a éste.

Pues bien, partiendo de la precedente consideración, siendo la convivencia anterior con el causante el criterio con el que se fija la cuantía de la pensión del separado o divorciado, es una nueva convivencia (sea o no matrimonial) el criterio sobre el que se sustenta la extinción de la pensión de uno u otro. Y, en cambio, siendo conjuntamente la convivencia actual y el vínculo matrimonial subsistente los criterios determinantes de la pensión del viudo conviviente, es un nuevo matrimonio posterior la causa de la extinción de su pensión.

5. En consecuencia la opción cuestionada, como se comprueba, no responde a un criterio arbitrario ni a la apreciación de circunstancias personales o sociales proscribas por el art. 14 CE. Por el contrario los distintos criterios de extinción legalmente previstos, amén de responder, en sus respectivos casos, a las distintas situaciones de hecho que se contemplan, son coherentes con los criterios de reparto de la pensión ya aludidos. Dicho todo ello con independencia de si puede o no haber otras opciones más o menos adecuadas a la Constitución, cuestión ésta que no nos corresponde examinar.

Por todo ello, la cuestión de inconstitucionalidad debió ser desestimada, lo que debería haber llevado a la declaración de constitucionalidad de la regla quinta de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil tres.—Pablo Cachón Villar.—Guillermo Jiménez Sánchez-Eugeni Gay Montalvo.—Firmado y rubricado.

