



*Revista del Ministerio
de Empleo y Seguridad Social*

Seguridad Social



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

129

2017

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Seguridad Social

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Alfredo Montoya Melgar**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Nuria Paulina García Piñeiro**, Vocal Asesora del Gabinete de la Ministra.
- Serie Seguridad Social: **José M^a Marín Correa**, Magistrado del Tribunal Supremo. **Pilar González de Orduña Cereijo**, Directora del Gabinete de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Lucía Ortiz Sanz**, Vocal Asesora Unidad de Apoyo de la Secretaría General Técnica.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Decano Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor Agregado de Derecho de la UE. **M^a Belén Roel de Lara**, Jefa del Gabinete Técnico de la Secretaria General de Inmigración y Emigración.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

Maximino Carpio García, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

Joaquín García Murcia, Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Complutense.

Angel Blasco Pellicer, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

Cristina Gortazar Rotaeche, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

DIRECTOR

Pablo Hernández-Lahoz Ortiz
Secretario General Técnico

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González
Subdirector General de Información
Administrativa y Publicaciones

SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Telf: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@meyss.es

Internet: <http://www.meyss.es>

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 17-2.357

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>



Edita y distribuye:
Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO Papel: 270-16-002-5

NIPO Internet: 270-15-069-X

ISSN Papel: 2254-3295

ISSN Electrónico: 2254-3511

Depósito legal: M-12.168-1998

Diseño cubierta: CSP

Diseño interior: C & G

Imprime: Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Seguridad Social

SUMARIO

EDITORIAL, *José María Marín Correa*, 9

I. ESTUDIOS

La protección de la viudedad en los países de nuestro entorno.

Alberto Llorente Álvarez y Carmen Moreno Garrido, 19

Parejas de hecho y acceso a la pensión de viudedad: elementos de un modelo que convendría generalizar. *Carolina San Martín Mazzucconi*, 47

Pensión de viudedad del ex cónyuge como único beneficiario y del supérstite en supuestos de concurrencia. *Iván Antonio Rodríguez Cardo*, 69

Las pensiones de viudedad en el Régimen General de Clases Pasivas: evolución normativa tras la entrada en vigor del texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado. *Javier Simón García*, 105

Los problemas de la pensión de viudedad en la última doctrina judicial.

Elena Desdentado Daroca, 123

La pensión de viudedad en la doctrina del Tribunal Constitucional.

Pedro F. Rabanal Carbajo, 155

II. JURISPRUDENCIA

Recordatorio de Jurisprudencia en materia de Seguridad Social, en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Septiembre 2015 a mayo de 2016.

M^a Luz García Paredes, 179

III. BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía sobre «Pensión de viudedad», *203*

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Journal of the Ministry of Employment and Social Security

Social Security

CONTENTS

EDITORIAL, *José María Marín Correa*, 9

I. STUDIES

Widowhood pensions in neighbouring countries.

Alberto Llorente Álvarez y Carmen Moreno Garrido, 19

Common law partners and access to widowhood pensions: elements from a model that should become widespread. *Carolina San Martín Mazzucconi*, 47

Widowhood pensions for ex spouses as sole beneficiaries and for surviving spouses in cases of concurrence. *Iván Antonio Rodríguez Cardo*, 69

Widowhood pensions in the General Passive Class System: regulatory developments after the entry into force of the revised text Law about the Public Passive Class System. *Javier Simón García*, 105

Problems of widowhood pensions in the last judicial doctrine.

Elena Desdentado Daroca, 123

Widowhood pension in the Constitutional Doctrine.

Pedro F. Rabanal Carbajo, 155

II. CASE LAW

Summary of Jurisprudence on Social Security, High Court (Fourth Chamber).
September 2015 to May 2016. *M^a Luz García Paredes*, 179

III. REFERENCES

A selection of references on «Widowhood pensions», 203

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Editorial

Editorial

JOSÉ MARÍA MARÍN CORREA*

Absolutamente inusitado va a ser el comienzo de este editorial; pero el presente número de la serie de Seguridad Social es el primero que ve la luz desde que el coordinador externo de la dedicada por la revista al Derecho del Trabajo, Profesor Montoya Melgar, es Magistrado del Tribunal Constitucional. Estoy seguro de ser portador de los sentimientos de cuantos nos afanamos en este empeño científico-publicitario, si expreso la satisfacción por el reconocimiento de su amplio y profundo conocimiento jurídico y de sus cualidades humanas, junto con el sincero deseo de que preste a España los importantes servicios inherentes al nuevo cargo y función.

Una ligera lectura del sumario de este número de la Revista, informa sobre el tema central a que viene dedicado, que es la protección de la situación de viudedad, en nuestro Sistema de Seguridad Social. Frecuentemente he recordado que esta protección fue objeto, muy pronto, de uno de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en la STC núm. 103/1983, de 22 de Noviembre, inmediatamente seguida por la núm. 104, fechada en el siguiente día 23 del mismo mes, y que tan admirablemente glosó el llorado maestro Alonso Olea¹, lo que evidencia la trascendencia social que tiene la protección de la contingencia consistente en el fallecimiento de una de las personas componentes del más elemental núcleo familiar como era entonces el matrimonio, (al que la ley ha equiparado otros núcleos de convivencia personal). Junto a estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, será justo recordar aquellos del extinguido Tribunal Central de Trabajo que reconocieron pensión de viudedad al supérstite de una pareja cuyo matrimonio no pudo ser contraído por la preexistencia de un vínculo anterior, vínculo de imposible disolución legal, hasta que fue promulgada la ley de divorcio. Fue una urgente y decidida aplicación de la Disposición Adicional 10ª de la Ley de 7 de Julio de 1981, la que amplió el campo de beneficiarios de la prestación, con la inclusión en él de quien había convivido «more uxorio» con el causante, sin poder contraer matrimonio con él, por obstáculos legales, opuestos a la Constitución.

Estos recuerdos históricos parecerán impensables para quienes hayan llegado al estudio de nuestro Sistema de la Seguridad Social, con posterioridad a los años 80 del siglo XX. Y, sin olvidar lo pretérito, la revista nos informa sobre lo actual y vigente.

* Magistrado (j) de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

¹ «Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social», Tomo I, Cívitas, Madrid, 1984, págs. 243-250.

Encabeza los estudios el del Magistrado D. Pedro Rabanal, que nos expone, con clara sistemática los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en torno a esta pensión, y lo hace inicialmente llamando nuestra atención sobre el elevado número de Sentencias del mencionado Tribunal sobre una materia, cuya regulación, al menos inicialmente, es calificada por el autor como «aparentemente sencilla cualitativa y cuantitativamente». Y es que la evolución de los criterios sociales y legislativos sobre la institución matrimonial, base inicial de la protección, aunque fuera en el momento de su extinción natural, forzosamente ha dado lugar a las complejas cuestiones planteadas ante el TC. Con valentía recuerda este trabajo la composición extrajudicial del Tribunal y el condicionamiento que de ahí se deriva, de manera que al plantearse y ser resueltas estas cuestiones se ha buscado también «determinar o propugnar un modelo ideológico en cuanto a la familia y en cuanto a la organización del Estado». Particular relevancia tiene el profundo estudio que el autor hace sobre el fundamento causal de la protección, con la distinción entre acudir a una situación de necesidad, o limitarse a contemplar un hecho objetivo (el fallecimiento del causante). Pero para obviar la dificultad conceptual consistente en que la Seguridad Social suponga una compra de la pensión, se concluye que «en principio, la situación de necesidad es la que deriva de la pérdida de las rentas aportadas por el causante a la comunidad de vida, sin más». De ahí la también importante conclusión consistente en que esta protección haya adquirido la cualidad de «expansiva», como queda patentizado en su «reparto de pensión entre cónyuges y excónyuges, la ampliación del matrimonio a personas del mismo sexo y finalmente la extensión de la pensión a miembros de parejas de hecho». Esta realidad es enfrentada por la postura personal del autor quien se decanta porque la «pensión de viudedad habría de quedar, en efecto, para los supuestos de dependencia y falta de capacidad de ganancia del miembro superviviente de la familia e incluso condicionada a dicha falta de capacidad de ganancia, lo que muy probablemente conllevaría su práctica consunción por inanidad en un tiempo relativamente no muy grande.» Sigue el análisis de los pronunciamientos del TC sobre cual institución matrimonial es útil para originar «viudedad protegida», y contrasta la STC 199/2004, que reconoce pensión de viudedad al superviviente de un matrimonio canónico no inscrito, con la STC 194/2014, que niega la pensión cuando se partía de un matrimonio islámico no inscrito. También se reflexiona, al tratar del matrimonio celebrado bajo la forma de la etnia gitana, sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 diciembre 2009, que reconoció la protección a quien enviudó de un matrimonio así celebrado. De ahí se pasa a exponer la fundada opinión personal sobre la equiparación de una situación fáctica, por definición, «de hecho» con una institución jurídica como es el matrimonio, siquiera haya sido cuestionada incluso la necesidad de una regulación específica, «tras la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo y la plena libertad de los cónyuges para resolver unilateralmente el vínculo matrimonial.» Como no podía ser menos, el TC ha distinguido decididamente entre matrimonio y «pareja de hecho», lo que no fue óbice para que el legislador reconociera pensión de viudedad al superviviente de una pareja. Esta realidad normativa lleva al autor a adentrarse en los requisitos para el beneficio y nos enseña que el TC los ha enjuiciado en clave de igualdad, aunque buscando la evitación del fraude. Como se ha dicho al principio, hay cuestiones que tuvo que tratar el TC, pero que, actualmente no lo son por decisión del legislador, y así acaece con la viudedad derivada de una pareja homosexual, sobre la que también discurre este trabajo, que expone la decisión que afirmaba ser conforme con la Constitución la exigencia de matrimonio como requisito que impedía acceder a la pensión a parejas del mismo sexo (SsTC 92, 124 y 157/2014), en cuyos votos particulares parece apuntarse que el matrimonio heterosexual y las parejas homosexuales tengan la misma funcionalidad.

El trabajo de los Letrados de la Seguridad Social Sr. Llorente y Sra. Álvarez nos presenta un panorama muy rico sobre la regulación de la pensión de viudedad en los que ellos mismos califican como «países de nuestro entorno», calificativo que aplican según diversos criterios, aunque

confiesan que también ha prevalecido «un criterio puramente de preferencia personal». También se nos anuncia que no es un estudio de Derecho «comparado», sino exposición de las realidades nacionales correspondiente, a lo que se añade que, antes de entrar en el estudio de la pensión de viudedad, se recuerda el sistema protector de cada nación. En Alemania se diferencian la anterior regulación y la aplicable cuando los dos cónyuges hubieran nacido después del 1 de Enero de 1962, o contraído matrimonio después del 31 de Diciembre de 2001. Si prescindimos del régimen anterior y del transitorio, del nuevo se nos dice que los cónyuges podrán optar entre la nueva pensión de viudedad o por el reparto entre los dos cónyuges de la pensión de jubilación, («Splitting»). Como hay una reducción de la cuantía de la pensión de viudedad, (del 60% al 55%) se establece una posible compensación en atención a cada hijo que hayan educado (lo que patentiza lo inicialmente afirmado por los autores de que la pensión de viudedad es protección a la familia). Hasta los 45 años de edad del beneficiario la cuantía es solo del 25%, que se eleva al 55% al alcanzar esa edad, sin haber contraído nuevo matrimonio. Se contempla la reducción por otros ingresos del beneficiario, y se exige un año de matrimonio anterior al fallecimiento del causante, para evita posibles fraudes. Si optan por el reparto de la pensión de jubilación, la viudedad se calcula teniendo en cuenta solo la cotización del causante vigente el matrimonio, y no la anterior. Pero esta pensión no es minorada en atención a los ingresos propios del beneficiario, ni se extingue por contraer nuevas nupcias. De Bélgica se nos infirma sobre la existencia de dos prestaciones: una pensión de supervivencia o viudedad y una pensión de viudedad temporal. La primera exige un mínimo de un año de matrimonio (computable como tal la convivencia extramatrimonial) o la existencia de hijos propios del supérstite o comunes. Exención en los supuestos de accidente de trabajo o enfermedad profesional posterior al matrimonio. Si se trata de pareja de hecho, ha de estar registrada. Se añade el requisito de 45,5 años de edad, con exenciones por hijos, incapacidad o prolongado trabajo del causante en minas. El paso a nupcias posteriores suspende la pensión, que puede ser reanudada de modo opcional, si surge nueva viudedad. Y hay normas específicas para los supuestos de divorcio. La prestación temporal, lucrada si se carece del derecho a pensión, es de 12 meses, que se amplía a 24 si existen hijos a cargo. Son prestaciones que precisan solicitud, salvo que el causante fuera pensionista, porque en este caso es reconocida «de oficio». Dada la complejidad del sistema francés, en la pensión de viudedad distinguen los autores entre la protección otorgada por el Régimen general y la otorgada por los Regímenes complementarios, y especifican el organismo que proporciona cada una de las prestaciones. Pensión se otorga quien haya alcanzado determinada edad (55 años, y 51 en algunos supuestos temporales), o esté incapacitado para el trabajo, y siempre que sus ingresos patenten la situación de necesidad, mientras que el subsidio es para el menor de 55 años, con ingresos inferiores a determinada cantidad. A esta protección se une la proporcionada por los sistemas complementarios en forma de pensión, condicionada por la edad, o por la existencia de hijos menores de 21 años. En cuanto a Italia, la seguridad social estatal condiciona la pensión de viudedad a la situación real de invalidez del causante, o a que, el mismo hubiera tenido derecho a pensión, en caso de invalidez o de jubilación. El beneficiario es el cónyuge o el divorciado con derecho a pensión compensatoria. Un subsidio por fallecimiento (trabajadores asegurados antes del año 1995, o indemnización a tanto alzado (trabajadores asegurados después del año 1995) sustituyen a la pensión no lucrada. Con cargo a diferente gestora se causa viudedad en el supuesto de accidente de trabajo o enfermedad profesional. Respecto de los Países Bajos, se limitan las anotaciones, por las numerosas especialidades a señalar. Es de destacar la duplicidad de que se da al existir seguros sociales cotizados y previsión social, a cargo del Estado, así como, en cuanto a la viudedad, que hay un cambio muy significativo a partir del año 1996. Se parte de la equiparación de la pareja de hecho al matrimonio, o al divorciado con pensión compensatoria, e inicialmente se trata de una protección general en cuanto ampara a toda la población, e incluso a quien, sin residir en estos territorios satisface aquí su impuesto sobre la renta; pero con la

condición de la necesidad, porque se deducen los ingresos provenientes del trabajo (entre los que se incluyen, por ejemplo, las prestaciones, y porque se condiciona a alguna de estas tres circunstancias: a) tener a su cargo un hijo menor de 18 años; b) aquejar una incapacidad laboral al menos de un 45%; y c) haber nacido antes de 1 de enero de 1050. Hay un tope máximo de cuantía fijado en el 70 por ciento del Salario Mínimo Legal vigente, y la pensión está exenta de impuestos. En el vecino Portugal, los autores identifican la «pensión de supervivencia» condicionada a un año anterior de matrimonio (o a dos años del establecimiento de la pareja de hecho), o existencia de hijos comunes, o muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional posterior al matrimonio; a que el supérstite sea mayor de 35 años o esté incapacitado para el trabajo; y un periodo de carencia de 36 meses. El divorcio requiere pensión compensatoria. Cuantía inicial del 60% (70% si hay más de un beneficiario) de la pensión de jubilación, real o lucrada, del causante, y soporta una carga de solidaridad, si alcanza determinada cuantía. Pasar a nuevas nupcias, es causa de extinción de la pensión. Al momento del fallecimiento se concede una cantidad a tanto alzado para los gastos de sepelio; y la asistencia social proporciona pensión de viudedad causada por quien fuera pensionista de jubilación o de invalidez no contributiva. Tras dejar constancia de las abismales diferencias existente entre el sistema protector de Inglaterra y de nuestros restantes vecinos, se sitúan las prestaciones por muerte y supervivencia entre las «contributivas», regidas por la condición de periodo de carencia y por ser de importe fijo. Hay una subsidiaria indemnización por defunción, y dos clases de pensiones de viudedad, la que protege al supérstite con hijos –incondicionada para la causada por víctima de accidente de trabajo- y la que lucra el supérstite que cuente con 45 años de edad y no alcance la edad de jubilación. Dura 52 semanas. Nuevas nupcias o pareja de hecho son causa de extinción, en los dos supuestos, y la percepción es compatible con el trabajo, pero no con otra prestación contributiva. Una prolija explicación de la seguridad social sueca, conduce a la negativa de que en Suecia perviva la pensión de viudedad, solo mantenida a favor de la mujer nacida antes del año 1944 o para quienes se casaron antes de 1989, con la mayor cobertura en los supuestos de los llamados riesgos profesionales. Condición específica es la percepción de la llamada «pensión de garantía», condicionada, a su vez, por una residencia en Suecia de tres años como mínimo, para cuyo cumplimiento son computables los resididos en cualquier Estado de la Europa Comunitaria. Los detalles específicos de la «pensión de adaptación» vienen a coincidir con los conocidos de tiempo anterior de matrimonio (5 años), existencia de hijo, o embarazo «póstumo»; es temporal (12 meses) prorrogable hasta 18 meses. Concluye este trabajo con unas consideraciones finales, entre las que destacan la equiparación de las parejas de hecho al matrimonio, y la contemplación de los cónyuges divorciados.

La Profesora Sra. Desdentado Aroca nos ofrece un detallado estudio de las sentencias que han ido recayendo sobre la pensión de viudedad, y que inicia con la valoración del matrimonio como situación preferente para dar lugar a la pensión, dado que tal criterio ha sido declarado acorde con la Constitución, incluso aunque ello supusiera impedir a las parejas homosexuales el acceso a la protección. Tras las leyes 40/2007 y 13/2005 es claro que tal preferencia ha desaparecido, lo cual no es obstáculo para que el trabajo se adentre en lo que entiende como los problemas prácticos existentes para acreditar la existencia del vínculo conyugal, cuando este es fundamento de la pensión, y específicamente en la eficacia del matrimonio canónico no llevado al Registro Civil y el matrimonio contraído con arreglo a las costumbres de la etnia gitana, sin que silencie su crítica a la sentencia del TEDH, que reconoció su eficacia y que la autora entiende aplicable al matrimonio islámico calificado como nulo. Es muy interesante la extensa y profunda reflexión sobre la eficacia a efectos de la pensión de viudedad del matrimonio polígamo contraído por extranjero en cuyo Estado sea lícito, cuya conclusión, apoyada en sentencias, podemos sintetizar que consiste en reconocer la eficacia «limitada» de la poligamia, con objeto de proteger a todas

las esposas del varón polígamo sin que ello vulnere nuestra Constitución, mientras que sirve a los principios de seguridad jurídica y de igualdad. La autora se refiere después a la enfermedad anterior al matrimonio, como posible exclusión de la pensión. Pasa la autora a examinar la doctrina sobre la convivencia prematrimonial, cuando también preexiste al matrimonio una enfermedad, y critica la Doctrina que no exige constancia de que la convivencia fuera «more uxorio», porque esta condición, al ser tan íntima, debe ser acreditada formalmente. Obviamente no se computa la convivencia cuando existía vínculo anterior no disuelto, y se enuncian las sentencias en que aparece consolidada la doctrina expuesta. Pero el matrimonio está muy afectado por las llamadas crisis matrimoniales, con su repercusión en la pensión de viudedad. Sobre el divorcio es resaltada la Doctrina que dota de eficacia a la pensión compensatoria reconocida en documento privado, o el cambio de criterio que equipara a dicha pensión el reconocimiento de cualquier suma periódica en favor de la esposa, así como la contemplación de la pensión subsistente tras la muerte del esposo y la previa extinción de la pensión temporal. Distribución entre varios supérstites, efectos de la reconciliación de divorciados y su publicidad o registro, y la indemnización en la nulidad, completan este apartado, al que sigue el estudio de la múltiple Doctrina en torno a la pensión de viudedad en las parejas de hecho, siempre apoyado en la cita de las sentencias que la configuran, y que constituye la coronación de este enriquecedor y magnífico estudio.

D. Javier Simón intenta algo así como una minoración del contenido de su trabajo sobre la viudedad en las Clases Pasivas del Estado, al presentar su estudio con la finalidad de comparar la regulación que podríamos tomar como originaria (Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril) y la gran modificación introducida en su art. 38 por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, cuando en realidad lo que proporciona al lector es la exposición de una y otra de estas regulaciones. En concreto, respecto a la vigente, y en cuanto al matrimonio resalta la conocida restricción en el supuesto de que el fallecimiento se deba a una enfermedad anterior al matrimonio, supuesto en que es exigido el conocido requisito de un año de antelación, como defensa ante posibles fraudes de ley. Pensión compensatoria que se extinga por la muerte del obligado, cuando haya divorcio, o indemnización, en caso de nulidad, son requisitos impuestos por este sistema protector. Reparto proporcional en la concurrencia de beneficiarios, con garantía del mínimo del 40%, y proporción al tiempo de convivencia en la nulidad, extinción por pasar a nuevas nupcias o a constituir pareja de hecho, son medidas coincidentes con el Sistema General. Sin embargo en la pareja de hecho, aparte el requisito de la antelación temporal, hay establecida una exigencia de necesidad, fijada en no mantener ingresos superiores al 50% de los percibidos por los dos en el año anterior (25% si no hay hijos); o que no superen al 1,5 del SMI incrementado en un 0,5% por cada hijo que tenga derecho a pensión de orfandad. Se ocupa el autor, y nos ofrece una muy útil síntesis de ello, de la viudedad reconocida a la pareja de hecho del causante, y, tras volver a insistir sobre la nuevas redacciones del art. 38 de la Ley de Clases Pasivas, expone el derecho transitorio, que fija el día 1 de Enero de 2008, como fecha de referencia, de modo que si la separación o extinción del matrimonio ha sido anterior, se exime del requisito de pensión compensatoria en el supuesto de separación judicial o divorcio, sometida a otras circunstancias (hijos comunes o edad superior a 50 años, etc). Concluye este trabajo el estudio de la medida protectora del nacimiento de hijos, consistente en el incremento de la pensión de viudedad, si el matrimonio tuvo uno (5%), dos (10%), o tres o más hijos (15%).

La Profesora Titular, acreditada como Catedrática D^a Carolina San Martín inicia su reflexión sobre la viudedad derivada de la existencia de pareja de hecho con una idea madre, que viene a resumir al decir, con el TS, que más bien se trata de una «pareja de derecho», pues que a la realidad misma de la convivencia, precisa añadir un mínimo de formalidades, para ganar relevancia jurídica; y centra el estudio en la que es definida en el propio Texto de 1995 de la LGSS.

Ni siquiera es posible identificar un concepto de pareja de hecho jurídicamente unívoco dentro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Así, en lo que a este estudio interesa, la pareja de hecho es exclusivamente la que viene definida como tal en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Tras la inicial referencia que contuvo la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, recuerda el Acuerdo Sobre Medidas en Materia de Seguridad Social (13 de julio de 2006) que contenía una mención literal de las parejas de hecho, lo que se reflejó en el art. 174 de la LGSS, con requisitos, hoy subsistentes para originar la pensión, bien que muy matizados por el TC, al rechazar la desigualdad derivada de la remisión a legislación de las Comunidades Autónomas para acreditar la existencia de la pareja, dada la diversidad de tales legislaciones. Por fin se llega a la normativa actual y se enuncian los preceptos vigentes: art. 221 que define esta pareja «de derecho», e invoca una cierta situación de necesidad, al contemplar ingresos máximos del supérstite como causa de denegación de la pensión; art. 218 LGSS para el subsidio de defunción; art. 219 en su exigencia de alta y cotización; art. 220 para la distribución entre varios concurrentes; y art. 227 para la indemnización especial en supuestos de muerte por riesgo laboral. El estudio más pormenorizado se centra, en primer lugar en cual sea la pareja de hecho realmente asimilada al matrimonio, con referencia a la «afectividad conyugal», expresión que ha precisado de la concreción jurisdiccional en los términos de «régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar», pero con una exigencia determinante y es que la pareja hubiera podido contraer matrimonio legal, y expresamente, que no existiera vínculo de alguno de sus componentes. Se añade un dato de estabilidad, fijado en el término de cinco años, para cuya prueba el empadronamiento fue medio casi imprescindible, aunque ya es sustituible por cualquier otro instrumento eficaz. Y, aún más, se pide lo que la autora identifica como «exteriorización formal», consistente en la inscripción en alguno de los registros existentes al efecto, exigencia mantenida por el TC y por el TS, y que los Tribunales, de modo mayoritario, interpretan restrictivamente. La situación de necesidad (rentas inferiores a los topes del art. 221, arriba aludido) es cuantitativamente la misma que vimos en la viudedad de las Clases Pasivas del Estado, y merece de la autora la calificación de exigencia que diferencia esta viudedad de la derivada del matrimonio. Sugiere, finalmente, un replanteamiento de la protección para evolucionar hacia una protección moderna, socialmente eficiente y, sobre todo, justa.

Completa estos estudios el realizado por el Profesor de Oviedo Sr. Rodríguez Cardo, quien se ocupa de la cuantificación de la pensión, cuando se atribuye bien a un solo beneficiario o bien en el supuesto de distribución entre más de uno. También en esta materia concreta se hace mención a la inicial tarea interpretativa de los Tribunales, aunque más adelante no se libren los órganos de la Administración de Justicia de alguna crítica sobre sus decisiones; y asimismo a la importante reforma que introdujo la Ley 40/2007. Para situar su reflexión se nos ofrecen primero los criterios de atribución anteriores a dicha Ley, y se nos dice que entonces se reconocía a todos los excónyuges la pensión, pero «en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido», según vino a establecer definitivamente el TS, al tiempo que se fijaban como términos de referencia el tiempo transcurrido entre el primer matrimonio y el fallecimiento, y la duración del matrimonio a considerar. Son magisteriales los cuadros en que se plasman los efectos de este criterio de reparto, cuando el tiempo transcurrido entre un primer matrimonio y el o los subsiguientes matrimonios es prolongado, y este tiempo se computa a favor del primer cónyuge. De ahí se pasa al estudio de la citada Ley 40/2007, que contempla tres posibles beneficiarios, a saber, cónyuge supérstite, ex cónyuges y parejas de hecho, que dejan de serlo si contraen un ulterior matrimonio, o constituyen

una pareja de hecho que sea causa de pensión de viudedad. La pensión compensatoria en el caso de divorcio y la indemnización en la nulidad, son también contempladas en la nueva norma, modificada en el 2009 para eximir del requisito a las víctimas de violencia de género, y para que la pensión compensatoria fuera límite cuantitativo de la pensión. A ello se añade la debatida y limitada eficacia de la reconciliación. Nuevamente se nos ayuda a comprender la realidad, y sus defectos, de la actual regulación de la distribución de la pensión entre varios beneficiarios, con cuadros muy didácticos, para pasar después al problema consistente en si afectan al principio de igualdad los criterios de distribución establecidos, sin silenciar (aunque sin mención literal) el criterio que se llamó del INSS viudo, es decir, cuando la pérdida de pensión por un beneficiario concurrente no incrementa la cuantía de la pensión calculada proporcionalmente. Se razona, a continuación, que si la pensión de viudedad pretende atender el quebranto económico que supone el fallecimiento del sujeto causante es claro que la posición de supérstites y excónyuges no guarda identidad de razón, pues de ordinario será el supérstite el más afectado, de manera que un trato igual sería inconstitucional, para añadir una importante reflexión sobre el acrecentamiento de la pensión de orfandad, que ya apareció en el Texto de 1966, y que está regulado por el RD 296/2009. Se enfrenta el autor con el dilema consistente en si la Ley 40/2007 responde, o no, la previa voluntad de los interlocutores sociales (Acuerdo de 13 de Julio de 2006, e incluso a lo que se dice en el preámbulo de la Ley, y concluye que la nueva norma coincide con lo ya establecido por el TS (S de 21 de Marzo de 1995), en el sentido de «el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aún concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último». Sigue una muy interesante, aunque poco iluminadora por su variabilidad, referencia a la Doctrina judicial recaída, de la que no cabe deducir criterios unívocos. Y así, el estudio termina exponiendo que las dudas interpretativas originan el temor de que sea desviada la voluntad del legislador por mor de una errónea interpretación, a que puede dar lugar la propia redacción del actual art. 220 LGSS/2015, si bien, se apoya en la doctrina distributiva consagrada por el TC, tanto como no contraria al art. 14 de la CE, como porque la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica. Siendo claro que la reforma del año 2007 restringía los derechos de los excónyuges, al limitar su pensión con el importe de la pensión compensatoria. Importante reflexión la que pide al legislador una decisión clara al respecto, que, no producida, impone la interpretación que eluda novedades.

Nuevamente agradecemos a la Magistrada Sra. García Paredes el siempre útil repertorio de Jurisprudencia, que en este número se complementa en el apartado de Documentación con un repertorio de Bibliografía en torno a la pensión de viudedad, preparado por los servicios de la Biblioteca del propio Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

I. Estudios

La protección de la viudedad en los países de nuestro entorno

Widowhood pensions in neighbouring countries

ALBERTO LLORENTE ÁLVAREZ*
CARMEN MORENO GARRIDO*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

I

Comparar instituciones de distintos sistemas jurídicos siempre constituye un ejercicio complejo no exento de riesgo. Cada ordenamiento, aun compartiendo con otros principios u objetivos, responde al desenvolvimiento histórico, social, económico y político del Estado en el que surge. Seguramente por ello se ha afirmado que cada ordenamiento jurídico o cada concepción del «Derecho» es un «fenómeno cultural», una práctica social de una determinada comunidad «para resolver los problemas cotidianos de la vida social»¹, o en formulación clásica: «la conducta de la gente, del hombre... es el sustrato irreductible del Derecho»². No obstante, entre los distintos sistemas se produce un *flujo jurídico* derivado del conocimiento

mutuo, flujo que puede ser más intenso cuando el grado de neutralidad de una institución con «la sociedad» en la que surge es más acentuado y es más difícil cuando una institución o una regla jurídica tiene mayor imbricación con la sociedad en la que germina, «un ejemplo recurrente es el derecho de familia, respecto del que se reconoce de manera unánime la estrecha dependencia con el contexto social»³.

El llamado Derecho de familia tiene numerosas manifestaciones en distintos ámbitos de cada ordenamiento: en el ámbito civil, en el tributario o, por lo que aquí nos interesa, especialmente en el de la Seguridad Social. A este respecto, cabe recordar que, cómo se señaló hace años, «la parte más considerable del Derecho civil de la familia significa muy poco para un tercio, por lo menos de la población (...) a todos cuantos viven al día, de su trabajo, nada les interesa la tutela (...) de los regí-

* Letrados de la Administración de la Seguridad Social.

¹ AJANI, G. et al. «Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y Materiales», p.p. 26-27. Barcelona 2010.

² HEGEL, «Filosofía Real [del espíritu, I. B. c.]», México 1984, p.p. 175-176; tomo la cita de ALONSO OLEA, M. *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid 2013, p. 33.

³ «En el Derecho de familia no parecería oportuno favorecer la imitación y la introducción de reglas que provienen de ordenamientos distintos», AJANI, G. et al. «Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y Materiales», p. 63. Barcelona 2010.

menes matrimoniales y aún, en gran medida, de las sucesiones legítimas y testamentarias. Su seguridad personal y la de sus allegados no reside en un patrimonio transmitido o por transmitir, sino en una red compleja y cada vez más apretada de leyes que pueden ser clasificadas de sociales, las que integran la legislación de seguridad social»⁴. Pues bien, dentro de los sistemas de Seguridad Social, las prestaciones de muerte y supervivencia son prestaciones esencialmente de protección a la familia, entendida esta en su sentido más amplio, toda vez que en «nuestras sociedades» actuales coexisten las que podríamos calificar como formas, más o menos, tradicionales de estructuración familiar con otro tipo de relaciones familiares más «novedosas»⁵ o no convencionales⁶.

Ahora bien, evidentemente, no todos los mecanismos de protección de la familia que pueden existir dentro de los diferentes sistemas de Seguridad Social o, si se quiere, dentro de los sistemas de Protección Social de un Estado, se encuentran dentro de las llamadas prestaciones de muerte o supervivencia o, simplemente, de supervivencia. Esto es, si cada sistema, como señalábamos, responde al desenvolvimiento histórico del Estado en el que se aplica, los sistemas de protección social, como sistemas que son, responden a una estructuración compleja de la protección y no a un mero agregado de prestaciones. Esta configuración de la protección social mediante «sistemas» protectores, sistemas que pueden configurar distintas prestacio-

nes o medidas protectoras con una misma finalidad, aunque desde diferentes ángulos, este complejo engranaje protector, decimos, dificulta la comparación de los mecanismos o prestaciones estatales de manera individualizada, sobre todo si de esa comparación de-sean extraerse conclusiones generales en relación con una concreta situación a proteger, máxime cuando este ámbito es tan amplio y heterogéneo como el de la protección a la familia. En este sentido, la comparación «individualizada» de prestaciones y la consiguiente toma de postura en orden a implementar modificaciones normativas puede abocar a la obtención de resultados seguramente no deseados, en relación con el nivel de protección que quiera otorgarse a unas concretas situaciones o realidades sociales.

II

Sin poder detenernos más en estas consideraciones de carácter general, que no obstante han de servir de marco valorativo para la exposición que se aborda en este estudio, cabe significar, ahora en particular, que un trabajo como el que sigue, en el que se pretende ofrecer una exposición de la legislación de diferentes sistemas de Seguridad Social –no su comparación– con un considerable aporte de datos, requiere unas previas explicaciones metodológicas.

Con el propósito apuntado, es necesario señalar que la primera cuestión metodológica a solventar, para la elaboración del estudio que sigue, se derivaba del título de la misma. En efecto, lo primero fue fijar cuáles eran los Estados de «nuestro entorno» a los que referirse. Ante la alternativa de analizar únicamente la regulación existente en nuestros vecinos, estricto sensu, y analizar las particularidades de esta prestación en todos los países de la Unión Europea –nuestro entorno socioeconómico y cultural más próximo– lo que podría desbordar los límites prudentes de todo análisis, ante esta alternativa, y tratando de alcanzar un equilibrio que permitiera ofrecer una información adecuada

⁴ CASTÁN TOBEÑAS, en el discurso de apertura de los Tribunales, Madrid 1955. Sobre la consideración de la prestaciones de muerte y supervivencia como prestaciones de protección a la familia: LLORENTE ÁLVAREZ, A. «Reflexiones y propuestas sobre la prestación de viudedad», Rev. Aranzadi Social, sept-2011.

⁵ «Hoy, como nunca antes, las decisiones referentes al matrimonio y a la vida familiar se toman en la esfera de los individuos implicados y no en la de la sociedad en su conjunto», COONTZ, S. «Historia del matrimonio. Cómo el amor conquistó el matrimonio», p. 409. Barcelona 2006.

⁶ GIDDENS, A. «Europa en la era global», p. 23, Barcelona 2007; LLORENTE ÁLVAREZ, A. «La protección por muerte y supervivencia (I)» p.p. 205-248, en «Aspectos prácticos de la reforma de la Seguridad Social», Valladolid 2008.

y suficiente sin que resultara excesiva y, por ello, poco útil, nos ha pareció oportuno analizar únicamente la legislación de determinados Estados. Decididos a elegir sólo algunos países, la selección la efectuamos, esencialmente, en función de su cercanía geográfica a nuestro Estado, de su peso demográfico dentro de la Unión, de su antigüedad en la misma y, en algún caso, por qué no decirlo, de un criterio puramente de preferencia personal. En definitiva, tras lo expuesto, es inevitable concluir que las presencias y las ausencias son de nuestra entera responsabilidad. Dicho lo anterior, y para no mantener un suspense innecesario durante las siguientes consideraciones metodológicas, quizás es el momento de avanzar que los Estados a los que nos referiremos serán: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, y Suecia.

Elegidos los Estados sobre los que trabajar, el siguiente paso fue determinar cuál sería la estructura básica que se debía emplear para la exposición de la información. Al respecto cabía seguir, al menos, dos criterios: uno, al que podríamos denominar horizontal, en el que la exposición se efectuaría eligiendo determinados requisitos para examinar su tratamiento en cada una de las legislaciones estatales; el otro, al que por contraposición se podría denominar vertical, suponía examinar las particularidades normativas de la prestación Estado por Estado. Ambas opciones tienen ventajas y deficiencias. Sin embargo, para lo que se pretendía, consideramos que la exposición horizontal adolecía de mayores inconvenientes. En efecto, la exposición horizontal podría dificultar la identificación del régimen jurídico de la prestación en cada país, al quedar diluidos los requisitos nacionales en la exposición global del conjunto, con el inconveniente, añadido, de que determinados requisitos exigidos en unos Estados no se requieren en otros, lo que necesariamente conllevaría o que quedaran fuera de la exposición o que fuera preciso la elaboración de una adenda en la que se recogieran las particularidades de cada legislación no reseñadas

en el núcleo de la exposición, pudiendo, a la postre, quedar enturbiados los datos que se ofrecían. En definitiva, para evitar estas dificultades, elegimos efectuar la exposición del régimen jurídico de la prestación analizando su configuración Estado por Estado.

En todo caso, desde esta última perspectiva, hemos considerado que una información estrictamente referida a la prestación de viudedad, desgajada del sistema de Seguridad Social en el que se encuadra, podría resultar insuficiente. Como hemos reseñado más arriba, cada sistema de Seguridad Social es tributario de la historia socio-económica y cultural del Estado en el que surge. Cada sistema, así mismo, maneja conceptos, estructuras o instituciones difícilmente comprensibles desde los demás. Por ello, tratando de contextualizar la información, hemos optado por comenzar la exposición de cada país haciendo una pequeña referencia –mínima en varios casos– a algunas de las líneas básicas de la configuración estructural de su sistema de Seguridad Social, pasando, a continuación, al desarrollo del régimen jurídico de la prestación de viudedad contenido en su normativa. En todo caso, no resulta ocioso resaltar que la información recogida es la información básica que configura estas prestaciones en cada Estado. Como resulta obvio, cuando para el análisis de cada prestación en los distintos Estados se precisan amplios y detallados estudios, resulta imposible abordar en profundidad tal examen en un artículo en el que se pretende dar cuenta de la regulación de una prestación en varios Estados. Y todo ello al margen, como también indicamos antes, de que la protección de la viudedad, en el ámbito de la Seguridad Social, se incardina, en todos los Estados examinados, dentro de las prestaciones de muerte y supervivencia, compartiendo con ellas, en consecuencia, su voluntad de ser una prestación de protección de la familia.

En todo caso, seleccionados los Estados y fijadas las líneas básicas del esquema a seguir en la exposición, el siguiente paso ha sido el relativo al acopio de la información.

Obviamente la información debía referirse, básicamente, a la prestación de viudedad. No obstante, antes de indicar las fuentes de información empleadas, es necesario precisar que en el ámbito internacional nuestra prestación de «viudedad», además de esta denominación, tiene otras, entre las que sobresale la de prestación de supervivencia, terminología que resalta con precisión la situación que vamos a analizar y que, tal vez permite identificar, con mayor exactitud, la situación protegida. Valga esta matización para indicar, en relación con el título de este artículo, que hemos decidido mantener el de «protección de la viudedad» por resultar más fácilmente identificable desde nuestra perspectiva, aunque, tal vez, se aproximaría mejor a su contenido el de protección de la supervivencia, término omnicomprendivo tanto de la protección de los cónyuges –estricto sensu– como de los miembros supervivientes de una pareja de hecho o pareja registrada, en terminología comunitaria.

En relación con la anunciada recopilación de la información, debemos indicar que la hemos obtenido de distintas fuentes. Los documentos elaborados por MISSOC (Mutual Information System on Social Protection) sistema que, con la colaboración y participación de representantes de los Estados de la Unión Europea, elabora un documento comparativo de los diferentes regímenes de Seguridad Social de la Unión, nos han resultado de suma utilidad. Sin embargo, careciendo los mismos de una información lo suficientemente extensa y reflexiva en diferentes puntos, ha resultado necesario completarla con la contenida en las páginas «web» de las instituciones de Seguridad Social de los diferentes Estados, así como con la incluida en diversas publicaciones de la Unión Europea y, por supuesto, con la recogida de diferentes revistas o publicaciones especializadas.

Para finalizar estas líneas, únicamente quisiéramos indicar que la exposición se ha organizado siguiendo el orden alfabético de los

distintos Estados en su denominación conforme a nuestro idioma.

2. LA PROTECCIÓN DE LA VIUEDAD EN LOS ESTADOS DE NUESTRO ENTORNO

2.1. Alemania

2.1.1. *El Sistema de Seguridad Social alemán: cuestiones generales*

El sistema de Seguridad Social alemán se puede estructurar en torno a tres ramas:

- los seguros sociales,
- la compensación social (básicamente para heridos o víctimas de guerra) y
- la asistencia, o asistencia social en nuestra terminología.

Centrándonos en los seguros sociales, podemos señalar que los cinco seguros sociales básicos del sistema alemán son: el seguro de enfermedad, el seguro de dependencia, el seguro de pensiones, el seguro de accidentes y el seguro de desempleo.

Cada seguro social se gestiona por una entidad diferente, entidades que son independientes del Estado y tienen la categoría de corporaciones independientes de derecho público. El autogobierno constituye el principio más importante de su administración y viene a suponer, entre otras consideraciones, que sus órganos de gobierno los elige la Asamblea General de la entidad, asamblea que está compuesta por un número igual de trabajadores y empresarios. No obstante, dada la detallada legislación a la que están sometidas estas corporaciones y la tutela a las que las tiene sujetas el Estado, se ha señalado por la doctrina que, en el fondo, lo que existe no es una gestión independiente sino una gestión indirecta del Estado.

Los seguros sociales, salvando numerosas particularidades, incluyen de forma obligatoria

a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia, aunque con respecto a estos últimos existen importantes diferencias en función de su actividad. Por ejemplo, en relación con los trabajadores que podríamos denominar trabajadores liberales o, en nuestra terminología, autónomos, los seguros sociales, por ejemplo, no incluyen en su ámbito protector, de forma obligatoria, la prestación de asistencia sanitaria. Desde otra perspectiva, con la excepción del seguro por desempleo, los demás seguros sociales ofrecen la posibilidad de afiliarse voluntariamente. También como excepción al aseguramiento obligatorio, el aseguramiento es voluntario para los contratos inferiores a 3 meses o a 70 días de trabajo al año, si el empleo no se considera una ocupación y la remuneración no excede de 450 euros al mes.

2.1.2. *La protección de la viudedad en el Sistema de Seguridad Social de Alemania*

En relación con Alemania vamos a distinguir dos situaciones: la anterior a la entrada en vigor de las reformas operadas entre los años 2000 y 2006 y la que se articula como consecuencia de las referidas reformas.

A. Régimen anterior a la reforma de pensiones

En relación con la primera, esto es, con el régimen aplicable con anterioridad a la entrada en vigor de las reformas y que aún se aplica con carácter transitorio, la pensión de viudedad se reconoce al cónyuge superviviente cuando en la fecha del fallecimiento del causante permanezcan casados o separados –no divorciados–, siempre que el causante hubiera completado un período de cotización mínimo de 60 mensualidades.

Se distinguen dos clases o tipos de prestaciones que se suelen denominar como: pensión mayor de viudedad y pensión menor de viudedad.

A la primera, esto es, a la pensión mayor, tienen derecho:

- las viudas o viudos que tengan cumplidos 45 años o
- que se encuentren inválidos o
- tengan algún hijo menor de 18 años o tenga reconocida discapacidad física, mental o psíquica.

La edad de 45 años se aumentará progresivamente hasta los 47 años de manera escalonada entre los años 2012 y 2028. La cuantía de esta prestación es del 60% del importe de la pensión de jubilación que le hubiere correspondido al cónyuge fallecido.

Por su parte, la pensión menor de viudedad se reconoce cuando no se cumplen ninguno de los tres requisitos exigidos para tener derecho a la pensión mayor. Su cuantía es del 25% del importe de la pensión de jubilación que le hubiere correspondido al cónyuge fallecido. Cuando la viuda o el viudo alcanzan la edad de 45 (47) años, la pensión menor se transforma, de oficio, en la pensión mayor de viudedad.

Siendo los anteriores los requisitos generales, sería necesario efectuar numerosas precisiones para configurar completamente su régimen jurídico. Con la voluntad de no entorpecer la exposición con numerosas particularidades, quizás entre las más significativas puedan resaltarse las siguientes:

- a) La cuantía de la pensión de viudedad puede verse reducida, incluso suprimida, en función de los ingresos del cónyuge superviviente. Para ello se aplica una escala en la que existe lo que podríamos denominar un umbral de ingresos que no se tiene en cuenta para el descuento o exento de descuento (actualmente 771,14 euros), umbral que puede verse incrementado en función del número de hijos a cargo (163,58 euros por hijo). A las cantidades restantes se les aplica un complejo sistema de descuento y afectación porcentual sobre la pensión.

- b) Independientemente de los ingresos del cónyuge superviviente, los tres meses siguientes al fallecimiento el cónyuge superviviente tiene derecho al importe íntegro de la pensión que hubiese correspondido al causante.
- c) La pensión de viudedad se extingue por contraer nuevas nupcias. En este caso al beneficiario se le abonarán, de una vez, una cantidad equivalente a 24 mensualidades de la pensión media percibida en los últimos 12 meses.
- d) En el supuesto de divorcio después de 1977 no existe derecho a pensión de viudedad por el fallecimiento del excónyuge, aunque el divorciado tuviese derecho a alimentos, ya que desde esa fecha se regula, en caso de divorcio, el llamado trasvase de cuotas que consiste en repartir equitativamente, por partes iguales, entre ambos cónyuges el importe de la pensión que eventualmente correspondería en virtud de las cotizaciones efectuadas durante el tiempo vivido en matrimonio.

B. Régimen tras la reforma de pensiones

Por lo que se refiere a la nueva regulación de las pensiones de viudedad, hay que comenzar señalando que el cambio afectará a los cónyuges que contraigan matrimonio después del 31.12.2001 o a los que habiéndolo contraído antes eran menores de 40 años en esa fecha, es decir, si ambos han nacido después del 01.01.1962. En otras palabras: la normativa expuesta en el apartado anterior sobre pensiones de viudedad se seguirá aplicando cuando el fallecimiento de uno de los cónyuges haya tenido lugar antes del 01.01.2002 o el matrimonio se haya contraído antes del 01.01.2002, a no ser que en esa fecha ambos cónyuges fuesen menores de 40 años.

En todo caso, por lo que ahora nos atañe, los cónyuges a los que afecte la nueva regulación podrán optar por una de estas dos formas:

- 1ª Por la «nueva» pensión de viudedad o

2ª Por el reparto equitativo de las pensiones de jubilación entre ambos cónyuges en vida de los mismos («Splitting»).

1ª La «nueva» pensión de viudedad

En la nueva regulación, la cuantía de la llamada «pensión mayor» se reduce del 60% al 55% de la pensión del cónyuge fallecido.

Para compensar la reducción del 60 al 55%, a los cónyuges supervivientes se les concederá un suplemento mensual por cada hijo que hayan educado por un importe equivalente a la pensión media por un año de cotización. Por el primer hijo, sin embargo, se concederá el doble de esa cantidad.

De conformidad con la nueva regulación, la «pensión menor» de viudedad se otorgará por un periodo de 24 meses. Como sabemos, la cuantía de esta prestación es del 25% de la pensión del asegurado fallecido y se concede cuando el cónyuge superviviente es menor de 45 años de edad, no tiene hijos menores o no está afectado de incapacidad permanente. Cuando la beneficiaria cumpla los 45 años de edad, si no ha contraído nuevo matrimonio, tendrá derecho a percibir la llamada «pensión mayor» de viudedad.

En todo caso, también de acuerdo con la nueva regulación, no se tendrá derecho a pensión de viudedad, si el matrimonio no ha tenido una duración de, al menos, un año. Con esta medida, según el legislador alemán, se quiere evitar que un pensionista en el lecho de muerte contraiga matrimonio, que dé origen a una pensión de viudedad, medida que nos recuerda, entre otras, a alguna de las adoptadas por nuestra Ley 40/07.

Para determinar el montante final de la prestación, de la pensión de viudedad se descontará un 40% de todos los ingresos del cónyuge superviviente, incluidos los habidos por capital mobiliario, pensiones de empresa, complementarias, etc., siempre que tales ingresos superen determinadas cantidades que juegan como umbrales exentos, umbrales

que, en contra de lo que estaba planeado inicialmente, serán actualizados anualmente. El 1.7.2007, la cantidad exenta era la de 693,53 € al mes, más 147,11 € por cada hijo con derecho a pensión de orfandad. En 2016 la cantidad exenta es de 771,14€ al mes más 163,58€ por cada hijo con derecho a pensión de orfandad, en los viejos Lander (oeste), y 714,12 € más 151,48 € en los nuevos Lander (este).

2ª *Reparto equitativo de las pensiones de jubilación entre ambos cónyuges, en vida de los mismos («Splitting»)*

Los cónyuges para los que, en caso de defunción de uno de ellos, se aplicase la nueva regulación sobre el Seguro de Pensiones, es decir, cuando ambos hayan nacido después del 01.01.62 ó el matrimonio se hubiese contraído a partir del 01.01.2002 podrán, de mutuo acuerdo, optar entre un futuro derecho a pensión de viudedad o por el reparto equitativo en vida de las pensiones de jubilación de ambos. Se trata, a semejanza del trasvase de cuotas en caso de divorcio, de repartir entre los cónyuges, a partes iguales, la parte del importe de la pensión de jubilación obtenida durante la vigencia del matrimonio.

El reparto sólo podrá efectuarse cuando ambos cónyuges hayan alcanzado la edad de jubilación y siempre que cada uno de ellos por separado pueda acreditar 25 años en el seguro de pensiones. En el caso de que uno de los cónyuges falleciese antes de llevar a cabo el reparto por no haber llegado a la edad de jubilación, el cónyuge superviviente podrá por sí solo elegir la opción del reparto.

La elección del sistema «Splitting» lleva consigo inexorablemente la exclusión del derecho a la pensión de viudedad.

Las diferencias más significativas entre la pensión «splitting» y la «nueva» pensión de viudedad son:

- a) La cuantía de la pensión de viudedad, como se ha indicado anteriormente,

es del 55% de la pensión completa del cónyuge fallecido. La pensión Splitting es el 50% del importe de la pensión del otro cónyuge obtenida sólo durante el tiempo de matrimonio, esto es, el importe de la pensión Splitting dependerá de la duración del matrimonio.

- b) Al calcular el importe de la pensión de viudedad se tienen en cuenta los ingresos propios, por lo que, en muchas ocasiones, debido a esos ingresos no se tendrá derecho a pensión. Con el sistema Splitting la pensión obtenida tras el reparto permanece invariable, con independencia de los ingresos y aunque fallezca el otro cónyuge.

- c) La pensión de viudedad se pierde al contraer nuevas nupcias, la pensión Splitting se mantiene completa, aunque el cónyuge superviviente contraiga nuevo matrimonio.

2.2. Bélgica

2.2.1. *El Sistema de Seguridad Social belga: cuestiones generales*

El sistema de Seguridad social belga distingue entre seguros sociales y asistencia social.

Los seguros sociales tienen carácter profesional y, estructuralmente, podríamos agruparlos, básicamente, en torno a aquellos que protegen a trabajadores por cuenta ajena y a aquellos que protegen a trabajadores por cuenta propia. Cabe incluso señalar que cada «colectivo» tiene su propio Instituto de Seguridad Social: el R. S. Z. (Rijksdienst voor Sociale Zekerheid), para los trabajadores por cuenta ajena, que depende del Ministerio de Asuntos Sociales y el R. S. V. Z. (Rijksinstituut voor de Sociale Verzakingen der Zelfstandigen) para los trabajadores autónomos, que depende del Ministerio de Telecomunicaciones, Empresas Públicas y Participadas, aunque los seguros de enfermedad e invalidez que este último Instituto gestiona son responsabilidad del

Ministerio de Asuntos Sociales. No obstante, además de los señalados, existen otros «Institutos» que gestionan algunas prestaciones en concreto, como por ejemplo, las de desempleo.

Sin la voluntad de desarrollarlas, como es obvio, podemos apuntar que dentro de cada uno de esos grandes grupos (trabajadores por cuenta ajena / trabajadores por cuenta propia) existen, a su vez, regímenes o seguros o sistemas especiales con reglas particulares diferentes para distintos colectivos específicos.

El ámbito de cobertura material del sistema de Seguridad Social belga es equivalente al «estándar» dentro de la Unión Europea. Por tanto, entre las prestaciones más sobresalientes, el sistema cubre las prestaciones de enfermedad, invalidez, jubilación, desempleo, accidente de trabajo y dependencia. Las prestaciones de supervivencia se incluyen dentro del seguro de jubilación, seguro obligatorio financiado básicamente mediante cotizaciones.

2.2.2. La protección de la viudedad en el Sistema de Seguridad Social de Bélgica

En el sistema de Seguridad Social belga existen, básicamente, dos tipos de prestaciones de protección en los supuestos de supervivencia de cónyuge, al margen de otras indemnizaciones o prestaciones en favor de huérfanos u otros familiares: una pensión de supervivencia o viudedad y una pensión de viudedad temporal.

Para tener derecho a la prestación de viudedad o supervivencia, es preciso, como regla general, que el matrimonio se haya celebrado un año antes del fallecimiento del causante o bien que el matrimonio haya convivido, al menos, un año antes del fallecimiento, para lo cual, al tiempo de convivencia matrimonial podrá sumarse el tiempo de convivencia extramatrimonial. No se exigen estos periodos de convivencia cuando el matrimonio haya tenido hijos o cuando el conyugue superviviente tenga algún hijo a su cargo. Tampoco se exige nin-

gún período de convivencia cuando la muerte se deba a accidente de trabajo o a enfermedad profesional, en este caso, surgida después de la fecha de celebración del matrimonio. No se reconocen estas prestaciones en los supuestos de parejas de hecho registradas.

Además, para tener derecho a la prestación, el cónyuge superviviente ha de tener más de 45,5 años. No existe límite de edad cuando el cónyuge superviviente tiene un hijo a su cargo o cuando está incapacitado para el trabajo con una incapacidad igual o superior al 66% o cuando el trabajador fallecido ha trabajado en el interior de las minas durante veinte años o más.

Para tener derecho a la prestación, el cónyuge superviviente no debe haberse vuelto a casar. En el supuesto de que se case, se suspende la prestación y, si sobrevive al segundo cónyuge, podrá optar por que se rehabilite la prestación anterior o por percibir la prestación que se derive del segundo matrimonio. En el supuesto de que los cónyuges estuvieran divorciados, además de los requisitos generales, para tener derecho a la prestación, el superviviente no debió haber sido condenado por atentar contra la vida del otro cónyuge ni haberse vuelto a casar.

La pensión de supervivencia, para los menores de 65 años, es compatible con las rentas del trabajo por cuenta ajena cuando sumada la pensión a las rentas de trabajo no supere la cantidad de 18.154,00 euros o 22.693,00 euros cuando tenga un hijo a cargo. Aunque nos estamos refiriendo a la regulación establecida para los trabajadores por cuenta ajena, con carácter ilustrativo, en el supuesto de trabajadores por cuenta propia, cuando el beneficiario tiene menos de 65 años los límites son 14.523,00 euros o 18.154,00 euros con hijo a cargo. Cuando el beneficiario tiene más de 65 años los importes de compatibilidad son, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, 22.521,00 euros o 27.394,00 euros (con hijo a cargo) o, para los trabajadores por cuenta propia, 18.017,00 euros o 21.916,00 euros.

La pensión de supervivencia es equivalente al 80 por ciento de la pensión de vejez del causante. En los supuestos de cónyuges divorciados la pensión es proporcional a los períodos de convivencia matrimonial y, además, para su determinación, se tienen en cuenta los ingresos del beneficiario.

Existe una cuantía mínima garantizada que, para una carrera completa de seguro, es de 12.847,07 euros anuales, reduciéndose proporcionalmente para carreras inferiores.

Cuando no se reúnen los requisitos para tener derecho a la pensión de supervivencia a la que acabamos de hacer referencia, puede obtenerse una prestación temporal de viudedad con una duración máxima de 12 meses o 24 meses cuando tengan hijos a cargo. Esta prestación se abona con independencia de los ingresos que pueda obtener el beneficiario.

Finalmente cabe señalar que la pensión se debe solicitar dentro de los doce meses siguientes al hecho causante, salvo en los supuestos en los que el causante fuera pensionista, en cuyo caso se reconoce automáticamente. Las pensiones de supervivencia están sujetas a impuestos y, en función de su cuantía, deben cotizar al seguro de enfermedad y están sujetas a la contribución de solidaridad.

2.3. Francia

2.3.1. *El Sistema de Seguridad Social francés: cuestiones generales*

La Seguridad Social francesa, desde nuestra perspectiva, tiene una composición especialmente compleja. Utilizando una terminología que nos es familiar, cabría indicar que su sistema se estructura en torno a cuatro niveles: un nivel legal, un nivel convencional-profesional, un nivel privado y la asistencia social.

El nivel legal es un nivel de encuadramiento y aseguramiento obligatorio, derivando esta obligatoriedad de la ley, circunstancia que se

quiere significar con la denominación que le hemos dado. El nivel convencional también es obligatorio, pero en este caso su obligatoriedad puede derivarse o de la ley que reenvía al convenio la necesidad de una regulación concreta o bien de los pactos recogidos en el propio convenio. Respecto de estos convenios se puede apuntar que suelen ser convenios interprofesionales de ámbito nacional aunque, a su vez, estos convenios interprofesionales pueden ser mejorados por convenios profesionales o empresariales. En todo caso, nos vamos centrar en el nivel al que hemos denominado legal; no obstante, haremos alguna referencia al nivel convencional obligatorio en la idea de no dejar de efectuar alguna mención a esta importante parcela de protección otorgada por estos mecanismos convencionales.

Expuesto de forma sencilla, podemos indicar que el nivel legal se estructura, básicamente, sobre tres Regímenes que gozan de una protección completa. Estos Regímenes son: el Régimen General, el Régimen Agrario y el Régimen de Autónomos. El Régimen General protege, aproximadamente, al 80% de la población, unos 47 millones de personas; el Régimen de Autónomos protege a unos 3,5 millones de personas y el Régimen Agrario a unos 5 millones. Además de los citados, existen varios regímenes especiales para distintos sectores o profesiones, por ejemplo, para los ferroviarios, mineros, marineros, trabajadores del gas, de la electricidad o para los funcionarios públicos. Estos regímenes especiales o específicos no siempre tienen una cobertura completa —sí la tiene, por ejemplo, como curiosidad, el Régimen de ferroviarios—. Cuando alguno de estos regímenes no tiene una cobertura completa, esto es, no cubre determinadas prestaciones, la cobertura se «completa» con las prestaciones que otorga el Régimen General. Este último es el caso, por ejemplo, de las prestaciones de enfermedad de los funcionarios que son otorgadas por el Régimen General.

Abundando en lo apuntado, podemos indicar, a modo meramente ejemplificativo, que la complejidad del nivel legal aumenta, desde nuestra perspectiva, si descubrimos que, por

ejemplo, el que hemos denominado Régimen de Autónomos en realidad se compone de tres Regímenes: el Régimen de Profesiones Comerciales e Industriales, el Régimen de Artesanos y el Régimen de Profesionales Liberales. Los tres tienen en común un seguro de enfermedad, pero se diferencian en el resto de prestaciones. También como curiosidad, para darnos una idea de la complejidad administrativa del sistema francés, podemos señalar que la afiliación en estos regímenes la gestionan 29 mutualidades regionales, organismos que suelen contratar, a su vez, a instituciones de seguros privados o a entidades no lucrativas para que se encarguen de recaudar las cotizaciones y abonar las prestaciones.

Cerrado el «excursus», desde el punto de vista de su estructura administrativa general, podemos indicar que los diferentes Regímenes están gestionados por distintas Cajas. El Régimen General, por ejemplo, está gestionado por diferentes Cajas que gestionan cada una de las prestaciones: prestaciones familiares, enfermedad, vejez, etc. Existe una entidad denominada Unión de Cajas que se ocupa de algunos aspectos comunes a todas ellas (por ejemplo, condiciones de empleo de sus trabajadores). También existe una Agencia Central que afilia y recauda para todas las Cajas del Régimen. Los demás regímenes legales y convencionales recaudan sus propias cotizaciones.

2.3.2. *La protección de la viudedad en el Sistema de Seguridad de Francia*

En consonancia con lo que hemos señalado en el punto anterior, cabe diferenciar entre la protección otorgada por el Régimen general y la otorgada por los Regímenes complementarios.

A. Régimen general

El Régimen general reconoce dos tipos de prestaciones de viudedad: la pensión de viudedad y el subsidio de viudedad. Tanto una

como otra las reconocen las Cajas (regionales) de Jubilación y de Salud en el Trabajo (CAR-SAT); la caja nacional de seguro de vejez de la región Isla de Francia (en la región parisina); las cajas generales de seguridad social (en los departamentos de ultramar).

a) Pensión de viudedad o de supervivencia (*pension de réversion*)

El reconocimiento de la pensión de viudedad a los cónyuges supérstites o ex-cónyuges supérstites no es automático. Se concede bajo determinadas condiciones de recursos y de edad.

Puede tener derecho a la pensión de viudedad el cónyuge supérstite o ex cónyuge divorciado que haya cumplido 55 años y que no disponga de ingresos superiores a un límite determinado. Los ingresos que se toman en cuenta son los recursos propios y, en su caso, los de la nueva pareja cuando haya contraído nuevo matrimonio o haya formado una pareja de hecho (en Francia: Pacto Civil de Solidaridad). Cuando el hecho causante, esto es, el fallecimiento, haya ocurrido antes del 1 de enero de 2009, cabe reconocer el derecho a la pensión de viudedad a partir de los 51 años.

El importe de la pensión de viudedad será del 54% de la pensión de vejez del cónyuge fallecido o de la pensión que le hubiera podido corresponder. Si el cónyuge fallecido contrajo varios matrimonios, la pensión de viudedad se reparte entre los cónyuges supérstites a prorrata de los años de matrimonio respectivos. Cabe reconocer un incremento de la cuantía de la pensión del 11,1% cuando el beneficiario de la prestación de viudedad percibe también otra de jubilación y entre ambas no superan la cantidad de 853,25 euros al mes. La pensión se abona mensualmente.

Si el cónyuge supérstite tiene a su cargo hijos menores de 16 años se le reconoce una mejora de la prestación por cada hijo a cargo de un importe mensual de 96,30 €. Asimismo, el importe de la pensión se incrementa en un 10% cuando el beneficiario ha criado a 3 o más hijos al menos durante 9 años.

La prestación se puede compatibilizar con ingresos provenientes del trabajo u otras prestaciones sociales dentro de unos límites.

Se reconoce una pensión de viudedad diferente (*pension d'invalidité de veuf ou de veuve*) al cónyuge, menor de 55 años, que padece una incapacidad permanente en el momento del fallecimiento del otro cónyuge, siempre que este último hubiera tenido derecho a una pensión de invalidez o vejez.

b) Subsidio de viudedad (*allocation veuvage*)

El subsidio de viudedad pretende ayudar al cónyuge superviviente a integrarse o reintegrarse en el mundo laboral. Se reconoce a beneficiarios menores de 55 años que no dispongan de recursos propios superiores a un determinado importe (2.260,27 € por trimestre) y no hayan vuelto a contraer matrimonio o tener pareja de hecho. El importe de este subsidio asciende a 602,73 € mensuales.

Para que el cónyuge superviviente pueda cobrar el subsidio de viudedad, el fallecido debe haber cotizado al seguro de vejez durante al menos tres meses (consecutivos o no) dentro del año anterior a su defunción.

B. Regímenes complementarios obligatorios

Como señalamos más arriba, estos regímenes complementarios son obligatorios para los trabajadores por cuenta ajena. Básicamente se estructuran entorno al denominado régimen ARRCO (asociación para el régimen complementario de los asalariados) que se aplica al conjunto de los trabajadores asalariados del sector privado y AGIRC (asociación general de las instituciones del seguro de vejez para los directivos)

Como referencia general cabe señalar que las pensiones de los regímenes complementarios se calculan en función de los puntos acumulados por el trabajador. Cada año, el importe de las cotizaciones pagadas en función de un salario o renta de referencia se traduce en puntos. Para el año 2015 el valor del punto estuvo en el

régimen ARRCO en 1,2513 €, y en el régimen AGIRC en 0,4352 €. Para calcular el importe de la pensión, bastará multiplicar el número de puntos adquiridos por el valor del punto en el momento de la liquidación de la pensión.

Los trabajadores que no son directivos cotizan a ARRCO por la totalidad de la remuneración que perciben, con el límite de 3 veces el límite máximo de la Seguridad Social que, para 2016, está en 3218 euros al mes. Los directivos, por su parte, cotizan a ARRCO hasta el límite máximo de la Seguridad Social, y, por encima de ese límite, sobre la totalidad de la remuneración por encima del límite máximo, cotizan a ARGIC.

Por lo que aquí nos interesa, existen dentro de los dos regímenes pensiones de viudedad para el cónyuge o ex cónyuge superviviente que no haya contraído nuevas nupcias. La pensión se concede cuando el beneficiario ha cumplido 55 años en el régimen ARRCO y a partir de los 60 años –55 años en caso de discapacidad– en el régimen AGIRC. En todo caso, tanto en un régimen como en otro, la pensión se concede sin condiciones de edad cuando al fallecer el asegurado tenía 2 hijos a cargo, menores de 21 años (régimen AGIRC) o menores de 25 años (régimen ARRCO) o en el supuesto de que alguno sea discapacitado. El importe de la pensión equivale al 60% de los derechos adquiridos por el asalariado fallecido.

2.4. Italia

2.4.1. El Sistema de Seguridad Social italiano: cuestiones generales

En líneas generales, el sistema italiano de Seguridad Social guarda importantes similitudes con el nuestro. Está constituido por un Régimen General, aplicable con carácter general a los trabajadores por cuenta ajena, y varios regímenes especiales para trabajadores agrarios, autónomos y de otros sectores o empresas específicas. No obstante, para simplificar la exposición, nuestro análisis se centrará en el Régimen General.

Tras la modificación constitucional de 2001, en Italia se llevó a cabo un reparto de competencias entre el Estado y las regiones. En el ámbito de la Seguridad social cabe indicar que, primero, la materia estrictamente de Seguridad social es competencia exclusiva del Estado; segundo, que los regímenes profesionales –fondos de pensiones, seguros colectivos, etc.– y la asistencia sanitaria son de competencia concurrente entre el Estado y la Región y, tercero, que la asistencia social es competencia exclusiva de la Región. Esta división de competencias, por supuesto, entre otras, ha sido una fuente de fricciones y dificultades en las relaciones entre el Estado y las Regiones, sobre todo en el ámbito de las competencias concurrentes, máxime cuando los regímenes profesionales (fondos de pensiones, seguros colectivos de vida, etc.) están cobrando cada vez más importancia en el ámbito de la protección social italiana, dificultades que se intentan superar con la reforma constitucional actualmente en marcha.

Desde el punto de vista administrativo, el Ministerio de Bienestar Social es el competente, por lo que se refiere al Estado, en materia de Seguridad Social, asistencia social y política social. El Ministro de Sanidad, junto con las autoridades regionales, es responsable de la asistencia sanitaria. Por lo que aquí nos interesa, podemos señalar que el Instituto Nacional de la Previsión Social (Istituto nazionale della previdenza sociale INPS) es el organismo competente en materia de prestaciones económicas de enfermedad y maternidad y el responsable del seguro que cubre las contingencias de vejez, muerte y supervivencia, invalidez, ayuda familiar y desempleo, encargándose también de la recaudación de las prestaciones. El INPS también alberga en su seno consejos independientes que gobiernan y gestionan los regímenes especiales de trabajadores por cuenta propia.

2.4.2. *La protección de la viudedad en el Sistema de Italia*

La protección de la viudedad en el sistema italiano de Seguridad social se lleva a cabo,

esencialmente, mediante la denominada *pensione di reversibilità o pensione indiretta*. Se denomina *pensione di reversibilità* si el causante era pensionista y *pensione indiretta* si el causante no era pensionista pero, en el momento del hecho causante cumplía los requisitos de aseguramiento y cotización necesarios para poder obtener una pensión de invalidez o de discapacidad o una pensión de vejez con anterioridad a 1 de enero de 1993.

Tiene derecho a esta pensión el cónyuge superviviente del trabajador fallecido, y en caso de divorcio, el viudo o viuda que perciba pensión compensatoria.

La pensión asciende al 60% de la pensión de invalidez o jubilación de la persona asegurada, si bien, de acuerdo con las rentas del viudo/a se puede reducir en un 25%, 40% o 50%. La pensión se incrementa en un 20% por cada hijo a cargo, hasta el máximo del 100%. Con carácter ilustrativo, en caso huérfanos absolutos, cuando queda un solo hijo recibe el 70%, en el supuesto de 2 hijos el 80% y en el caso de 3 o más el 100%. El importe mínimo de la pensión, para el año 2016, es el de 501,89 euros/mes, no existiendo un límite máximo.

La cuantía de la prestación se puede reducir cuando el causante, en el momento de contraer matrimonio tenía más de 70 años y superaba en más de 20 años a su cónyuge, así como cuando el matrimonio haya durado menos de 10 de años. La reducción no se aplicará en caso de que existan hijos con derecho pensión.

En el supuesto de la pensión «*indiretta*» el causante debe acreditar, al menos, 5 años de cotización, 3 de los cuales han de estar dentro de los últimos 5 años, o, alternativamente, 15 años de cotización en cualquier momento.

Si el viudo o viuda contrae nuevo matrimonio se extingue la prestación, no obstante recibirán un pago único equivalente a dos anualidades de pensión. Si además de la pensión de viudedad existía algún hijo con derecho a pensión de orfandad (las dos pensiones se abonan juntas, como hemos apuntado) la cuantía de la pensión en favor del hijo o hijos se rea-

justarán, aplicando los porcentajes correspondientes a la composición del núcleo familiar, como se indicado más arriba.

Es posible compatibilizar la prestación con los ingresos del trabajo, no obstante cabe reducir la prestación en función de los ingresos. Cuando estos sean inferiores a tres veces la pensión mínima no se reduce la prestación de viudedad; entre tres y cuatro veces se reduce un 25%; hasta cuatro veces se reduce el 40% de la prestación y si se supera cinco veces el salario mínimo la prestación se reduce el 50%.

Si el fallecimiento ha sido como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el cónyuge superviviente tendrá derecho a un pago anual (*rendita vitalizia*) por el INAIL, no sujeta a impuesto sobre la renta. No se exige ningún requisito al cónyuge superviviente para ser beneficiario de este derecho. Este pago anual es equivalente al 50% del salario anual. En el supuesto de que contraiga nuevo matrimonio, se le reconocerá una suma equivalente a tres años de la prestación.

Otras prestaciones:

- Indemnización por muerte: Los familiares de trabajadores asegurados antes del 31 de diciembre de 1995 que hayan fallecido sin reunir los requisitos exigidos para tener derecho a las prestaciones expuestas más arriba, pueden solicitar una indemnización si el causante acreditaba un año de cotización en los cinco años anteriores a la muerte. Se abona, al menos, un año de cotización. La solicitud deberá presentarse en el plazo de un año a contar desde el fallecimiento.

- Indemnización a tanto alzado. Los familiares de trabajadores asegurados después del 31 de diciembre de 1995, fallecidos sin reunir los requisitos exigidos, pueden pedir una indemnización a tanto alzado si no tienen derecho a prestación por accidente o enfermedad profesional y tienen unos ingresos que no superan los límites para ser beneficiarios de asistencia social (448,07 euros). La solicitud debe presentarse en el plazo de 10 años a contar desde la muerte.

2.5. Países Bajos

2.5.1. *El Sistema de Seguridad Social en los Países Bajos: cuestiones generales*

Desde nuestra perspectiva, el Sistema de Seguridad Social de Países Bajos tiene numerosas particularidades destacables. Sin pretender agotar su exposición, haremos referencia a alguna de ellas. En una exposición simplificada, podemos comenzar indicando que, en su sistema de protección, cabe distinguir entre los seguros sociales, financiados básicamente con cotizaciones, y la previsión social, financiada a través de los Presupuestos Generales del Estado. A su vez, dentro de los seguros sociales, tradicionalmente se ha distinguido entre seguros generales y seguros de los trabajadores por cuenta ajena, aunque esta distinción se ha ido desdibujando y complicando con el paso del tiempo debido, fundamentalmente, a la aparición de nuevas categorías que no encajan en ninguno de estos supuestos, como por ejemplo, el seguro de discapacidad para los trabajadores autónomos.

Los seguros generales cubren a todos los residentes en los Países Bajos; los seguros de los trabajadores por cuenta ajena cubren tanto a los trabajadores del sector privado como a los del sector público. Los seguros generales cubren las contingencias de vejez, muerte y supervivencia y la asistencia médica. Los seguros de trabajadores cubren las contingencias de desempleo e incapacidad laboral transitoria y permanente. No obstante, también existen otros seguros, como por ejemplo, el seguro para autónomos en caso de incapacidad y otros en el campo de la asistencia sanitaria.

El esbozo expuesto se corresponde con el que podríamos denominar su sistema público de Seguridad Social. No obstante, en los últimos años, como en buena parte de los países europeos, también se ha producido una huida de la Seguridad Social pública hacia una protección profesional privada o cuasi privada, especialmente en los casos de la asistencia sanitaria, la incapacidad laboral y la muerte. Sin embargo,

en estos casos, los seguros profesionales deben responder, como mínimo, a determinadas directrices de aplicación o de cobertura fijadas por el Estado.

La estructura administrativa básica del sistema de Seguridad social está constituida, en lo que podríamos denominar su cúspide, por el Ministerios de Asuntos Sociales y Empleo, que supervisa las actividades del Instituto de los Seguros de Trabajadores, de la Organización Central del Trabajo y Renta y del Banco de Seguridad Social, que son, a su vez, los organismos básicos en la estructura administrativa, con un complejo entramado de competencias de gestión y de supervisión.

Por último, no nos resistimos, a dejar constancia de algunas notas significativamente diferenciales del sistema de Países Bajos en relación con nuestro sistema. La primera, para indicar que, en la actual organización administrativa de los Países Bajos, están ausentes los representantes de los trabajadores y de los empresarios en los Consejos de Dirección o Asesoramiento de las distintas entidades gestoras, únicamente lo están en los órganos de asesoramiento del Ministerio. También es una novedad (2004) la participación en la gestión de la Seguridad Social de los «clientes» o beneficiarios a través de los comités locales, regionales y nacionales, comités que realizan actividades de asesoramiento, especialmente en materia de gestión.

También cabe indicar, como diferencia esencial con nuestro sistema, que, en el ámbito jurisdiccional, los Tribunales administrativos son los competentes para conocer en los conflictos sobre Seguridad Social, mientras que los Tribunales Civiles lo son en materia de conflictos laborales.

2.5.2. Protección de la viudedad en el Sistema de Seguridad Social de Países Bajos

Respecto de Países Bajos hay que comenzar señalando que modificó se regulación del seguro de supervivencia en 1996. Concreta-

mente, en 1996 entró en vigor la nueva Ley del Seguro de Supervivencia (ANW), que sustituyó a la anterior Ley General de Pensiones de Viudedad y Orfandad.

Con carácter general, de conformidad con la nueva regulación, toda la población está amparada frente a los riesgos de viudedad y orfandad, toda vez que están cubiertos todos los residentes con independencia de su edad. Incluso más, también están incluidos, aunque no residan en el territorio, todos aquellos que paguen en Países Bajos su impuesto de la renta.

La nueva legislación otorga dos tipos de prestaciones: pensiones de viudedad y pensiones de orfandad.

Las prestaciones están condicionadas a los ingresos de los supervivientes. En efecto, se deducen de la prestación a la que se tendría derecho los ingresos provenientes del trabajo (entre los que se incluyen, por ejemplo, las prestaciones). Estas deducciones, no obstante, no son automáticas toda vez que, por ejemplo, está exento de deducción el 50 por ciento del índice de «equivalente» a nuestro salario mínimo, cantidad a la que se le suma una tercera parte de los ingresos restantes. En todo caso, no obstante mantener el derecho a la prestación, su abono se suspende cuando los ingresos totales superen la cantidad de 2.503,08 euros/mes.

Existen reglas de transitoriedad para los nacidos antes de 1956 y cuyos cónyuges hayan fallecido antes de 1 de julio de 1999.

A la pensión de viudedad tienen derecho aquellos cuya pareja estaba asegurada en el momento de fallecer, cumpliendo, además, al menos uno de los siguientes requisitos:

- Tener un hijo soltero menor de 18 años a su cargo, o
- Estar incapacitado para el trabajo en un grado, como mínimo, del 45%, o
- Haber nacido antes del 01.01.1950.

También en Países Bajos, en la nueva regulación, a los efectos de obtener estas presta-

ciones, se equiparan las parejas de hecho y los matrimonios.

También se reconoce la pensión de viudedad en caso de divorcio o disolución de la pareja de hecho, si se cumplen los requisitos para el nacimiento de la prestación en la fecha del divorcio o disolución de la pareja de hecho y en la fecha del fallecimiento y, además, en la fecha del fallecimiento existía obligación de abonar pensión de manutención. La cuantía de la pensión de viudedad será igual a la cuantía de la pensión de manutención, salvo que ésta sea superior a la pensión máxima de viudedad, en cuyo caso se reducirá a este importe.

La cuantía máxima de la pensión de viudedad es del 70 por ciento del Salario Mínimo Legal vigente, estando tal cantidad exenta de impuestos.

Para estas prestaciones se cotiza un 1,10 por ciento sobre los ingresos anuales con un máximo de 31.589 euros.

2.6. Portugal

2.6.1. *El Sistema de Seguridad Social portugués: cuestiones generales*

Una vez más, simplícidamente expuesto, el sistema de Seguridad Social portugués se estructura sobre un Régimen General y varios Regímenes especiales, aunque con un ámbito de aplicación distinto al nuestro. En efecto, el Régimen General de la Seguridad Social cubre, de forma obligatoria, a todos los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia del sector privado, en las ramas agrarias, industriales y de servicios. Asimismo, el Régimen General también incluye a los seguros sociales voluntarios para personas que ejercen una actividad que no está cubierta por el régimen obligatorio, ni por ningún otro régimen de protección social. Existen regímenes especiales para los funcionarios públicos y para los militares.

La protección sanitaria en caso de enfermedad se otorga a todo residente en Portu-

gal, y se presta por el Servicio Nacional de Salud.

Como información ex abundancia, se puede indicar que la Seguridad Social portuguesa, tras la reforma del año 2000, se dividió en 3 subsistemas:

- el subsistema de protección de todos los ciudadanos, no contributivo;
- el subsistema de protección familiar; y
- el subsistema de los seguros sociales, que se corresponde con el que hemos denominado como su sistema de Seguridad Social, sus anteriores seguros sociales obligatorios y voluntarios.

No obstante, tras la reforma abordada en el año 2013, el sistema de Seguridad Social, ha vuelto a estar estructurado sobre 3 sistemas: protección social de los ciudadanos, previsión social y protección complementaria.

Resumidamente, la estructura administrativa de la Seguridad Social, tiene tres niveles de organización: órganos centrales, regionales y locales. La gestión del sistema se lleva a cabo, básicamente, por una administración indirecta similar a nuestras entidades gestoras y servicios comunes.

2.6.2. *La protección de viudedad en el Sistema de Seguridad Social de Portugal*

Las prestaciones de muerte y supervivencia que el sistema de protección de Portugal puede reconocer en estos casos son: un subsidio o un reembolso por gastos de funeral, pensión de orfandad, pensión de supervivencia, pensión de viudedad y/o subsidio por muerte. Teniendo en cuenta el objeto de nuestro análisis, nos detendremos en la pensión de supervivencia, en el subsidio por muerte y en la pensión de viudedad.

La **pensión de supervivencia** (*pensão de sobrevivencia*) es una prestación de pago

mensual que se puede reconocer al cónyuge superviviente, al miembro de la pareja de hecho superviviente, a los hijos o a los descendientes, en cantidades y con requisitos diferentes en cada caso. Centrándonos en el cónyuge o ex cónyuge supérstites y en los supérstites de las parejas de hecho, cabe indicar, como más significativos, que la prestación se reconoce siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- Que el matrimonio haya durado al menos un año, salvo que hayan tenido hijos en común o concebidos o el fallecimiento sea debido a un accidente o que la muerte sea debida a una enfermedad contraída con posterioridad a la celebración del matrimonio.
- Que el beneficiario tenga más de 35 años o esté incapacitado para el trabajo, en otro caso la pensión se limita a cinco años, salvo que tengan hijos dependientes o están incapacitados permanentemente para trabajar.
- En los supuestos de ex cónyuges (divorciados) el superviviente, en el momento del fallecimiento del causante, ha de tener derecho a pensión de alimentos o a pensión compensatoria, en ambos casos, reconocidas judicialmente.
- En los supuestos de parejas de hecho, el beneficiario ha de haber convivido con el fallecido en los dos años anteriores al fallecimiento como si hubiera sido su cónyuge.
- Requiere que el fallecido acredite 36 meses de cotización («ingresos registrados») en el supuesto del Régimen general de Seguridad Social o 72 meses de cotización en el supuesto del Régimen del Seguro Social voluntario.

La cuantía de la prestación es del 60% o 70% –si concurren más de un cónyuge, ex cónyuge o pareja de hecho– de la pensión de invalidez o jubilación que percibiera o tuviera derecho a percibir el fallecido.

En caso de divorcio, la pensión que percibe el ex cónyuge no puede ser superior a la pensión de compensatoria o de alimentos.

La pensión se extingue en caso de contraer nuevo matrimonio o constituir una nueva pareja de hecho.

La prestación es compatible con ingresos del trabajo.

Estas prestaciones, a partir de una determinada cantidad, están sujetas a la contribución extraordinaria de solidaridad: 7,5% – sobre la cuantía que exceda de 4.611,42 € y no sobrepase los 7.126,74 €. Por la cantidad que sobrepase esta última cantidad el 20%.

Un **Subsidio por fallecimiento** (*subsídio por morte*) es una prestación de pago único cuya finalidad es compensar los gastos extraordinarios que surgen por el fallecimiento y que tiene como finalidad facilitar la reorganización de la vida familiar.

Se reconoce sin necesidad de acreditar un periodo mínimo de cotización en el sistema general de seguridad social; por el contrario, se requiere un periodo mínimo de 36 meses de cotización en el sistema voluntario de seguridad social.

El resto de requisitos para los cónyuges supervivientes, los ex cónyuges (divorciados) o supervivientes de las parejas de hecho son los mismos que hemos visto para el reconocimiento de la prestación de supervivencia.

La cuantía de la prestación es una cantidad a tanto alzado equivalente a 1.257,66 euros (tres veces el IAS –*Indexante dos Apoios Sociais*– que es un índice que se toma como referencia para la indexación o cálculo para las prestaciones sociales, índice que está fijado en 419,22 euros).

La **pensión de viudedad** (*pensão de viuvez*) es una prestación de carácter no contributivo que se reconoce al cónyuge superviviente o al miembro superviviente de una pareja de hecho en los supuestos en los que el causante

fuera pensionista de una prestación de incapacidad o jubilación no contributiva.

Los requisitos básicos para tener derecho a la prestación son: que el beneficiario tenga nacionalidad portuguesa o sus «condiciones» sean equivalentes a un nacional portugués (p. e. nacionales de Estados miembros de la Unión Europea); que resida en territorio portugués; que no sea beneficiario de otra pensión por derecho propio; y que no perciba ingresos superiores a 167,69 euros, esto es el 40% de IAS.

La cuantía de la pensión de viudedad es la de 121,40 euros (se corresponde con el 60% de la pensión social –no contributiva– que para el año 2016 es de 202,34 euros.

2.7. Reino Unido

2.7.1. *El Sistema de Seguridad Social británico: cuestiones generales*

Quizá es innecesario recordar, porque ya se ha hecho, que cada Sistema de Seguridad Social es tributario de su historia y se configura mediante unos conceptos propios difíciles de trasladar, incluso a veces, difíciles de comprender con plenitud desde otros sistemas. Sin embargo, tal afirmación seguramente no resulte redundante en el caso que nos ocupa, en el que el sistema de Seguridad Social de Reino Unido tiene conceptos propios radicalmente diferentes a los nuestros. En materia de cotización –mecanismo radicalmente diferente al nuestro en su globalidad– por ejemplo, existen cotizaciones voluntarias y obligatorias, y dentro de estas, es posible que no exista la obligación de cotizar si no se alcanza un determinado nivel de ingresos, a pesar de lo cual, esto es, a pesar de no estar cotizando, se ostenta la consideración de afiliado. Desde otra perspectiva, en el ámbito de la configuración del sistema, también como diferencia con el nuestro, los trabajadores autónomos se incluyen, con los trabajadores por cuenta ajena, dentro del mismo Régimen de Seguridad

Social (Régimen contributivo), si bien con numerosas particularidades en lo que atañe a la cotización, a las prestaciones, etc., etc. No obstante, también existen múltiples referencias, estructuras y conceptos que nos recuerdan a los utilizados en nuestro ordenamiento. En definitiva, el que podríamos denominar como sistema legal de Seguridad Social de Reino Unido, queremos recordar, es un régimen singular –desde nuestra perspectiva– con numerosas particularidades, a todas las cuales, por supuesto, no daremos entrada en estas líneas.

Salvando todas las peculiaridades propias del sistema británico, podemos señalar que las prestaciones de Seguridad Social se dividen en tres categorías:

- 1) Prestaciones contributivas: desempleo, maternidad, incapacidad laboral, vejez y muerte y supervivencia.
- 2) Prestaciones no contributivas: discapacidad, vejez y prestaciones por hijos; son prestaciones financiadas por impuestos y se otorgan a personas no cubiertas por el sistema.
- 3) Prestaciones condicionadas al nivel de ingresos: prestaciones para personas que buscan empleo, bonificaciones fiscales a trabajadores y otras ayudas para personas en general que no alcanzan un determinado nivel de ingresos; estas prestaciones también se financian a través de impuestos.

Como regla general, para tener derecho a las prestaciones contributivas es preciso reunir unos requisitos generales comunes a todas las prestaciones, básicamente la exigencia de períodos previos de cotización, aunque existen particularidades en algunos casos. Si se cumplen las condiciones exigidas para cobrar la prestación contributiva correspondiente, el beneficiario genera derecho a cobrar la prestación básica, prestación que, en determinados casos, puede completarse con cantidades adicionales (p. e. nivel de ingresos unido a períodos de cotización, hijos dependientes, etc.).

Como diferencia radical con nuestro sistema cabe indicar que las prestaciones contributivas básicas, al igual que las cantidades adicionales por dependiente, son de importe fijo.

Es importante señalar que la asistencia sanitaria, otorgada por el Servicio Nacional de Asistencia Sanitaria (National Health Service) se excluye del ámbito de la Seguridad Social y depende del Departamento de Asistencia Sanitaria.

En la órbita administrativa, procede señalar que la Administración de la Seguridad Social de Reino Unido, que se estructura en agencias, depende del Departamento de Trabajo y Pensiones (DWP).

2.7.2. *La protección de la viudedad en el Sistema de Seguridad Social del Reino Unido*

Teniendo presente que, como hemos señalado, el sistema del Reino Unido tiene una estructura y características con numerosas diferencias respecto al nuestro, para dar cuenta, aunque sea de manera abreviada, de la protección que se otorga en este ámbito, es preciso esbozar las prestaciones más significativas que cabe reconocer en caso de muerte y supervivencia en favor de los cónyuges supervivientes o de los supervivientes de las parejas de hecho.

- Indemnización por defunción (*bereavement payment*).

Es una prestación de pago a tanto alzado y que se abona en un único pago al cónyuge superviviente o al superviviente de la pareja de hecho cuando el causante y el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenían una edad inferior a la prevista para tener derecho a pensión de jubilación o cuanto teniendo una edad superior ni el causante ni el beneficiario tienen derecho a pensión de jubilación contributiva. No se exigen estos requisitos cuando la muerte se

hubiera debido un accidente de trabajo. La cuantía de la prestación para el año fiscal 2015-2016 es la de 2000 libras (2710 euros). Debe solicitarse en los 12 meses siguientes al hecho causante.

- Pensión viudedad para progenitores con hijos a cargo (*widowed parent's/mother's allowance*).

Esta prestación se abona a viudos y viudas que no hayan alcanzado la edad de jubilación y que tengan uno o más hijos a cargo, esto es, algún hijo menor de 16 años de edad o mayor de esta edad pero por el que tengan el derecho a percibir la prestación del subsidio familiar (*child benefit*). También se abona a las viudas que se encontraran embarazadas a la muerte del marido. La cuantía de la prestación es la de 112,55 libras (153 euros) por semana. Esta prestación es incompatible con la anterior.

- Pensión de Viudedad (*bereavement allowance*).

La pensión de viudedad se abona al cónyuge viudo o al miembro superviviente de una pareja de hecho con edades comprendidas entre los 45 años de edad y la edad de jubilación, sin hijos dependientes. También se abona cuando la prestación mencionada en el punto anterior finaliza antes de que se cumplan 52 semanas desde la fecha en que tuvo lugar el fallecimiento. La prestación tiene una duración de 52 semanas y una cuantía variable en función de la edad del beneficiario en el momento del hecho causante, cuantía que puede ir desde las 33,36 libras semanales a las 111,20 libras semanales para beneficiarios mayores de 55 años.

Las prestaciones se extinguen por contraer nuevo matrimonio o si se constituye una nueva pareja de hecho.

Es posible compatibilizar estas prestaciones con el trabajo sin que se reduzca su importe. No se pueden compatibilizar con otras prestaciones contributivas.

2.8. Suecia

2.8.1. *El Sistema de Seguridad Social sueco: cuestiones generales*

Podríamos aventurarnos a señalar que el concepto de Seguridad Social en el derecho sueco es un concepto amplio que abarcaría todas aquellas medidas que regulan el apoyo, tanto económico como en especie, prestado a un individuo por la sociedad.

En líneas generales, su sistema, con numerosas diferencias con el nuestro –a algunas de las cuales haremos referencia– comprende tres tipos de medidas:

- 1) El seguro social, que protege frente a la pérdida de ingresos en los casos de enfermedad, maternidad y paternidad, vejez, accidente de trabajo y desempleo.
- 2) Subsidios especiales, que forman parte de la política de familia, por ejemplo, subsidios por hijos a cargo, y
- 3) La asistencia social, susceptible de comprobación de ingresos.

Desde el ámbito de aplicación personal del sistema, con carácter general, pueden distinguirse: regímenes en los que la vinculación que se tiene en cuenta para la protección es la residencia, estos regímenes están financiados con impuestos, y regímenes en los que la vinculación que pone en juego el mecanismo protector es una vinculación de actividad o laboral, regímenes que están financiados con cotizaciones.

Aunque el sistema de Seguridad Social sueco –el regulado por ley– tradicionalmente ha sido considerado como uno de los más completos y de los que protegen con una mayor

intensidad, en los últimos años han cobrado una importancia creciente los seguros complementarios. Dentro de este concepto amplio de seguros complementarios se incluyen los seguros colectivos, normalmente pactados en la negociación colectiva, y un mercado creciente de seguros privados que complementan las prestaciones, cada vez más bajas, del seguro público.

El sistema tiene una estructura administrativa compleja en la que confluyen organismos estatales, regionales (condados) y municipales, todos ellos con competencias directas y competencias descentralizadas y todos, a su vez, con una difusa dependencia del Consejo Nacional de Seguridad Social, órgano público de supervisión sobre el que recae toda la responsabilidad de la administración del sistema, pero que, únicamente, puede fijar los objetivos a conseguir y las líneas generales de actuación, sin que pueda imponer su interpretación de las normas en un caso concreto.

Para finalizar estos apuntes generales referidos al Sistema de Seguridad Social sueco, y como meras curiosidades, significativas desde nuestro sistema, cabe indicar, por ejemplo, que la recaudación de las cotizaciones la efectúan las autoridades fiscales; o que el aseguramiento del desempleo es voluntario, en efecto, es el trabajador el que decide asegurarse o no en alguna Caja. Si no se asegura, el Estado sólo abona una prestación fija y mínima. En otro orden de cosas, la asistencia sanitaria es competencia de los Ayuntamientos.

2.8.2. *La protección de la viudedad en el Sistema de Seguridad Social de Suecia*

Como es conocido, el sistema sueco de Seguridad Social ha sido objeto, en los últimos años, de una reestructuración en profundidad, reforma que ha configurado la estructura protectora de manera novedosa. Evidentemente no nos vamos a referir aquí a las modificaciones llevadas a término en el Sistema. Nos

centraremos, con brevedad, en el ámbito que aquí nos atañe. Con esa intención se podría afirmar que en el Sistema sueco de Seguridad Social, con carácter general, las prestaciones que se derivan en caso de muerte y supervivencia pueden ser de dos tipos: pensiones de orfandad y pensiones de «adaptación» (*omställningspension*).

Tras la anterior afirmación cabría aseverar, por tanto, que en el sistema sueco de seguridad social ya no existe la «tradicional» pensión de viudedad. Ahora bien, tal afirmación genérica necesita alguna matización. Aunque del Sistema sueco ha desaparecido como tal la pensión de viudedad, esta prestación se mantiene, no obstante, para aquellos supuestos en los que los potenciales beneficiarios estaban casados en 1989 y han permanecido casados hasta el momento del hecho causante. Asimismo, existen reglas especiales para las mujeres nacidas antes de 1944, que pueden tener derecho, además de a la pensión de viudedad, a la pensión de garantía; las nacidas con posterioridad a 1945 ya no pueden compatibilizar estas prestaciones. Esto es, la reforma se ha operado introduciendo importantes situaciones transitorias.

Desde el punto de vista de la protección de los riesgos específicos, hay que precisar, también, que, además de esas pensiones de orfandad y de «adaptación», los trabajadores suecos pueden percibir una renta vitalicia en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional así como una ayuda para gastos de sepelio. Esto es, cuando las situaciones de muerte y supervivencia se derivan de riesgos específicos se sigue manteniendo una cobertura mejorada en relación con la prevista para lo que nosotros denominaríamos como riesgos comunes.

Volviendo a las reglas generales, por lo que aquí nos puede interesar, tanto con la pensión de orfandad como con la pensión de «adaptación» se puede percibir, cuando proceda, la denominada pensión de garantía. Esta pensión de garantía viene a ser una pensión complementaria que tendría como finalidad

principal la de complementar las pensiones de baja cuantía.

Para tener derecho a la pensión de garantía, como requisitos generales, puede indicarse que es necesario haber residido como mínimo 3 años en Suecia y para recibirla completa se exige haber residido en Suecia como mínimo 40 años, toda vez que es una prestación cuya cuantía depende de los años de residencia pagando impuestos en Suecia. Estos períodos de residencia pueden completarse sumando a los períodos suecos los cumplidos en otros Estados de la Unión Europea.

La cuantía de esta prestación es la de 2.13 veces el importe básico que fija el gobierno sueco anualmente; por cada año que falte para cumplir los 40 años que dan derecho a la pensión máxima se resta 1/40 parte. En definitiva, esta pensión, aunque en principio podría parecer similar a nuestros complementos por mínimos, se separa de nuestra conceptualización en tanto que la prestación está vinculada a períodos de residencia en Suecia, siendo por consiguiente más elevada cuanto más tiempo se ha residido en este Estado y, por tanto, seguramente, por ello más impuestos se han pagado en el país —tégase en cuenta que es una prestación que se financia mediante impuestos—.

Centrándonos en la pensión de adaptación, ésta se reconoce a favor del cónyuge supérstite o pareja de hecho registrada que tenga menos de 65 años y que haya vivido con el cónyuge causante al menos durante cinco años con carácter ininterrumpido o conviviera con el causante y alguno de los dos cónyuges se hiciera cargo de un hijo menor de 18 años. Repárese en el propio calificativo de la prestación, esto es, prestación de «adaptación», calificativo que quizás quiera incidir en que la prestación ha de servir para que el superviviente pueda acomodarse o adaptarse a su nueva situación.

Se equipara a la consideración de «cónyuge supérstite» a la persona que viva de manera permanentemente (al menos 5 años antes del fallecimiento) con el trabajador en el momento del hecho causante cuando:

- ambos han estado casados entre sí con anterioridad o
- cuando han tenido hijos en común o
- cuando esperan hijos en el momento de sobrevenir el deceso.

Si en el momento del hecho causante los que fueron cónyuges estaban divorciados y no se encontraban en ninguna de las situaciones señaladas en el párrafo anterior (básicamente sino habían vuelto a convivir por un período igual o superior a 5 años) no tendrán derecho a pensión de adaptación. Tampoco tendrán derecho los meros convivientes, que no estén en ninguna de las situaciones anteriores y que no hayan constituido formalmente una pareja de hecho.

En relación a su duración, la pensión de adaptación se paga durante 12 meses, tanto a los hombres como a las mujeres que no hayan cumplido los 65 años. Ahora bien, si el beneficiario de la prestación vive con hijos menores de 18 años, se puede prorrogar la pensión durante otros 12 meses. En todo caso, la pensión de adaptación se paga siempre hasta el mes en el que el hijo menor cumple 12 años, por tanto, si la prestación se reconoce a favor de supervivientes que tengan a su cargo hijos menores de 12 años la prestación se percibirá desde que nazca el derecho a ella hasta el cumplimiento de los 12 años por el menor. En ambos casos, esta prolongación de la pensión se denomina «pensión de adaptación prorrogada».

La cuantía de la pensión de adaptación es la del 55% de la pensión de jubilación que hubiera percibido el causante.

Es posible compatibilizar las prestaciones con ingresos por el trabajo, en este supuesto la prestación no se reduce. Es posible también compatibilizar las prestaciones con otras prestaciones sociales pero, en estos supuestos, la pensión se reducirá proporcionalmente.

La prestación de adaptación prolongada, esto es, la que cabe reconocerse, bajo determi-

nados requisitos, transcurridos los 12 primeros meses, esta prestación prolongada se extingue por contraer nuevo matrimonio o por constituir una pareja de hecho.

Para finalizar, solo dos breves puntualizaciones. Como es conocido, en el sistema sueco existen diversas prestaciones que tienden a complementar las prestaciones básicas. Las prestaciones complementarias y las prestaciones básicas vienen a urdir un entramado de protección amplio y, podríamos señalar, completo y complejo desde nuestra perspectiva. Por lo que aquí puede interesarnos, cabe señalarse, por ejemplo, que la pensión de adaptación es compatible con el suplemento de vivienda para pensionistas, suplemento sometido a comprobación de ingresos y que puede alcanzar una cuantía máxima del 93% de los gastos de la vivienda con un máximo de 554 euros por mes; 95% del coste de la casa hasta 544 euros por mes.

Asimismo, como segunda puntualización, afirmar que en el sistema sueco ha desaparecido la pensión de viudedad y, sin embargo, no efectuar ninguna referencia a la nueva estructura de la protección de la vejez en la que se ha abierto la vía a que una parte de la protección pública y obligatoria se estructure mediante un mecanismo similar a los fondos de pensiones, nuevo ámbito en el que se permite la transferencia de derechos entre los cónyuges, no efectuar, por ejemplo, esta referencias, decimos, es dejar sin señalar un nuevo campo de protección de las familias.

Por último, ahora de verdad, para valorar adecuadamente todas las interesantes reformas llevadas a cabo en el sistema sueco, no cabe olvidar que en Suecia la tasa de empleo femenino es elevada. Por ejemplo, en 2015 la tasa era del 82,5% para los hombres y del 78,3% para las mujeres, esto es, una tasa de empleo femenino muy alta en relación con la de otros Estados, casi equiparable a las de los hombres. Asimismo, seguramente, entre otros factores, cualquier valoración deberá tener en cuenta que estas reformas se adoptan en un Estado con, aproximadamente, nueve millo-

nes de habitantes y con un más que aceptable nivel de desarrollo.

3. CONSIDERACIONES FINALES

En línea con lo indicado al comenzar este análisis, cabe ahora ratificar la dificultad y el riesgo de llevar a cabo exámenes comparativos de las prestaciones de viudedad o supervivencia existentes en cada uno de los sistemas de protección examinados. La heterogeneidad de prestaciones y la diversidad de requisitos exigidos, en cada caso, conlleva que, en cualquier examen comparativo, salvo que se reiteren las exposiciones efectuadas en los epígrafes precedentes, queden fuera elementos o puntualizaciones imprescindibles para delimitar adecuadamente la protección otorgada por cada Estado. Es más, casi todos los Estados admiten o están abriendo espacios cada vez más amplios para ahondar en la protección complementaria de estos supuestos.

No obstante, con las cautelas apuntadas, como ejercicio de cierre del estudio que precede, y con el único objetivo de dar cuenta, de un modo descriptivo, de algunos de los aspectos, áreas de protección o requisitos básicos que configuran la protección en los distintos sistemas, cabría señalar, a modo de conclusión general, que todos los sistemas examinados contemplan algún tipo de prestación o prestaciones en favor de los viudos o viudas y, además, la mayoría de ellos, salvo Bélgica, Francia e Italia, extienden esta protección a los miembros de las parejas de hecho o, en terminología comunitaria, a las parejas registradas. Incluso alguno, como Suecia, en determinados supuestos, reconoce también la protección en favor de los miembros de las parejas que simplemente hayan convivido durante un determinado período de tiempo previo al hecho causante, siempre que, además, reúnan otros requisitos. En todo caso, reiteramos una vez más, la protección otorgada en los diferentes Estados es tan heterogénea que nos obliga a remitir, para su mejor conocimiento, a la exposición que efectuamos al examinar cada uno de los sistemas.

Asimismo, en esta senda de exposición general y descriptiva de alguno de los aspectos más destacados, con carácter abreviado cabe señalar, por ejemplo, que todos los Estados admiten la compatibilidad de estas prestaciones con otros ingresos del beneficiario, aunque todos ellos imponen límites a esta compatibilidad, normalmente fijando umbrales de ingresos a partir de los cuales la compatibilidad se va reduciendo. Del mismo modo, casi todos –salvo Reino Unido– también admiten la compatibilidad de las prestaciones de viudedad o supervivencia con otras prestaciones del sistema aunque, de igual modo, estableciendo límites a la compatibilidad.

Respecto de su financiación, todos los Estados prevén su financiación mediante cotizaciones, aunque en varios de ellos (Alemania, Bélgica, Países Bajos y Suecia) los mecanismos de financiación contributiva se complementan con financiación proveniente de impuestos, aportaciones impositivas que, normalmente, tienen por objeto el mantenimiento de algún grupo específico de prestaciones o de complementos unidos a las prestaciones «básicas».

Por último, la consideración de los cónyuges divorciados, a efectos de otorgarles una posible protección en estos casos, resulta tan heterogénea que puede ponerse como ejemplo de la dificultad de comparar los mecanismos de protección de cada Estado. Tan es así que, señalar, sin más, por ejemplo, que todos los Estados examinados, salvo Reino Unido y Suecia, otorgan algún tipo de protección en estos casos, supone, cuando menos, ofrecer una información poco útil para poder tener conocimiento de la verdadera consideración de estas situaciones en cada Estado. En efecto, por ejemplo, Alemania admite el reconocimiento de prestaciones de viudedad en favor de los divorciados cuando estos se divorciaron antes del 30 de junio de 1977, siempre que no hayan vuelto a contraer matrimonio y sean beneficiarios de una pensión compensatoria; para los divorciados con posterioridad a 30 de junio de 1977, no se reconocen prestaciones, en los supuestos de divorcio, dado que, en estos casos, en el momento de liquidar la sociedad conyugal el sistema ad-

mite un «transvase» o reparto de las cotizaciones entre los ex cónyuges. Es cierto que todos exigen que los ex cónyuges no se hayan vuelto a casar y, casi todos, que los ex cónyuges supervivientes tengan derecho a pensión compensatoria o a pensión de alimentos en el momento del hecho causante, prestaciones que, como es sabido, no son exactamente equivalentes y, en cada Estado, están sometidas a regímenes de reconocimiento específicos. Incluso más, alguno

de los Estados que hemos señalado que no reconocen prestaciones en los supuestos de cónyuges divorciados, como es el caso de Suecia, reconoce el derecho a la prestación de viudedad («adaptación») en favor de aquellos cónyuges divorciados que hayan vuelto a convivir, aún sin volverse a casar ni a formar una pareja de hecho registrada, cuando la convivencia, anterior al fallecimiento del causante, haya durado más de cinco años.

RESUMEN

En el artículo se analizan las prestaciones de viudedad o supervivencia establecidas en los sistemas de Seguridad Social de los siguientes Estados de la Unión Europea: Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, y Suecia. En la introducción, tras señalar el riesgo que puede suponer llevar a cabo análisis comparativos de estas prestaciones, se exponen las cuestiones metodológicas básicas que se han seguido para la elaboración del estudio. En la segunda parte, que es la más extensa del trabajo, tras una exposición en la que se describe brevemente la estructura del sistema de Seguridad Social de cada Estado, se analiza, en cada uno de ellos, el régimen jurídico básico de las prestaciones que cada sistema tiene establecidas en favor de los cónyuges supervivientes de un matrimonio o de los miembros supervivientes de una pareja de hecho formalmente constituida. Finalmente, en el último apartado, se exponen, de manera extractada, algunas consideraciones derivadas del examen de estas prestaciones en los diferentes Estados.

Tratando de alcanzar un equilibrio que permita ofrecer una información adecuada y suficiente sin que resulte excesiva y, por ello, poco útil, nos ha pareció oportuno analizar únicamente la legislación de determinados Estados. La selección se ha efectuado, esencialmente, en función de su cercanía geográfica a nuestro Estado, de su peso demográfico dentro de la Unión y de su antigüedad en la misma. En cuanto a la estructura básica de la exposición, hemos optado por un sistema vertical, conforme al cual se examinan las particularidades normativas de la prestación Estado por Estado. Tratando de contextualizar la información, comenzamos la exposición de cada país haciendo una pequeña referencia –mínima en varios casos– a algunas de las líneas básicas de la configuración estructural de su sistema de Seguridad Social, pasando, a continuación, al desarrollo del régimen jurídico de la prestación de viudedad contenido en su normativa.

La información, la hemos obtenido de distintas fuentes. Los documentos elaborados por MISSOC (Mutual Information System on Social Protection), la información contenida en las páginas «web» de las instituciones de Seguridad Social de los diferentes Estados, así como con la incluida en diversas publicaciones de la Unión Europea y, por supuesto, con la recogida de diferentes revistas o publicaciones especializadas.

Cabe adelantar la dificultad y el riesgo de llevar a cabo exámenes comparativos de las prestaciones de viudedad o supervivencia existentes en cada uno de los sistemas de protección examinados. La heterogeneidad de prestaciones y la diversidad de requisitos exigidos, en cada caso, conlleva que, en cualquier examen comparativo, queden fuera elementos o puntualizaciones imprescindibles para delimitar adecuadamente la protección otorgada por cada Estado. Es más, casi todos los Estados admiten o están abriendo espacios cada vez más amplios para ahondar en la protección complementaria de estos supuestos.

No obstante, con las cautelas apuntadas, cabría señalar, a modo de conclusión general, que todos los sistemas examinados contemplan algún tipo de prestación o prestaciones en favor de los viudos o viudas y, además, la mayoría de ellos, salvo Bélgica, Francia e Italia, extienden esta protección a los miembros de las parejas de hecho o, en terminología comunitaria, a las parejas registradas. Incluso alguno, como Suecia, en determinados supuestos, reconoce también la protección en favor de los miembros de las parejas que simplemente hayan convivido durante un determinado período de tiempo previo al hecho causante, siempre que, además, reúnan otros requisitos. En todo caso, reiteramos una vez más, la protección otorgada en los diferentes Estados es tan heterogénea que nos obliga a remitir, para su mejor conocimiento, a la exposición que efectuamos al examinar cada uno de los sistemas.

Asimismo, en esta senda de exposición general y descriptiva de alguno de los aspectos más destacados, con carácter abreviado cabe señalar, por ejemplo, que todos los Estados admiten la compatibilidad de estas prestaciones con otros ingresos del beneficiario, aunque todos ellos imponen límites a esta compatibilidad, normalmente fijando umbrales de ingresos a partir de los cuales la compatibilidad se va reduciendo. Del mismo modo, casi todos –salvo Reino Unido– también admiten la compatibilidad de las prestaciones de viudedad o supervivencia con otras prestaciones del sistema aunque, de igual modo, estableciendo límites a la compatibilidad.

Respecto de su financiación, todos los Estados prevén su financiación mediante cotizaciones, aunque en varios de ellos (Alemania, Bélgica, Países Bajos y Suecia) los mecanismos de financiación contributiva se complementan con financiación proveniente de impuestos, aportaciones impositivas que, normalmente, tienen por objeto el mantenimiento de algún grupo específico de prestaciones o de complementos unidos a las prestaciones «básicas».

Por último, la consideración de los cónyuges divorciados, a efectos de otorgarles una posible protección en estos casos, resulta tan heterogénea que puede ponerse como ejemplo de la dificultad de comparar los mecanismos de protección de cada Estado. Tan es así que, señalar, sin más, por ejemplo, que todos los Estados examinados, salvo Reino Unido y Suecia, otorgan algún tipo de protección en estos casos, supone, cuando menos, ofrecer una información poco útil para poder tener conocimiento de la verdadera consideración de estas situaciones en cada Estado. En efecto, por ejemplo, Alemania admite el reconocimiento de prestaciones de viudedad en favor de los divorciados cuando estos se divorciaron antes del 30 de junio de 1977, siempre que no hayan vuelto a contraer matrimonio y sean beneficiarios de una pensión compensatoria; para los divorciados con posterioridad a 30 de junio de 1977, no se reconocen prestaciones, en los supuestos de divorcio, dado que, en estos casos, en el momento de liquidar la sociedad conyugal el sistema admite un «transvase» o reparto de las cotizaciones entre los ex cónyuges. Es cierto que todos exigen que los ex cónyuges no se hayan vuelto a casar y, casi todos, que los ex cónyuges supervivientes tengan derecho a pensión compensatoria o a pensión de alimentos en el momento del hecho causante, prestaciones que, como es sabido, no son exactamente equivalentes y, en cada Estado, están sometidas a regímenes de reconocimiento específicos. Incluso más, alguno de los Estados que hemos señalado que no reconocen prestaciones en los supuestos de cónyuges divorciados, como es el caso de Suecia, reconoce el derecho a la prestación de viudedad («adaptación») en favor de aquellos cónyuges divorciados que hayan vuelto a convivir, aún sin volverse a casar ni a formar una pareja de hecho registrada, cuando la convivencia, anterior al fallecimiento del causante, haya durado más de cinco años.

Palabras clave: Seguridad Social, Muerte y supervivencia, Viudedad, Unión Europea, Pareja de hecho.

ABSTRACT

This article deals with widowhood or survivor's pensions established in different Social Security systems of the following Member States of the European Union: Germany, France, Belgium, Italy, the Netherlands, Portugal, the United Kingdom and Sweden. Taking into account the risks that a comparative analysis of these benefits may involve, the introduction talks about basic methodological issues that have been followed for the preparation of the study. In the second part of the article, which is the most extensive one, after a brief discussion on the structure of the Social Security system in each State, the analysis follows with the basic legal regime of benefits that each system has established in favour of the surviving spouse of a marriage or the surviving members of a domestic partnership formally constituted. Finally, in the last section, some considerations arising from the review of these benefits in different States are excerpted.

In order to keep a balance that allows us to offer accurate and enough information without being excessive and, therefore, not very useful, we have considered to analyse only laws from certain States. The selection has essentially been performed according to their geographical proximity to our State, their demographic weight and their seniority within the EU. As for the basic structure of the article, a vertical system has been chosen, under which special regulations for benefits are examined State by State. So as to contextualize the information about each country, a brief reference -minimal in some cases- to some of the basic lines of the structure of their Social Security system is done. Then, we continue with the development of the legal system of widowhood included in their regulations.

The information comes from different sources: Documents produced by MISSOC (Mutual Information System on Social Protection), the information contained on the websites of the Social Security institutions in different States, as well as that one included in several publications of the European Union and, of course, all the information taken from different journals or specialized publications.

We have to say in advance that conducting comparative tests about widowhood benefits or survivor's pensions for each of the protection systems examined can mean a difficult and risky task. The heterogeneity of benefits and the diversity of requirements in each case implies that in any comparative study some elements or essential remarks are not included to properly define the protection granted by each State. Moreover, most States admit or are opening wider and wider spaces to a deeper understanding of complementary benefits under that assumption.

Nevertheless, as a general conclusion, we can cautiously say that all systems examined consider some kind of benefit or benefits for widows or widowers and also most of them, except Belgium, France and Italy, extend this protection to domestic partners or, in EU terminology, to registered partnerships. In certain cases, some countries like Sweden recognize the protection for members of couples who have simply lived together for a certain period of time before the referred event, provided that they also meet other requirements. In any case, we must say once again that the protection granted in different States is so diverse that we are obliged to relate to the analysis we make when examining each one of the systems in order to get a better knowledge.

Also, following this general and descriptive presentation of some of the most important aspects, it must briefly be noted, for example, that all States admit the compatibility of these benefits with other income of beneficiaries, although they all establish some limits on this compatibility, normally setting income thresholds above which compatibility is being reduced. Similarly, almost all States -except UK- also admit the compatibility of widowhood or survival benefits with other benefits of the system but, equally, setting limits to compatibility.

Regarding funding, all States expect to carry it out by means of contributions, although in some of them (Germany, Belgium, the Netherlands and Sweden) the mechanisms of contributory financing are complemented by financing through taxes, tax contributions

which usually aim at maintaining a specific type of benefits or complementary benefits linked to “basic” benefits.

Finally, the recognition of divorced partners in order to grant them a possible protection is so heterogeneous that it can be given as an example of the difficulty to compare the protection mechanisms in each State. So much so that noting, for example, that all States examined, except UK and Sweden, offer some type of protection in these cases and it involves at least providing useless information to know the real consideration of these situations in each State. In fact, Germany, for example, admits the recognition of widowhood benefits in favour of the divorced partners when they were divorced before 30 June 1977, provided they have not remarried and are beneficiaries of a compensatory pension; for those divorced after 30 June 1977, no benefits are recognized in cases of divorce, due to the fact that at the time of ending the marriage the system admits a “transfer” or sharing quotes between the former partners. It is true that all States require that the former partners have not remarried, and almost all require that the former surviving partners are entitled to maintenance allowance or alimony at the time of the referred event; as known, these benefits are not exactly equivalent, and are subject to specific recognition regimes in each State. Moreover, some of the States mentioned above which do not recognize benefits in cases of divorced partners, as in the case of Sweden, do recognize the right to widowhood benefit (“Adaptation”) in favour of those divorced partners who have decided to live together, even without remarrying or being a registered partnership when cohabitation before the death of the deceased has lasted more than five years.

Keywords: Social Security, death and survival, widowhood, European Union, common law partner.

Parejas de hecho y acceso a la pensión de viudedad: elementos de un modelo que convendría generalizar

Common law partners and access to widowhood pensions: elements from a model that should become widespread

CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI*

1. LA PAREJA DE HECHO QUE INTERESA AL DERECHO

Según la Real Academia Española, pareja de hecho es la «unión de dos personas que conviven como un matrimonio sin serlo». Por su parte, la doctrina laboralista proporciona aproximaciones conceptuales similares: «una nueva forma de matrimonio»¹, «una comunidad de vida entre dos personas similar a la matrimonial»².

No hace falta un gran esfuerzo memorístico para recordar que, en su origen, esta figura convivencial se caracterizaba por mantenerse extramuros de los formalismos que acompañan a la concertación del contrato de matrimonio, bien por decisión propia, bien

por impedimentos de orden jurídico. Justamente de ahí viene su denominación, haciendo alusión a la situación fáctica, que no de derecho. Pero esta modalidad de unión ha cambiado mucho desde entonces, pues poco a poco ha ido ganando espacios en nuestra sociedad y, contra su propia naturaleza originaria, reclamando un correlativo reconocimiento en el ordenamiento jurídico. El resultado es que las parejas de hecho, tal como nuestro Derecho las concibe hoy, conforman una figura híbrida a mitad de camino entre el matrimonio civil y la unión alegal, generadora de específicos efectos jurídicos en el ámbito sociolaboral.

Ahora bien, quizá a raíz de ese perfil originalmente caracterizado por ser ajeno al sistema, la integración de la figura en el Derecho se ha venido realizando de modo escalonado y parcial. No hay una estrategia de regulación ordenada, sino una asimilación a fuerza de impulso social que ha dado lugar a un tratamiento normativo bastante heterogéneo.

Ni siquiera es posible identificar un concepto de pareja de hecho jurídicamente unívoco dentro del Derecho del Trabajo y de la

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (acreditada como Catedrática). Universidad Rey Juan Carlos.

¹ RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «La pensión de viudedad», en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) *La reforma de la Seguridad Social de 2007-2008*, Aranzadi, 2008, pág. 281.

² BLAZQUEZ AGUDO, E.; PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: «Parejas de hecho y viudedad: evolución normativa y jurisprudencial», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 168, 2014.

Seguridad Social³. Así, en lo que a este estudio interesa, la pareja de hecho es exclusivamente la que viene definida como tal en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS).

En realidad, en un sentido estricto no debería identificarse esta figura con las genuinas uniones fácticas, que como tales siguen existiendo al margen del generalizado reconocimiento jurídico, pues se trata más bien de una pareja de derecho, bien que con un marco regulador distinto del propio del matrimonio.

Así lo reconoce el Tribunal Supremo cuando, en referencia al acceso a la pensión de viudedad, indica que «únicamente corresponde a las «parejas de derecho» y no a las genuinas «parejas de hecho»⁴, enmarcándose las primeras en una relación que se ha llegado a denominar «cuasi-matrimonial», en la medida en que también se le exige ciertos requisitos constitutivos⁵.

En las páginas que siguen se estudian las condiciones en las que el Régimen General de la Seguridad Social integra a los miembros de estas parejas en el ámbito subjetivo de la protección por viudedad, subrayando los elementos esenciales para tal integración y su recepción por la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

La permanente comparación con el tratamiento recibido por los cónyuges permitirá concluir, como se anuncia en el título del trabajo, que su concepción legal se ajusta mucho mejor a la verdadera finalidad de la prestación y que, por tanto, el modelo podría ser aprovechado para una reformulación integral

de la misma, que le permitiera recuperar su sentido originario.

2. LAS PAREJAS DE HECHO EN LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL

2.1. Antecedentes básicos

El primer antecedente del reconocimiento normativo a las parejas de hecho en relación con la pensión de viudedad se encuentra en la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y reconoció, provisionalmente, el derecho a pensión a quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley.

Posteriormente, la Disposición Adicional 54ª de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, comprometió al Gobierno a presentar un proyecto de ley en materia de viudedad que, en un contexto de reformulación global de la pensión dirigido a que la misma recuperara su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante, posibilitara, igualmente, el acceso a la cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes, en el momento de fallecimiento del causante.

El 13 de julio de 2006 se alcanzó, en el Palacio de la Moncloa, el Acuerdo Sobre Medidas en Materia de Seguridad Social, suscrito por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa. En relación con la pensión de viudedad, subrayaba la «finalidad de mejorar la situación de

³ Subraya este problema ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: «¿Qué es una unión análoga al matrimonio?», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 921, 2016.

⁴ STS 23 de febrero 2016 (Rec. 3271/2014).

⁵ BLAZQUEZ AGUDO, E.; PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: «Parejas de hecho y viudedad: evolución normativa y jurisprudencial», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 168, 2014.

las familias que dependen de las rentas del fallecido y adecuar la acción protectora del sistema a las nuevas realidades sociales». Para ello, contemplaba la adopción de ciertas medidas, destacando que «la pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes»: matrimonio y parejas de hecho.

El testigo fue recogido por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que modificó el art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social para reconocer el derecho a la pensión de viudedad a las parejas de hecho, pero desatendió el mandato de la Disposición Adicional 54ª de la Ley 30/2005 y el propósito del Acuerdo de 2006 en relación con la revisión integral de la pensión de viudedad para que recuperara su carácter de prestación sustitutiva de rentas perdidas a raíz del fallecimiento del causante⁶.

Por lo que respecta a las parejas de hecho, el art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social respetó los términos del Acuerdo de 2006 y no las integró a todas sino sólo a las que reunieran ciertos requisitos, que han subsistido hasta nuestros días⁷.

⁶ «Objetivo que, sin embargo (...), sólo se cumple en el caso de las parejas de hecho y en el marco de las crisis matrimoniales» (GALA DURÁN, C.: «Una aproximación a la nueva regulación propuesta en el marco de la pensión de viudedad», *IUSLabor* núm. 1, 2007, pág. 1).

⁷ La Disposición Adicional 3ª de la Ley 40/2007 admitía la posibilidad de acceder a pensión de viudedad ante un hecho causante acaecido con anterioridad a su entrada en vigor, pero no para todas las parejas de hecho sino para las que cumplieran ciertos requisitos. En este sentido, aclara DESDENTADO DAROCA, E., que la norma no buscaba establecer una protección retroactiva con carácter general sino sólo para las parejas que, por sus circunstancias especiales, la merecían (*La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: Un estudio para una prestación en crisis*, Bomarzo, 2009, pág. 132). Véanse también QUINTERO LIMA, M.G.: «Pensión de viudedad en parejas de hecho y convivencia durante los seis años anteriores al hecho causante: una interpretación material del requisito exigido por la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007», *Aranzadi Social* núm. 8, 2010; RODRÍGUEZ CRESPO, M.J.: «Parejas de hecho y pensión «especial» de viudedad: los requisitos identificativos

Entre estos últimos, se exigía —y se exige— la acreditación de la existencia de pareja de hecho, bien mediante documento público en el que constara la constitución de dicha pareja, bien mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia. Pero, a continuación, el precepto precisaba que «En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica». Esta última consideración determinaba, pues, que según la si-

en el ámbito autonómico con derecho civil propio», *Aranzadi Social* núm. 19, 2011; APILLUELO MARTÍN, M.: «La pensión de viudedad tras la nueva Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social», *Actualidad Laboral* núm. 9, 2008; DÍAZ AZNARTE, M.T.: «Las prestaciones por muerte y supervivencia en el ordenamiento jurídico español tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de la Seguridad Social», en MONERENO PÉREZ, J.L. (Dir.): *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, La Ley, 2008; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?», *Aranzadi Social* núm. 1, 2010; MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «La pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social», *Aranzadi Social* núm. 6, 2008; OJEDA AVILÉS, A.: «La reformulación de la pensión de viudedad», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. extraordinario, 2008; RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «La protección por muerte y supervivencia», en CAVAS MARTÍNEZ, F. (Dir.): *La reforma de la Seguridad Social de 2007*, Laborum, 2007; SAMPEDRO CORRAL, M.: «Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF* núm. 298, 2008; TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «La reformulación de la pensión de viudedad en la Ley 40/2007: algunas reflexiones críticas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF* núm. 302, 2008; MORENO GENÉ, J.: «La acreditación del requisito de la convivencia para acceder a la pensión «especial» de viudedad de las parejas de hecho según la doctrina del Tribunal Supremo», *Aranzadi Social* núm. 14, 2010; MORENO GENÉ, J.: «La «pensión especial» de viudedad de las parejas de hecho: aspectos laborales y jurisprudenciales», *Tribuna Social* núm. 232, 2010; MORENO GENÉ, J.: «Pensión especial de viudedad para parejas de hecho sin hijos comunes», *Aranzadi Social* núm. 2, 2013; LLORENTE ÁLVAREZ, A.: «¿Puede ser inconstitucional el plazo de un año para solicitar la «pensión de viudedad en supuestos especiales»?», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 177, 2015.

tuación geográfica existieran requerimientos heterogéneos en orden a entender existente una pareja de hecho y optar por el consiguiente acceso a pensión de viudedad; motivo por el cual fue declarada nula por el Tribunal Constitucional⁸. En efecto, en la STC 40/2014, de 11 de marzo, el Pleno negó que estuviéramos ante una norma de legislación civil y razonó que el citado párrafo introducía «diversidad regulatoria en un ámbito en el que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del art. 14 CE en relación con el art. 149.1.17 CE.» Mantuvo que estábamos ante un factor de diversidad determinante de la desigualdad de trato en el régimen jurídico de la pensión de viudedad, concluyendo que «no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho»⁹.

2.2. Régimen legal actual

El Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, alude a las parejas de hecho principalmente en el Capítulo XIV, relativo a Muerte y Supervivencia¹⁰. El precepto que las define

a estos efectos es el 221, en cuyo apartado segundo brinda sus elementos esenciales: «la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.»

A partir de esta identificación, siempre que se cumplan los requisitos generales de alta y cotización previstos en el art. 219, el mismo art. 221 reconoce el derecho a pensión de viudedad a «quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho», si acredita que sus ingresos no alcanzan determinados límites máximos.

Por su parte, el art. 220 indica que, si se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión debido a divorcio o nulidad matrimonial, la misma será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40% a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad.

La convivencia *more uxorio* se acoge también en el art. 219. Según el mismo, en los supuestos de vínculo conyugal, cuando el falleci-

⁸ La doctrina había llamado la atención sobre este extremo. Entre otros muchos: POQUET CATALÁ, R.: «El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. ¿Una realidad?», *Temas Laborales* núm. 119, 2013; MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «La pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social», *Aranzadi Social* núm. 6, 2008.

⁹ La sentencia cuenta con voto particular. Sobre el pronunciamiento, véase PANIZO ROBLES, J.A.: «La igualdad en el acceso a la pensión de viudedad desde la situación de la pareja de hecho: El Tribunal Constitucional corrige al legislador (a propósito de la STC de 11 de marzo de 2014)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 2014.

¹⁰ También en la Disposición Adicional 16ª, sobre Cónyuge del titular de la explotación agraria.

miento del causante derivara de enfermedad común no sobrevenida tras la formalización de dicho vínculo, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. Pero advierte que no se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante como pareja de hecho, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

Por otro lado, el art. 218 reconoce el derecho a la percepción de un auxilio por defunción para hacer frente a los gastos de sepelio a quien los haya soportado, presumiéndose *iuris tantum* que, si no los ha soportado el cónyuge superviviente, lo ha hecho «el sobreviviente de una pareja de hecho». Adicionalmente, el art. 227 otorga al sobreviviente de una pareja de hecho el derecho a una indemnización especial a tanto alzado en el caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional del sujeto causante.

Pero al margen de estos casos en los que la existencia de una pareja de hecho confiere derechos de muerte y supervivencia, la figura se ha incorporado al ordenamiento también en un sentido negativo, lo que resulta lógico, pues si se le reconocen efectos cercanos al matrimonio para lucrar pensiones, es razonable que también experimente cierta asimilación para extinguir o denegar el derecho.

Así, con carácter general, el art. 223 establece que el derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho¹¹. Por su parte, el art. 220 precisa que, en

¹¹ La Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social, indica en su art. 11.4 –añadido por Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo– que se puede conservar la pensión de viudedad aunque se contraiga nuevo matrimonio o se constituya una nueva pareja de hecho, en caso de que se

los casos de separación o divorcio, quien sea o haya sido el cónyuge legítimo tendrá derecho a la pensión de viudedad, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho. En el supuesto de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho.

La literalidad de la norma podría hacer pensar que esta asimilación que experimenta la pareja de hecho respecto del matrimonio es más intensa a la hora de quitar el derecho que de reconocerlo. Mientras que para denegarlo parece no pedirse más requisito que la existencia de una pareja de hecho en los términos definidos, en cambio para generarlo se requiere, adicionalmente, una carencia de rentas suficientes que a los cónyuges no se les exige. Sin embargo, la doctrina se encarga de despejar esta falsa apreciación, interpretando, con lógica, que no toda convivencia *more uxorio* extingue la pensión de viudedad, sino sólo la que es «susceptible de generar pensión de viudedad entre los miembros de dicha pareja»¹², lo que incluye la insuficiencia de rentas.

En cualquier caso, esta primera aproximación a los elementos esenciales que han de concurrir en una pareja de hecho para po-

cumplan determinados requisitos relacionados con la edad y escasez de ingresos.

¹² BLAZQUEZ AGUDO, E.; PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: «Parejas de hecho y viudedad: evolución normativa y jurisprudencial», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 168, 2014.

La STSJ Cataluña 9 de junio 2016 (Rec. 2691/2016) confirma la distribución proporcional de la pensión entre la esposa y la ex cónyuge del causante a pesar de que esta última vive en pareja, pues la falta de inscripción formal de la unión de hecho impide que pueda ser excluida de la pensión: «el tenor de la Ley es claro en la medida en que exige para la exclusión de la pensión de viudedad establecida en el artículo 174.4 el que en la pareja de hecho se haya constituido «en los términos regulados en el apartado anterior». Al no estar constituida en estos términos es por tanto en la actualidad imposible excluir la percepción de la pensión por tal causa».

der optar a la pensión de viudedad, permite apreciar con claridad la preferencia legal por la fórmula del matrimonio. Incluso en la identificación de la figura se aprecia un nivel de exigencia que en absoluto se predica respecto del matrimonio, pues sólo a las primeras se les pide, para entenderlas existentes, que acrediten la estabilidad del vínculo mediante un tiempo mínimo de convivencia ininterrumpida. Por otra parte, mientras no se requiere que el vínculo matrimonial cumpla con una antigüedad determinada desde su formalización, esto sí se exige a las parejas de hecho.

La preferencia que se otorga al matrimonio en el acceso a la pensión de viudedad ha sido defendida por el Tribunal Constitucional al precisar que «el matrimonio y la convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida». «Como se dice en la STC 184/1990, la Constitución no reconoce el derecho a formar una unión de hecho que, «... por imperativo del art. 14, sea acreedora del mismo tratamiento –singularmente, por lo que ahora importa, en materia de pensiones de la Seguridad Social– que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio» y «siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento»¹³.

Pero, más allá del ajuste constitucional, resulta innegable la profunda desconfianza que tiene el legislador respecto de estas fórmulas convivenciales, pues parecen sugerirle una posible utilización fraudulenta que, sin embar-

go, no observa en el contrato de matrimonio¹⁴. Visión desconfiada que el Tribunal Constitucional bendice cuando considera objetiva y razonablemente justificado que se les exija la acreditación de su convivencia, por motivos de seguridad jurídica y evitación del fraude¹⁵.

3. ELEMENTOS ESENCIALES PARA EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD

Mucho se ha escrito y debatido desde que la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, modificara la Ley General de la Seguridad Social reconociendo el derecho a la pensión de viudedad a las parejas de hecho.

Obviamente, ese cambio legislativo supuso un punto de inflexión en una rotunda trayectoria judicial que, con base en la legislación hasta entonces vigente, se negaba a equiparar el vínculo matrimonial a la convivencia *more uxorio*, si bien ya el Tribunal Constitucional advertía que el acceso a las pensiones de viudedad es de configuración legal, de modo que, si el legislador lo estimaba oportuno, podía perfectamente extender el reconocimiento de la pensión al supérstite de una unión fáctica¹⁶.

El legislador así lo hizo, pero dotando al concepto de pareja de hecho de un perfil específico, de modo que sólo algunas de ellas pasaron a estar integradas en el ámbito subjetivo de la protección, quedando excluidas las restantes. Esa circunstancia supuso, y supone, una distinción entre las parejas de hecho, según que cumplan los requisitos materiales y formales del art. 221 TRLGSS y las que per-

¹⁴ Seguramente por ello MOLINER TAMBORERO, G., explica que «el legislador ha querido, por una parte, acomodarse a una realidad social en esta materia, pero ha querido, por otra parte, que a esta prestación tan importante solo puedan acceder las parejas de hecho constituidas con unas determinadas garantías de seriedad y permanencia» («Parejas de hecho y pensión de viudedad», *Diario La Ley* núm. 7817, 2012).

¹⁵ STC 51/2014, de 11 de abril.

¹⁶ STC 184/1990, de 15 de noviembre.

¹³ STC 38/1991, de 14 de febrero.

manecen extramuros del mismo y, por tanto, sin posibilidad de acceder a la pensión de viudedad¹⁷.

Las dudas sobre el ajuste de esta distinción al texto constitucional fue resuelto de modo contundente por su máximo intérprete: el Tribunal explica que el art. 14 CE no requiere que se reconozcan los mismos beneficios a todas las parejas de hecho¹⁸, pues el legislador puede identificar las situaciones que estime dignas de protección, y los convivientes son libres de ordenar sus relaciones como estimen oportuno.

En esta misma línea es muy clarificador el Tribunal Constitucional cuando precisa que «no es que a unas parejas de hecho se le reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la Ley, unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí»¹⁹, pues la pareja de hecho que nuestro ordenamiento jurídico contempla a efectos de acceder a la pensión de viudedad es la que él mismo identifica en virtud de una serie de requisitos constitutivos que señala.

En definitiva, claro que el legislador es libre de distinguir entre parejas de hecho y parejas de derecho, pues las situaciones fácticas no son idénticas y admiten, pues, un tratamiento diferente. Así lo sugiere también el Tribunal Supremo cuando aclara que lo que se exige para acceder a la pensión de viudedad es la constitución de una «pareja de derecho»²⁰.

¹⁷ Por ello, en la STSJ Navarra 17 de junio 2016 (Rec. 243/2016) se deniega la pensión a la supérstite de una pareja conformada por cónyuges divorciados entre sí –sin pensión compensatoria– pero que no figuran inscritas ni formalizadas como pareja de hecho ni acreditan convivencia.

¹⁸ SSTC 93/2013, de 23 de abril y 51/2014, de 11 de abril.

¹⁹ STC 44/2014, de 7 de abril.

²⁰ STS 20 de julio 2010 (Rec. 3715/2009).

Como indica DE CASTRO MEJUTO, L.F.: «el ordenamiento jurídico español transforma su inicial naturaleza de realidad meramente social a otra plenamente jurídica desde el punto y hora en que exige que esa condición haya de acreditarse mediante certificación del correspondiente registro de parejas de hecho o mediante documento público en el que «conste la constitución de dicha pareja»; en otras palabras, que de todas maneras habrá que «casarse» ante el registro o ante el notario, publicitando

Pues bien, veamos a continuación cuáles son esos elementos que, según el art. 221 TRLGSS, han de concurrir para que nos encontremos ante una unión fáctica digna de ser considerada a efectos de la protección por viudedad.

3.1. Relación asimilable al matrimonio

La norma empieza por definir a la pareja de hecho como la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal. Nada menos.

Dado que el afecto es un sentimiento que el legislador no puede cristalizar a través de una definición jurídica, tampoco es posible encontrar en la Ley un concepto de relación de «afectividad conyugal», con la cual estar en condiciones de comparar situaciones en orden a apreciar o no su analogía. De hecho, la regulación del contrato de matrimonio en el Código Civil carece absolutamente de cualquier mención al afecto²¹.

Estamos, pues, ante una remisión por analogía a un concepto jurídico indeterminado que ni siquiera existe como tal.

Quizá esto se deba a que el legislador se ha dejado llevar por una imagen socialmente deseable del matrimonio, pero que no tiene por qué concurrir para que este último exista y desarrolle plenos efectos. Realistamente se dice, en este sentido, que se toma como referencia al matrimonio presumiendo que los cónyuges están unidos por el referido sentimiento de afectividad, cuando muchas veces no es así²².

la relación a través de un papel, de modo que se desvirtúa no sólo el carácter de la institución, sino también su origen.» (A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* núm. 12, 2008, pág. 243).

²¹ Así lo destaca ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: «¿Qué es una unión análoga al matrimonio?», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 921, 2016. El autor indica que estamos ante un «concepto jurídico indeterminado que a diferencia de la discrecionalidad, requiere siempre una única solución, sin alternativas. Como los operadores jurídicos que tienen que interpretar este concepto son innumerables, se incrementa la dificultad de acierto.»

²² MELLA MÉNDEZ, L.: «El concepto «pareja de hecho» a efectos de la pensión de viudedad», *Aranzadi Social* núm. 9, 2012.

Hay quienes mantienen que «hoy en día puede afirmarse que conforman pareja de hecho quienes conviven de acuerdo a un modelo de vida equivalente al que se espera que realicen las personas unidas por vínculo conyugal». Según la jurisprudencia civil, cabría identificarlo con un «régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar».²³

Sin embargo, en los tiempos que corren no parece que pueda prosperar fácilmente esta suerte de delimitación de un modelo de vida conyugal unívocamente esperable. Cualquier intento en este sentido nos colocaría en un nivel de exigencia para las parejas de hecho absolutamente desproporcionado en comparación con el que se predica de los matrimonios, que pueden mantener un modelo de relación totalmente heterodoxo sin que ello impida por sí mismo el acceso a la pensión de viudedad.

Ante esta tesitura, es lógico que la doctrina apueste por una interpretación laxa del requisito de existencia de una relación afectiva análoga a la conyugal, indicando que no haría falta su acreditación de forma independiente, por presumirse intrínseca a la pareja de hecho que cumpla el resto de los requerimientos previstos en el art. 221 TRLGSS²⁴.

3.2. Ausencia de impedimentos para contraer matrimonio

El art. 221 TRLGSS identifica la pareja de hecho con la constituida por quienes no se hallen impedidos para contraer matrimonio y no tengan vínculo matrimonial con otra persona. En realidad, bastaría con la primera referen-

cia, pues la existencia de vínculo matrimonial con otra persona supone, de por sí, un impedimento para contraer nuevas nupcias²⁵.

En otras palabras, debe tratarse de una pareja que, si hubiese querido, habría podido contraer matrimonio de acuerdo con nuestro ordenamiento civil²⁶.

Este requisito fue objeto de cuestión de constitucionalidad, por considerar que otorga distinto tratamiento a las parejas de hecho según que uno de sus miembros mantenga o no vínculo matrimonial con otra persona. El Tribunal Constitucional desestimó la cuestión, indicando que se trata de una opción del legislador revestida de razonable y objetiva justificación, cual es proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y coordinar internamente el Sistema de Seguridad Social, evitando la posibilidad de un doble devengo de la prestación de viudedad²⁷.

Según se precisa por la doctrina judicial, quien haya estado casado previamente con otra persona y pretenda luego acceder a una pensión de viudedad de la pareja de hecho, deberá aportar certificado o declaración de fallecimiento de aquella persona, o la sentencia firme de nulidad o divorcio; en otro caso, procederá la denegación de la pensión²⁸.

La separación no es causa de disolución del vínculo, por lo que si uno de los miembros de la pareja se encuentra separado judicialmente, no podrá constituir una pareja de hecho válida a los efectos que nos ocupan. En relación con esto, los Tribunales han tenido oca-

²⁵ La STSJ Castilla y León, 15 de junio 2009 (Rec. 990/2009) aprecia implícitamente la existencia de esta reiteración.

²⁶ MELLA MÉNDEZ, L.: «El concepto «pareja de hecho» a efectos de la pensión de viudedad», *Aranzadi Social* núm. 9, 2012.

²⁷ STC 44/2014, de 7 de abril. GALA DURÁN, C., observa que «probablemente se está pensando que al existir dicho vínculo se podrá acceder a la pensión como ex cónyuge. A nuestro entender, esta solución no es del todo aceptable ya que, como mínimo, supondrá una pensión de importe inferior» («Una aproximación a la nueva regulación propuesta en el marco de la pensión de viudedad», *IUSLabor* núm. 1, 2007, pág. 3).

²⁸ STSJ Canarias 27 de septiembre 2013 (Rec. 184/2013)

²³ STS 18 de mayo 1992 (Rec. 1255/1990).

²⁴ BLAZQUEZ AGUDO, E.; PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: «Parejas de hecho y viudedad: evolución normativa y jurisprudencial», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 168, 2014.

sión de pronunciarse sobre casos en los que un matrimonio legalmente separado reanuda su convivencia durante más de cinco años, pero sin poner la reconciliación en conocimiento del Juzgado, como exige el art. 84 del Código Civil para hacer cesar los efectos de la separación judicial. Aunque inicialmente el Tribunal Supremo entendía que, a efectos de lucrar la pensión de viudedad, estábamos ante cónyuges separados judicialmente y no ante una pareja de hecho²⁹, más adelante pasó a mantener una interpretación diferente³⁰: lo que la Ley impide es que los miembros de la pareja mantengan vínculos matrimoniales con terceros, de modo que si los tienen entre sí esto no es óbice para considerar que constituyen una pareja de hecho³¹. Los cónyuges que se separan y que reanudan la convivencia, mientras no exterioricen judicialmente esta circunstancia se encuentran en una situación *more uxorio*, que, si cumple los requisitos del art. 221 TRLGSS, les da acceso a la pensión de viudedad a la que materialmente tendrían derecho³². Claro que, entonces, sería necesaria la inscripción registral de la pareja de hecho o su constitución en documento público³³.

²⁹ STS 23 de abril 2012 (Rec. 3383/2011): «sin que sea dable aplicar por analogía a la pensión de viudedad derivada del matrimonio los principios basados en la interpretación de las normas aplicables a la viudedad en las parejas de hecho».

³⁰ Que, según BLAZQUEZ AGUDO, E.; PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R., «parece atender a una interpretación flexible y humanizadora de las normas en liza» («Parejas de hecho y viudedad: evolución normativa y jurisprudencial», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 168, 2014).

³¹ STS 4 de marzo de 2014 (Rec. 1593/2013): «De la dicción literal del precepto no puede sino concluirse que viene referido a ambos componentes de la pareja al expresarse en plural («no tengan...»), y la expresión «otra persona», se refiere obviamente a un tercero ajeno a ambos, por lo cual, como no podía ser de otra manera, nada impide la existencia de vínculo matrimonial entre ambos, que a los fines pretendidos no puede constituir un obstáculo –sino al contrario– para lucrar la pensión de viudedad».

³² STSJ Madrid 30 de junio 2011 (Rec. 2828/2011); STSJ Murcia 20 de septiembre 2011 (Rec. 316/2011).

³³ Del mismo modo, los cónyuges divorciados entre sí que retoman su relación sin constituir formalmente una pareja de hecho, no tienen acceso a pensión de viudedad en su condición de convivientes *more uxorio*. Si no tenían reconocida pensión compensatoria, quedan excluidos de la protección, tal como

En cuanto al momento en el cual ha de apreciarse la ausencia de impedimento para contraer matrimonio –incluido el vínculo matrimonial con terceros–, el Tribunal Supremo aclara que no es exigible que se mantenga durante el período de los cinco años de convivencia a que alude el art. 221 TRLGSS, sino que basta con que se cumpla en el momento en que se pretenda constituir la pareja de hecho³⁴.

3.3. Veracidad y estabilidad de la relación

El art. 221 TRLGSS exige, como elemento esencial para entender existente una pareja de hecho, que se demuestre una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años³⁵.

sucede en el caso abordado por la STSJ Navarra 17 de junio 2016 (Rec. 243/2016).

³⁴ Por todas, STS 24 de octubre 2012 (Rec. 83/2012).

³⁵ Se trata de los cinco años inmediatamente previos al fallecimiento del causante, ininterrumpidos (ATS 29 de enero 2014, Rec. 1436/2013), aunque parece lógico admitir ciertas pausas excepcionales y justificadas «siempre que no afecten a la estabilidad y relación de afectividad» (BLAZQUEZ AGUDO, E.; PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: «Parejas de hecho y viudedad: evolución normativa y jurisprudencial», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 168, 2014.). Así, se defiende que si la convivencia cesa por motivo justificado objetivamente, pero los dos miembros de la pareja siguen empadronados juntos, debe entenderse que se mantiene el requisito (ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.; ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Algunas reflexiones críticas sobre la viudedad de las parejas de hecho», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF* núm. 319, 2009, pág. 104), y que la residencia obligatoria temporal fuera del domicilio por enfermedad, no impiden la concurrencia de este requisito porque lo relevante es la voluntad de la pareja de estar juntos (APILLUELO MARTÍN, M.: «La pensión de viudedad tras la nueva Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social», *Actualidad Laboral* núm. 9, 2008, pg. 1054). En este mismo sentido, el INSS ha admitido que la convivencia no se interrumpe en el supuesto de internamiento de uno de los convivientes en prisión, siempre que el internado vuelva al domicilio común en los permisos, que continúe la comunicación entre ellos y que el otro conviviente sea designado a los efectos de conocer el fallecimiento del otro (Circular del INSS 30/1994 (modificada en fecha 11 de abril de 2008), citada por BLAZQUEZ AGUDO, E.; PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: «Parejas de hecho y viudedad: evolución

El Tribunal Supremo precisa que no se trata de un requisito constitutivo de la figura sino un período de carencia para poder acceder a la prestación de viudedad³⁶.

De este modo, se rechazan las relaciones esporádicas³⁷, aunque sólo las que no se hubieran formalizado como matrimonio, pues estas últimas generan derecho a pensión de viudedad con independencia de su efectiva estabilidad. Por tanto, aunque el art. 69 del Código Civil establece que en el matrimonio se presume la convivencia salvo prueba en contrario, a efectos de lucrar la pensión de viudedad la presunción adquiere perfil *ius et de iure*. O, más precisamente, en realidad resulta irrelevante si existe o no convivencia entre los cónyuges, pues no constituye un requisito en sí mismo para acceder a la protección desde la situación matrimonial.

Por lo que se refiere a la notoriedad de la convivencia, se ha identificado con la apariencia de «plena vida común, cual si de verdadero matrimonio se tratase»³⁸.

Ahora bien, esta distinción entre parejas de hecho y matrimonios en cuanto a la presunción de concurrencia de ciertas circunstancias, queda relativamente diluida desde el momento en que el legislador establece que la convivencia estable y notoria ha de acreditarse mediante el correspondiente certificado de empadronamiento. Por tanto, al igual que la concertación del matrimonio implica convivencia y estabilidad, el empadronamiento puede tener un efecto similar³⁹.

normativa y jurisprudencial», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 168, 2014).

³⁶ Por todas, SSTs 14 de julio 2011 (Rec. 3857/2010).

³⁷ POQUET CATALÁ, R.: «El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿una realidad?», *Temas Laborales* núm. 119, 2013, pág. 11.

³⁸ SAMPEDRO CORRAL, M.: «Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 74, 2008, pág. 109.

³⁹ Por ello es razonable cuestionar la fiabilidad de este medio de prueba, tal como hacen MANEIRO VELÁZQUEZ, Y.: «La acreditación del vínculo y de la convivencia more uxorio en

La cuestión es si, en caso de ausencia de empadronamiento conjunto, cabría acreditar de otro modo igualmente válido esa convivencia estable, o estamos ante un medio probatorio excluyente que ha de concurrir en todo caso, convirtiéndose realmente en un requisito constitutivo más.

Inicialmente se apreció una interpretación restrictiva, apegada a la letra de la norma⁴⁰, pero más adelante la doctrina judicial fue flexibilizándose para admitir otras vías de prueba de la convivencia, en la medida en que la norma no las prohíbe⁴¹ —si bien el empadronamiento sería un medio de prueba privilegiado⁴²—, y finalmente el Tribunal Supremo ha unificado criterio en este último sentido, optando, pues, por una interpretación finalista en cuya virtud el empadronamiento es tan sólo uno de los medios de prueba posibles⁴³. No obstante, indica que no resulta hábil a estos efectos la aportación del Libro de Familia,

las parejas de hecho: una aproximación jurisprudencial», *Actualidad Laboral* núm. 5, 2013, págs. 7 y 8; BLAZQUEZ AGUDO, E.; PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: «Parejas de hecho y viudedad: evolución normativa y jurisprudencial», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 168, 2014.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad», *Aranzadi Social* núm. 4, 2009; MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «La pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social», *Aranzadi Social* núm. 6, 2008.

⁴¹ STSJ Baleares 30 de abril 2009 (Rec. 175/2009); SSTs Madrid 30 de septiembre 2009 (Rec. 2020/2009).

⁴² STSJ Castilla y León 10 de junio 2010 (Rec. 756/2010).

⁴³ SSTs 25 de mayo 2010 (Rec. 2969/2009); 24 de junio 2010 (Rec. 4271/2009); 6 de julio 2010 (Rec. 3411/2009); 20 de julio 2010 (Rec. 3715/2009); 14 de septiembre 2010 (Rec. 3805/2009); 26 de enero 2011 (Rec. 2714/2010); 9 de junio 2011 (Rec. 3592/2010), entre otras. Se ha admitido, por ejemplo, que la tarjeta sanitaria podría acreditar la convivencia (STSJ Comunidad Valenciana 11 de noviembre 2015, Rec. 650/2015).

A este respecto, véase BORRAJO DACRUZ, E.: «Pensión de viudedad y parejas de hecho: acreditación de la convivencia (Comentario a la STS de 6 julio 2010)», *Actualidad Laboral* núm. 2, 2011; IGLESIAS CABERO, M.: «Pensión de viudedad. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad (Comentario a la STS de 6 julio 2010)», *Actualidad Laboral* núm. 2, 2011; GARCÍA QUIÑONES, J. C.: «Pensión de viudedad y acreditación de la convivencia en el supuesto de parejas de hecho (A propósito de la STS de 12 de noviembre de 2010)», *Documentación Laboral* núm. 91, 2011.

pues sólo acredita la afiliación⁴⁴, ni el testamento nombrando heredera a la persona con la que se convive⁴⁵, ni las disposiciones testamentarias de los convivientes en las que manifiestan que ambos convivían maritalmente⁴⁶.

Pero no parece que las consecuencias sean idénticas según que exista o no empadronamiento conjunto: si existe, opera la presunción de convivencia estable; si no, ésta ha de probarse de modo efectivo y pleno.

3.4. Exteriorización formal

El art. 221 TRLGSS advierte que «la existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante».

En síntesis: en orden a acreditar la existencia de la pareja, la inscripción registral o la formalización del correspondiente documento público tiene que haber tenido lugar al menos dos años antes del hecho causante.

Nos hallamos, pues, ante un doble parámetro temporal: convivencia estable y notoria desde al menos cinco años antes del fallecimiento, e inscripción desde al menos dos años antes de idéntico momento. En ambos casos, de lo que se trata es de demostrar la veracidad y actualidad de la relación, pero desde perspectivas diferentes que resultan complementarias: la que permite apreciar material-

mente la estabilidad de la pareja en virtud del tiempo acreditado de convivencia, y la que se asienta en la exigencia *ad solemnitatem* de haberla constituido formalmente ante el Derecho con antelación suficiente⁴⁷.

Es decir que no estamos ante requisitos alternativos sino acumulativos, debiendo concurrir ambos para que pueda accederse a la pensión de viudedad, tal como afirman tanto el Tribunal Supremo⁴⁸ como el Constitucional⁴⁹. En concreto, este último precisa, en su Auto 142/2016, de 19 de julio, que, cuando el legislador dispone que «se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años», y exige, además, que la existencia de pareja de hecho se acredite «mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja», requiriendo también que tanto la mencionada inscripción como la formalización del

⁴⁷ SSTC 40/2014, de 11 de marzo; 45/2014, de 7 de abril.

⁴⁸ Entre otras muchas, SSTS 18 de julio 2012 (Rec. 3971/2011); 29 de marzo 2016 (Rec. 3151/2014); 2 de marzo 2016 (Rec. 3356/2014); 20 de julio 2016 (Rec. 2988/2014), 21 de julio 2016 (Rec. 2713/2014) y las que en estos pronunciamientos se citan.

El registro o formalización en documento público es condición necesaria, en todo caso, para acceder a la pensión de viudedad (STS 28 de noviembre 2011, Rec. 286/2011), tratándose de un elemento constitutivo (STS 26 de diciembre 2011, Rec. 245/2011).

Véanse MARÍN CORREA, J.M.: «Pensión de viudedad y pareja de hecho no registrada oportunamente (Comentario a la STS de 17 noviembre 2011)», *Actualidad Laboral* núm. 8, 2012; GARCÍA PAREDES, M.L.: «Pensión de viudedad: acreditación de la existencia de pareja de hecho (Comentario a la STS de 3 mayo 2011)», *Actualidad Laboral* núm. 17, 2011.

⁴⁹ STC 40/2013, de 11 de marzo.

⁴⁴ SSTS 3 de mayo 2011 (Rec. 2170/2010); 23 de enero 2012 (Rec. 1929/2011).

⁴⁵ STS 26 de noviembre 2012 (Rec. 4072/2011).

⁴⁶ STS 9 de octubre 2012 (Rec. 10314).

correspondiente documento público se hayan producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante, «está estableciendo los requisitos que han de cumplirse para poder tener la consideración de pareja de hecho a los efectos previstos en esta norma (esto es, para que quienes han constituido una pareja de hecho puedan ser beneficiarios de una pensión de viudedad). Por ello este Tribunal, en las citadas SSTC 51/2014, de 7 de abril, FJ 3, y 60/2014, de 5 de mayo, FJ 3 consideró «que a los efectos de la Ley, no son parejas estables que queden amparadas por su regulación las que no reúnan todos esos precisos requisitos».

En la misma línea, el Tribunal Supremo concluye con su ya conocida afirmación: «la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho ‘registradas’ cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho –pensión– únicamente corresponde a las ‘parejas de derecho’ y no a las genuinas ‘parejas de hecho’».⁵⁰

Ahora bien, llama la atención que, a diferencia de la visión flexible que se mantiene respecto de la acreditación de la convivencia estable –que procede en virtud del empadronamiento u otros medios de prueba de los que pueda inferirse razonablemente el cumplimiento del requisito–, la exigencia de inscripción o formalización en documento público constituye una obligación formal y constitutiva, que los Tribunales, de modo mayoritario, interpretan restrictivamente. Esto supone que, con carácter general, los documentos que podrían demostrar convivencia estable en defecto del empadronamiento, no resultan

hábiles, en cambio, para acreditar la efectiva constitución de la pareja de hecho⁵¹.

Esta perspectiva rígida y formalista queda amparada por la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual la inscripción o formalización de documento público «obedece al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social», de modo que la «constitución formal, *ad solemnitatem*, de la pareja de hecho (...) no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social. Además, esa exigencia formal favorece

⁵¹ No cabe entender cumplido este requisito por la presentación de la declaración de IRPF conjunta (ATS 7 de diciembre 2011, Rec. 1973/2011), ni las disposiciones testamentarias, «pues una cosa es nombrar heredero y otra distinta constituir una pareja de hecho, acto que necesita la intervención de los dos integrantes de la pareja» (SSTS 26 de noviembre 2012, Rec. 1929/2011; 9 de octubre 2012, Rec. 3600/2011; 26 de noviembre 2012, Rec. 4072/2011), ni un reconocimiento mutuo como convivientes (STS 9 de octubre 2012, Rec. 3600/2011), ni un certificado expedido por Ayuntamiento (STSJ País Vasco 22 de diciembre 2009, Rec. 2097/2009), ni la escritura de compraventa ante notario (STSJ Andalucía, Granada 19 de febrero 2014, Rec. 29/2014); ni la escritura de préstamos con hipoteca (STSJ Cataluña 16 de noviembre 2015, Rec. 4969/2015); ni la existencia de descendencia en común (SSTS 28 de noviembre 2011, Rec. 644/2011; 20 de diciembre 2011, Rec. 1147/2011); ni el certificado de empadronamiento en un mismo domicilio, ya que este permite acreditar la convivencia pero no la razón de la misma (STSJ Madrid 15 de julio 2016, Rec. 472/2016; STS 18 de abril 2012, Rec. 3761/2012). Por lo que respecta al Libro de Familia, se trata de un documento público que «no puede resultar en ningún caso acreditativo en este supuesto de otra cosa que no sea la filiación, pero en absoluto de la existencia de una relación de hecho de una pareja» (SSTS 3 de mayo 2011, Rec. 2170/2010; 12 de mayo 2015, Rec. 2709/2014). La cartilla de asistencia sanitaria no constituye «documento público» a efectos de reconocimiento de la condición de pareja de hecho (SSTS 28 de abril 2015, Rec. 2802/2014; 10 de marzo 2015, Rec. 2309/2014; 20 de julio 2016, Rec. 2988/2014; 21 de julio 2016, Rec. 2713/2014).

⁵⁰ Por todas, STS 1 de junio 2016 (Rec. 207/2015).

la seguridad jurídica y evita el fraude en la reclamación de pensiones de viudedad»⁵².

Lo cierto es que la letra del art. 221 TRLGSS alude a la inscripción registral o formalización de documento público como un medio de prueba de la existencia de la pareja de hecho, lo que parece alejarlo de su consideración como requisito autónomo y constitutivo, situándolo, en cambio, en el papel instrumental de la prueba. Desde esta perspectiva, resulta razonable la posición judicial minoritaria en virtud de la cual lo determinante para reconocer la pensión debería ser la existencia de la pareja de hecho, no siendo su inscripción o formalización en documento público un elemento de concurrencia imprescindible en todo caso⁵³.

Sin embargo, esta interpretación es radicalmente descartada por el Tribunal Constitucional cuando precisa que, el legislador, al exigir la certificación de la inscripción registral como pareja de hecho o un documento público en el que conste su constitución, «está determinando los requisitos de forma que deben cumplirse para poder tener la consideración de pareja de hecho a efectos de poder ser beneficiario de la pensión de viudedad que esta norma regula; pensión que no se reconoce a quien haya convivido de forma estable con el fallecido, sino a quien haya formalizado esa convivencia del modo previsto en la ley y, además, cumpla el resto de los requisitos exigidos para tener derecho a esta prestación. El concepto de «pareja de hecho» al que alude el inciso cuestionado (...), a pesar de su denominación, no hace referencia a una situación

fáctica que deba ser acreditada, sino que es un concepto jurídico que define la propia norma estableciendo los requisitos o exigencias que han de cumplirse para poder tener esa consideración y entre ellos se encuentran las exigencias formales que ahora se cuestionan: que la pareja de hecho hubiera sido inscrita en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o en los ayuntamientos o que constare su constitución en un documento público. De ahí que, en este caso, la Ley al establecer que solo puede acreditarse la existencia de la pareja de hecho a través de los medios que en ella se establece, no está incidiendo en el ámbito garantizado por el art. 24 CE, pues a través de tales exigencias no está limitando los medios de prueba en un proceso, sino, como acaba de indicarse, estableciendo los requisitos que ha de cumplirse para tener la consideración de pareja de hecho a efectos de que quienes la constituyen puedan tener derecho recibir una pensión de viudedad»⁵⁴.

En definitiva: caso cerrado –al menos en términos constitucionales–. Lo que nos conduce una vez más, a riesgo de ser reiterativos, a subrayar los efectos de la profunda desconianza del legislador frente a las parejas de hecho y los medios de prueba de su existencia⁵⁵, pues se les exige un acto formal de constitución además de la acreditación de una convivencia estable y notoria; muy lejos de las exigencias que experimentan los cónyuges, que, como se sabe, incluso podrían haber disuelto el vínculo matrimonial y seguir teniendo derecho a pensión de viudedad.

3.5. Insuficiencia de rentas

Quien se encuentre unido al sujeto causante mediante pareja de hecho constituida en los términos del art. 221 TRLGSS, sólo accederá a

⁵² SSTC 51/2014, de 7 de abril, 60/2014, de 5 de mayo.

⁵³ STS 25 de mayo 2010 (Rec. 2969/2009). En esta misma línea cabe entender la reflexión de MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., para quien, si se acredita la convivencia durante cinco años como pareja de hecho, en principio no debería ser necesario demostrar nada más («La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social», *Aranzadi Social* núm. 6, 2008). En el mismo sentido, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: «Sobre los nuevos requisitos de la pensión de viudedad por enfermedad común: antigüedad del matrimonio y convivencia *more uxorio* antes del deceso», *Temas Laborales* núm. 109, 2011, pág. 233.

⁵⁴ ATC 142/2016, de 19 de julio.

⁵⁵ MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?», *Aranzadi Social* núm. 17, 2010.

pensión de viudedad si, además, acredita encontrarse en una de estas dos situaciones:

- a) que sus ingresos durante el año natural anterior⁵⁶ no alcanzaron el 50% de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25% en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.
- b) que sus ingresos, tanto en el momento del hecho causante como durante todo el período de percepción de la prestación, resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante. Este límite se incrementa en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Los ingresos computables son los rendimiento del trabajo, del capital y patrimoniales, en los mismos términos que rigen para establecer el derecho a percibir complementos por mínimos.

Estamos ante un requisito que no se exige a los cónyuges sino sólo a los convivientes *more uxorio*, que otorga a la prestación de estos últimos un perfil de carácter más asistencial. En otras palabras, mientras la pensión de viudedad de los cónyuges se percibe al margen de su nivel de rentas, porque sencillamente se presume *iuris et de iure* que al faltar el causante los ingresos disfrutados por el supérstite se resienten⁵⁷, en el caso de los convivientes nada

⁵⁶ Es decir, del 1 de enero al 31 de diciembre del año previo a aquél en el que tiene lugar el hecho causante (STSJ Andalucía, Sevilla, 20 de febrero 2014, Rec. 1101/2013).

⁵⁷ De acuerdo con la STC 184/1990, de 15 de noviembre, «la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica (...), asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges)».

se presume y si las rentas no se resienten efectivamente no hay derecho a la prestación.

Con independencia de que esta diferencia de trato se pueda deber a un problema de escasez de recursos económicos del sistema⁵⁸, en los tiempos que corren sin duda tendría sentido que el tratamiento que reciben las parejas de hecho en este punto fuera el generalizado para todos los beneficiarios de prestaciones de muerte y supervivencia, sopesándose la insuficiencia de rentas generada a partir del fallecimiento en orden a reconocer o no la protección⁵⁹. Y seguramente nos movemos en esa tendencia, como puede observarse respecto de las pensiones de viudedad en caso de separación matrimonial, divorcio o nulidad, que también se vinculan a la dependencia económica⁶⁰. Pero el caso es que a día de hoy asistimos a una situación de franca desigualdad entre cónyuges y convivientes que, en la línea clásica ya apuntada, el Tribunal Constitucional considera justificada: porque el legislador es libre de modular la protección y exigir diferentes requisitos a los beneficiarios de la prestación según su modalidad de convivencia⁶¹; modalidades entre las que estos pueden elegir también libremente y, dado que no generan las mismas obligaciones, tampoco, por tanto, tienen por qué generar los mismos derechos.

Siendo todo ello cierto en términos de doctrina constitucional, sin embargo se hace especialmente difícil apreciar alguna razón de protección social que justifique la exigencia

⁵⁸ Según sugiere LÓPEZ TERRADA, E.: «Uniones de hecho y prestaciones por muerte y supervivencia: nuevos criterios jurisprudenciales», *Revista de Información Laboral* núm. 6, 2014.

⁵⁹ BALLESTER PASTOR, I.: «La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho», *Tribuna Social* núm. 209, 2008, pág. 69.

⁶⁰ Al respecto, puede verse UREÑA MARTÍNEZ, M.: *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad (especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria)*, Aranzadi, 2012; ALLUEVA AZNAR, L.; GINÉS I FABRELLAS, A.: «La dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio», *InDret* núm. 1, 2015.

⁶¹ SSTC 184/ 1993, de 31 de mayo; 231/1993, de 12 de julio; 37/1994, de 10 de febrero; 77/1995, de 22 de mayo.

de dependencia económica a los convivientes *more uxorio* y no a los cónyuges. Una vez acreditada la existencia del vínculo convivencial y afectivo merecedor de protección por fallecimiento de uno de sus miembros, no parece que la situación de necesidad del supérstite pueda existir o no según el concreto modo en que se hubiera formalizado la relación⁶².

El resultado es «una pensión de viudedad de parejas de hecho ontológicamente diferente de la pensión de viudedad matrimonial»⁶³, a pesar de que, «en términos puramente de legalidad de la Seguridad Social, es obvio que la relación material o económica que existe entre los convivientes de hecho y los cónyuges en el matrimonio es la misma: en ambos casos nos encontramos ante una unión de dos personas, con hijos o no, que han constituido una comunidad de vida, por lo que el daño que produce la muerte de uno de los dos es el mismo en ambos casos, y la cotización a la Seguridad Social realizada por el cónyuge causante ha sido la misma que la del conviviente»⁶⁴.

En cualquier caso, sin duda estamos ante una situación que, necesariamente, ha de resolver el legislador ordinario, pues sólo él puede revertir una regulación que no presenta ya especiales aristas para el Tribunal Constitucional: A la doctrina clásica que se ha ido apuntando en diversos pasajes de este traba-

jo, ha de sumarse la sentada en la sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, que mantiene que «la existencia de una cotización igual no es elemento bastante para la exigencia de iguales prestaciones».

Pero no cerremos del todo la puerta a que el Tribunal Constitucional se replantee su doctrina, pues esta misma sentencia nos regala una afirmación extraordinariamente valiosa, que debería tenerse presente a la hora de abordar la esperada reforma integral de la pensión de viudedad: «Si el derecho discutido se funda en la situación de necesidad, esta debe existir para todos los eventuales titulares de este derecho, y (...) si el derecho puede carecer de este fundamento debe ocurrir así para todos sus titulares».

4. CONCLUSIÓN: REPENSAR LA VIUEDAD EN CLAVE DE PAREJA DE HECHO

El análisis realizado hasta aquí desemboca en una serie de afirmaciones que han de cohonestarse en orden a arribar a una conclusión final:

1º) Existe un tratamiento más exigente –y, consecuentemente, menos protector– de las parejas de hecho, en comparación con los matrimonios.

2º) La opción entre contraer matrimonio o constituir una pareja de hecho es libre para los ciudadanos.

3º) El diferente tratamiento no vulnera los principios del art. 14 CE.

El resultado de este panorama es que tenemos un doble régimen de pensión de viudedad, según que el beneficiario proceda de un vínculo matrimonial o de una relación *more uxorio*. Ante esta situación, hubo quien, sensatamente, apreció en ello tres posibles objetivos del legislador: a) el interés en primar el matrimonio sobre situaciones extrasistema; b) el ánimo de crear una pensión desvalorizada –equiparable

⁶² Así lo expresa DE CASTRO MEJUTO, LF.: «A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho» en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* núm. 12, 2008, pág. 244: «No concurre ninguna razón de protección social que justifique la exigencia de distintos o mayores requisitos a las parejas de hecho que a los casados, ya que, una vez equiparadas las situaciones, sus condiciones determinantes deberán ser idénticas para obtener la protección de supervivencia, cualquiera que sea el supuesto o modo de convivencia personal o familiar que cada cual haya elegido previamente».

⁶³ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «La pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social», *Aranzadi Social* núm. 6, 2008. De una prestación con distinta finalidad según que el beneficiario sea cónyuge o pareja de hecho, hablan BLAZQUEZ AGUDO, E., PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R.: «Parejas de hecho y viudedad: evolución normativa y jurisprudencial», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 168, 2014.

⁶⁴ LAMARCA I MARQUÉS, A.; ALASCIO CARRASCO, L.: «Parejas de hecho y pensión de viudedad», *InDret* núm. 4, 2007, pág. 8.

a las no contributivas–; y c) un ensayo de una futura reforma de la prestación de viudedad⁶⁵.

Actualmente no puede decirse que las parejas de hecho contempladas por el art. 221 TRLGSS constituyan una situación extrasistema, desde el momento en que nuestro ordenamiento jurídico ha decidido integrarlas y otorgarles carta de naturaleza cercana a la relación matrimonial. Pero sí que podría seguir manteniéndose que hay un claro interés del legislador en continuar primando al matrimonio, del que presume la máxima seriedad y estabilidad, aunque nada impide que tenga una duración efímera⁶⁶.

La previsión más optimista hacía pensar en el anuncio de una reforma que racionalizara la protección por muerte y supervivencia, dotándola de cierto perfil asistencial, tal como se había planteado para las parejas de hecho⁶⁷. Pero de esto hace ya una década y, a pesar de las recurrentes llamadas políticas y sociales a reformular la prestación por viude-

dad⁶⁸, no sabemos si semejante reforma se llevará a cabo próximamente. Ni si, en su caso, se realizará del modo integral en el que sería necesario acometerla, abordando el fundamento o razón de ser de esta pensión⁶⁹.

Lo que sí está claro a día de hoy es que la inamovilidad presente ha permitido cristalizar una diferencia de trato que, aunque no vulnere el art. 14 CE, en algunos de sus extremos es de difícil justificación. Pero no por la situación de desventaja en la que pudieran encontrarse los convivientes *more uxorio*, sino por la de privilegio de los cónyuges, a quienes, con carácter general, se les otorga «protección» aunque pudiera no apreciarse una situación de necesidad, y con independencia de que existiera o no convivencia estable de un mínimo de duración⁷⁰.

En definitiva, lo que se propugna no es necesariamente igualar las parejas de hecho al matrimonio, pues es admisible que el legislador establezca requisitos distintos en el acceso a la protección de Seguridad Social según que

⁶⁵ DE CASTRO MEJUTO, L.F.: «A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho» en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* núm. 12, 2008, pág. 245.

⁶⁶ Por eso GALA DURÁN, C., mantiene que «aun cuando resulte necesario garantizar que la pareja de hecho gozaba de cierta estabilidad antes de conceder la correspondiente pensión, el período fijado –5 años de convivencia y formalización de la misma, como mínimo, con dos años de antelación– podría considerarse excesivo a poco que tengamos presente que, en el caso del matrimonio, basta haberse casado – aunque fue el día anterior del fallecimiento– para tener derecho a la totalidad de la pensión de viudedad» («Una aproximación a la nueva regulación propuesta en el marco de la pensión de viudedad», *IUSLabor* núm. 1, 2007, pág. 3).

⁶⁷ Así reflexionaba DE CASTRO MEJUTO, L.F.: «Opción esta última por la que me inclino, puesto que tiene todos los visos de adaptarse a lo que la mayoría de la doctrina considera que debe justificar la pensión de viudedad: subvenir una situación de necesidad en el supérstite. Se anuncia un cambio necesario en la regulación de las prestaciones de muerte y supervivencia, que, aunque no nos acerque a los países del entorno báltico, con su moderno sistema de intercomunicación de cuotas entre los miembros de la pareja, adapta la pensión de viudedad a la situación actual y a una sociedad evolucionada» («A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho» en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* núm. 12, 2008, pág. 245).

⁶⁸ En la doctrina científica es ya un clamor desde hace muchos años. Entre otros, pueden verse: MORENO VIDA, M.N.; MONEREO PÉREZ, J.L.; DÍAZ ANARTE, M.T. (Dir. y Coord.): *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares, 2013; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La pensión de viudedad: nuevas perspectivas», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 771, 2009.

En el momento de redactar estas líneas asistimos a un relanzamiento político de la idea de convertir las prestaciones por viudedad y orfandad en asistenciales, en el marco de la revisión del Pacto de Toledo.

⁶⁹ En este sentido se pronuncia VIVERO SERRANO, J.B.: «Así las cosas, cualquier reforma profunda de la pensión de viudedad tiene que empezar por abordar el aspecto más controvertido de todos, a saber, el fundamento o razón de ser de la propia pensión; su identidad, todavía no bien definida» («La pensión de viudedad tras la Ley 27/2011 y el Real Decreto-Ley 20/2011: un balance decepcionante», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 29-30, 2012, pág. 260).

⁷⁰ Adquiere especial sentido la afirmación de OJEDA AVILÉS, A.: «Si queremos mantener unas pensiones dignas para quienes realmente necesitan la ayuda del Estado, hemos de renunciar a las numerosas prodigalidades, o quizá privilegios, que un Sistema tan poco racional como el nuestro (...) ha ido generando» («La reformulación de la pensión de viudedad», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. extraordinario, 2008, pág. 334).

los ciudadanos elijan una u otra forma de vínculo, y es aceptable también que nuestro ordenamiento jurídico otorgue un trato preferencial a uno de ellos si está constitucionalmente justificado. Por el contrario, lo que proponemos es que se repiense el régimen jurídico de la viudedad en la idea de que el camino emprendido en relación con las parejas de hecho es mucho más racional y eficiente que el añejo régimen aplicado a los matrimonios⁷¹.

Recordemos que, enfrentándonos a la trágica circunstancia del fallecimiento del sujeto causante, lo que se pretende con la prestación de viudedad es algo concreto y cuantificable: «reparar la pérdida de rentas del trabajo en las que por mediación del causante participaban los causahabientes, remediando así la necesidad presunta de éstos»⁷². ¿Tiene sentido seguir presumiendo una situación de necesidad que respondía a unas condiciones sociológicas y demográficas que han evolucionado?⁷³.

La respuesta es no, según el propio legislador que, al elaborar la Disposición Adicional 54ª de la Ley 30/2005, apuntó a una pensión de viudedad que recuperara su objetivo de

prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante. Tampoco tiene sentido para los interlocutores sociales que firmaron el Acuerdo de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social, según el cual –insistimos– «la pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes».

Pues bien, es hora de preguntarse, de una vez por todas, cuál es exactamente el bien jurídico protegido, y actuar en consecuencia para evolucionar hacia una protección moderna, socialmente eficiente y, sobre todo, justa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.; ROLDÁN MARTÍNEZ, A. «Algunas reflexiones críticas sobre la viudedad de las parejas de hecho», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF* núm. 319, 2009.
- ALLUEVA AZNAR, L.; GINÈS I FABRELLAS, A. «La dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio», *InDret* núm. 1, 2015.
- ALONSO OLEA, M. «Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* núm. 39, 2002.
- ; TORTUERO PLAZA, J.L. *Instituciones de Seguridad Social*, Tecnos, 1997.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. «Sobre los nuevos requisitos de la pensión de viudedad por enfermedad común: antigüedad del matrimonio y convivencia *more uxorio* antes del deceso», *Temas Laborales* núm. 109, 2011.
- APILLELO MARTÍN, M. «La pensión de viudedad tras la nueva Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social», *Actualidad Laboral* núm. 9, 2008.
- BALLESTER PASTOR, I. «La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho», *Tribuna Social* núm. 209, 2008.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E. «La pensión de viudedad y orfandad: una realidad pendiente de cambio», *Aequalitas* núm. 21, 2007.

⁷¹ Tanto es así que se ha llegado a afirmar, en relación con la viudedad en caso de matrimonio, que nos encontramos «ante la creación de una nueva contingencia, que ya no nace como consecuencia de una situación de necesidad, sino, debido a la adquisición de un nuevo estado civil» (VALENCIANO SAL, A.: «Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones: la pensión de viudedad, su estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados», *Temas Laborales* núm. 109, 2011, pág. 112).

⁷² ALONSO OLEA, M.; TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Tecnos, 1997, p. 136. En este sentido, ALONSO OLEA, M., destacaba los elementos que hacían pensar en cierta evolución hacia un modelo más asistencial para la pensión de viudedad («Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* núm. 39, 2002).

⁷³ Como indicara OJEDA AVILÉS, A., en relación con las viudas, «sociológicamente ha dejado de ser cierta la indefensión, el desvalimiento funcional, la inhabilidad profesional de ese colectivo» («La reformulación de la pensión de viudedad», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. extraordinario, 2008, pág. 334). BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., destaca los «grandes contrastes entre las distintas generaciones» («La pensión de viudedad y orfandad: una realidad pendiente de cambio», *Aequalitas* núm. 21, 2007, pág. 57).

- BLAZQUEZ AGUDO, E.; PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R. «Parejas de hecho y viudedad: evolución normativa y jurisprudencial», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 168, 2014.
- BORRAJO DACRUZ, E. «Pensión de viudedad y parejas de hecho: acreditación de la convivencia (Comentario a la STS de 6 julio 2010)», *Actualidad Laboral* núm. 2, 2011.
- DE CASTRO MEJUTO, L.F. «A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho» en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* núm. 12, 2008.
- DESDENTADO DAROCA, E. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: Un estudio para una prestación en crisis*, Bomarzo, 2009.
- DÍAZ AZNARTE, M.T. «Las prestaciones por muerte y supervivencia en el ordenamiento jurídico español tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de la Seguridad Social», en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, La Ley, 2008.
- GALA DURÁN, C. «Una aproximación a la nueva regulación propuesta en el marco de la pensión de viudedad», *IUSLabor* núm. 1, 2007.
- GARCÍA PAREDES, M.L. «Pensión de viudedad: acreditación de la existencia de pareja de hecho (Comentario a la STS de 3 mayo 2011)», *Actualidad Laboral* núm. 17, 2011.
- GARCÍA QUINONES, J. C. «Pensión de viudedad y acreditación de la convivencia en el supuesto de parejas de hecho (A propósito de la STS de 12 de noviembre de 2010)», *Documentación Laboral* núm. 91, 2011.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad», *Aranzadi Social* núm. 4, 2009.
- IGLESIAS CABERO, M. «Pensión de viudedad. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad (Comentario a la STS de 6 julio 2010)», *Actualidad Laboral* núm. 2, 2011.
- LAMARCA I MARQUÈS, A.; ALASCIO CARRASCO, L. «Parejas de hecho y pensión de viudedad», *Indret* núm. 4, 2007.
- LLORENTE ÁLVAREZ, A. «¿Puede ser inconstitucional el plazo de un año para solicitar la «pensión de viudedad en supuestos especiales»?», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 177, 2015.
- LÓPEZ TERRADA, E. «Uniones de hecho y prestaciones por muerte y supervivencia: nuevos criterios jurisprudenciales», *Revista de Información Laboral* núm. 6, 2014.
- MANEIRO VELÁZQUEZ, Y. «La acreditación del vínculo y de la convivencia more uxorio en las parejas de hecho: una aproximación jurisprudencial», *Actualidad Laboral* núm. 5, 2013.
- MARÍN CORREA, J.M. «Pensión de viudedad y pareja de hecho no registrada oportunamente (Comentario a la STS de 17 noviembre 2011)», *Actualidad Laboral* núm. 8, 2012.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A. «Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?», *Aranzadi Social* núm. 17, 2010.
- MELLA MÉNDEZ, L. «El concepto «pareja de hecho» a efectos de la pensión de viudedad», *Aranzadi Social* núm. 9, 2012.
- MOLINER TAMBORERO, G. «Parejas de hecho y pensión de viudedad», *Diario La Ley* núm. 7817, 2012.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. «La pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social», *Aranzadi Social* núm. 6, 2008.
- MORENO GENÉ, J. «La «pensión especial» de viudedad de las parejas de hecho: aspectos laborales y jurisprudenciales», *Tribuna Social* núm. 232, 2010.
- «La acreditación del requisito de la convivencia para acceder a la pensión «especial» de viudedad de las parejas de hecho según la doctrina del Tribunal Supremo», *Aranzadi Social* núm. 14, 2010.
 - «Pensión especial de viudedad para parejas de hecho sin hijos comunes», *Aranzadi Social* núm. 2, 2013.
- MORENO VIDA, M.N; MONEREO PÉREZ, J.L.; DÍAZ ANARTE, M.T. (Dir. y Coord.). *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares, 2013.
- OJEDA AVILÉS, A. «La reformulación de la pensión de viudedad», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. extraordinario, 2008.
- PANIZO ROBLES, J.A. «La igualdad en el acceso a la pensión de viudedad desde la situación de la pareja de hecho: El Tribunal Constitucional corrige al legislador (a propósito de la STC de 11 de marzo de 2014)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 2014.
- POQUET CATALÁ, R. «El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿una realidad?», *Temas Laborales* núm. 119, 2013.
- QUINTERO LIMA, M.G. «Pensión de viudedad en parejas de hecho y convivencia durante los seis años anteriores al hecho causante: una interpretación material del requisito exigido por la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007», *Aranzadi Social* núm. 8, 2010.

- RODRÍGUEZ CRESPO, M.J. «Parejas de hecho y pensión «especial» de viudedad: los requisitos identificativos en el ámbito autonómico con derecho civil propio», *Aranzadi Social* núm. 19, 2011.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. «La pensión de viudedad: nuevas perspectivas», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 771, 2009.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G. «La pensión de viudedad», en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.). *La reforma de la Seguridad Social de 2007-2008*, Aranzadi, 2008.
- «La protección por muerte y supervivencia», en CAVAS MARTÍNEZ, F. (Dir.). *La reforma de la Seguridad Social de 2007*, Laborum, 2007.
- SAMPEDRO CORRAL, M. «Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 74, 2008.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D. «La reformulación de la pensión de viudedad en la Ley 40/2007: algunas reflexiones críticas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF* núm. 302, 2008.
- UREÑA MARTÍNEZ, M. *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad (especial consideración al presupuestado de la pensión compensatoria)*, Aranzadi, 2012.
- VALENCIANO SAL, A. «Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones: la pensión de viudedad, su estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados», *Temas Laborales* núm. 109, 2011.
- VIVERO SERRANO, J.B. «La pensión de viudedad tras la Ley 27/2011 y el Real Decreto-Ley 20/2011: un balance decepcionante», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 29-30, 2012.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. «¿Qué es una unión análoga al matrimonio?», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 921, 2016.

RESUMEN

Se analizan las condiciones en las que el Régimen General de la Seguridad Social integra a los miembros de las parejas de hecho en el ámbito subjetivo de la protección por viudedad. Se parte del primer antecedente del reconocimiento normativo en el Código Civil, pasando por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, hasta llegar a la regulación actual en el Capítulo XIV del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

A continuación, merecen estudio particular los requisitos que el art. 221 de la Ley General de la Seguridad Social exige a las parejas de hecho en orden a entenderlas contempladas en el ámbito de protección por viudedad, así como su recepción por la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Una primera aproximación a los mismos ya permite apreciar con claridad la preferencia legal por la fórmula del matrimonio, denotando cierta desconfianza respecto de la convivencia *more uxorio*. Preferencia que es defendida por el Tribunal Constitucional al precisar que no son situaciones equivalentes, de modo que el legislador es libre de establecer consecuencias distintas en uno y otro caso, y desconfianza que también comparte el citado Tribunal cuando entiende justificado el distinto trato por motivos de seguridad jurídica y evitación del fraude.

En este estudio pormenorizado de los elementos esenciales para el acceso a la pensión de viudedad por parte de los miembros de parejas de hecho, se analiza la exigencia de que se trate de una relación de afectividad análoga a la conyugal, destacando las dificultades que presenta esta remisión por analogía a un concepto jurídico indeterminado que en la regulación del matrimonio ni siquiera se menciona. La ausencia de impedimentos para contraer matrimonio se aborda a continuación, con especial mención del caso en que un matrimonio legalmente separado reanuda su convivencia, pero sin poner la reconciliación en conocimiento del Juzgado, como requiere el art. 84 del Código Civil para hacer cesar los efectos de la separación judicial.

La exigencia de una convivencia establece y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, supone una diferencia de trato respecto de los matrimonios –en los que la convivencia pierde relevancia a efectos de lucrar la pensión de viudedad–, si bien la distinción se diluye desde el momento en que la vida en común puede acreditarse simplemente con el dato formal del certificado de empadronamiento. Interesa, en este punto, señalar la progresiva flexibilización de jurisprudencia y doctrina judicial a la hora de admitir otros medios de prueba de la convivencia.

Otro elemento distintivo respecto de los matrimonios es que a las parejas de hecho se les exige que acrediten su existencia mediante un acto formal de constitución que ha debido tener lugar al menos dos años antes del hecho causante. A estos efectos, el conviviente supérstite ha de aportar la certificación de la inscripción de la pareja en alguno de los registros autonómicos o locales o el documento público en el que conste tal constitución, debiendo tenerse en cuenta la sentencia 40/2014 del Tribunal Constitucional, que declaró nula la previsión legal que descentralizaba territorialmente este aspecto en aquellas Comunidades Autónomas que contaran con Derecho Civil propio.

Finalmente, el conviviente supérstite sólo accederá a pensión de viudedad si acredita una insuficiencia de rentas, o su merma considerable a raíz del fallecimiento del causante, lo que otorga a la prestación un perfil de carácter más asistencial. A este respecto, se critica que la exigencia de dependencia económica se requiera sólo en caso de parejas de hecho y no a los cónyuges.

Tras las observaciones precedentes se concluye que a día de hoy existe un doble régimen de pensión de viudedad, según que el beneficiario proceda de un vínculo matrimonial o de una relación *more uxorio*. Ello es debido, fundamentalmente, al interés del legislador en continuar primando al matrimonio, a pesar de que, en realidad, las condiciones de acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad se ajustan mucho mejor a la verdadera finalidad de la prestación. Por tanto, el tratamiento dado a estas últimas podría servir de modelo para una deseable reformulación de la pensión de viudedad que le permitiera recuperar su sentido originario.

Palabras clave: Pareja de hecho, viudedad, convivencia, situación de necesidad.

ABSTRACT

This paper analyses the conditions under which the General System of Social Security integrates common law partners within the subjective scope of widowhood benefits. It begins with the first case of legal recognition in the Civil Law and continues with Law 40/2007 of 4 December on measures regarding Social Security, ending with the current regulations in Chapter XIV of the Consolidated General Law of Social Security approved by Royal Decree 8/2015 of 30 October.

Then, a particular study is deserved to the requirements that Article 221 of the General Law of Social Security ask common law partners in order to be entitled to widowhood benefits as well as to the reception of the constitutional and ordinary jurisprudence. A first approach to them allows to clearly see the legal preference for the formula of marriage, showing a certain distrust in relation to cohabitation *more uxorio*. This preference is defended by the Constitutional Court arguing that they are not equivalent situations, so that the legislator is free to set different consequences in each case, and this distrust is also shared by the aforementioned Court as they understand that the different point of view is justified on grounds of legal security and avoidance of fraud.

In this detailed study of the essential elements to be entitled to a widowhood pension by any member of the partnership, we emphasize the fact that this emotional relationship is similar to marriage, highlighting the difficulties of this reference to an indeterminate legal concept which is not even mentioned in the regulation of marriage. The absence of impediments to marriage is addressed below, paying special attention to the case where a marriage legally separated resumes cohabitation, but without informing the Court about their reconciliation, as required by Article 84 of the Civil Law to halt the effects of legal separation.

The requirement for stable and evident cohabitation with immediate effect at the death of the deceased and with an uninterrupted period of at least five years, makes a difference of treatment with marriage, in which cohabitation becomes irrelevant in terms of being entitled to a widowhood pension, although the distinction is diluted from the time when living together may be credited simply by a formal certificate of registration. At this point, it is interesting to point out the gradual relaxation of jurisprudence and judicial doctrine when admitting other evidence of cohabitation.

Another distinctive feature regarding marriages is that common law partners are required to prove their cohabitation through a formal act of signing that had to have taken place at least two years before the causal event. For this purpose, the surviving cohabitant must provide certification of registration of the couple in any of the regional or local registers or a public document stating such registration, taking into account the ruling of the Constitutional Court 40/2014, which annulled the legal provision that decentralized this aspect in those autonomous regions which had their own Civil Law.

Finally, the surviving cohabitant will only be entitled to the widowhood pension if he/she proves insufficient income, or a significant reduction of it after the death of the deceased, which gives the pension a profile of a more welfare nature. In this regard, it is criticized that the requirement of economic dependency is only required to common law partners and not to spouses.

Following the above observations, we conclude that today there is a double widowhood pension scheme, depending whether the beneficiary comes from a marriage or a relationship more uxorio. This is due mainly to the interest of the legislator to continue giving priority to marriage, although in reality the requirements for common law partners to be entitled to widowhood pensions are more related to the real purpose of the benefit. Therefore, the treatment given to the latter could serve as a model for a desirable reformulation of widowhood pensions that would allow them to recover their original aim.

Keywords: Common law partner, widowhood, cohabitation, situation of necessity.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Pensión de viudedad del ex cónyuge como único beneficiario y del supérstite en supuestos de concurrencia

Widowhood pensions for ex spouses as sole beneficiaries and for surviving spouses in cases of concurrence

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO*

INTRODUCCIÓN

El contexto social en el que nació la pensión de viudedad difiere sustancialmente del actual, y tampoco la fisonomía de la familia resulta comparable. La realidad social ha desbordado las previsiones normativas, que no están diseñadas para dar respuesta a situaciones muy alejadas de las tradicionales. Esa inadecuación entre la realidad y la norma exige de los tribunales un especial esfuerzo para proceder a una adaptación razonable de reglas concebidas y diseñadas para un escenario distinto y, en general, para supuestos prototípicos. Como es bien sabido, en un primer momento el legislador únicamente contemplaba la posibilidad de un cónyuge supérstite –y de sexo femenino–, por cuanto el matrimonio era jurídicamente indisoluble, salvo por muerte. El advenimiento de la democracia, el reconocimiento constitucional de

los principios de igualdad y no discriminación y la legalización plena de diferentes formas de cesación de la convivencia, principalmente el divorcio, derivaron en una realidad mucho más heterogénea, que ha dado lugar a un régimen jurídico que no siempre ofrece pautas claras y precisas para las distintas situaciones.

Muestra sin duda de esas dificultades es la posible concurrencia de varios beneficiarios –cónyuge supérstite y excónyuges–, pues las reglas de reparto no se encuentran totalmente perfiladas en la Ley. La jurisprudencia había llegado a la conclusión de que el supérstite disfruta de un derecho pleno, a diferencia de los excónyuges, que únicamente reciben una parte de la pensión proporcional al tiempo convivido. La Ley 40/2007 reconfiguró la pensión de viudedad, introduciendo como requisito la pensión civil compensatoria en caso de excónyuges y garantizando al menos un 40% de la pensión para el supérstite en situaciones de concurrencia.

Ahora bien, la redacción del nuevo precepto legal difiere de la anterior, y a partir

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo.

de una interpretación literal cabe defender que el derecho del excónyuge es pleno, y no proporcional al tiempo convivido, cuando ese excónyuge separado o divorciado —no en casos de nulidad— sea el único beneficiario, o que el derecho del supérstite es proporcional, y no pleno, cuando concorra con excónyuges. Como se demostrará, esas incertidumbres surgen a consecuencia de una deficiente técnica legislativa, y también por cierto propósito judicial y doctrinal de revivir polémicas pasadas que parecían ya superadas, y no tanto por un deseo real del legislador de alterar esas reglas tradicionales que la jurisprudencia había consolidado.

LAS REGLAS DE ATRIBUCIÓN Y REPARTO DE LA PENSIÓN PREVIAS A LA REFORMA DE 2007

Como es conocido, la LGSS ha equiparado tradicionalmente la nulidad, la separación (legal, no de hecho) y el divorcio en materia de pensión de viudedad, pues en los tres casos se considera producida una disolución o ruptura del matrimonio (o un cese legal de la convivencia) que convierte al supérstite en excónyuge. No hay, pues, una semejanza plena entre el régimen civil de esas tres formas de ruptura matrimonial y sus consecuencias en materia de Seguridad Social, porque la separación no produce en esta última parcela efectos más dulcificados o generosos que el divorcio. Esa identidad de efectos en el ámbito de la pensión de viudedad ha sido declarada compatible con la Constitución por el TC, ya que ni puede apreciarse discriminación con la situación de los cónyuges no separados (en la separación, aun cuando el matrimonio no está disuelto, se produce un efectivo cese de la convivencia), ni existe «discriminación por indiferenciación» al tratar de forma idéntica la separación y el divorcio (el legislador ha elegido una opción legítima, aunque otras fueran posibles)¹.

De ahí que los excónyuges puedan convertirse en beneficiarios de la pensión de viudedad. Como es sabido, con anterioridad a la Ley 40/2007 el art. 174.2 LGSS reconocía a todos los excónyuges ese derecho, si bien limitando el importe, toda vez que se atribuía «en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido». El apartado 1 de ese mismo art. 174 LGSS reconocía el derecho a la «pensión de viudedad, con carácter vitalicio», al cónyuge supérstite, sin mayor matización.

Con todo, el precepto suscitaba varias dudas interpretativas, que, no sin ciertos vaivenes, la jurisprudencia se encargó de disipar. Como premisa inicial, el Tribunal Supremo advirtió que la pensión de viudedad es única, pero debe en su caso repartirse entre los distintos beneficiarios. A tal efecto, han de tomarse en consideración estas dos reglas, que el Tribunal deduce del precepto legal: «a) la adjudicación de la pensión íntegra al cónyuge sobreviviente [...], y b) la distribución de la pensión en cuantía proporcional al tiempo vivido a quienes fueran o hubieran sido cónyuges del causante»².

Obviamente, no es posible calcular la proporcionalidad con el único dato de la duración del matrimonio, sino que es menester un período de referencia. Para ello la jurisprudencia se vale de un «parámetro expreso: tiempo de convivencia que va desde la fecha en que se contrae matrimonio a aquella otra en que se produce la separación judicial o el divorcio (por lo común se toma estos momentos, sin más averiguación, aunque la discusión no está excluida). Y de un parámetro tácito: tiempo mayor que va desde la fecha del matrimonio a aquella otra en que el causante fallece»³, esto es, el «lapso temporal que hubiera alcanzado el matrimonio, de no haberse truncado» por la separación o el divorcio⁴. Por consiguiente, la pensión de un excónyuge siempre «es inferior al importe reglamentario íntegro de la misma,

² Cfr. STS de 18-7-1994 (recurso 24/1994).

³ Cfr. STS de 26-9-2000 (recurso 4053/1999).

⁴ Cfr. STS de 21-3-1995 (recurso 1712/1993).

¹ Vid. STC 186/2004, de 2 noviembre.

y queda aminorada justamente en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido (parámetro menor explicitado) por comparación con el tiempo que va desde el matrimonio de que se trate hasta el fallecimiento del causante (parámetro mayor implícito)»⁵. La ausencia de cónyuge superviviente no impedía aplicar la misma regla, de modo que el excónyuge siempre disfrutaba de una parte proporcional de la pensión, con independencia de si concurría o no con un cónyuge superviviente⁶. Por su parte, «el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge superviviente, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno,

bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último»⁷. La proporcionalidad afectaba al excónyuge separado judicialmente, sin que a efectos de ese cálculo pudiera tomarse en consideración una eventual reconciliación no comunicada al órgano judicial⁸.

Esta opción interpretativa suponía en la práctica que los tiempos de no convivencia marital beneficiasen al cónyuge superviviente, pues su derecho era pleno, y no proporcional al tiempo de convivencia. Así se puede apreciar en un supuesto como el que sigue (ejemplo 1):



Los dos matrimonios del causante tienen idéntica duración, dos años, y sin embargo el reparto de la pensión era mucho más generoso con el cónyuge superviviente. Como se ha dicho, el excónyuge tenía derecho a una parte de la pensión de viudedad proporcional al tiempo de convivencia (2 años), tomándose como período de referencia el lapso que transcurre entre la celebración de ese matrimonio y el fallecimiento del causante (10 años). De ahí que el excónyuge deba disfrutar de una cuantía igual al 20% de la pensión de viudedad, mientras que el superviviente percibiría el 80% restante.

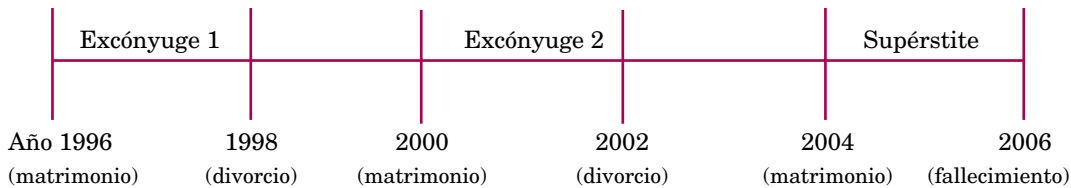
La solución jurisprudencial, no obstante, podría generar algunas disfunciones en caso de que concurrieran varios excónyuges, ya que la interpretación literal de las reglas transcritas podría derivar en un trato desigual, que exige un análisis desde la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación (epígrafe 5). En concreto, la configuración jurisprudencial parecía individualizar la posición de cada excónyuge, con independencia de que hubiera más o menos beneficiarios, y con ello el período de referencia para calcular la prorrata podía ser distinto. Piénsese en este caso (ejemplo 2):

⁵ Cfr. STS de 3-5-2000 (recurso 2452/1999).

⁶ Vid. SSTs de 14-7-1999 (recurso 4183/1998) y de 25-1 y 10-4-2000 (recursos 1668/1999 y 842/1999).

⁷ Cfr. STS de 21-3-1995 (recurso 1712/1993).

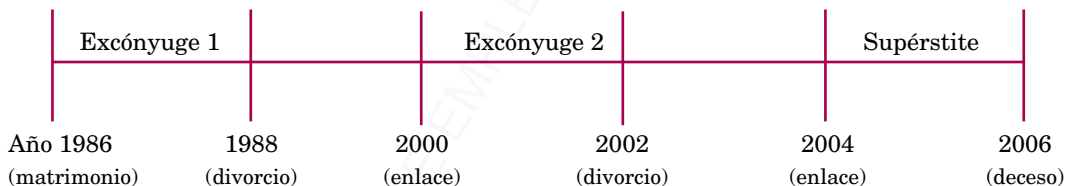
⁸ Por todas, vid. SSTs de 25-9-2006 (recurso 3169/2005) y de 21-7-2008 (recurso 2705/2007).



Al igual que sucede en el ejemplo 1, el primer excónyuge disfruta de un importe equivalente al 20% de la pensión de viudedad, pues la forma de calcular su parte proporcional es idéntica. En cambio, el excónyuge 2, que teóricamente habría de disfrutar de la misma cuantía, toda vez que es excónyuge y que el período de convivencia tiene la misma duración, podría recibir una pensión más elevada, pues recuérdese que la regla proporcional utiliza dos parámetros, según la jurisprudencia: por un lado, el tiempo de convivencia que va desde la fecha en que se contrae matrimonio a aquella otra en que se produce la separación judicial o el divorcio (2000-2002); y, por otro, el

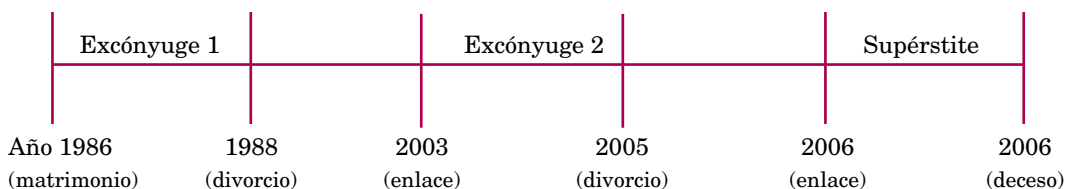
tiempo mayor que va desde la fecha de ese matrimonio a aquella otra en que el causante fallece (2000-2006). En ese escenario, el lapso de referencia para el excónyuge 2 sería de 6 años (y no de 10, como sucede con el excónyuge 1), y por ello el excónyuge 2 tendría derecho a un tercio de la pensión. El supérstite, gracias a su derecho pleno, recibiría el resto ($100 - 53'3 = 46'7\%$).

La disfunción es mucho más apreciable cuanto mayor sea la distancia entre el primer matrimonio y el segundo, y es complicado encontrar una lógica interna a la distribución final (ejemplo 3):



Como se aprecia, el excónyuge dos tendría derecho a un tercio de la pensión, pues las reglas de cálculo son las mismas que en el ejemplo 2. Sin embargo, el excónyuge 1 recibiría una pensión inferior, pues el lapso temporal de referencia ya no son diez años, sino veinte, y por tanto su tiempo de convivencia (dos años) equivale a un 10% de ese período de referencia. De ahí que

el cónyuge supérstite tenga derecho a una pensión superior ($100 - 43'3 = 56'7\%$). Por consiguiente, esta opción jurisprudencial, al menos en su tenor literal, implicaba que el importe de la pensión de los excónyuges no dependía exclusivamente del tiempo de convivencia, sino que venía mediatizado por la mayor o menor distancia entre el matrimonio y el fallecimiento (ejemplo 4):



En este supuesto, la parte proporcional del excónyuge 1 es idéntica a la del ejemplo 3, pero en el excónyuge 2 concurre una significativa diferencia, al estar mucho más próximas las fechas del matrimonio y del fallecimiento del causante. El período de referencia serían tres años, mientras que el matrimonio duró dos años, lo que da como resultado un porcentaje del 66'6% de la pensión de viudedad. La pensión del supérstite debería, así pues, reducirse en consonancia ($100-76'6=23'4\%$).

Obviamente, si el reparto de la pensión de viudedad ha de ser proporcional al tiempo de convivencia es difícil aceptar que períodos de convivencia idénticos deriven en porcentajes tan dispares, porque los principios de igualdad y no discriminación deberían implicar un mismo trato para todos los excónyuges. Dicho de otra manera, el mismo período de convivencia debería dar lugar a una pensión de igual cuantía para los excónyuges. En verdad, no parece tan complejo conseguir ese resultado, ya que es suficiente con aplicar a todos ellos el mismo período de referencia global. Esa uniformidad se conseguiría tomando como parámetro el tiempo que transcurre entre la celebración del primer matrimonio y el fallecimiento (en el ejemplo 4, de 1986 a 2016). Homogeneizando ese período de referencia se garantiza que el importe de la pensión de viudedad fuera idéntico para todos los excónyuges que acreditasen el mismo tiempo de convivencia, de forma coherente con el principio de proporcionalidad y respetando las exigencias de los principios de igualdad y no discriminación. Además, también sería más respetuoso con la consideración del derecho del supérstite como pleno, ya que así se le imputarían a él los períodos de no convivencia entre matrimonios, y no se vería perjudicado por circunstancias aleatorias, prácticamente anecdóticas y con escasa relación con el principio de proporcionalidad, como la mayor o menor cercanía entre el fallecimiento del causante y su matrimonio con un excónyuge.

De este modo, en el ejemplo 2 cada uno de los dos excónyuges tendría derecho a un 20%

de pensión, mientras que el cónyuge supérstite disfrutaría del 60% (100-40); en los ejemplos 3 y 4 cada excónyuge recibiría un 10% de pensión y el supérstite el 80%. Obviamente, cabría aducir que el supérstite percibe una parte de la pensión excesivamente generosa, sobre todo en el supuesto 4, donde el matrimonio no alcanza un año de duración, pero esa era la opción legal –y jurisprudencial–, que priorizaba al cónyuge supérstite como principal beneficiario –con derecho pleno–, y desde luego coherente con el derecho de los excónyuges a una pensión «en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido» (art. 174.2 LGSS/1994).

Lógicamente, todo ello suponía que tras la extinción del derecho a la pensión de cualquiera de los excónyuges se producía un correlativo incremento de la pensión del supérstite, en virtud de su derecho pleno y no proporcional. En cambio, la extinción del derecho a pensión del cónyuge supérstite no afectaba en modo alguno a los excónyuges, pues las reglas de cálculo para hallar la proporcionalidad no tomaban en cuenta la existencia o no de cónyuge supérstite o de cualesquiera otros beneficiarios, problemática que se analizará extensamente en el epígrafe 5.

LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD DE LOS EXCÓNYUGES TRAS LA LEY 40/2007: INCERTIDUMBRES

Las nuevas realidades sociales condujeron al legislador a reconfigurar sustancialmente la pensión de viudedad. El resultado final no implicó un cambio en la naturaleza de esta pensión, pues las dosis de asistencialidad no son especialmente significativas, pero sí tuvo lugar una redefinición del espectro de beneficiarios, introduciendo requisitos novedosos para cónyuges y excónyuges, e incorporando al elenco de beneficiarios a los convivientes de hecho (o cuando menos a algunos convivientes de hecho). En consonancia, el art. 174 LGSS/1994 fue rediseñado, constando de cuatro párrafos,

en lugar de los tres precedentes. El primer párrafo –que coincide con el art. 219 LGSS/2015– se dedica al cónyuge supérstite, el segundo a los excónyuges y el tercero a las parejas de hecho. En el cuarto el legislador clarifica que la pensión se extingue no sólo «cuando el beneficiario contraiga matrimonio», sino también cuando constituya una pareja de hecho apta para lucrar la pensión de viudedad.

Esas modificaciones no se limitaron a la estructura del precepto, sino también a su redacción. Con anterioridad, el art. 174.2 LGSS/1994 advertía que el derecho a la pensión de viudedad en caso de separación, divorcio o nulidad siempre había de calcularse «en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido». En cambio, tras la reforma de 2007 el apartado 2 del art. 174 LGSS/1994 divide en dos párrafos las reglas relativas a cónyuges separados o divorciados (actual art. 220 LGSS/2015). En el primero de ellos dispone que «en los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente», y a continuación añade (requisito novedoso), que «el derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante».

No hay, pues, ninguna referencia al criterio de proporcionalidad, que sí aparece, en cambio, en el siguiente párrafo del art. 174.2 LGSS/1994 (actual art. 220.2 LGSS/2015), relativo exclusivamente a la concurrencia de beneficiarios que podría producirse «habiendo mediado divorcio». En ese supuesto, la pensión «será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o,

en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad».

Finalmente, el último párrafo del art. 174.2 LGSS/1994 (art. 220.3 LGSS/2015) se ocupa de la nulidad matrimonial, supuesto en el que la pensión se hace depender del reconocimiento previo del derecho a la «indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente», aunque «dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios».

Una interpretación literal conduce, por consiguiente, a limitar la aplicación del criterio proporcional exclusivamente a los supuestos de nulidad matrimonial (en todo caso) y a los de divorcio siempre que tenga lugar una concurrencia de beneficiarios. En cambio, en supuestos de separación (no hay concurrencia por definición, pues eventualmente el segundo o ulterior matrimonios serían nulos por bigamia, y no cabe la conformación de una pareja de hecho, al exigir el art. 174.3 LGSS/1994 – art. 221.2 LGSS/2015– la ausencia de impedimento matrimonial) o divorcio sin concurrencia de beneficiarios el legislador no prevé la aplicación de ningún criterio de proporcionalidad, lo que permite defender que el excónyuge separado o divorciado podría disfrutar de la pensión de viudedad completa, y no proporcional al tiempo convivido⁹.

Ese no es un debate nuevo, sino que ya surgió hace más de 30 años, como se desarrollará en el epígrafe 9, pero se ha reabierto

⁹ Vid. L. LÓPEZ CUMBRE, *Los nuevos pensionistas de viudedad*, Tribuna Social, nº 209, 2008, pp. 44-45; I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *La pensión de viudedad y la Ley 40/2007: anatomía de una encrucijada*, RL, nº 17, 2008.

otra vez con la Ley 40/2007, hasta el punto de que la Entidad Gestora ha modificado su posición, según se recoge en la Circular del INSS de 2 de enero de 2008¹⁰ y se explicita en la propia web de la Seguridad Social¹¹. Ello supone, por lo pronto, un notable cambio de orientación que se separa de la jurisprudencia tradicional, ya citada, y que no sólo implicaría reconocer al excónyuge un derecho pleno a la pensión cuando es el único beneficiario, sino que incluso puede cuestionarse que el derecho del supérstite es un derecho pleno. La modificación posterior operada en el art. 174.2 por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, no introdujo nuevos elementos para este debate, al menos explícitamente, pese a que incidía en el derecho a pensión de los excónyuges separados o divorciados. Esa modificación legal se centró en aquilatar el nuevo requisito introducido por la Ley 40/2007, la pensión compensatoria, que desde esa reforma de 2009 no sería exigida a las excónyuges víctimas de violencia de género. Además, el importe de la pensión compensatoria actuaría como límite para la cuantía de la pensión de viudedad.

En cualquier caso, la aplicación administrativa no siempre es uniforme, ni coherente, y da lugar a resultados sorprendentes. Por ejemplo, no resulta extraño que en supuestos de reconciliación no comunicada al juzgado se siga reconociendo al beneficiario un derecho proporcional, aduciendo, precisamente, que ese defecto formal no supone un restablecimiento del vínculo. Evidentemente, la falta de comunicación puede ser determinante para denegar la pensión cuando el solicitante no

disfrute de pensión compensatoria, o para rechazar el incremento de cuantía de una pensión reducida hasta el límite del importe de esa pensión civil, pero, atendiendo al propio criterio administrativo, no debería suponer en ningún caso la aplicación de una regla de proporcionalidad en función del tiempo convivido, pues de lo contrario se hace de peor condición al excónyuge reconciliado –informalmente– que al no reconciliado¹².

EL REPARTO DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD EN SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE BENEFICIARIOS: ¿EL DERECHO DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE SIGUE SIENDO UN DERECHO PLENO TRAS LA LEY 40/2007?

Con anterioridad a la Ley 40/2007 el art. 174 LGSS/1994 no contemplaba una regla específica sobre concurrencia de beneficiarios de la pensión de viudedad, sino que se limitaba, por un lado, a reconocer el derecho del cónyuge supérstite a la pensión de viudedad y, por otro, a atribuir a los excónyuges una parte de la pensión proporcional al tiempo de convivencia. Como ya se advirtió en el epígrafe 2, la jurisprudencia jugó un relevante papel en la interpretación de ese precepto, concediendo al cónyuge supérstite un derecho pleno a la pensión, si bien el importe finalmente percibido debía reducirse en atención al derecho de los excónyuges, y mientras estos conservaran su condición de beneficiarios. Por cierto, la pro-

¹⁰ Circular con Instrucciones Provisionales para la aplicación de la Ley 40/2007, en cuyo apartado 3.2.2 se atribuye el derecho a la pensión íntegra, y no proporcional, a los excónyuges separados y divorciados.

¹¹ En el apartado relativo a la cuantía de la pensión de viudedad se afirma que «cuando exista un único beneficiario con derecho a pensión, el importe de la cuantía será íntegro»; cfr. http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/MuerteySupervivencia/RegimenGeneral/Viudedad/CuantiaAbono/index.htm (última consulta 12-5-2016).

¹² Vid. STSJ de Castilla-La Mancha de 30-3-2015 (recurso 1132/2014). El causante –fallecido en 2013– y la beneficiaria –que era víctima de violencia de género y además disfrutaba de pensión compensatoria– contrajeron matrimonio en 1990 y se separaron en 1996. Posteriormente se reconciliaron, pero se divorciaron en 2008. La sentencia reconoce la pensión de viudedad, pero en proporción al tiempo de duración del matrimonio (28,31%). La demandante solicitaba que se adicionase el tiempo de convivencia entre la reconciliación y el divorcio (para alcanzar incrementar la prorrata hasta el 68%). La sentencia desestima el recurso aduciendo que la reconciliación no había sido comunicada, dato que resultaría irrelevante si verdaderamente el excónyuge pudiera disfrutar de la totalidad de la pensión cuando es el único beneficiario.

porcionalidad también afectaba eventualmente al complemento a mínimos, inclusive cuando no había concurrencia de beneficiarios¹³.

La Ley 40/2007, como ya se ha dicho, reformó ese art. 174 LGSS/1994, estableciendo nuevos requisitos y condicionantes para acceder a la pensión de viudedad, pero por acción u omisión también parecía afectar a las reglas de reparto de la pensión. En esa nueva formulación legal, el párrafo segundo del art. 174.2 LGSS/1994 establecía el modo de distribución cuando concurrieran cónyuges divorciados con otros beneficiarios, mientras que el tercer párrafo se dedicaba a la concurrencia de beneficiarios cuando el cese de la convivencia tuvo lugar por nulidad matrimonial. Obviamente, no se contempla una regla para supuestos de separación, por cuanto no hay posibilidad jurídica de concurrencia de beneficiarios en tal coyuntura.

Concretamente, el párrafo segundo del art. 174.2 LGSS/1994—actual art. 220.2 LGSS/2015—dispone que «si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente».

Por su parte, el párrafo tercero—art. 220.3 LGSS/2015—establece una regla con identidad de razón: «en caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente».

te», y añade que «dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios».

Como ya se advirtió en el epígrafe anterior, el tenor literal del art. 174 LGSS/1994 tras esa reforma legal (la modificación operada por la Ley 26/2009 no es relevante en este punto) permite defender que el derecho de los excónyuges separados y divorciados (no en caso de nulidad) a la pensión de viudedad es un derecho pleno si son los únicos beneficiarios, de modo que sólo procedería el cálculo proporcional cuando tuviera lugar una concurrencia de beneficiarios.

Ahora bien, cabe efectuar una interpretación análoga en relación con el supérstite—cónyuge o no—, porque la reformulación del art. 174.2 LGSS/1994 podría haber extendido asimismo al supérstite la regla proporcional. En efecto, con anterioridad a la reforma legal las referencias a la proporcionalidad se encontraban inescindiblemente ligadas a los excónyuges, y no había margen interpretativo alguno para aplicar esa limitación al supérstite, con independencia de la duración de su enlace matrimonial con el sujeto causante.

Sin embargo, tras la Ley 40/2007 la regla de proporcionalidad afecta a «cada uno» de los «beneficiarios con derecho a pensión», y entre ellos desde luego se puede encontrar el cónyuge (o la pareja de hecho) supérstite¹⁴. En

¹⁴ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Artículo 174», en MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *Ley General de Seguridad Social. Comentada con jurisprudencia*, Lay, Madrid, 2009, págs. 1262 y ss.; RODRÍGUEZ INIESTA, G., *Las prestaciones por muerte y supervivencia*, Laborum, Murcia, 2009, págs. 197 y ss.; LOUSADA AROCHENA, J.F., *Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las Leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre*, AS, nº 1, 2010 (BIB 2010\568); SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E., *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 113 y ss.; DESDENTADO DAROCA, E., *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*, Bomarzo, Albacete, 2009, págs. 93 y ss.; PÉREZ ALONSO,

¹³ Vid. SSTs de 22-10 y 9-12-2002 (recursos 687/2002 y 162/2002) y de 17-9-2008 (recurso 661/2006).

consonancia, la nueva redacción legal parece rechazar que el derecho del cónyuge superviviente sea un derecho pleno en situaciones de concurrencia de beneficiarios, lo que supondría, en definitiva, un perjuicio para el superviviente, al que no cabría imputar –a su favor– los

tiempos de no convivencia, actuando como una especie de contrapeso frente a la novedosa ventaja que supuso introducir una garantía mínima del 40% de la pensión. Piénsese en la siguiente situación (ejemplo 5):



Como se dijo (ejemplo 1), conforme a las reglas tradicionales el excónyuge disfruta de una cuantía igual al 20% de la pensión de viudedad, mientras que el superviviente recibiría del 80% restante. Tras la reforma de la Ley 40/2007 se plantea un problema evidente en el cálculo de la proporcionalidad de la pensión del superviviente si se acepta que el legislador ha pretendido variar el modo de efectuar el reparto. Recuerdese, tal y como se desarrolló anteriormente (ejemplos 2 a 4), que la proporcionalidad se calculaba –o al menos así podría deducirse de la jurisprudencia– tomando como referencia el lapso temporal que transcurre entre el matrimonio en cuestión y el fallecimiento, derivando la proporcionalidad del tiempo de duración del matrimonio. Ese cálculo genera las disfunciones ya vistas, y ofrece un resultado inferior al 100% (y por tanto técnicamente proporcional) en caso de excónyuges, pero nunca para el cónyuge superviviente, por cuanto el lapso temporal de referencia –desde el matrimonio al fallecimiento– coincide con la duración del matrimonio, y por ello siempre alcanzaría el 100%.

No hay, pues, proporcionalidad posible, salvo que se acepte la interpretación anteriormente propuesta, que toma como lapso temporal de referencia el tiempo que va desde el primer matrimonio del sujeto causante hasta su fallecimiento. Bajo esa premisa, el período de referencia asciende a diez años para ambos beneficiarios, de modo que un cálculo estrictamente proporcional conllevaría que tanto el excónyuge como el superviviente percibirían un 20% de la pensión, asumiendo hipotéticamente que el derecho del superviviente no es pleno y que por tanto que no hay justificación para que se le atribuyan los períodos de no convivencia.

Esta interpretación debe rechazarse, porque daría lugar al absurdo de que existiendo varios beneficiarios no se repartiese la totalidad de la pensión, ya que los períodos de no convivencia no se imputarían a ninguno de ellos. Seguramente esa es la razón por la que la Entidad Gestora apuesta por un cálculo más alambicado¹⁵, sin apoyo legal o jurisprudencial claro, al excluir del cómputo el tiempo de no convivencia¹⁶. Dicho de otra forma, cuando concurren varios beneficiarios al disfrute de la pensión de viudedad el lapso

M.A., *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 47 y ss.; BLASCO LAHOZ, J.F. y PIÑERO DE LA FUENTE, A.J., *La última reforma de la Seguridad Social. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; I. BALLESTER PASTOR, *La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho*, Tribuna Social, nº 209, 2008, pp. 77–78.

¹⁵ A modo de ejemplo, *vid.* STSJ de Madrid de 26-2-2006 (recurso 760/2015).

¹⁶ *Vid.* N. MARTÍNEZ LLANOS, *Pasado y presente de las pensiones de viudedad en supuestos de separación y divorcio*, Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos), nº 40, 2008 (BIB 2013\51109).

temporal de referencia se construye de forma artificial concatenando todos los períodos de convivencia matrimonial. De este modo, una

situación análoga a la propuesta en el ejemplo 5 se convertiría en la siguiente (ejemplo 6):



El lapso temporal de referencia para el excónyuge ya no sería de diez años (2006-2016) sino de cuatro (2006-2008+2014-2016), lo que supone que la parte proporcional de su pensión quedaría en un 50%. Respecto del supérstite, sea a partir de la configuración de su derecho como pleno, sea a partir del cálculo proporcional, le corresponde el otro 50%. Esta fórmula de cálculo, en la que no se imputan al supérstite los períodos de no convivencia y se le niega el derecho pleno, perjudica en el reparto al supérstite y beneficia al excónyuge¹⁷, además de resultar contraria a algunos criterios sentados por la doctrina de suplicación¹⁸.

En la práctica, esta forma de proceder ha dado lugar a litigios de variada índole, en los que se solicita, por ejemplo, que se compute asimismo el tiempo de convivencia previo al matrimonio. Sorprendentemente, esa pretensión ha sido estimada en alguna ocasión¹⁹. Es cierto que la STS de 27-1-2004²⁰ admitió esa operación, pero el supuesto de hecho era muy particular, ya que la convivencia no podía formalizarse al encontrarse ya casado uno de los miembros de la pareja y no haberse legalizado aún el divorcio. Por cierto, en otras ocasiones se excluye del período de convivencia el tiempo en que los cónyuges han estado separados de hecho²¹, en un criterio abiertamente contradictorio con la doctrina jurisprudencial sobre reconciliación, por ejemplo²².

Sea como fuere, subsiste la duda de si el derecho del supérstite se configura o no como pleno, bien en origen, bien de forma sobrevenida. La relevancia es notable, pues, por un lado, habría que determinar si la pérdida de pen-

¹⁷ Como ejemplo puede tomarse la STSJ de Andalucía/Sevilla de 30-3-2006 (recurso 1080/2015), en cuyos hechos consta probado que el primer matrimonio duró desde 1973 a 1995, mientras que el segundo se limitó a unos nueve meses entre 2007 y 2008, momento del fallecimiento del causante. A tenor de los cálculos del INSS la parte proporcional correspondiente a la excónyuge alcanzaría el 96,46, mientras que la supérstite tendría derecho a una pensión teórica del 3,53% (aunque el reparto final quedaría en el 60-40 para respetar la garantía legal mínima a favor del supérstite). En el mismo sentido, *vid.* STSJ de Castilla-La Mancha de 8-1-2013 (recurso 1184/2012), en relación con una excónyuge que había convivido con el causante entre 1985 y 1989 y una supérstite que había contraído matrimonio con el causante en 2005, habiendo fallecido en 2010. La Entidad Gestora considera que la parte proporcional de la excónyuge asciende a 46,64% (reducida sustancialmente para no superar el importe de la pensión compensatoria) y la de la supérstite a 53,36%. Evidentemente, estos cálculos del INSS únicamente pueden llegar al resultado indicado eliminando del cómputo el período de soltería o no convivencia matrimonial.

¹⁸ *Vid.* STSJ de Valencia de 11-2-2014 (recurso 1813/2013). En dicha sentencia constan como hechos probados que la excónyuge había convivido con el causante desde 1979 a 1994 y la supérstite desde 2005 a 2011. La sentencia afirma que la pensión de viudedad de la actora debió calcularse atendiendo

al tiempo de convivencia del causante con la codemandada divorciada (5.295 días que respecto de los 11.433 días transcurridos (salvo error u omisión) desde la fecha de su matrimonio -16-6-1979- hasta la de fallecimiento del causante -28-4-2011-), fórmula de cálculo en la que los tiempos de no convivencia desde luego computan.

¹⁹ *Vid.* SSTSJ de Cataluña de 11 y 27-6-2013 (recursos 826/2013 y 6726/2012) y de 7-4-2010 (recurso 3265/2009).

²⁰ Recurso 3610/2002.

²¹ *Vid.* STSJ de Andalucía/Granada de 1-3-2012 (recurso 2914/2011).

²² *Vid.* I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Reconciliación de los cónyuges y pensión de viudedad*, Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº 3, 2015, pp. 84 y ss.

sión de un excónyuge permite que el superviviente mejore su pensión (epígrafe 5). Por otro, en caso de que el derecho fuera proporcional, y no pleno, la eventual reducción de la pensión de viudedad de un excónyuge cuando excede del importe de la pensión compensatoria no permitiría al superviviente incrementar la pensión. La jurisprudencia menor discrepa sobre este punto, como se desarrollará posteriormente (epígrafe 8).

En fin, parece evidente que la extensión de la regla de proporcionalidad al superviviente habría requerido un mayor proceso de maduración si verdaderamente se pretendía una aplicación estricta, porque o bien es absurda (al ofrecer siempre un resultado del 100% sin contemplar ninguna regla de reducción para respetar el derecho los excónyuges), o bien debería haberse acompañado de una modificación expresa del lapso temporal de referencia que había fijado la jurisprudencia (que no puede tomar como punto inicial el momento del matrimonio del superviviente con el causante y como momento final el del fallecimiento de ese causante), o bien supone un evidente descuido del legislador, que no pretendía cuestionar que el derecho del superviviente es un derecho pleno, sin perjuicio de la necesidad de adaptación del importe para respetar la parte proporcional de los otros beneficiarios.

DIFERENCIAS DE TRATO ENTRE CÓNYUGES Y EXCÓNYUGES: LA ENTRADA EN JUEGO DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Como se ha indicado, a partir de la nueva redacción legal puede defenderse que el derecho del superviviente ya no es un derecho pleno, o, cuando menos, que no siempre es pleno. De este modo, el cónyuge superviviente percibiría la totalidad de la pensión en los casos en que fuera el único beneficiario, pero no en situaciones de concurrencia de beneficiarios, pues el art. 220.2 LGSS obliga a un cálculo «en cuantía proporcional al tiempo vivido». Esta

referencia plantea dificultades interpretativas de gran calado, como se puso de manifiesto en el epígrafe anterior, y la opción por la que finalmente se decante la jurisprudencia –y previamente la Entidad Gestora– generará consecuencias de muy diverso signo para supervivientes y excónyuges.

En un primer momento, la inclusión de los excónyuges como beneficiarios era comprensible por razones que se justificaban atendiendo al contexto social, toda vez que en muchos casos el excónyuge había convivido con el causante durante la mayor parte de la vida adulta de ambos, mientras que el superviviente acreditaba un período de convivencia muy reducido en comparación. De ese modo, la proporcionalidad no implicaba automáticamente un menor importe de pensión para el excónyuge en relación con el superviviente, sino que el resultado final del reparto en muchas ocasiones le resultaba favorable. Seguramente por ello la jurisprudencia matizó el alcance de ese precepto, mostrando cierta preferencia por el cónyuge superviviente, que fue considerado como el verdadero viudo, y por tanto con un derecho pleno a la pensión, frente a la posición del excónyuge, que había de quedar en un segundo plano por su débil –y muchas veces nula– conexión con el causante en el momento del fallecimiento, y por ello con un derecho meramente proporcional. Se priorizaba al cónyuge actual frente a los derechos «históricos», por considerar que la situación de necesidad, real o presunta, afectaba al superviviente y no realmente al excónyuge.

Los cambios en el contexto social, y principalmente el incremento de las crisis matrimoniales –y la menor duración de los matrimonios– parecían abocar naturalmente a que el legislador asumiera la doctrina jurisprudencial y consignara expresamente en la ley esa mejor posición del superviviente. La garantía del 40% para este último en supuestos de reparto y la enorme trascendencia de la pensión compensatoria –como requisito para convertirse en beneficiario y como límite de cuantía– para los excónyuges parecen un reflejo inequívoco de esa pretensión, y fueron medidas introduci-

das por la Ley 40/2007, que a su vez convirtió en beneficiarios a determinados convivientes de hecho. Son, sin duda, las tres novedades más significadas –y anunciadas y controvertidas– de esa norma en materia de pensión de viudedad.

Por el contrario, nada apuntó el legislador ni sobre la eventual mejora del derecho del excónyuge cuando es el único beneficiario, ni sobre un cambio de posición del cónyuge superviviente en casos de concurrencia, medidas que en ambos casos resultarían abiertamente contradictorias con esa progresiva mejora en la posición del superviviente frente al excónyuge. En el primer caso tendría lugar un incremento de gasto para el erario público, y se potenciaría al excónyuge, mientras que en el segundo supuesto se alterarían las reglas de reparto, normalmente en perjuicio del superviviente. Se introducirían, de esta forma, contrapesos a las medidas antes citadas, y que vendrían a reequilibrar la posición del superviviente y los excónyuges.

La redacción legal no es en absoluto contundente, y a partir de las interpretaciones que se han venido ofreciendo desde la reforma de 2007 (epígrafes 3 y 4) se cuestiona directamente la pervivencia de las reglas tradicionales que obligaban a recalcular la pensión cuando algún excónyuge perdía su derecho, toda vez que el superviviente disfrutaba de la pensión completa, deduciendo la parte proporcional de los excónyuges. Por su parte, el excónyuge no gozaba de una ventaja similar, de forma que la extinción del derecho del superviviente no permitía mejorar la cuantía de su parte proporcional.

En efecto, antes de la reforma operada por la Ley 40/2007 las consecuencias de la pérdida de la pensión por parte de algún beneficiario venían condicionadas por el tipo de derecho extinguido. En caso de que tal derecho fuera proporcional, y por tanto afectase a un excónyuge, la parte de pensión que perdía mejoraba la del cónyuge superviviente, cuyo derecho pleno le convertía en titular de toda la pensión excepto, precisamente, de la parte proporcional de los

excónyuges, y esa plenitud desplegaba efectos no solamente en la distribución inicial tras el fallecimiento del sujeto causante, sino también de forma sobrevenida en virtud de los distintos avatares que pudieran sufrir los beneficiarios.

En cambio, el derecho del excónyuge, proporcional como se ha dicho, no se veía afectado de ninguna manera ante la pérdida de la pensión por parte del superviviente –o de otro excónyuge–, toda vez que la forma de calcular la proporcionalidad hacía abstracción de la presencia o no de un cónyuge superviviente²³. El porcentaje de pensión que se obtenía de aplicar al lapso temporal de referencia la duración del matrimonio entre el excónyuge y el causante no variaba con independencia de que existiera cónyuge superviviente. De ahí que la pérdida de la pensión del superviviente no provocara ninguna consecuencia en el reparto de la pensión de viudedad, si bien esa parte de pensión debía acrecer en su caso las pensiones de orfandad, tal y como establecía en ese momento el art. 36.2 del Decreto 3158/1996.

Tras la Ley 40/2007 no es sencillo precisar cuáles son esas consecuencias, que vendrán predeterminadas en función de la naturaleza de los derechos en juego, más allá de que la pensión del excónyuge eventualmente debería incrementarse si hubiera sido reducida para respetar la garantía mínima del 40% que disfrutaba el superviviente. Esa regularización posterior (con el límite en su caso de la cuantía de la pensión compensatoria extinguida por la muerte del causante) no suscita mayores interrogantes. En cambio, la calificación como derecho pleno del excónyuge cuando sea único beneficiario, o de derecho proporcional de cualquiera de los beneficiarios –incluido el superviviente– en casos de concurrencia obliga a plantearse qué sucede con la parte de pensión que se deja de percibir.

En relación estrictamente con la pensión de viudedad, parece que los principales proble-

²³ Vid. STSJ de Castilla-La Mancha de 5-5-2014 (recurso 810/2013).

mas tienen lugar en supuestos de concurrencia, pues habría que determinar si un derecho que nace proporcional puede convertirse en pleno de forma sobrevenida. Como se ha dicho, el art. 220.2 LGSS/2015 parece atribuir esa naturaleza proporcional tanto al derecho de los excónyuges como al del cónyuge superviviente en situaciones de concurrencia de beneficiarios. En caso de que inicialmente sólo hubiera dos beneficiarios, la pensión se repartiría en los términos indicados anteriormente, pero la extinción del derecho de uno de ellos obliga a decantarse, nuevamente, por una interpretación. En este escenario, reconocer la pensión íntegra al excónyuge que concurre como único beneficiario y, en cambio, denegar la mejora al excónyuge concurrente cuando se convierte en único beneficiario por la extinción del derecho de un superviviente parece incoherente, y desde luego debería encontrarse una razón objetiva, razonable y proporcionada que permitiera eludir la aparente incompatibilidad con el art. 14 CE.

Podría plantearse una disyuntiva similar respecto del superviviente, pues a la postre es menester decidir si esa proporcionalidad que parece exigir el art. 220.2 LGSS desaparece automáticamente cuando deja de producirse la concurrencia de beneficiarios. En tal caso, el derecho se convertiría en pleno y la pérdida de la pensión del excónyuge mejoraría la pensión de viudedad del superviviente. En cambio, si su derecho fuera meramente proporcional no podría disfrutar de esa parte de la pensión.

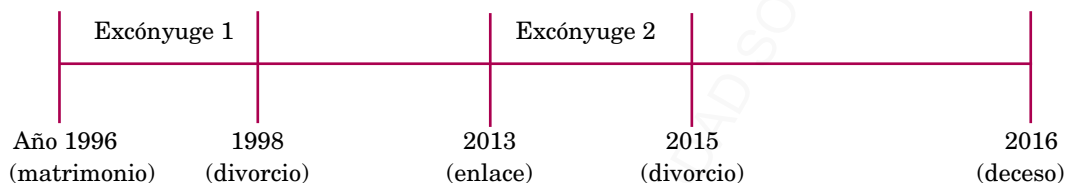
También cabría entender, obviamente, que el derecho de todos los potenciales beneficiarios de la pensión de viudedad es pleno, de modo que se garantiza que la Entidad Gestora debe abonar en todo caso la cantidad íntegra. Ahora bien, como la pensión de viudedad es única la proporcionalidad actuaría únicamente como criterio de reparto. Desde esa perspectiva, no habría en absoluto una mutación del derecho, ni un trato distinto, sino únicamente una regularización de importes en atención a las distintas vicisitudes que afecten a los beneficiarios. En cualquier caso, esta sería una opción interpretativa que seguramente parte

de unos apriorismos evidentes, que no se deduce con nitidez del tenor literal de la ley y que supone una ruptura con el contexto anterior que a buen seguro habría exigido del legislador mayor contundencia.

Como fácilmente se aprecia, interpretaciones de ese calado, en la que un excónyuge disfruta de un derecho pleno a la pensión de viudedad cuando es único beneficiario, mientras que el superviviente sólo tendría derecho a una parte proporcional en supuestos de concurrencia, provocan una diferencia de trato entre el cónyuge superviviente cuando es único beneficiario y el superviviente que ha de concurrir con otros, diferencia que se reproduce si se compara la posición del excónyuge cuando es único beneficiario y cuando ha de concurrir con otros eventuales beneficiarios. En cambio, el legislador habría optado, de defenderse esa interpretación, por equiparar entre sí, por un lado, al cónyuge superviviente y al excónyuge cuando fueran los únicos beneficiarios (derecho pleno) y, por otro, también en caso de concurrencia (derecho proporcional).

Desde la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación esa opción, que desde luego no se deriva nítidamente de la ley, presenta dificultades evidentes, porque el término de comparación no parece el más apropiado. Cónyuges y excónyuges no se encuentran en idéntica posición, máxime en un contexto como el de las prestaciones de Seguridad Social. Es cierto, sin duda, que la pensión de viudedad no se caracteriza por su asistencialidad, pero de un modo o de otro las prestaciones de Seguridad Social están vinculadas con la situación de necesidad, como explícitamente se deriva del art. 41 CE. Desde luego, si la pensión de viudedad pretende atender el quebranto económico que supone el fallecimiento del sujeto causante es claro que la posición de supervivientes y excónyuges no guarda identidad de razón, pues de ordinario será el superviviente el más afectado. Desde esta perspectiva, el parámetro de comparación más razonable obligaría a comparar a excónyuges entre sí y a supervivientes entre sí.

Esa comparación conduciría, seguramente, a declarar contrarias al art. 14 CE algunas interpretaciones de la regla de proporcionalidad en los casos de concurrencia, difícilmente compatibles con el derecho pleno del único beneficiario. Como se desarrolló en el epígrafe 2, el cálculo de la proporcionalidad puede dar lugar a resultados muy diferentes en función del momento de celebración del matrimonio,



Ninguno de los dos goza de un derecho pleno, sino proporcional. Atendiendo a las reglas jurisprudenciales, el excónyuge 1 disfrutaría de un 10% de la pensión, pues el período de referencia es de veinte años (1996-2016) y el matrimonio ha durado dos. Respecto del excónyuge 2, si el tiempo de referencia se extiende desde la celebración de su matrimonio con el causante hasta el fallecimiento (2013-2016) tendría derecho a $\frac{2}{3}$ de la pensión (66'6%), pues el matrimonio duró dos años de los tres de referencia.

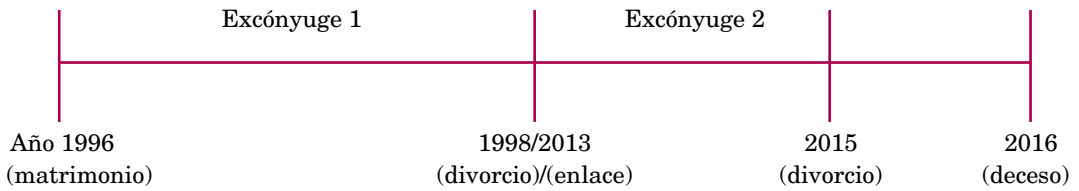
Por supuesto, cabe interpretar, como se propuso anteriormente (epígrafe 2), que el período de referencia es el mismo en todos los casos (desde el primer matrimonio hasta el fallecimiento), lo que supondría que ambos excónyuges tendrían derecho a un 20% de la pensión²⁴. Se respeta así de mejor forma el art. 14 CE, aunque las fricciones se mantendrían

y con ello dos excónyuges con un matrimonio de la misma duración podrían tener derecho a un porcentaje de pensión distinto. Y así podría suceder igualmente, en función de la interpretación que se imponga, con el supérstite. Para reforzar los ejemplos, suficientemente ilustrativos, ya desarrollados en los epígrafes 2 y 3, piénsese en la situación siguiente, de concurrencia de dos excónyuges (ejemplo 7):

si se compara la situación de cualquiera de los excónyuges con la del excónyuge que es único beneficiario, y que tendría derecho a la pensión íntegra, sin pérdida por los períodos de no convivencia.

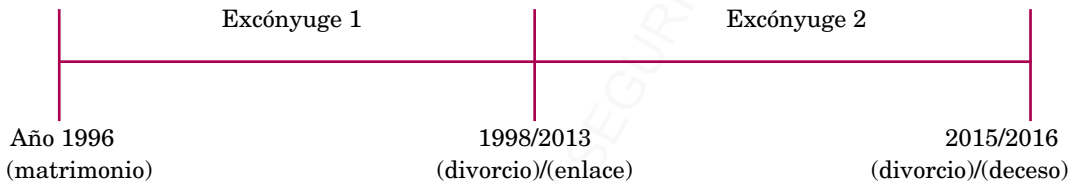
La aplicación en este supuesto de la interpretación desarrollada en el epígrafe 4 al hilo del ejemplo 6, y que obvia los períodos de no convivencia en caso de concurrencia de un supérstite y excónyuges, no parece especialmente útil, por cuanto, sea cual sea el parámetro temporal utilizado para calcular la proporcionalidad, parece claro que el momento final del cómputo ha de coincidir con el fallecimiento del causante, resultando completamente artificial, y en modo alguno proporcional, eliminar del cómputo el tiempo transcurrido entre la última separación o divorcio (o nulidad) y el fallecimiento. Es decir, bajo esa interpretación el ejemplo 7 podría convertirse en:

²⁴ Vid. G. RODRÍGUEZ INIESTA, *La viudedad en el Sistema español de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2006, pp. 300-302.



De este modo, el tiempo de referencia para el excónyuge 1 se reduciría cinco años (1996-1998+2013-2016), lo que le permitiría disfrutar de un 40% de la pensión gracias a que su matrimonio duró dos años. Sin embargo, la operación se complica con el excónyuge 2, pues o bien su parte proporcional asciende al 66% de la pensión de viudedad si se considera

que su período de referencia se limita a tres años (debiendo reducirse al 60% por ser única la pensión de viudedad), o bien a un 40% (dos años sobre cinco), con el mismo período de referencia del excónyuge 1 (quedando sin repartir el 20% restante). En cualquier caso, nada parece habilitar una interpretación en la que el ejemplo 6 se convierta en:



Evidentemente, si se eliminan todos los períodos de no convivencia ambos excónyuges disfrutarían de un 50% de la pensión, pues el tiempo de referencia es de 4 años (la duración de los matrimonios) y cada uno de ellos ha convivido dos años con el causante. Es cierto, no obstante, que esta interpretación permitiría equiparar a los excónyuges concurrentes y a los únicos, pues se repartirían la pensión completa, pero se estaría forzando la regla de proporcionalidad y obviando la jurisprudencia tradicional, pues en suma se estaría reconociendo a los excónyuges un derecho pleno, ya que en este último escenario no habría ninguna diferencia en el cálculo si el excónyuge 2 fuera un supérstite. Además, cualquiera que sea la interpretación que se adopte debe hacer frente asimismo a las consecuencias que se derivan de la pérdida de la pensión por parte de algún beneficiario. De ahí que determinadas interpretaciones de estos preceptos legales corren serio riesgo de vulnerar el art. 14 CE.

En fin, también cabría analizar desde la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación el reconocimiento de un dere-

cho pleno a separados y divorciados cuando sean los únicos beneficiarios de la pensión, frente a la proporcionalidad que en todo caso es aplicada en supuestos de nulidad. No en vano, hace más de tres décadas la STS de 11-2-1985²⁵ ya afirmó que entre la nulidad, por un lado, y la separación y el divorcio, por otro, «existe una clara identidad de razón, pues si el divorcio disuelve el matrimonio y hace desaparecer el vínculo conyugal *ex nunc*, es decir desde la fecha de la sentencia, la declaración de nulidad, aunque comporta que no existió matrimonio ni vínculo *ex tunc*, desde el principio, no invalida los efectos ya producidos respecto al o a los contrayentes de buena fe, que se presume (artículo 79 del Código Civil), es decir, que también cesan *ex nunc*, al ser declarada la nulidad, los efectos jurídicos del matrimonio; identidad que no sólo autoriza sino que exige que lo dispuesto para la mujer divorciada sea aplicable por razón de analogía a la mujer cuyo matrimonio se anuló; y, por tanto, que a ésta corres-

²⁵ Ponente: GARCÍA-MURGA VÁZQUEZ.

ponda también el derecho a la pensión de viudedad, sin que en el presente caso haya lugar a aplicar criterio alguno de proporcionalidad, que la norma 3.^a que nos ocupa dispone se guarde cuando exista «quien sea o haya sido cónyuge», ambigua expresión que razonablemente ha de entenderse referida a que la distribución entre ambas haya de hacerse en el caso de ser dos personas contemporáneamente las llamadas a percibir la pensión, más si una sola existe que sea o haya sido cónyuge a ella ha de estar atribuida». Por tanto, y a juicio del TS, si se defiende el criterio distributivo todos los excónyuges, inclusive en supuestos de nulidad, tendrían derecho a la totalidad de la pensión si fueran los únicos beneficiarios. El legislador no ha ofrecido ninguna justificación de esa diferencia de trato, seguramente porque las dudas interpretativas que generó la reforma de 2007 son producto de que nunca hubo una voluntad real de eliminar la proporcionalidad en el caso de separación y divorcio, como se desarrollará en el epígrafe 7.

EFECTOS COLATERALES DE LA EVENTUAL CONCESIÓN DE UN DERECHO PLENO A LOS EXCÓNYUGES: ¿LAS REGLAS SOBRE ACRECIMIENTO DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD INCURREN EN *ULTRA VIRES*?

Al margen de la posible afectación a los principios de igualdad y no discriminación en el estricto marco de la pensión de viudedad, estas opciones interpretativas que se decantan por reconocer al excónyuge un derecho pleno despliegan efectos sobresalientes sobre el derecho de los huérfanos. Conviene recordar que tras el RD 296/2009, de 6 de marzo, el art. 38 del Decreto 3158/1966 regula el derecho de acrecimiento de los pensionistas de orfandad. Como es sabido, ese derecho solamente se atribuye a los huérfanos absolutos, permitiéndoles recibir un importe equivalente a la pensión de viudedad que se extingue por el fallecimiento del beneficiario.

A los efectos que aquí interesan, ese art. 38 contempla tres reglas de especial relevancia. En primer lugar, el derecho de acrecimiento corresponde a los huérfanos absolutos «cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad», circunstancia que permite incrementar la pensión de orfandad «en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52 por ciento», debiendo distribuirse a partes iguales este acrecimiento entre los distintos huérfanos absolutos con derecho a pensión. La segunda de esas reglas, de particular importancia en este contexto, se encuentra en el apartado 1.2, en el que se dispone que «cuando a la muerte del causante exista algún beneficiario de la pensión de viudedad, la pensión de orfandad que se reconozca podrá, en su caso, incrementarse en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje de pensión de viudedad que no hubiera sido asignado». Finalmente, el apartado 3 advierte que «cuando el progenitor sobreviviente fallezca siendo beneficiario de la pensión de viudedad, procederá incrementar el porcentaje de la pensión que tuviera reconocida el huérfano, sumándole el que se hubiere aplicado para determinar la cuantía de la pensión de viudedad extinguida».

Estas reglas demuestran, sin lugar a dudas, que nunca estuvo en la voluntad del legislador de 2007 el variar las pautas de reparto tradicionales de la pensión de viudedad, más allá de la garantía mínima del 40% para el supérstite. De lo contrario, carece de sentido que un real decreto del año 2009 introdujera reglas directamente incompatibles con esa configuración de la pensión de viudedad. El derecho de acrecimiento de los huérfanos está supeditado, sin lugar a dudas, a que o bien no exista beneficiario de la pensión de viudedad, o bien a que dicha pensión no haya sido completamente repartida entre los distintos cónyuges viudos, es decir, a que únicamente existan beneficiarios con derecho proporcional y ninguno con derecho pleno. Por ello, en tanto exista algún beneficiario de la pensión de viudedad con derecho pleno el acrecimiento no se genera.

De este modo, resulta francamente complejo articular el derecho de acrecimiento de los huérfanos absolutos con el pretendido derecho del excónyuge que concurre como único beneficiario a la pensión íntegra. La segunda de las reglas del art. 38.1 del Decreto 3158/1966 —«cuando a la muerte del causante exista algún beneficiario de la pensión de viudedad, la pensión de orfandad que se reconozca podrá, en su caso, incrementarse en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje de pensión de viudedad que no hubiera sido asignado»— parte de la incuestionable premisa de que el derecho del excónyuge no es un derecho pleno, sino proporcional. Esa es una regla que procede del RD 296/2009 y que no parece fácil de conciliar con las interpretaciones que se postulan en materia de pensión de viudedad a partir de la reforma de 2007, a salvo de que se quiera defender que fue diseñada para situaciones alambicadas (varios excónyuges sin supérstite y asumiendo que una parte de pensión de viudedad se pierde) o que en supuestos de concurrencia de beneficiarios el derecho de todos es siempre proporcional y los períodos de no convivencia les perjudican, de modo que no se reparte la pensión completa. Ni siquiera cabría plantear que ese acrecimiento estaba pensando en la parte de pensión que el excónyuge no podía percibir por superar la pensión compensatoria, pues el RD 296/2009 tiene fecha de 6 de marzo, muy anterior incluso al Proyecto de Ley del que nació la Ley 26/2009, que incorporaría esa medida a la LGSS/1994. Ninguna de estas opciones ha sido seriamente defendida ni por la doctrina científica, ni por los tribunales, ni en sede administrativa, pues son demasiado forzadas. El precepto está concebido desde la premisa de que el excónyuge que disfruta de la pensión como único beneficiario tiene derecho a una parte proporcional, pudiendo el resto de esa pensión acrecer las pensiones de orfandad de los huérfanos absolutos.

Es evidente que esta es una regla que incurriría en *ultra vires* si efectivamente el excónyuge tiene derecho a una pensión completa, pero también es innegable que el RD

296/2009 ofrece un punto de apoyo sólido para defender que el legislador de 2007 nunca pretendió alterar las reglas de reparto. Tras la reforma del derecho de acrecimiento se produce potencialmente una incompatibilidad entre el derecho del excónyuge —único beneficiario— y el derecho de los huérfanos absolutos, incompatibilidad con gran trascendencia, pues evidentemente esos pensionistas de orfandad no son hijos de ese excónyuge y no forman parte de la misma familia, puesto que deben ser huérfanos absolutos.

A conclusiones muy similares cabe llegar a partir de la regla del apartado 1.3 del art. 38 de ese Decreto 3158/1966. Recuérdesse que ese precepto reconoce el derecho de acrecimiento «cuando el progenitor sobreviviente fallezca siendo beneficiario de la pensión de viudedad», supuesto en el que el huérfano absoluto puede disfrutar del porcentaje «que se hubiere aplicado para determinar la cuantía de la pensión de viudedad extinguida». En este sentido, resulta significativo que no exista una regla similar para el fallecimiento de un excónyuge y el precepto se limite a regular las consecuencias de la muerte del «progenitor sobreviviente». La razón, obviamente, es que son reglas concebidas para un contexto en el que el supérstite tiene un derecho pleno a la pensión de viudedad y el excónyuge un derecho proporcional. De ese modo, cuando un excónyuge pierde su parte proporcional de la pensión los huérfanos absolutos no acrecen necesariamente, porque prevalecería el derecho del supérstite, si existe. El pensionista de viudedad supérstite tiene un derecho preferente sobre los huérfanos, cuyo derecho de acrecimiento está supeditado a que no exista un beneficiario para la totalidad o una parte de esa pensión.

Por ello, cuando el supérstite fallece el precepto parece conferir a los pensionistas de orfandad que sean huérfanos absolutos el derecho de acrecimiento en todo caso. Nótese que, a diferencia del apartado 1.1, el apartado 1.3 del art. 38 del Decreto 3158/1966 no concede el derecho a un incremento del 52% de la

base reguladora, sino que el porcentaje será el «que se hubiere aplicado para determinar la cuantía de la pensión de viudedad extinguida», previendo que la pensión del supérstite pudiera haber sido reducida por la concurrencia con excónyuges. De este modo, este derecho de acrecimiento de los huérfanos colisionaría con el pretendido derecho del excónyuge cuando tras el fallecimiento del supérstite se convirtiera en único beneficiario, ya que si en tal situación tuviera derecho a la pensión de viudedad completa se frustraría el derecho de los huérfanos.

Es, en última instancia, un elemento más que conduce a cuestionar que la reforma de la Ley 40/2007 haya pretendido modificar las reglas tradicionales de atribución de la pensión de viudedad para cónyuges o excónyuges, porque ello significaría que otras normas posteriores –impulsadas por un Gobierno del mismo signo y con idéntico presidente– hayan nacido prácticamente muertas: o bien resultan *ultra vires*, o bien deben ser objeto de una interpretación extraordinariamente forzada para que puedan tener cierta virtualidad práctica.

¿DILEMA ENTRE VOLUNTAS LEGIS Y VOLUNTAS LEGISLATORIS O SIMPLE DEFECTO DE TÉCNICA LEGISLATIVA?

El aparente cambio en las reglas tradicionales sobre distribución de la pensión de viudedad genera problemas interpretativos de entidad, que también afectan a la pensión de orfandad, como se ha visto. Es lógico pensar, por consiguiente, que una modificación de ese calibre debería venir precedida de un análisis previo sosegado por parte del legislador, analizando las ventajas e inconvenientes de esa decisión. Sin embargo, no es sencillo encontrar evidencias de que ese proceso de maduración se haya producido realmente.

En este sentido, conviene recordar que la Ley 40/2007 incorporó el contenido del Acuer-

do sobre medidas en materia de Seguridad Social firmado por los interlocutores sociales el 13 de julio de 2006, y de ese Acuerdo no puede deducirse, en absoluto, que fuera un objetivo reconocer un derecho pleno a los excónyuges ni extender la proporcionalidad al supérstite²⁶. En concreto, el apartado III.3 de dicho Acuerdo sugería que la pensión debía «recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstites: matrimonio; parejas de hecho, siempre que tuviesen hijos en común con derecho a pensión de orfandad y/o existiese dependencia económica del sobreviviente respecto del causante de la pensión; o personas divorciadas perceptoras de las pensiones previstas en el Código Civil». También se aludía a la posibilidad de condicionar la pensión a un período previo de convivencia cuando el fallecimiento tenía lugar por enfermedad común y a la incorporación como beneficiario del conviviente de hecho. En relación con la concurrencia de beneficiarios, se contemplaba la necesidad de establecer «las oportunas modificaciones normativas en orden a que exista una garantía del 50 por 100 de la pensión en favor del cónyuge sobreviviente, que cumpla los requisitos para acceder a la misma».

El Preámbulo de la Ley 40/2007 no aporta mayor claridad, pues en el párrafo relativo a las pensiones de viudedad se destaca el «otorgamiento en los supuestos de parejas de hecho», los nuevos requisitos para disfrutar de la pensión en los casos «excepcionales en los que el fallecimiento del causante esté ocasionado por una enfermedad común y no existan hijos comunes», la exigencia de pensión compensatoria o indemnización para que los excónyuges puedan disfrutar de la pensión y la garantía mínima a favor del supérstite en supuestos

²⁶ Vid. G. GRACIA ALEGRÍA, *El acuerdo de reforma de pensiones y la Ley de Medidas de Seguridad Social: cuestiones resueltas y cuestiones pendientes*, Tribuna Social, nº 209, 2008, pp. 24 y ss.

de concurrencia (que finalmente se redujo al 40%, frente al 50% previsto en el Acuerdo).

De este modo, ni el Acuerdo de 2006 ni la Ley 40/2007 ofrecen indicio alguno de que el legislador haya pretendido modificar las reglas tradicionales, confiriendo al excónyuge el derecho a una pensión íntegra cuando es el único beneficiario, o convirtiendo en proporcional el derecho del supérstite cuando existe concurrencia de beneficiarios. Es más, en la tramitación parlamentaria de la Ley 40/2007 no existe referencia alguna a esa cuestión, omisión que resulta especialmente llamativa. En efecto, el texto original del Proyecto de Ley reproduce básicamente el apartado ya citado del Acuerdo de 2006²⁷, y las enmiendas en el Congreso se centraron principalmente en la configuración de los requisitos novedosos para las parejas de hecho y en cuestionar la exigencia de pensión compensatoria para los excónyuges²⁸. Tampoco se encuentra ninguna mención a esa pretendida modificación en el Informe de la Ponencia²⁹ ni en el Dictamen de la Comisión³⁰. La tramitación en el Senado no aportó tampoco novedades, toda vez que las enmiendas presentadas coincidían sustancialmente con las del Congreso³¹.

En el debate parlamentario ni siquiera se insinuó esa cuestión, pero de él pueden extraerse algunas conclusiones. En este sentido, la portavoz del Grupo Parlamentario Socialista —que apoyaba el Texto pues el Proyecto de Ley había sido presentado por un Gobierno de ese color político— afirmó que «no es cierto que cambiamos el contenido de la pensión de viudedad» y que «no hay ningún cambio sustancial de la pensión de viudedad», más allá de la duración mínima del matrimonio en caso de fallecimiento por enfermedad común preexistente y la garantía mínima para el supérstite en supuestos

de concurrencia de beneficiarios. Sobre este particular, la portavoz del Grupo Parlamentario Socialista aclaraba que su finalidad es «garantizar a la última viuda por lo menos el 50 por ciento, porque no es razonable que unas personas que llevan 20 años sin verse, que están viviendo el uno al margen del otro, por el hecho de que una se muera la otra pase a cobrar una pensión y a la última viuda, que a lo mejor es la que ha sufrido los últimos años, le queden, como en algún caso, siete euros. Eso es lo que hay que corregir, eso es lo que se pretende corregir»³². Por consiguiente, y tomando asimismo en consideración que el dictamen del CES tampoco apreció novedad alguna en este aspecto³³, no parece que estuviera en el ánimo del legislador reconocer el derecho a una pensión íntegra para los excónyuges cuando son beneficiarios únicos, ni tampoco modificar en perjuicio del supérstite el reparto de la pensión en situaciones de concurrencia.

Resulta más que probable que las dudas interpretativas deriven simplemente de deficiencias evidentes en la técnica legislativa y, en suma, de un mal trasvase de las cláusulas de ese Acuerdo a la redacción de la Ley. Quizá, incluso, se apostó por acudir a redacciones legales previas, o clásicas, pues, a modo de ejemplo, el tenor literal de la DA 10ª Ley 30/1981 era ciertamente análogo («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»). Precisamente a partir de ese precepto, y con esa redacción significativamente parecida a la hoy vigente, la STS de 21-3-1995³⁴ advirtió que «el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que res-

²⁷ BOCG, Congreso, 23 de febrero de 2007. Serie A, nº 126-1, pp. 2-3.

²⁸ BOCG, Congreso, 5 de junio de 2007. Serie A, nº 126-12.

²⁹ BOCG, Congreso, 26 de junio de 2007. Serie A, nº 126-14.

³⁰ BOCG, Congreso, 11 de julio de 2007. Serie A, nº 126-15.

³¹ BOCG, Senado, 16 de octubre de 2007. Serie II, nº 118 (d).

³² BOCG, Diario de Sesiones del Congreso, 16 de mayo de 2007, nº 256, pág. 12840.

³³ Dictamen 01/2007 sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social, disponible en <http://www.ces.es/web/guest/dictamenes>.

³⁴ Recurso 1712/1993.

tando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último».

No hay, pues, indicios ni evidencias de que el legislador de 2007 pretendiese realizar modificaciones de esa índole, y en modo alguno parece un olvido u omisión intencionados, máxime cuando alguna de esas novedades, conviene recordarlo, resulta más ventajosa para los interesados (pensión íntegra para el divorciado o separado que sea único beneficiario). Correlativamente, supone mayores cargas al erario público, lo que resulta contradictorio en un contexto donde la voluntad expresa del legislador va en la dirección opuesta. Tampoco cabe apreciar presión o excesiva sensibilidad social hacia los derechos de los excónyuges, sino que más bien la tendencia es la contraria, un progresivo empeoramiento en su posición como beneficiarios de prestaciones por muerte y supervivencia, y por ello no es fácil de explicar que el legislador haya querido mejorar sustancialmente alguna de las condiciones de percepción de su pensión (endureciendo significativamente otras, cierto es), al mismo tiempo que se decantaría por reducir la cuantía de la pensión del cónyuge supérstite en caso de concurrencia de beneficiarios. Esa técnica legislativa debería calificarse, a buen seguro, como errática o anárquica, y al menos merecería una explicación en el preámbulo de la norma o durante la tramitación parlamentaria.

A partir de un análisis de la *voluntas legislatoris* no cabe deducir que se haya producido una modificación legal en este aspecto, y seguramente de la *voluntas legis* tampoco deba extraerse tal conclusión. Es cierto, sin lugar a dudas, que la redacción del precepto legal (antiguo art. 174.2 LGSS/1994 y actual art. 220 LGSS/2015) es significativamente distinta tras la aprobación de la Ley 40/2007, pero también lo es que existe una explicación plausible que justifica esos cambios al margen de intenciones ocultas, que entronquen con la pretensión del legislador de posicionarse en una polémica que parecía ya enterrada.

En este sentido, el art. 174.2 LGSS/1994 previo a la reforma de 2007 disponía que «en

los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio», limitando el criterio de proporcionalidad a los excónyuges (en todo caso, e incluyendo supuestos de nulidad en el párrafo siguiente de ese mismo apartado) y excluyendo su aplicación –por omisión– al supérstite.

Tras la reforma, el primer párrafo de ese art. 174.2 se dividió en dos. El primero reconoce el derecho a la pensión «en los casos de separación o divorcio» a quien «sea o haya sido cónyuge legítimo», pero ese derecho se condiciona «en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante». El segundo de esos párrafos establece la regla especial para supuestos de concurrencia de beneficiarios «habiendo mediado divorcio», con la garantía del 40% a favor del supérstite y disponiendo expresamente que todos los beneficiarios en este supuesto tienen derecho a la pensión en «cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante».

Como ya se dijo (epígrafes 3 y 4), esta modificación admite una interpretación favorable al excónyuge, que disfrutaría de un derecho pleno cuando sea único beneficiario, y en perjuicio del supérstite, al que se le calcularía una pensión proporcional en situaciones de concurrencia. No obstante, cabe asimismo una lectura distinta del precepto, netamente continuista y absolutamente compatible con el derecho de acrecimiento de los huérfanos, a partir de una interpretación más convincente que la mala fe o el descuido del legislador. En verdad, el objetivo de esa reformulación del precepto legal parece entroncar, directa y exclusivamente, con dos de las medidas expresamente anunciadas por el legislador a lo largo de la tramitación parlamentaria, y también en el Preámbulo de

la Ley 40/2007, amén de que se encontraban asimismo en el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social de 2006. En todos esos momentos se insistió, por un lado, en que la pensión compensatoria sería un requisito para que los excónyuges pudieran acceder a la pensión de viudedad y, por otro, en que parecía razonable garantizar al supérstite un mínimo de pensión, estimando que su situación de necesidad era cualificada por su potencial dependencia económica del causante, y que a tal efecto debía introducirse algún factor de corrección que evitase un importe de pensión muy reducido por la concurrencia como beneficiario de un excónyuge con un largo período de convivencia con el causante.

Desde esa perspectiva, el primer párrafo del art. 174.2 LGSS/1994 (actual párrafo segundo del art. 220.1 LGSS/2015) tiene como objetivo condicionar la pensión de viudedad de los excónyuges a la previa percepción de la pensión compensatoria. No hay, así pues, un propósito de mejorar el derecho de los excónyuges, convirtiéndolo en pleno cuando son beneficiarios únicos, sino de restringir aún más su derecho proporcional. En este sentido, no conviene olvidar que la Ley 26/2009 insistió en este punto, al ampliar la función y efectos de la pensión compensatoria, que no se limitaría a convertirse en condición de disfrute de la pensión, sino que también actuaría como límite máximo del importe a percibir.

El segundo párrafo, por su parte, presenta una finalidad distinta, aunque en íntima relación con el primero. El objetivo de ese segundo párrafo consiste, sin lugar a ningún género de dudas, en introducir la nueva garantía para el supérstite en supuestos de concurrencia de beneficiarios, al reconocer el derecho a un mínimo del 40% de la pensión. La expresa mención a la proporcionalidad es producto, incuestionablemente, de un defecto de técnica legislativa, al «heredar» en cierto modo la redacción previa. El hecho de que el art. 174.2 LGSS/1994 previo a la reforma de 2007 limitase la proporcionalidad a los excónyuges no es un argumento definitivo en contrario. Debe

tenerse presente que en ese momento el derecho del excónyuge no se veía mediatizado por el supérstite, por lo que la cuantía de su pensión no variaba por esa circunstancia. De ahí que la mención al supérstite en ese art. 174.2 habría resultado superflua, salvo que su propósito hubiera sido clarificar que la existencia de excónyuges perjudicaba al supérstite, pues era su pensión la que sufría la reducción pertinente. La reforma de 2007 parte de esa premisa, y no la cuestiona, sino que introduce ese factor de corrección en el reparto en beneficio del supérstite. La mención a la proporcionalidad ya se contenía en la redacción precedente, y se mantiene tras la reforma, pero la escisión de un párrafo en dos ha provocado que esa referencia figure únicamente en uno de ellos, permitiendo interpretaciones contradictorias. No obstante, conviene recordar nuevamente la DA 10ª Ley 30/1981, ya transcrita, y que resulta ciertamente ilustrativa, pues su analogía con la redacción del actual del art. 220.2 LGSS es palmaria, y ello no impidió que la jurisprudencia calificase como derecho pleno el del cónyuge supérstite y como proporcional el de los excónyuges.

A mayor abundamiento, resultaría ciertamente sorprendente que el legislador hubiera introducido un cambio legal –soterrado– de esta índole, pues ello implicaría además un trato distinto a la separación y al divorcio, por un lado, y a la nulidad, por otro, haciendo de mejor condición a los cónyuges separados y divorciados. Al margen de las consideraciones de justicia social o política legislativa que procedan, lo cierto es que un cambio de esa índole exigiría una justificación a la luz de los principios de igualdad y no discriminación, como se desarrolló en el epígrafe 5, pues hasta ese momento todos ellos eran considerados excónyuges y disfrutaban del derecho a la pensión de viudedad en las mismas condiciones. No se adivina la razón que justifique por qué el legislador quería reconocer un derecho pleno a la pensión de viudedad a los excónyuges en supuestos de separación y divorcio, pero únicamente proporcional en caso de nulidad.

Más bien parece que el legislador no estimó necesario alterar sustancialmente la redacción del precepto legal, y creyó que era suficiente introducir las nuevas reglas como añadidos en la frase o el párrafo pertinentes. En esta línea, con anterioridad a la reforma la referencia a la nulidad se contenía en un párrafo independiente en el art. 174.2 LGSS/1994, en el que se reconocía el derecho a la pensión «al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante». Tras la Ley 40/2007 ese párrafo se reformula, con mucha mayor precisión técnica, reconociendo el derecho a pensión en caso de nulidad siempre que el excónyuge hubiera percibido la «indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil» (limitación equivalente a la pensión compensatoria), manteniendo la regla de proporcionalidad –porque ya figuraba ahí–, aunque matizada por la garantía del 40% a favor del supérstite en supuestos de concurrencia. Es decir, de nuevo se pone de manifiesto que el propósito del legislador consistía en introducir esas dos medidas en perjuicio del excónyuge, pues se condicionaba el acceso a la pensión por la necesidad de haber mantenido cierta dependencia económica con el causante y además se reducía potencialmente el importe de la pensión de viudedad para beneficiar en el reparto al supérstite. Abogar por el reconocimiento de un derecho pleno al excónyuge cuando es el único beneficiario o de un derecho proporcional al supérstite en situaciones de concurrencia son interpretaciones que presumen una determinada intencionalidad por parte del legislador y que actúan en sentido opuesto al de esas otras medidas introducidas expresamente.

LA (POCO CONCLUYENTE) POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES TRAS LA REFORMA DE LA LEY 40/2007

Pese a la entidad del problema desde un punto de vista práctico, hasta el momento son escasos los pronunciamientos judiciales sobre

estas cuestiones. En verdad, los tribunales se han ocupado principalmente de dos clases de litigios vinculados a las condiciones para acceder a la pensión de viudedad. Por un lado, han debido precisar los requisitos que deben cumplir las parejas de hecho para disfrutar de esa pensión, principalmente respecto de la forma de acreditación de la convivencia. Por otro, y en relación con los excónyuges, se han centrado en la exigencia de pensión compensatoria, admitiendo otras modalidades que presenten una finalidad similar, aunque su denominación no coincida.

No obstante, es posible encontrar resoluciones judiciales que abordan, directa o indirectamente, las reglas de distribución de la pensión de viudedad en supuestos de concurrencia de beneficiarios, así como también el derecho que corresponde al excónyuge cuando es el único beneficiario de la pensión. La principal referencia en este momento es la STS de 23-6-2014³⁵, aunque no puede extraerse de ella un criterio sólido y contundente *pro futuro*, al venir condicionada por las circunstancias del caso y por la aplicación de reglas transitorias. Concretamente, el sujeto causante y la beneficiaria se habían separado legalmente en 2001 y él había fallecido en 2009, con posterioridad por tanto a la entrada en vigor de las modificaciones operadas por la Ley 40/2007. El INSS denegó la pensión en un primer momento por la ausencia de pensión compensatoria, pero la reconoció al resolver la reclamación previa, si bien en cuantía proporcional al tiempo convivido (69,56%). En sede judicial se plantean dos problemas diferenciados. El primero de ellos la interpretación del art. 174.2 LGSS/1994 (actual art. 220 LGSS/2015), y, en particular, si tras la reforma legal de 2007 el excónyuge debe disfrutar de la totalidad de la pensión cuando no hay concurrencia con otros beneficiarios. El segundo se vincula a las consecuencias de la eventual aplicación de la DT 18 LGSS/1994 (actual DT 13ª LGSS/2015), que permite el acceso a la pensión de los excónyuges separados y divorciados que no dis-

³⁵ Cfr. STS de 23-6-2014 (recurso 1233/2013), con un interesante voto particular que defiende la posición contraria.

frutaron de pensión compensatoria siempre que cumplan ciertos requisitos, y en tales casos prescribe que «la cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007».

Sobre esas premisas, la sentencia aclara que tras la Ley 40/2007 el legislador ha previsto «cinco reglas relativas a la cuantía: 1ª) El cálculo de la base reguladora. 2ª) El porcentaje aplicable. 3ª) La regla de prorrateo en las crisis matrimoniales. 4ª) El tope de la pensión compensatoria, que establece que la pensión de viudedad no puede superar el importe de la pensión compensatoria. 5ª) La regla de distribución de la pensión en caso de concurrencia de beneficiarios, que sustituye a 3ª». Sin embargo, la aplicación de esas reglas exige muchos matices, pues las enumeradas en los puntos 1 a 3 «son anteriores a 1.1.2008 y de ellas las dos primeras siguen aplicándose después; las reglas 4ª y 5ª se aplican sólo a partir de 1 de enero de 2008; la 3ª no se aplica a partir de esta fecha». Respecto de esta última, el Tribunal advierte que «ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de la llamada tesis atributiva, que sostiene que la regla de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de la pensión no limita su aplicación al caso de concurrencia de beneficiarios para distribuir entre ellos el importe de la prestación causada, sino que opera en todos los supuestos de crisis matrimoniales como un criterio de asignación del derecho en función del tiempo convivido».

De este modo, la sentencia concluye que la aplicación de la DT 18ª LGSS/1994 obliga a acudir a las reglas precedentes sobre cálculo de cuantía de la pensión de viudedad, y por ello la excónyuge no tendría derecho a una pensión completa, sino estrictamente proporcional al tiempo de convivencia, cuantía que no se ve afectada por la pensión compensatoria, cuyo importe únicamente condiciona las pensiones regidas por el marco normativo posterior a la Ley 40/2007³⁶. En este punto, el

Tribunal realiza dos consideraciones interesantes, y hasta cierto punto contradictorias, o que al menos inducen a confusión.

La primera de ellas se vincula a lo ya dicho con anterioridad en relación con la regla 3, relativa a la prorrateo en caso de crisis matrimoniales, pues la sentencia insiste en que esa regla «ha sido derogada por la Ley 40/2007 y sustituida por el criterio distributivo que recoge ahora el nuevo art. 174.2 LGSS en los términos ya examinados». Con ello parece indicarse que la aplicación del marco jurídico posterior a la Ley 40/2007 conduce a reconocer al excónyuge separado o divorciado el derecho a la pensión íntegra, y no proporcional.

Sin embargo, posteriormente la propia sentencia crítica los criterios interpretativos del INSS, en los que se defiende precisamente ese criterio distributivo, advirtiendo que dicha resolución «se refiere a la legislación vigente a partir de 1.1.2008 no a la anterior», pero especialmente «porque se ha dictado por un órgano que carece de potestad reglamentaria, no consta su publicación oficial y dado su rango se trata de meras instrucciones internas sin valor normativo alguno que no podrían en ningún caso alterar lo que dispone la ley».

En apariencia, el debate de la Sala no sólo se limitó a perfilar el alcance de la regla transitoria, sino que también se suscitó cómo debía operar la nueva regla legal, aunque el resultado no fuera determinante para resolver el caso. Sólo así se entiende el voto particular a dicha sentencia, en el que se hace un análisis más de presente que transitorio. En efecto, los magistrados discrepantes afirman que «con este nuevo redactado, al desaparecer del apartado 2 del precepto, en su versión inicial, la referencia «...y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido,...», únicamente se mantiene el prorrateo para el supuesto de que «se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión,...», supuesto el de concurrencia de beneficiarios para el que únicamente, en mi opinión, continuaría siendo aplicable la doctrina jurisprudencial reseñada». Además, tratan de poner

³⁶ En el mismo sentido, *vid.* STSJ de Madrid de 23-7-2010 (recurso 2901/2010).

en valor las Instrucciones del INSS, que si bien «carecen de valor normativo al haber sido dictadas por un órgano que carece de potestad reglamentaria, no constando su publicación oficial, es evidente –en mi opinión– su valor interpretativo». En suma, el voto particular defiende que cuando el hecho causante se produzca a partir de la reforma legal los excónyuges han de disfrutar de una pensión íntegra cuando sean los únicos beneficiarios, resulte o no de aplicación de la DT 18ª LGSS/1994 (DT 13ª LGSS/2015).

Es claro que la sentencia citada ofrece puntos de apoyo para interpretar que la Ley 40/2007 ha dado lugar a un cambio de escenario, pero su argumentación es equívoca, como lo demuestran las sentencias de suplicación dictadas con posterioridad. Es ilustrativa la STSJ de Asturias de 23-1-2015³⁷ en un supuesto en el que el sujeto causante había fallecido en 2013 y la excónyuge separada había disfrutado de pensión compensatoria, por lo que no entran en juego las reglas transitorias. La sentencia de instancia había reconocido el derecho a una pensión de viudedad íntegra, en cuantía del 52%. Curiosamente –por resultar contrario al criterio administrativo ya indicado–, una de las peticiones del INSS en el recurso de suplicación es la reducción de dicha cuantía por aplicación del principio de proporcionalidad. El TSJ de Asturias remite a la STS de 23-6-2014, que a su juicio «ha venido a aclarar, sin embargo, que tanto la versión del art. 174.2 anterior a la Ley 40/2007, como la actual se refieren a que el derecho a la pensión será reconocido en cuantía proporcional al tiempo vivido», y con ello se estima el recurso del INSS y se reconoce a la excónyuge beneficiaria el derecho a una pensión en cuantía proporcional al tiempo convivido con el causante, y no íntegra.

Sin embargo, la STSJ de Galicia de 29-3-2016³⁸ se decanta por la posición contraria, afirmando que tras la reforma legal de 2007

«la literalidad de la norma nos conduce al reconocimiento de la pensión de viudedad de una manera íntegra, sin posible reducción cuando esa reducción no encuentra amparo en norma legal alguna», y que la doctrina de la STS de 23-6-2014 sólo resulta aplicable cuando entren en juego las reglas transitorias ya citadas. Así lo mantienen también otros TSJ³⁹, lo que demuestra que el debate no está cerrado y que exigirá nuevos pronunciamientos en unificación de doctrina.

En otro sentido, los tribunales también parecen considerar que el derecho del supérstite es pleno, y no proporcional, o, cuando menos, que el cese sobrevenido de la concurrencia de beneficiarios exige un nuevo cálculo para distribuir adecuadamente la pensión. En particular, si todos los excónyuges pierden derecho a su parte proporcional el supérstite percibiría la pensión íntegra, en los términos que se desarrollaron en el epígrafe 5. Se rechaza así, por tanto, la interpretación restrictiva que supone reconocer al supérstite un derecho meramente proporcional cuando cesa la concurrencia de beneficiarios⁴⁰. Y ese es un derecho, por cierto, que alguna sentencia –aunque *obiter dicta*– atribuye igualmente a los excónyuges⁴¹.

En esa misma línea de configurar el derecho del supérstite como pleno, la eventual reducción de la cuantía teórica de la pensión del excónyuge para que no supere el importe de la pensión compensatoria debe venir acompañada de una mejora equivalente de la pensión del supérstite⁴², efecto que no tendría lugar si

³⁹ Vid. SSTSJ de Cantabria de 26-4-2013 (recurso 115/2013), de Cataluña de 28-11-2014 (recurso 5366/2014) y de Madrid de 16-2-2015 (recurso 914/2014).

⁴⁰ Vid. SSTSJ de Madrid de 14-3-2016 (recurso 664/2015) y de Andalucía/Granada de 8-11-2013 (recurso 1902/2012).

⁴¹ Vid. STSJ de Valencia de 31-10-2013 (recurso 1008/2013).

⁴² Vid. SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 9-3 y 20-1-2016 (recursos 17/2016 y 2225/2015), de Andalucía/Sevilla de 21-1-2016 (recurso 554/2015), de Madrid de 16-2 y 16-12-2015 (recursos 563/2014 y 807/2015), de Galicia de 14-7-2015 (recurso 2937/2014), de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 7-10-2014 (recurso 264/2014), de Cataluña de 4-3 y 9-9-2014 (recursos 3626/2013 y 3821/2014) y de Asturias de 29-5-2015 (recurso 883/2015) y 11-5-2012 (recurso 477/2012).

³⁷ Recurso 2778/2014.

³⁸ Recurso 3135/2015.

su derecho resultara meramente proporcional. En buena lógica, ello debería asimismo suponer una modificación de las reglas de cálculo en caso de concurrencia, con el fin de imputar al supérstite los períodos de no convivencia, que como se vio en el epígrafe 4 actualmente se eliminan del cómputo, con el correspondiente perjuicio para él (y correlativo beneficio para el excónyuge).

En cualquier caso, no es una posición unánime, pues también se encuentran sentencias que rechazan esa mejora de la pensión del supérstite, calificando su derecho como meramente proporcional, y se apoyan en la sentencia del TS de 23-6-2014⁴³, cuya interpretación, como se aprecia, induce a una notable confusión. Y en algún caso se advierte, aunque con argumentos escasamente convincentes, que el reparto inicial es inmodificable, de modo que los avatares posteriores no suponen cambio alguno en el importe a percibir por los beneficiarios que mantengan tal condición⁴⁴.

A MODO DE CONCLUSIÓN: LOS CRECIENTES RIESGOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS POR LAS DEFICIENCIAS EN LA TÉCNICA LEGISLATIVA, LA ESCASA PLANIFICACIÓN DE LA POLÍTICA LEGISLATIVA Y LOS APRIORISMOS DEL PROPIO INTÉRPRETE

Un balance global de los pronunciamientos judiciales que han seguido a la reforma de la pensión de viudedad operada por la Ley 40/2007 ofrece resultados ambivalentes, especialmente porque muchos de los supuestos de hecho o bien son previos a la reforma legal, o bien se rigen por el marco normativo precedente gracias a la entrada en juego de normas transitorias. En ese escenario, son frecuentes las afirmaciones *obiter dicta* en las que se

aprecia un cambio legal, pese a que finalmente el fallo se mueve en los parámetros tradicionales por la necesidad de seguir aplicando esas normas previas. Ahora bien, esta posición no es unánime en los TSJ, y tampoco parece que la ya citada STS de 23-6-2014 se muestre tan contundente que elimine la incertidumbre futura.

Será necesario, sin lugar a dudas, que el Tribunal Supremo analice detenidamente la nueva formulación legal y decida si efectivamente se ha producido un cambio tan notable en el derecho de los excónyuges, por un lado, y en el reparto de la pensión en supuestos de concurrencia de beneficiarios, por otro. Como ya se ha visto (epígrafe 7), ni los interlocutores sociales –en el Acuerdo que sirvió de base a la reforma–, ni el Gobierno –en el proyecto de Ley–, ni el CES –en el dictamen previo–, ni el legislador –durante la tramitación parlamentaria– han ofrecido datos o indicios que permitan pensar que fue voluntad de alguno de ellos introducir novedades de este calado. Más bien parece que el nuevo requisito de pensión compensatoria para los excónyuges y la garantía del 40% para el supérstite en caso de concurrencia de beneficiarios obligaron a modificar la redacción legal, y el resultado final no quedó suficientemente aquilatado, permitiendo interpretaciones de distinto signo.

Ese defecto en la técnica legislativa permite, así pues, una interpretación de la norma posiblemente contraria al deseo del legislador, dando lugar a tensiones evidentes entre la técnica legislativa y la política legislativa, que deberían encontrarse en perfecta sintonía, toda vez que la técnica legislativa ha de garantizar que se cumplan los objetivos fijados dentro de la vertiente política. En cambio, cuando no se presta especial atención a la técnica y las deficiencias resultan significativas aparece un conflicto entre la *voluntas legis* y la *voluntas legislatoris* cuya solución, en la práctica totalidad de los casos, no resulta satisfactoria.

Obviamente, hay dos datos o elementos que contribuyen a complicar aún más el escenario, y que están interconectados entre sí. En primer

⁴³ Vid. STSJ de Madrid de 26-2-2006 (recurso 760/2015).

⁴⁴ Vid. STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 13-1-2015 (recurso 902/2013).

lugar, la inacción del legislador, que en determinadas materias –socialmente sensibles– renuncia a abordar directamente una determinada problemática y asume un papel secundario o de mero observador, a la espera de que los tribunales perfilen adecuadamente el régimen jurídico correspondiente. Las reglas de reparto de la pensión de viudedad son un ejemplo evidente, aunque no el único –*v.gr.*, derechos laborales y de seguridad social de los extranjeros en situación irregular–, y resulta llamativo que ni por vía legal ni reglamentaria se hayan ofrecido pautas específicas, más allá de la somera referencia al reparto proporcional. Esa proporcionalidad ha sido interpretada administrativa y judicialmente desde hace décadas, con criterios no siempre coincidentes. El legislador –y el Ejecutivo– han renunciado a la labor que en principio les corresponde, la aprobación de las normas pertinentes, de modo que la entidad gestora, en primer término, y los tribunales, en su función revisora y depuradora, han asumido una función que excede de su cometido primario –la interpretación–, ejerciendo –por necesidad– una labor de creación normativa indispensable para poder continuar operando.

Lógicamente, en esa función creadora no siempre se han mantenido los mismos criterios, pues la interpretación jurídica admite matices, y en función de la preferencia por unos u otros la conclusión sobre un mismo asunto puede cambiar. Desde luego, esta labor de creación/interpretación normativa no es aséptica, y se entremezclan consideraciones de muy diversa índole, desde las puramente técnicas hasta otras de carácter más ideológico, y que entroncan con la concepción del sistema de Seguridad Social de cada interesado.

Ese es, precisamente, el segundo elemento, ya que la interpretación está condicionada por un componente subjetivo que en muchas ocasiones predetermina el resultado. Conviene recordar que el art. 3.1 CC dispone que las «normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al

espíritu y finalidad de aquellas». El precepto apuesta por un análisis global que conjugue varios criterios con el fin de ofrecer una interpretación coherente de la norma cuestionada en el conjunto del ordenamiento. Sin embargo, da la impresión de que en los últimos tiempos la interpretación de las normas resulta cada vez menos técnica y más apriorística, de modo que se eligen los criterios interpretativos que conduzcan al resultado previamente decidido.

Como ya se ha dicho, aunque el «sentido propio de sus palabras» permitiera interpretar el art. 220 LGSS/2015 en la línea que parece imponerse, de modo que el excónyuge tiene derecho a una pensión plena cuando es el único beneficiario y que la proporcionalidad únicamente es aplicable en situaciones de concurrencia de beneficiarios, los «antecedentes históricos y legislativos» difícilmente pueden apoyar esa interpretación, como tampoco la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», ya que si algo demostró el legislador de 2007 fue su voluntad de limitar los derechos de los excónyuges y no de ampliarlos, razón, además, que hace difícil aceptar que ese cambio interpretativo venga motivado por el «espíritu y finalidad» de las normas o por el propio contexto.

En realidad, es bastante frecuente en los últimos años que la doctrina científica y la judicial revivan –o reaviven– debates interpretativos previos que parecían superados, pero que en realidad habían quedado latentes, y por ello aparecen nuevamente –y con cierto oportunismo– cuando alguna circunstancia permite volver a plantearlos con perspectivas de éxito. Es, a la postre, una muestra de inconformismo o de resistencia que enturbia la labor interpretativa, atribuyendo intenciones ocultas al legislador a partir de premisas o puntos de partida no siempre sólidos.

Así sucede en relación con el reparto de la pensión de viudedad, puesto que sectores doctrinales⁴⁵ y jurisprudenciales cuestiona-

⁴⁵ A modo de ejemplo, *vid. R. NAVARRO ROLDÁN, Pensión de supervivencia*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 157 y ss.

ron fuertemente la regla proporcional. No en vano, la STS de 21-3-1995 modificaba el criterio sentado ya diez años antes por la STS de 11-2-1985⁴⁶ y contaba con un voto particular discrepante. Es la pugna, por tanto, entre los partidarios de la tesis atributiva y los defensores de la tesis distributiva⁴⁷. Tras alguna vacilación, el TS rechazó la tesis distributiva, considerando que la pensión de los excónyuges es «asimilada a la de viudedad»⁴⁸, y con ello la cuantía de su pensión siempre se calculaba en proporción al tiempo convivido, a diferencia del supérstite, que cuenta con un derecho pleno pues es el «verdadero viudo»⁴⁹. De ahí que cuando no existía cónyuge supérstite la pensión de viudedad no se repartía íntegramente, lo que motivó que se calificase al INSS como un «viudo» más, al resultar, de alguna manera, un beneficiario en el reparto⁵⁰.

A la postre, estas interpretaciones consideran que no es razonable distraer una parte de una pensión contributiva, pues ello implicaría romper el equilibrio entre cotizaciones y prestaciones en perjuicio del beneficiario⁵¹. Desde luego, es un argumento razonable, pero no definitivo, porque ese eventual ahorro del erario público –que no se produce siempre, pues los huérfanos absolutos tienen derecho de acrecimiento– ni supone un enriquecimiento injusto, ni tampoco vulnera el art. 14 CE. No conviene olvidar que el sistema español de Seguridad Social ha apostado por el reparto, y con ello se asienta, de forma indiscutible, en el principio de solidaridad. La estricta equivalencia entre cotizaciones y prestaciones pudiera ser deseable, aunque en modo alguno exigible, pues ese es un rasgo mucho más propio de los sistemas de capitalización. El reparto exige mecanismos correctores para

garantizar esa solidaridad, de forma que habrá topes de pensión, o complementos para garantizar cuantías mínimas. Pero también es consustancial a un sistema de reparto que unos beneficiarios recibirán prestaciones que globalmente excedan de la cotización previa, mientras que otros –lógicamente– percibirán prestaciones inferiores en conjunto.

El argumento de que las prestaciones se generan gracias a las cotizaciones satisfechas previamente no siempre es cierto, pues el período previo de carencia no es un requisito para prestaciones derivadas de accidente, sea o no de trabajo, y enfermedad profesional (art. 165.4 LGSS). Además, el importe de la prestación no se reduce, ni el derecho se extingue, cuando el beneficiario sigue percibiendo prestación una vez agotado el capital coste generado –real o ficticio–, porque las pensiones de Seguridad Social son vitalicias. La configuración del derecho a pensión de un excónyuge como proporcional al tiempo convivido, y el hecho de que el sistema no satisfaga la totalidad de la pensión de viudedad que potencialmente se habría generado es seguramente equivalente al hecho de que no se abone pensión ninguna por ausencia de beneficiarios (el ahorro sería íntegro en este supuesto). Lógicamente, no parece adecuado efectuar esa valoración desde la perspectiva de la justicia o la injusticia, siempre muy subjetiva, y ni siquiera considerar que técnicamente se produce un «ahorro», sino que es menester poner el acento en los valores y principios que conforman el sistema de Seguridad Social, en el que rige un principio de caja única, y el hecho de que se produzca superávit en ciertas prestaciones no implica un ahorro para el sistema en su conjunto, porque servirá para sufragar otras.

Debe recordarse que el excedente global de cotizaciones no sólo está previsto legalmente, sino que desde luego ha merecido una valoración positiva, ya que su destino, el Fondo de Reserva de la Seguridad Social⁵², permite hacer frente a contextos donde el balance entre

⁴⁶ Ponente: GARCÍA-MURGA VÁZQUEZ.

⁴⁷ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Pensión de viudedad y divorcio*, RL, nº 11, 1995, pp. 4 y ss.

⁴⁸ Vid. STS de 26-5-2004 (recurso 3103/2003).

⁴⁹ Vid. STS de 17-7-2000 (recurso 67/2000).

⁵⁰ Vid. R. POQUET CATALÁ, *Pensión de viudedad: ¿el INSS como tercera viuda?*, REDT, nº 176, pp. 203 y ss.

⁵¹ Vid. STSJ de Andalucía/Sevilla de 21-1-2016 (recurso 554/2015) y de Madrid de 16-12-2015 (recurso 807/2015).

⁵² Ley 28/2003, de 29 de septiembre.

ingresos y gastos resulta mucho menos favorable. De este modo, el hecho de que el importe de determinadas prestaciones o la prestación de determinados beneficiarios no alcance la cuantía de las cotizaciones satisfechas es coherente y consustancial al sistema, pues de otro modo se producirían desequilibrios imposibles de afrontar. Como ha recordado un sector doctrinal, «no cabe hablar aquí de beneficio injustificado de la Seguridad Social, de «ahorrarse» el pago de una parte de la pensión cuando la Ley sólo concede el derecho a una parte de la misma; la Seguridad Social está pagando toda la pensión originada por el fallecimiento del causante, la que la Ley establece en este caso, lo mismo que no cabría hablar de ahorro en el caso de que el causante hubiese fallecido soltero».⁵³

Por supuesto, cabe también efectuar un análisis desde la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación, pero no parece que haya motivos para desvirtuar la doctrina sentada por la STC 186/2004, de 2 de noviembre, en la que se declaró plenamente constitucional la fórmula de reparto entre cónyuges y excónyuges⁵⁴, sin perjuicio de reconocer que existen «otras opciones que operan como posibilidades permitidas al legislador en el ámbito de la Seguridad Social y sobre las que él ha de decidir».

⁵³ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Pensión de viudedad y divorcio*, RL, nº 11, 1995, pág. 9.

⁵⁴ «Los supuestos contemplados presentan un claro elemento diferenciador, pues la pensión de viudedad se configura en relación con un causante, que no es el beneficiario directo y cuyas vicisitudes matrimoniales, fruto de su personal autonomía y libertad, son las que finalmente repercuten en el régimen jurídico de la pensión del beneficiario, ya que el legislador ha considerado como interés susceptible de protección el derivado de la convivencia marital durante un cierto tiempo. No pueden considerarse términos homogéneos para llevar a cabo la comparación necesaria en el juicio de igualdad biografías diferentes en el terreno matrimonial precisamente de la persona que con su muerte causa la pensión de viudedad. Y, en coherencia con tales biografías, el legislador ha tomado en consideración el tiempo de convivencia conyugal con el causante, en cuyo período de tiempo se ha realizado la pertinente cotización a la Seguridad Social a efectos de la pensión».

En verdad, esta última sentencia hace aún más inverosímil que la Ley 40/2007 pretendiese modificar las reglas tradicionales de atribución y reparto de la pensión de viudedad, más allá de sus objetivos declarados (pensión compensatoria para excónyuges y garantía del 40% para el supérstite). Una vez que el TC había declarado ajustado al art. 14 CE que el excónyuge únicamente disfrutara de una parte proporcional de la pensión, pero que ese derecho afectaba al supérstite al no poder percibir la cuantía íntegra, resulta sorprendente que el legislador, apenas tres años después, decidiera alterar esa fórmula sin ninguna advertencia previa, ni tampoco justificación.

Es más, atribuir al legislador esa intención supone, asimismo, una desviación del proceso evolutivo previo de la pensión, que se caracteriza por dar cada vez mayor protagonismo al supérstite frente a los excónyuges, seguramente porque, como ya dijera la STC 184/1990 de 15 noviembre, «en su configuración actual, la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica (como antes ocurría en caso del viudo), asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges), otorgando a tal efecto una pensión que depende y es proporcional en su cuantía a la base reguladora correspondiente al causante».

En ese contexto, el legislador parecía facultado para reducir progresivamente la tutela ofrecida a los excónyuges, pues el daño sufrido por el fallecimiento del causante es menor. En verdad, si el objetivo declarado por el legislador –también en la Ley 40/2007– consiste en introducir mayores dosis de asistencialidad en la pensión de viudedad, se justificaría sin dificultad restringir la condición de beneficiario al supérstite, eliminando a los excónyuges, pues su incorporación al elenco de beneficiarios responde, cada vez más, a un contexto socioeconómico muy diferente al actual.

Conviene recordar que la pensión compensatoria no trata de atender una situación de necesidad en sentido estricto (no es una pensión alimenticia)⁵⁵, y sería deseable que se distinguiera con claridad el régimen jurídico del derecho de familia y el de la pensión de viudedad. A la postre, el hecho de que un excónyuge deba abonar a otro ciertas cantidades tras la ruptura matrimonial obedece a reglas de Derecho Privado, que no deberían confundirse con las normas que disciplinan el Derecho de la Seguridad Social. La pensión compensatoria, o en su caso la alimenticia, se sufragan con fondos propios del causante, con su patrimonio, y la extinción de esa pensión compensatoria no debería justificar, de forma automática, el acceso a una prestación de Seguridad Social. En realidad, el legislador podría haber optado por conceder derechos sucesorios a los excónyuges, en lugar de reconocerles el derecho a una pensión de viudedad, y atender las eventuales situaciones de necesidad a través de prestaciones no contributivas.

Obviamente, no resulta tampoco convincente el argumento de que el excónyuge contribuyó en su momento, al menos durante el matrimonio, a que sujeto causante pudiera abonar las pertinentes cotizaciones, de forma que el excónyuge consolidó en cierto modo el derecho a prestaciones futuras durante su matrimonio. Seguramente ese es un argumento que se ajusta mejor a otro modelo de seguridad social, de lógica más asegurativa⁵⁶, y probablemente también presupone que el régimen económico matrimonial era el de gananciales. Pero, incluso en ese escenario, las cotizaciones a la seguridad social no pueden dar lugar a una prestación mixta o comparti-

da en virtud del régimen económico-matrimonial. Si procede, esos derechos del excónyuge deben ser valorados en el momento de la ruptura matrimonial, pues al disolver la sociedad de gananciales deben computarse por mitad los ingresos y derechos –y el pasivo– generados por ambos, de modo que el excónyuge carecería de un derecho latente o expectante.

Desde luego, en situaciones de gran sensibilidad social es frecuente recurrir al sistema de Seguridad Social, pieza nuclear del Estado del Bienestar. Pero resulta imprescindible obrar con la necesaria prudencia. Un problema de base, sin lugar a dudas, es que las reformas legislativas se realizan con excesiva premura y poca meditación, y en el particular ámbito de la pensión de viudedad «si las motivaciones para el cambio no están claras, tampoco lo están las metas que se pretenden conseguir»⁵⁷. Y esos defectos en la técnica legislativa permiten interpretaciones muy diversas, oportunidad que es aprovechada en general por los operadores jurídicos, pero muy especialmente por quienes, por unas u otras razones, tratan de imponer una determinada visión de la realidad. En el ámbito de los derechos sociales es muy habitual contraponer, e incluso confrontar, la interpretación técnica con la justicia, considerando que los cánones exegéticos tradicionales dan lugar a un resultado no querido desde la perspectiva de la justicia social.

La reforma de 2007 mostró expresamente su voluntad de restringir los derechos de los excónyuges, propósito reiterado con la Ley 26/2009, limitando la cuantía de su pensión al importe de la pensión compensatoria. Precisamente por ello, debe evitarse una interpretación meramente literal cuando una exégesis contextual ofrezca un resultado compatible con el conjunto de la regulación. No parece coherente que el legislador pretendiera reconocer a los excónyuges un derecho pleno y, poco tiempo después, redujese la pensión que perciben hasta el importe de la pensión

⁵⁵ Vid. M.T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Consecuencias negativas de la relación pensión compensatoria-pensión de viudedad de separados y divorciados*, Revista de Derecho de Familia, nº 56, 2012 (BIB 2013\14771); M. UREÑA MARTÍNEZ, *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 105 y ss.; p. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *La pensión de viudedad: entre la «contributividad automática» y la «asistencialidad contributiva»*, Justicia Laboral, nº 41, 2010 (BIB 2013\51295).

⁵⁶ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Pensión de viudedad y divorcio*, RL, nº 11, 1995, pág. 4.

⁵⁷ Cfr. A. LLORENTE ÁLVAREZ, *Reflexiones y propuestas sobre la pensión de viudedad*, Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº 5, 2011 (BIB 2011\1157).

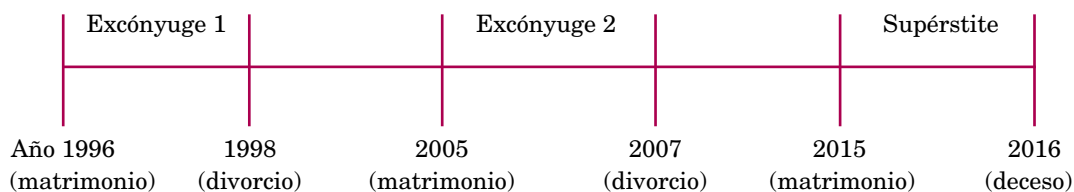
compensatoria, pues ello implica la anulación práctica de esa otra medida. Y, en esa misma línea, poco sentido tendría reconocer al superviviente en situaciones de concurrencia el derecho a una garantía mínima, para evitar pensiones muy reducidas por considerar que el daño que sufren es mayor y más inmediato que el del excónyuge, y al mismo tiempo exigir el cálculo proporcional al tiempo de convivencia, pues eliminar la plenitud del derecho sólo se entiende si el legislador pretende situar en plano de igualdad a cónyuges y excónyuges.

En último término, y más allá de consideraciones sobre la salud financiera del sistema, sería conveniente que determinadas interpretaciones tuvieran presente que la mejora en los derechos de unos beneficiarios repercute sobre otros ámbitos de la misma prestación, y también eventualmente sobre otras prestaciones. A modo de ejemplo, y prescindiendo ahora de los efectos que desplegaría en la doctrina sobre la reconciliación el reconocimiento de una pensión íntegra al excónyuge (la reconciliación no comunicada sólo provocaría efectos negativos cuando la cuantía de la pensión de viudedad se hubiera reducido para ajustarse a la pensión compensatoria o cuando no se hubiera pactado pensión compensatoria, pues de otro modo el excónyuge disfrutaría de la pensión íntegra), conviene insistir nuevamente en que las interpretaciones que parecen imponerse entre los tribunales afectarán notablemente a las pensiones de orfandad, pues no permiten la aplicación de las reglas sobre el acrecimiento actualmente vigentes (epígrafe 6). Teniendo en cuenta que esas normas fueron aprobadas con posterioridad a la reforma legal de 2007 por un Gobierno del mismo signo político, resulta difícil aceptar que el legislador de 2007 se decantó por modificar esas reglas tradicionales, mientras que una norma

reglamentaria de 2009 desarrolló la LGSS tomando como parámetro que el derecho a la pensión de viudedad del excónyuge no es un derecho pleno, sino proporcional.

Sería deseable, así pues, que el legislador renunciase a esa actitud pasiva que a menudo muestra en esta materia y asumiera la función que verdaderamente le corresponde, para evitar, por un lado, que los tribunales deban convertirse en legisladores, y, por otro, que la necesaria labor de interpretación normativa se acabe transformando en adivinación o mera suposición. Sin embargo, el legislador no actuó cuando en 1985 el Tribunal Supremo se decantó por reconocer al excónyuge no concurrente el derecho a una pensión completa, ni tampoco cuando en 1995 el mismo órgano judicial modificó el criterio y prefirió el cálculo proporcional. Atribuir al legislador de 2007, doce años después, una voluntad de rectificación de ese criterio, cuando no se había preocupado por la norma durante más de 25 años, resulta escasamente verosímil.

De este modo, resulta preferible abogar por la prudencia interpretativa cuando el legislador no manifiesta una clara voluntad de cambio, porque determinadas interpretaciones generan incertidumbres que tardarán varios años en resolverse, hasta que el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional se pronuncien, y con ello darán lugar a muchos beneficiarios damnificados. En la medida en que el legislador no pretendió modificar estas reglas, y que la ley desde luego no es clara en ese sentido, debería mantenerse la interpretación tradicional, que concilia de mejor manera los intereses en juego, inclusive los de los pensionistas de orfandad. El cónyuge superviviente debería conservar un derecho pleno y los excónyuges un derecho proporcional:



En este ejemplo, el período de referencia para ambos excónyuges debería ser el mismo, 20 años, y con ello los dos tendrían derecho a una parte proporcional idéntica, un 10% para cada uno. El supérstite disfrutaría del resto de la pensión, un 80%. La extinción del derecho de cualquiera de los excónyuges debería dar

lugar al incremento de la pensión del supérstite. En cambio, la extinción de la pensión del supérstite no beneficiaría a los excónyuges (su pensión no fue reducida para respetar la garantía del 40%), sino que, en su caso, acrecería las pensiones de orfandad, si alguno de los beneficiarios fuera huérfano absoluto.

RESUMEN

El régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia ha sido diseñado en buena medida por los tribunales, puesto que la normativa aplicable no daba respuesta expresa a muchos de los heterogéneos supuestos que en la práctica se producían. Así ha sucedido con las reglas de reparto de la pensión entre cónyuges y excónyuges, objeto de múltiples litigios que permitieron conformar un rico cuerpo de doctrina jurisprudencial. La Ley 40/2007 modificó la redacción legal y con ello se han generado dudas sobre la vigencia de esas reglas. De ahí que resulte imprescindible un análisis detenido de la nueva configuración legal con el fin de determinar su alcance. En particular, la jurisprudencia tradicional había mantenido que el derecho del cónyuge superviviente debe configurarse como un derecho pleno, en tanto que los excónyuges únicamente debían disfrutar de un derecho proporcional al tiempo de convivencia.

La reforma operada por la Ley 40/2007 modificó profundamente la fisonomía de la pensión de viudedad, como es bien sabido. Como novedad principal, seguramente la más significativa, se procedió a una ampliación del número de potenciales beneficiarios al extender la condición de beneficiario a las parejas de hecho siempre que reúnan determinados requisitos, de modo que el matrimonio ya no se configuraba como requisito sine qua non para disfrutar de la pensión. No obstante, esa medida venía acompañada de otras más restrictivas, en particular para los excónyuges, que hasta ese momento podían acceder a la condición de beneficiarios siempre que no hubieran contraído nuevo matrimonio; esa reforma legal introdujo un requisito adicional, muy exigente, pues atribuyó a la pensión compensatoria civil un papel determinante en la configuración de la acción protectora del sistema de Seguridad Social. En efecto, desde ese momento la pensión compensatoria civil se convertiría en una exigencia para disfrutar de la pensión de viudedad, con escasas excepciones, y además en un límite a la cuantía de esa pensión pública, que no puede exceder del importe de la pensión compensatoria que percibía el excónyuge y que se extingue en el momento de fallecimiento del causante. Además, la reforma de 2007 precisaba las reglas de reparto de la pensión de viudedad cuando concurren a ella varios beneficiarios, alterando en cierto modo los criterios más tradicionales, que de alguna manera daban preferencia al excónyuge, al presumir que el primer matrimonio había sido más relevante en la vida del causante, y que el último enlace había tenido lugar en los últimos años, de modo que había que garantizar el derecho de quien compartió más tiempo de vida con el causante. Tras la reforma legal se invierte esa perspectiva, dando prioridad, en cierto modo, al derecho del superviviente sobre el del excónyuge, hasta el punto de garantizar un mínimo al superviviente, un 60 por 100, que puede derivar en una reducción de la parte de la pensión que corresponde al excónyuge conforme a estrictos criterios de proporcionalidad.

Como es razonable, todas esas novedades obligaron a dar nueva redacción a los preceptos legales que establecen el régimen jurídico de la pensión de viudedad. Sin lugar a dudas, en esos preceptos todavía late la redacción anterior, de modo que estas nuevas medidas se incorporaron al precepto modificando los párrafos o pasajes correspondientes, pero no reformulando completamente su contenido. El precepto legal resultante de aquella modificación legal, que ha pasado incólume, como es razonable, al Texto Refundido de 2015, es parcialmente diferente del anterior, y ha dado pie a interpretación diversas, pues su estructura interna y su redacción no resultan exactamente coincidentes, como se ha dicho. De este modo, no resulta extraño que se hayan reavivado viejos debates que parecían ya superados, y que afectan directamente a la posición de los beneficiarios de la pensión de viudedad, cuestionando una doctrina jurisprudencial que ya parecía consolidada y que, más allá de que pudiera estimarse más o menos justa para unos u otros beneficiarios, lo que desde luego depende de la perspectiva de aproximación, proporcionaba gran seguridad jurídica y daba lugar a un reparto razonable.

Sin embargo, a resultas de la reforma legal de 2007, el art. 174 de la LGSS de 1994, actual art. 219 LGSS de 2015, permite defender, con argumentos sólidos, que el derecho del excónyuge ya no se configura como un derecho proporcional al tiempo convivido, sino como un derecho auténticamente pleno, cuando ese excónyuge separado o divorciado –no en casos de nulidad– sea el único beneficiario de la pensión de viudedad. Con ello, el excónyuge que concorra como único beneficiario tendría derecho a la totalidad de la pensión de viudedad, y no a una parte proporcional, de modo que su posición respecto a la pensión de viudedad coincidiría con la que disfruta el supérstite, sea cónyuge, sea pareja de hecho, cuando es asimismo el único beneficiario de la pensión. Además, y siguiendo esta misma línea de exégesis literal, el precepto permite igualmente defender que el derecho del supérstite ya no es pleno, sino estrictamente proporcional al tiempo de convivencia, cuando se produzca una concurrencia de beneficiarios. Hasta el momento, en supuestos de concurrencia el cónyuge supérstite disfrutaba de un derecho pleno, mientras que los excónyuges sólo podían acceder a una parte de la pensión proporcional al tiempo de convivencia, de modo que la pensión del supérstite se veía reducida en tanto concurriera con algún excónyuge, pero los períodos de no convivencia siempre beneficiaban al supérstite, que además veía incrementada su pensión cuando se extinguía la parte de pensión que correspondía a algún excónyuge.

Ni la tramitación parlamentaria de la Ley 40/2007 ni el Preámbulo de la norma proporcionan pauta o indicación que permitan sustentar un cambio tan significativo en la posición del supérstite y de los excónyuges, que, si bien se mira, parece contradictorio con la finalidad de las medidas que introducía esa norma, pues la exigencia de pensión compensatoria, y su repercusión en la cuantía de la pensión de viudedad, así como la garantía de un mínimo del 60 por 100 de la pensión para el supérstite, parecen indicar que el legislador pretende limitar el derecho de los excónyuges a la pensión de viudedad. La atribución de un derecho pleno o la eventual igualdad con el supérstite serían claramente contradictorias con esa otra finalidad. Además, esa nueva posición genera una serie de problemas interpretativos en la distribución de la pensión de viudedad, y en la relación de la pensión de viudedad con las de orfandad, que probablemente demuestran que nunca fue intención del legislador mejorar la posición del excónyuge, sin perjuicio de que la defectuosa técnica legislativa permita defender esa interpretación. El presente estudio tiene por objeto, precisamente, poner de manifiesto las dificultades de articulación que provocaría esa pretendida posición del excónyuge en el marco de las prestaciones por muerte y supervivencia.

Palabras clave: Pensión de viudedad, excónyuge, cónyuge supérstite, matrimonio, divorcio.

ABSTRACT

The legal regime of death benefits and survivors' benefits has been designed largely by Courts, since the applicable rules did not clearly respond to many of the heterogeneous events that would occur in practice. This has been the case for the rules of the pension benefits which had to be shared between spouses and former spouses, subject to multiple lawsuits that made up a rich body of jurisprudence. Law 40/2007 amended the legal drafting and thus, some doubts have been generated about the validity of those rules. Hence, a careful analysis of the new legal framework becomes essential in order to establish its scope. In particular, the traditional jurisprudence had stated that the surviving spouse is entitled to full-fledged rights, while former spouses were only entitled to proportional rights according to the duration of cohabitation.

The amendments to Law 40/2007 deeply changed the features of widowhood pensions, as is well known. The main and probably the most significant novelty was the increase in the number of potential beneficiaries by extending the beneficiary status to unmarried couples as long as they meet certain requirements, so that marriage is no longer configured as a *sine qua non* requirement to be entitled to the benefit. However, this measure came together with more restrictive ones, particularly for former spouses, who until then had access to the status of beneficiaries provided that they had not remarried; that legal reform introduced an additional and demanding requirement because the civil compensatory pension started playing a decisive role within the protective action of the Social Security system. Indeed, since that moment the civil compensatory pension became a kind of requirement to be entitled to the widowhood pension, with few exceptions, and also with a limited amount of the state pension, which cannot exceed the amount of the compensatory pension the former spouse used to receive and which is extinguished at the death of the deceased. In addition, the 2007 amendment needed some rules to apportion the widowhood pension when there are several beneficiaries, altering somehow the most traditional criteria, which in some way gave preference to the former spouse, presuming that the first marriage had been more important in the life of the deceased, and that the last marriage had taken place in recent years, so the rights of the partner who shared a longer period with the deceased needed to be guaranteed. After this legal reform, that point of view is reversed, giving priority, in some way, to the right of the surviving spouse over the former spouse, to the point of guaranteeing a minimum pension to the surviving spouse, a 60 percent, which can lead to a reduction in the part of the pension which corresponds to the former spouse in accordance with strict criteria of proportionality.

It is reasonable to consider that all these developments forced to redraft the legal provisions that establish the legal status of widowhood pensions. Certainly, the previous wording still remains in those provisions, so these new measures were incorporated into them by modifying paragraphs or the corresponding extracts, but not reformulating completely their content. The legal provision resulting from that legal amendment, which has remained intact, as expected, and has led to the revised text of 2015 is partially different from the aforementioned, having caused different interpretations, because its internal structure and wording are not exactly coincident, as it has been said. Thus, no wonder old debates that seemed to be over are back again, having a direct effect on the position of the beneficiaries of widowhood pensions and questioning a jurisprudential doctrine that seemed already consolidated; beyond what could be considered more or less fair for one or other beneficiary, which of course depends on the different approach, the above mentioned jurisprudence provided a great deal of legal certainty and a reasonable share of benefits.

However, as a result of the legal reform of 2007, Article 174 of the General Law on Social Security (LGSS) of 1994 (current Article 219 of LGSS of 2015) allows to defend with solid arguments that the rights of the former spouse are not proportional to the time of cohabitation of the couple but they are full-fledged rights when the former spouse,

separated or divorced but not in cases of nullity, is the sole beneficiary of the widowhood pension. Therefore, the former spouse who becomes a sole beneficiary would be entitled to the full survivor's pension, not a proportion, so that his/her position in relation to the widowhood pension would be similar to the one surviving spouse, either spouse or common law partner, when he/she is also the sole beneficiary of the pension. In addition, according to this literal interpretation, the provision also makes it possible to defend that the rights of the surviving spouse are no longer full-fledged, but strictly proportional to the cohabitation period, when a concurrence of beneficiaries occurs. So far, in cases of concurrence, the surviving spouse was entitled to full-fledged rights, whereas former spouses could only receive a part of the pension according to the duration of cohabitation, so the pension of a surviving spouse was reduced in case of concurrence of a former spouse, but cohabitation periods always benefited the surviving spouse, who was also entitled to a higher pension when the part of the pension corresponding to a former spouse had expired.

Neither the parliamentary procedure of Law 40/2007 nor the Preamble to the regulation provide any guideline or indication which allow to support such an important change in the position of the surviving spouse and former spouses, which looked closely, seems to be a contradiction of the aim that this rule introduced, since the requirement of alimony, and its impact on the amount of the widowhood pension as well as the guarantee of a minimum of 60 percent of the pension for the surviving spouse seem to indicate that the legislator intended to limit the right of former spouses to widowhood pensions. Conferring full-fledged rights or possible equality with the surviving spouse would definitely mean a contradiction of the other purpose. In addition, this new position generates a series of problems to interpret the distribution of widowhood pensions, and the relationship of them with orphan's pensions, which probably show that the legislator never intended to improve the position of the former spouse without affecting the faulty legislative technique which allows to uphold that interpretation. As a matter of fact, this study aims to highlight the difficulties of organization that the intended position of the former spouse would cause within the frame of death benefits and survivors' benefits.

Keywords: Widow's pension, former spouse, surviving spouse, marriage, divorce.

Las pensiones de viudedad en el Régimen General de Clases Pasivas: evolución normativa tras la entrada en vigor del texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado

Widowhood pensions in the General Passive Class System: regulatory developments after the entry into force of the revised text Law about the Public Passive Class System

JAVIER SIMÓN GARCÍA*

INTRODUCCIÓN

Dentro de los regímenes públicos de Seguridad Social se encuentra el Régimen de Clases Pasivas del Estado. Este Régimen constituye uno de los mecanismos de cobertura integrados en los Regímenes especiales de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y de las Fuerzas Armadas, regulados en el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, y Real Decreto Legislativo 1/2000, de 23 de junio, respectivamente. Concretamente, a través del Régimen de Clases Pasivas del Estado se garantiza al personal incluido en su ámbito de aplicación protección frente a los riesgos de vejez, incapacidad, muerte y supervivencia.

En este artículo vamos a centrarnos exclusivamente en la figura jurídica de la pensión de viudedad, poniendo el foco en la evolución

que ha experimentado la misma en los últimos años, fruto de las continuas modificaciones legislativas que han sido introducidas a través de las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

La normativa reguladora básica del Régimen de Clases Pasivas del Estado la encontramos en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado. Dentro del mismo, vamos a centrarnos principalmente en el artículo 38, que es el que señala cuáles son las condiciones del derecho a pensión a viudedad. Pues bien, en las siguientes páginas podremos observar cómo el contenido del artículo en la redacción original del mismo en el año 1987, ha sufrido una transformación absoluta que hace que sea prácticamente irreconocible. En consecuencia, veremos que lo que se ha producido es un cambio radical en las condiciones exigidas para poder acceder al derecho a una pensión de viudedad, convirtiendo a esta figura, sin ninguna duda, en la más compleja del Régimen. Y

* Subdirector General de Gestión de Clases Pasivas; Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas; Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

observaremos que esta transformación ha sucedido básicamente en la última década que es cuando, como veremos posteriormente, han tenido lugar numerosos cambios hasta llegar a su redacción actual, que no tiene nada que ver con la que existía tras la entrada en vigor del texto refundido.

EL TEXTO REFUNDIDO DE LEY DE CLASES PASIVAS DEL ESTADO: REDACCIÓN ORIGINAL

Tal y como se mencionaba en la introducción, la normativa básica en materia de Clases Pasivas se encuentra en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado.

Si acudimos a su versión inicial para conocer cuál era la regulación en ese momento de la pensión de viudedad, nos encontramos con una sección dedicada a las pensiones de viudedad. Veamos en primer lugar cuál era la redacción del artículo 38, el cual contenía las condiciones del derecho a pensión:

1. Tendrán derecho a la pensión de viudedad quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos, siempre en proporción al tiempo que hubieran vivido con el cónyuge fallecido y con independencia de las causas que hubieran determinado la anulación o el divorcio en cada caso.

2. No obstante, si éstos hubieran contraído matrimonio posterior con persona diferente del causante no tendrán derecho a pensión alguna por este concepto, sin perjuicio de los derechos que pudiera causar en su favor el nuevo cónyuge

Por tanto, nos encontramos con una formulación sencilla, clara y concisa que en el apartado 1 solamente recoge dos situaciones para poder tener derecho a la citada pensión:

- Por una parte, nos encontraríamos con el supuesto de aquellas personas que

hayan quedado viudas con ocasión del fallecimiento del causante, por lo tanto, serían aquellos cuyo vínculo matrimonial estuviera vigente en dicha fecha.

- Por otro lado, tenemos aquellas personas que, habiendo estado casadas con el causante de los derechos pasivos, en el momento de la defunción de éste, no permanecieran casados con él. Y en relación con este supuesto, nos encontramos con que el artículo establece claramente que estas últimas personas tendrán derecho a pensión «*con independencia de las causas que hubieran determinado la anulación o el divorcio*».

Ahora bien, este mismo apartado precisa que el derecho estará en proporción al tiempo que hubieran convivido juntos. En consecuencia, en aquellos supuestos en que hubiera mediado una disolución del vínculo matrimonial, el importe a percibir en concepto de pensión de viudedad había que ajustarse en función de los días de convivencia con el fallecido.

Asimismo nos encontramos en el apartado 2 con la determinación de una cláusula que determinaba la imposibilidad de tener derecho a la pensión de viudedad para aquellas personas que, una vez divorciados del causante, hubieran contraído matrimonio con otra persona distinta.

Observamos, pues, que las condiciones para el derecho a la pensión de viudedad en un primer momento eran sumamente claras. Hay que destacar que esta redacción se mantuvo inalterada desde su entrada en vigor, el día 28 de mayo de 1987, hasta el 31 de diciembre de 2001.

Además de las ya vistas condiciones del derecho a la pensión, nos encontramos en esta redacción original con otros dos artículos dentro de la sección dedicada a las pensiones de viudedad.

En primer lugar, tenemos el artículo 39, que es un artículo fundamental pues el que va

a determinar cómo se calcula la pensión. Establece al efecto una regla general: para obtener el importe de la pensión de viudedad se aplicará el porcentaje fijo del 50 por 100 sobre la base reguladora, la cual estará constituida por la pensión de jubilación o retiro del fallecido o declarado fallecido, debidamente actualizada en su caso, o la que hubiera podido corresponder a éste al momento de su jubilación o retiro forzoso si hubiera fallecido con anterioridad al cumplimiento de la edad correspondiente, permaneciendo invariable el Cuerpo, Escala, plaza, empleo o categoría a que estuviera adscrito aquél al momento de fallecer. Como excepción a esta regla, el porcentaje será del 25 por 100 en el supuesto de que el causante de los derechos hubiera fallecido tras haber sido declarado inutilizado en acto de servicio o como consecuencia del mismo y de haberse señalado en su favor la correspondiente pensión extraordinaria. La razón de esta excepcionalidad es que en las pensiones extraordinarias la base reguladora para determinar el importe de la pensión de jubilación o retiro se toma al 200%. Es preciso indicar que con este artículo se produce un cambio absoluto en la forma de calcular las pensiones de viudedad, pues antes de la entrada en vigor del texto refundido, la base reguladora estaba formada por la suma de los importes retributivos percibidos por el causante en el momento de su jubilación o retiro (sueldo, grado y trienios), y el porcentaje a aplicar a la misma era del 40%.

Hay que destacar que este artículo 39 no va a sufrir ningún cambio en su redacción hasta el momento actual, más allá de una ligerísima modificación, introducida por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en el segundo párrafo del apartado 1 (se suprimen las menciones a «separado del servicio» y «separación del servicio») que no altera para nada el contenido fundamental del mismo.

Por último, hay que decir que la redacción original del texto refundido incluía un artículo 40 dedicado a las incompatibilidades en el percibo de la pensión de viudedad. Así, dicho

artículo establecía en primer lugar un período inicial de cinco años, los inmediatamente siguientes al momento de producirse el hecho causante de la misma, durante los cuales sería compatible con el percibo de cualquier otra renta de trabajo que pudiera corresponder a su titular. Ahora bien, acto seguido disponía que, transcurrido este plazo, en el supuesto de que el titular de la pensión percibiera conjuntamente con la pensión otras rentas de trabajo y de que de la suma de las mismas y de la pensión fuese superior al cuádruplo del salario mínimo interprofesional vigente en el año de cada devengo de la pensión, el importe de la misma se debería minorar en la parte equivalente al exceso, no abonándose la pensión si la cuantía del exceso fuera superior a ella. No obstante, es preciso destacar que esta situación de incompatibilidad fue eliminada un año más tarde, pues este artículo 40 fue derogado por la disposición adicional vigésima de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988.

LAS PRIMERAS MODIFICACIONES

Hay que esperar más de una década para encontrarnos con la primera modificación que sufre el artículo 38. Será la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la que introduzca por primera vez un cambio en la redacción original que hemos visto. Además, hay que significar que se trata de un ligero cambio en el apartado 2 del mismo:

*2. La pensión de viudedad se extinguirá por contraer su titular nuevo matrimonio, sin perjuicio de las **excepciones que reglamentariamente se establezcan.***

Por lo tanto no hay modificación alguna en cuanto a quiénes pueden acceder a la pensión desde un punto de vista básico, es decir que siguen siendo aquellas personas que sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante. Lo que viene a introducir esta modificación es la posibilidad de que reglamentariamente

se establezcan una serie de excepciones que permitan mantener la pensión de viudedad a aquellas personas que teniendo derecho a la misma, contraigan nuevo matrimonio.

No hubo que esperar mucho tiempo para encontrarnos con el correspondiente desarrollo reglamentario. En el Boletín Oficial del Estado del día 2 de febrero del año 2002 es publicado el Real Decreto 134/2002, de 1 de febrero, por el que se modifica parcialmente el régimen jurídico de las pensiones de viudedad y orfandad en Clases Pasivas. El artículo primero de dicho Real Decreto establece los requisitos que deben cumplir los beneficiarios de pensión de viudedad que contraían matrimonio a partir del 1 de enero de 2002 para poder continuar en el percibo de la misma:

a) Ser mayor de sesenta y un años o tener reconocida una incapacidad permanente que inhabilite a su titular para toda profesión u oficio, o sea constitutiva de gran invalidez, o acreditar un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100.

b) Constituir la pensión o pensiones de viudedad percibidas por el pensionista la principal o única fuente de ingresos. Se entenderá que la pensión o pensiones de viudedad constituyen la principal fuente de ingresos, cuando su importe anual represente, como mínimo, el 75 por 100 del total de los ingresos anuales del pensionista. Para el cómputo del indicado porcentaje, se considerará comprendida en la cuantía de la pensión el complemento por mínimos que, en su caso, pudiera corresponder.

c) Tener el matrimonio unos ingresos anuales de cualquier naturaleza, incluidas las pensiones, que no superen en cómputo anual el doble del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento.

En ese mismo artículo se contempla la posibilidad de minorar el importe de la pensión abonada en el supuesto de que, cumplidos los requisitos a) y b) anteriormente mencionados, sea superior la suma de ingresos y pensión o pensiones al doble del salario mínimo inter-

profesional, para que el montante total no supere el anterior límite.

Señalar asimismo que, si bien la entrada en vigor del Real Decreto es el día siguiente al de su publicación en el Boletín, los efectos económicos se pueden retrotraer al 1 de enero de 2002, fecha en la cual tuvo lugar la primera modificación del artículo 38.

La nueva redacción del citado artículo se mantiene inalterada desde el 1 de enero de 2002 hasta finales del año 2007. En conclusión, hemos observado que en los primeros 20 años de vigencia del Texto Refundido sólo tuvo lugar un cambio en la regulación de la pensión de viudedad; además, como hemos visto, este cambio no es muy profundo, pues lo único que hace es introducir la posibilidad de exceptuar reglamentariamente ciertas situaciones que permitan percibir la pensión de viudedad a aquellas personas que contraigan nuevo matrimonio.

No obstante, hay que destacar que en el año 2004, con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, tiene lugar un cambio importante que afecta de manera directa a la regulación de las pensiones de viudedad. Éste se produce no en las condiciones para acceder a la pensión, no alterando por tanto el contenido del artículo 38, pero sí en cuanto a que se introduce la posibilidad de extinguir el derecho a la misma a quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito de homicidio o de lesiones, cuando la víctima de dichos delitos fuera la causante de la pensión (disposición adicional primera).

LA GRAN TRANSFORMACIÓN DEL ARTÍCULO 38

La Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 tuvo una incidencia capital en la transformación del artículo 38, dando forma a la redacción actual del mismo. Más allá de las

modificaciones ulteriores que ha sufrido dicho artículo, siempre tenemos que acudir a esta Ley para comprender la alteración tan importante que sufrió dicho artículo, pues los cambios que introdujo la mencionada Ley dieron lugar a una estructura totalmente diferente del mismo; estructura que se mantiene hoy día prácticamente inalterada, si bien se han ido incorporando progresivamente nuevos cambios en el mismo.

Los cambios introducidos son numerosos y todos ellos de gran calado, pues van a venir a alterar las condiciones para el reconocimiento de una pensión de viudedad, introduciendo elementos restrictivos en algunos casos, y por otro lado estableciendo nuevas formas de acceso a la pensión. Todos estos cambios se contienen en la disposición final tercera, apartado Tres de la anteriormente citada Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

Comencemos con el apartado 1 que es el que se refiere a aquellas personas que estuvieran casadas con el causante en el momento del deceso. Empieza estableciendo una regla general, *«tendrá derecho a la pensión de viudedad quien sea cónyuge supérstite del causante de los derechos pasivos»*. Si bien, en el párrafo siguiente establece una excepción a esta regla general, disponiendo que *«en los supuestos en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento»*. Si no cumple este requisito, el interesado no tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de viudedad; en su lugar se le reconocerá una prestación temporal de dos años de duración con igual cuantía a la pensión que le hubiera correspondido en caso contrario. No obstante, se establecen una serie de requisitos en este mismo apartado que permitirán al beneficiario acceder a la pensión de viudedad en este tipo de supuestos de hecho. Así, tendrán derecho a la pensión vitalicia cuando cumplan alguno de estos dos requisitos:

- que existan hijos comunes
- que en la fecha de celebración del matrimonio se acreditara un período de convivencia con el causante, como *pareja de hecho*, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

Por primera vez nos encontramos en este artículo con un concepto como es el de *«pareja de hecho»*, al que luego nos referiremos más adelante y que requiere un análisis detallado del mismo. Lo que sí es preciso destacar en este momento es que ese período de convivencia como pareja de hecho al que hace referencia este apartado, nos lleva irremisiblemente a los requisitos que se establecen en el apartado 4 para acreditar la constitución de la misma.

A continuación, nos encontramos con los apartados 2 y 3 que establecen unos cambios sustanciales en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de viudedad en los supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial. Así, el apartado 2 dispone que en el caso de separación o divorcio, para tener derecho a pensión de viudedad es condición indispensable que el solicitante sea acreedor de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, y que ésta quede extinguida por el fallecimiento del causante. Por lo tanto a partir de este cambio, únicamente podrán acceder a la pensión aquellas personas en cuyo proceso de separación o divorcio le haya sido fijada pensión compensatoria en el correspondiente convenio regulador o sentencia, pensión que, de acuerdo con lo previsto en el citado artículo del Código Civil tiene por objeto paliar el desequilibrio económico producido por la separación o divorcio en relación con la posición del otro, que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, y que, a falta de acuerdo entre los cónyuges, es fijada por el Juez atendiendo a una serie de circunstancias como son, entre otras, la edad y el estado de salud, la duración del matrimonio así como la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

Es interesante apuntar la mención que contiene la nueva redacción del artículo cuando puntualiza hablando de la pensión compensatoria, «ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante», ya que el anteriormente mencionado artículo 97 dispone que puede tratarse de una pensión temporal o por tiempo indefinido, o una prestación única.

Es muy similar el cambio que se introduce en el apartado 3 al referirse a los supuestos de nulidad matrimonial. La única diferencia es que, en este tipo de casos, el requisito exigido para poder tener derecho a la pensión de viudedad es que al superviviente se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, que es aquella indemnización a la que tendrá derecho el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo si ha existido convivencia conyugal, indemnización que también será fijada atendiendo a las mismas circunstancias señaladas en el artículo 97 a las que hacíamos referencia anteriormente.

Por lo tanto vemos que, en todas estas situaciones se añade un requisito adicional al que existía hasta ese momento, haber sido cónyuge legítimo del causante, y es el que exista una obligación de tipo económico del causante para con el solicitante de la pensión, traducida en la existencia de pensión compensatoria o indemnización.

Hay que destacar asimismo otros cambios que afectan a las situaciones anteriormente mencionadas, en cuanto a la cuantía a percibir. En primer lugar, en los supuestos de separación o divorcio se limita el reparto de la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el causante a los supuestos de concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión. En consecuencia, si sólo hubiera un único beneficiario, éste tendrá derecho al total de la pensión de viudedad. Además, también se introduce una novedad importante en los supuestos de concurrencia de beneficiarios, pues se establece una garantía del 40% del importe de la pensión en favor del cónyuge superviviente.

En los supuestos de nulidad matrimonial sí que se mantiene la circunstancia de que la pensión será reconocida en proporción al tiempo vivido con el causante. Si bien, en el supuesto de concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, también se aplicaría lo mencionado anteriormente, es decir, la existencia de una garantía en favor del cónyuge superviviente de un 40%.

Por último señalar que en ambos apartados se señala expresamente que no se reconocerá pensión de viudedad a aquellos que hayan contraído nuevas nupcias o hayan constituido pareja de hecho en los términos previstos en el apartado 4, que veremos a continuación.

En el apartado 4 nos encontramos con uno de los cambios fundamentales que se introdujeron en la regulación del derecho a la pensión de viudedad, pues por primera vez se reconoce el derecho a la misma en situaciones en las cuales el causante no haya tenido vínculo matrimonial con el beneficiario. Se regula por tanto la posibilidad de que quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento formando una pareja de hecho, pueda acceder al reconocimiento de la pensión de viudedad. Para que se pueda producir tal reconocimiento, es preciso el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Que se acredite la existencia de pareja de hecho mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Es preciso que tanto la inscripción como la formalización del correspondiente documento público se hayan producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.
- Que se acredite, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria

con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años

- Que se acredite que los ingresos que percibe el beneficiario no superen uno de estos dos límites:
 - o El 50% de la suma de los propios y de los del causante durante el año anterior al fallecimiento, porcentaje que se reduce al 25% en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.
 - o 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, incrementado en 0,5 veces por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente. Este requisito deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción.

Hay que señalar que en el mismo apartado se especifica que, a efectos de lo establecido en el mismo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes no se hallen impedidos para contraer matrimonio.

El último párrafo de este apartado establece una singularidad respecto a las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, pues se señala que en las mismas *«la existencia de la pareja de hecho se acreditará conforme esta-blezca su legislación específica.»*

Para terminar, el apartado 5 completa la regulación de la pensión de viudedad estableciendo que el derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 4, dejando a salvo las excepciones establecidas en el Real Decreto 134/2002, ya vistas anteriormente. Vemos por tanto que a través de los cambios experimentados en el artículo, se

ha separado convenientemente dos situaciones de hecho diferentes. Así, en los apartados 2 y 3 se declara expresamente que no podrán acceder a la pensión aquellas personas que contraigan nuevas nupcias o constituyan pareja de hecho con posterioridad al divorcio, separación o nulidad matrimonial. En este apartado 5 lo que se viene a declarar es que cualquier persona que tenga reconocida el derecho a una pensión de viudedad, ésta quedará extinguida en el momento que contraiga nuevamente matrimonio o constituya pareja de hecho. Se trata por lo tanto de dos situaciones totalmente diferentes, cuyas consecuencias jurídicas son asimismo distintas. En el primero de los supuestos, en ningún caso se puede acceder al reconocimiento de la pensión, mientras que en el segundo de ellos, perfectamente se puede tener derecho a la misma e incluso percibirla durante un período de tiempo, si bien luego quedará extinguida con posterioridad a la celebración del matrimonio o a la constitución de la pareja de hecho.

Podemos ver con total claridad que a raíz de la entrada en vigor de lo dispuesto en la Ley 51/2007, se produce un cambio muy profundo en la regulación de los requisitos para tener derecho a la pensión de viudedad. Y es la introducción de la posibilidad de acceder a la pensión de viudedad a las parejas de hecho la novedad quizás más significativa y la que ha generado un mayor número de recursos y reclamaciones en las resoluciones administrativas dictadas.

La principal cuestión que ha sido, y aún continúa siendo, objeto de litigio es la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el apartado 4, básicamente la falta de inscripción en el Registro correspondiente o la constitución de la pareja formalizada en documento público que exige dicho apartado.

En relación a esto hay que destacar que la Audiencia Nacional ha sentado doctrina, destacándose la sentencia de 25 junio 2012, en la que se manifestó: *«La postura del Tribunal Constitucional (STC 184/1990 y 35/1991)*

podría resumirse en los siguientes extremos: el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica, y, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho que consideramos que no es arbitraria o carente de fundamento, así como que el supérstite de una unión de hecho que soporte una situación de necesidad no debe quedar desprotegido por el régimen público de Seguridad Social. Pero tal protección no tiene necesariamente que presentarse a través de la actual pensión de viudedad.

En definitiva, y según mantenía el Tribunal Constitucional, debe considerarse constitucionalmente posible la ampliación del ámbito subjetivo de cobertura de la pensión de viudedad, extendiendo, en su caso, dicha prestación a las parejas de hecho. Ahora bien, cabe matizar que no hacerlo así no es inconstitucional, y que la extensión habría de hacerse «en el marco de una nueva y coherente ordenación de la citada pensión, singularmente si la convivencia estable sin vínculo matrimonial se instalara como una práctica social extendida».

Y tal extensión de la prestación de viudedad a las parejas de hecho, no se ha venido a efectuar sino en virtud de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, cuya disposición final Tercera viene por fin a dar nueva redacción a determinados preceptos de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, con efectos desde 1 de enero de 2008, entre ellos el artículo 38, «Condiciones del derecho a pensión» (...)

Pues bien, con independencia de los requisitos económicos que deben concurrir para que se produzca el devengo del derecho a obtener una pensión de viudedad y que recoge el trascrito artículo 38.4, se requiere que concurren otros requisitos.

Así, se exige, si sistematizamos el citado precepto:

1.- Tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho. Se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona.

2.- Acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

3.- La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja.

4.- Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

Lo mismo el matrimonio, como constituir una pareja de hecho con la misma afectividad que la conyugal, constituye un sentimiento interno de la voluntad y del conocimiento de una persona que solamente pueda ser conocido por los terceros en virtud de los actos externos que manifiesten dicho consentimiento y voluntad.

Para evitar que muchas situaciones susceptibles de amparo legal quedaran desamparadas, la evolución legislativa trata de ajustar la regulación legal a las situaciones de hecho, y se constituyó el Registro de Parejas de Hecho, cuya principal pretensión es lograr un medio de prueba que sea aceptado, y que demuestre la existencia del consentimiento prestado por ambos interesados, sin necesidad de actividades complementarias, siempre imperfectas, en-

caminadas a lograr la prueba de unos hechos de difícil demostración para los extraños.»

Vemos por tanto que no alberga ninguna duda a este respecto, estableciendo con total rotundidad que en todo caso será ineludible el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos establecidos en el apartado 4 para poder generar derecho a pensión de viudedad.

También ha sido cuestionado en múltiples ocasiones el distinto tratamiento dado a las parejas en función de la existencia o no de vínculo matrimonial. Aquí también ha sido muy clara la Audiencia Nacional en sus sentencias, reproduciendo en las mismas extractos de la Sentencia de 13 de julio de 1998 (STC 155/1998) del Tribunal Constitucional, que dice de manera textual que: *«No es ésta la primera vez que este Tribunal tiene que resolver controversias jurídicas derivadas de supuestos en los que siendo la convivencia marital el elemento determinante para el reconocimiento de ciertos derechos, se constata una diferencia de trato exclusivamente fundada en el carácter no matrimonial de la misma. El examen de esos precedentes jurisprudenciales pone de manifiesto la existencia de una doctrina constitucional consolidada, cuyo punto de partida lo constituye la afirmación de que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes» (ATC 56/1987) sino realidades jurídicamente distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones, no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el art. 14 C.E.»*

(...) Con todo, en la jurisprudencia constitucional se ha establecido una consideración previa al examen de la legitimidad constitucional ex art. 14 C.E. del trato diferenciado entre uniones matrimoniales y no matrimoniales: la existencia o no de libertad por parte de quienes desean convivir para escoger entre mantener una relación extramatrimonial o contraer matrimonio. Así este Tribunal en varias resoluciones, al enjuiciar la diferencia de

trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho, ha partido del dato de que, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981 que prevé la posibilidad de divorciarse y contraer nuevo matrimonio, debe presumirse que quienes no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente, ya que no existe ningún precepto que legalmente se lo impida, y esa libertad de elección es la que legítima, en principio, el tratamiento diferenciado de estos dos tipos de convivencia (por todas, STC 184/1990).»

Por otra parte señalar que los cambios que, como hemos visto, experimentó el artículo 38 de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final tercera de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, no son los únicos que introdujo la citada Ley en relación con las pensiones de viudedad.

Ya hemos señalado anteriormente que, a raíz de la nueva redacción que se le da al artículo, se introduce por primera vez la posibilidad de que puedan acceder a pensión de viudedad quien en el momento del fallecimiento del causante estuviera unido a él formando una pareja de hecho. Obviamente, esta nueva posibilidad nace con la entrada en vigor de la Ley. Pues bien, para tratar de recoger todos los supuestos que se hubieran podido producir con anterioridad a la misma, a través de la disposición adicional decimoquinta de la propia Ley 51/2007 se procede a reconocer el derecho a pensión de viudedad por el Régimen de Clases Pasivas del Estado cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurren las siguientes circunstancias:

a) Que a la muerte del causante no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.

b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho del causante en los términos establecidos en el apartado 4 del artículo 38 durante, al

menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste.

c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.

d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

Asimismo se establece en la propia disposición un plazo para acceder a la pensión regulada en la misma, disponiendo que la correspondiente solicitud debería ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley.

No obstante, hay que señalar que el Tribunal Constitucional en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7331-2015, planteada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha dictado Sentencia de fecha 25 de abril de 2016, estimando dicha cuestión, y en consecuencia declarando inconstitucional y nula la letra c) de la disposición antes mencionada, por vulneración directa del principio de igualdad ante la Ley recogido en el artículo 14 de la Constitución Española, utilizando los mismos argumentos que empleó en su Sentencia 41/2013, de 14 de febrero. Dicha Sentencia declaró inconstitucional el requisito establecido en la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, requisito idéntico al anteriormente analizado, cual es que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes. El argumento utilizado en dicha Sentencia, y que trae a colación en la de abril de 2016, es que dicho requisito *«constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley consagrado por el artículo 14 CE, pues la diferencia de trato que se establece por la norma cuestionada entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece, como se ha visto, a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad o de la pensión de viudedad (...) sino que conduce además a un resultado despro-*

porcionado, al impedir injustificadamente a determinados supervivientes de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos comunes.»

Eso sí, la Sentencia de 25 de abril establece que esta declaración de inconstitucionalidad no permite reclamar la pensión a quienes, por no cumplir dicho requisito, no solicitaran la pensión en el plazo establecido en la mencionada disposición adicional de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley 51/2007. Asimismo dispone que tampoco se podrán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, en los que se haya aplicado lo dispuesto en dicha letra c).

CAMBIOS POSTERIORES HASTA LLEGAR A LA REDACCIÓN ACTUAL

Como acabamos de ver, la gran transformación del artículo 38 y, por ende, de la regulación de la pensión de viudedad, se produjo con la Ley 51/2007, que es la que trajo consigo un gran número de cambios, los cuales vinieron a perfilar la redacción actual de dicho artículo.

Lo que nos encontramos en los siguientes años son algunas variaciones en la redacción del artículo que van a afectar específicamente al apartado 2 del mismo. En concreto la mayoría de ellas van a incidir sobre el mismo aspecto, que es el importe a percibir en concepto de pensión de viudedad en relación con la pensión compensatoria.

Así, la redacción resultante de la modificación producida por la Ley 51/2007, se mantuvo sin cambios durante los dos años siguientes, teniendo que esperar a la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, para ver las siguientes variaciones. La disposición final décima de dicha Ley, en su apartado Uno daba una nueva redacción al primer párrafo del apartado

2, introduciendo dos cambios de gran trascendencia.

En primer lugar, establece que en aquellos casos en que la pensión de viudedad (o la prestación temporal en su caso) a reconocer sea superior a la pensión compensatoria, aquella se reducirá hasta el importe de ésta. Establece por tanto un límite en la pensión de viudedad a reconocer en los supuestos de separación o divorcio, que no será otro que la pensión compensatoria estipulada.

En segundo lugar, establece una excepción a la exigencia de pensión compensatoria en los supuestos de separación o divorcio introducida por la Ley 51/2007. Dispone que dicho requisito no se exigirá a las mujeres que puedan acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio. En cuanto a la forma de acreditación de dicha circunstancia, se establece que pueda ser mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho. Asimismo hay que señalar en relación con lo dispuesto en el anterior párrafo, que en los supuestos en que la beneficiaria de la pensión acredite ser víctima de violencia de género, si fuera acreedora de pensión compensatoria, el importe de la pensión o de la prestación temporal que pueda corresponder no se reducirá en ningún caso.

Aparte de la modificación que como acabamos de ver realizó sobre el apartado 2 del artículo 38, la Ley 26/2009 añadió también una nueva disposición transitoria en el texto refundido de la Ley Clases Pasivas del Estado, la duodécima, la cual va a tener una incidencia directa en la figura de la pensión de viudedad. Dicha pensión tiene por título *Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008*. Lo que viene a introdu-

cir esta nueva disposición transitoria es otra excepción a la exigencia de pensión compensatoria para el reconocimiento de la pensión de viudedad. Concretamente establece que, aun no siendo acreedora de pensión compensatoria, tendrá derecho a pensión de viudedad aquella persona separada judicialmente o divorciada, cuando concurren en la misma, además de la existencia de hijos comunes en el matrimonio o bien que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión, los siguientes requisitos:

a) El divorcio o la separación judicial se haya producido con anterioridad a 1 de enero de 2008

b) Entre las fechas del divorcio o separación y del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un período de tiempo no superior a diez años.

c) El vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años.

Hay que esperar tres años para encontrarnos con el siguiente cambio, pues éste se produce con la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. En su disposición final primera, apartado cuatro, vuelve a modificar el párrafo primero del apartado 2 del artículo 38. En esta ocasión lo que hace es establecer que, en aquellos casos que la pensión de viudedad a reconocer deba disminuirse por ser superior a la pensión compensatoria, la pensión resultante no puede ser objeto de los complementos por mínimos regulados en artículo 27 del texto refundido.

Y el año siguiente se produce el siguiente, y por ahora último, cambio en el apartado 2. La disposición final primera de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 vuelve a modificar la redacción del mencionado apartado introduciendo un nuevo inciso respecto del importe de la pensión de viudedad a reconocer en los supuestos de separación o divor-

cio. La novedad introducida es que *«En el caso de que se haya fijado una pensión compensatoria temporal, la pensión, o la prestación temporal, de viudedad que se pudiera reconocer se extinguirá en la misma fecha en que lo hubiera hecho la pensión compensatoria.»*

Habrà que esperar un año más para encontrarnos con el último cambio que ha sufrido la redacción del artículo 38 en estos años. Si bien, este cambio afecta a lo dispuesto en el apartado 4, el referente a parejas de hecho, concretamente a su último párrafo, que como vimos anteriormente disponía que *«en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, la existencia de la pareja de hecho se acreditará conforme establezca su legislación específica»*

La disposición final primera de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, viene a suprimir dicho párrafo.

Para entender la razón de dicha supresión hay que acudir a la sentencia del Tribunal Constitucional de once de marzo de 2014, la cual decidió estimar la cuestión de constitucionalidad promovida al efecto por la Sala Cuarta de lo Social, del Tribunal Supremo, y declarar que el párrafo quinto del artículo 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, es inconstitucional y nulo. El precepto declarado nulo, incardinado en la regulación de la pensión de viudedad a favor del miembro supérstite de una pareja de hecho estable, venía a establecer que:

«En las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de la pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica».

Si bien ambos preceptos no tienen exactamente el mismo tenor literal, vienen a cumplir una finalidad de estrecha semejanza, ya que en ambos casos la llamada a las comunidades

autónomas con Derecho Civil propio, viene a propiciar un tratamiento diferenciado a la hora de probar la existencia de la pareja de hecho, necesaria para acceder a la pensión de viudedad a favor del sobreviviente de la pareja de hecho.

El Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que *«no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubieran aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho».*

Con la eliminación del último párrafo del artículo 38.4, al suprimirse la llamada a la normativa específica de comunidades autónomas, se configura de modo uniforme el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho, con abstracción del lugar de su domicilio.

Como hemos dicho con anterioridad, éste fue el último cambio sufrido por el artículo 38, dando lugar a la redacción actual del mismo. Sin embargo, hay que señalar que en el año 2015 se produjeron una serie de modificaciones en el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas que afectaban de manera directa a la regulación de la pensión de viudedad. Me estoy refiriendo a los cambios introducidos en el mismo con la aprobación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Estos cambios vienen a reforzar lo ya introducido a través de la ya mencionada Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Así, se introduce en el texto refundido un artículo 37 bis, que viene a decir que, sin perjuicio de lo establecido en la ya mencionada anteriormente disposición adicional primera de la citada Ley Orgánica, no podrá ser beneficiario de prestación en favor de familiares quien fuera condenado por la comisión de un delito doloso de homicidio cuando la víctima

fuera el sujeto causante de la prestación. La principal aportación es de tipo procedimental, pues se recoge de manera expresa la facultad de la Administración de poder revisar en cualquier momento el acto que hubiera reconocido el derecho a la prestación, debiendo devolver el obligado las cantidades percibidas por tal concepto. Asimismo, se establece que en el acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión se acordará, si es que no se ha hecho antes, la suspensión cautelar del percibo de la pensión hasta la resolución del mismo.

También se introduce un nuevo artículo 37 ter, en el que se da un paso más, pues permite que se suspenda cautelarmente el pago de prestaciones ya reconocidas cuando recaiga sobre el beneficiario de las mismas resolución judicial de la que se derivan indicios racionales de criminalidad por la comisión de un delito de homicidio si la víctima fuera el sujeto causante de la pensión. Permite que dicha suspensión se mantenga hasta que recaiga sentencia firme u otro tipo de resolución forme que ponga fin al procedimiento penal o determine la no culpabilidad. Además, un punto importante a destacar es que en el apartado 3 de este nuevo artículo, se establece que, en el supuesto de que se suspenda el abono de la prestación de acuerdo con lo señalado en el mismo, se procederá, en su caso, a fijar de manera provisional el importe de las restantes pensiones causadas por el mismo sujeto causante, como si no existiera la persona contra la que se hubiera dictado la resolución de suspensión.

EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD

Para terminar, hay que hacer referencia al último cambio que ha sufrido la regulación de la pensión de viudedad.

Así, la vigente Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, la Ley 48/2015, de 29 de octubre, ha introducido a través de su disposición final primera, una nueva disposición adicional en el texto refun-

dido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, la decimoctava, que repercute directamente en la pensión de viudedad. Esta repercusión no es desde el punto de vista de los requisitos para acceder al disfrute de la misma, sino que tiene su efecto sobre las cuantías a reconocer y percibir en concepto de pensión de viudedad.

Centrándonos exclusivamente en la incidencia de esta nueva disposición adicional sobre la pensión de viudedad, lo que establece la misma es que se reconocerá un complemento de pensión a las mujeres que hayan tenido hijos naturales o adoptados y sean beneficiarias de pensiones de viudedad que se causen a partir del 1 de enero de 2016 en el Régimen de Clases Pasivas del Estado. Este complemento consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la pensión que corresponda reconocer, un porcentaje determinado en función del número de hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión, según la siguiente escala:

- a) En el caso de 2 hijos: 5 por 100.
- b) En el caso de 3 hijos: 10 por 100.
- c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por 100.

Es preciso destacar igualmente que la mencionada disposición establece unas reglas para el percibo de dicho complemento:

- En su apartado 3 dispone que en el supuesto de que la cuantía de la pensión, o pensiones en caso de concurrencia de las mismas, que corresponda reconocer sea igual o superior al límite de pensión máxima, solo se abonará el 50 por 100 del complemento. Asimismo, si la cuantía de dicha pensión o pensiones alcanza el límite establecido aplicando sólo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por 100 de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.

- En el apartado 4 por su parte se determina que en el supuesto en que la pensión que corresponda reconocer fuera susceptible de ser complementada a mínimos, al importe resultante se sumaría el complemento por maternidad, que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada.
- Por último, el apartado 5 determina que, en el supuesto de concurrencia de pensiones públicas, en ningún caso se puede percibir más de un complemento de maternidad, estableciendo unas reglas que vienen a suponer que el complemento de maternidad correspondiente a la pensión de viudedad no se abonará cuando nos encontremos en este tipo de situaciones.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

La promulgación del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, supone un hito fundamental si hablamos de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado, pues constituye la norma básica de referencia de este régimen. Hay que destacar que con su entrada en vigor nos encontramos con dos marcos normativos diferentes a aplicar al personal incluido en su ámbito de aplicación, y así se establece expresamente en el artículo 3 del mismo. De esta manera, se aplicará lo dispuesto en el Título I del Texto Refundido con carácter general a aquellas pensiones que se causen por aquellas personas que se jubilen o retiren con posterioridad a 1 de enero de 1985; por otro lado, se aplicará la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984 a todas aquellas personas que hubieran fallecido o hubieran sido jubiladas o retiradas con anterioridad a dicha fecha. Y cuando hablamos de legislación vigente a 31 de diciembre de 1984, o como se suele referir a ella, «legislación antigua» nos encontramos con que el mismo artículo hace una enumeración de normas que van desde el año 1926 hasta el año 1974.

Por lo tanto, nos enfrentamos con un escenario totalmente diferente al que existía hasta aquel instante, pues a partir de ese momento nos vamos a encontrar con que una misma tipología de pensión, como puede ser por ejemplo la pensión de viudedad, diferirá en su regulación en función de que el sujeto causante de la misma haya sido jubilado antes o después del 31 de diciembre de 1984. De ahí que, como se mencionaba al principio, la entrada en vigor del nuevo Texto Refundido supusiese un momento crucial a la hora de analizar la evolución de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas del Estado.

Ahora bien, si entramos a analizar las distintas figuras comprendidas en el ámbito de aplicación del Régimen de Clases Pasivas del Estado, la pensión de viudedad se va a convertir en aquella que, con independencia de que por supuesto cambió en esa primera instancia, más ha mutado desde aquel momento inicial. Como veremos a través del presente artículo, la pensión de viudedad arranca en el momento de la aprobación del Texto Refundido con una regulación muy clara y sencilla pero, con el paso de los años y las consecuentes modificaciones que experimenta el mencionado texto, acabará siendo una figura con muchas aristas y realmente compleja, sufriendo una transformación absoluta, de tal manera con que nos encontramos en la actualidad con una regulación totalmente diferente a la que surgió tras la aprobación del mencionado texto refundido.

A través del siguiente artículo vamos a hacer un recorrido detallado para tratar de ver la evolución experimentada en la figura de la pensión de viudedad a partir de la aprobación del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, procurando describir cuáles han sido los cambios experimentados en la regulación de la misma en el Régimen de Clases Pasivas del Estado. Veremos que muchos de estos cambios van a venir provocados por disposiciones incluidas en las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado, las cuales con cierta frecuencia vienen a modificar el Texto Refundido de una u otra manera.

Como se mencionó anteriormente, con la sola aprobación del Texto Refundido se produce ya un cambio muy importante en la propia pensión de viudedad, pues las normas a aplicar en aquellas que se causen por aquellas personas que hayan sido jubiladas o retiradas a partir del 1 de enero de 1985, variarán respecto del resto de pensiones de viudedad.

Más allá de este primer impacto que supuso la aprobación del nuevo texto para las pensiones de viudedad, observaremos que los primeros años tras la entrada en vigor de la nueva norma podemos considerarlos «tranquilos», en la medida de que se van a producir pocos cambios en la figura de la pensión de viudedad.

No obstante, tras unos primeros veinte años con escasos cambios y no especialmente importantes, la principal transformación en la regulación de la figura jurídica de la

pensión de viudedad veremos que tiene lugar con la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, la cual va a producir una alteración total en las condiciones del derecho a la pensión de viudedad en el Régimen. Como veremos posteriormente, esta modificación va a suponer un antes y un después en la pensión de viudedad de Clases Pasivas pues van a variar sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al reconocimiento de la misma. El impacto principal se va a producir, por un lado, en la regulación de las condiciones a exigir a aquellas personas divorciadas o separadas legalmente para que se les pueda reconocer una pensión de viudedad, así como al cálculo mismo de la cuantía de la pensión. Asimismo nos encontraremos por primera vez con la posibilidad de reconocer una pensión de viudedad a una persona que no haya estado nunca casada con el causante de la misma; nace así el reconocimiento de pensiones de viudedad en las parejas de hecho.

Por consiguiente, veremos cómo es en ese momento cuando se produce la auténtica transformación, introduciéndose una casuística totalmente nueva y que, como analizaremos con más detalle luego, obliga a un análisis mucho más minucioso y preciso de todas las circunstancias concurrentes en los distintos casos para poder proceder a reconocer o, en caso contrario, denegar, una pensión de viudedad.

A partir de ese momento nos encontraremos con un buen número de modificaciones, prácticamente con carácter anual, pero que, a diferencia de lo que acabamos de narrar, no suponen una nueva revolución, sino que vienen a introducir ciertos matices dentro de la línea ya marcada por las modificaciones introducidas por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre y que lo que vienen a hacer es perfilar la figura de la pensión de viudedad. Observaremos asimismo que uno de estos cambios va a venir motivado por una Sentencia del Tribunal Constitucional que, como veremos más adelante, va a modificar la norma existente hasta ese momento.

Para terminar, haremos referencia a la última novedad introducida que ha tenido lugar con la aparición del complemento de maternidad en todas aquellas pensiones de viudedad que se causen a partir de 1 de enero de 2016, siempre y cuando la beneficiaria haya tenido, al menos, dos hijos.

Palabras clave: Pensiones públicas, clases pasivas.

ABSTRACT

The promulgation of Royal Decree 670/1987 of 30 April, approving the revised text of Law on State Passive Classes, represents a milestone if we talk about pensions on the State Passive Classes Scheme, because it represents the basic regulation on this Scheme. It should be noted that with its entry into force we find two different regulatory frameworks applying to the beneficiaries included in its scope, and so it is specifically stated in Article 3 thereof. This way, the provisions of Title I of the consolidated text will be applied on a general basis to those pensions that are related to people who retire after 1 January 1985; on the other hand, the legislation in force on 31 December 1984 will be applied to all those who had died or retired prior to that date. And when we talk about legislation in force on 31 December 1984, or as it is called, «old legislation» we find that the same article makes a list of regulations ranging from 1926 until 1974.

Therefore, we face a totally different scenario that existed until that moment, because from that moment on we will find that the same type of pension, such as the widowhood pension will differ according to its regulation depending whether the pensioner retired before or after 31 December 1984. As mentioned above, the entry into force of the new Revised Text meant a crucial moment to analyse the evolution of pensions in the Public Passive Class System.

However, if we analyse the different concepts within the scope of the Public Passive Class System, the widowhood pension may represent the one with more changes since that starting point, regardless of that initial change, of course. As we will see throughout

this article, the widowhood pension began at the time of the passing of the Revised Text with a very clear and simple regulation but, over the years and the consequent changes experienced by the aforementioned text, it will eventually become a really complex concept with many edges, undergoing a complete transformation, so what we find today is a totally different regulation from that one which was born after the passing of such Revised Text.

Through this article we will make a detailed plan to try to see the evolution of the concept of widowhood pension since Royal Decree 670/1987 was passed on 30 April 1987, trying to describe the changes experienced in the regulation of it within the Public Passive Class System. We will see that many of these changes will be the result of provisions included in the annual Law on the General State Budget, which quite often modify the Revised Text in one way or another.

As we mentioned above, only with the passing of the Revised Text a major change is produced in the widowhood pension itself, as regulations to be applied in those pensions that are caused by people who retired from 1 January 1985 will differ from the rest of widowhood pensions.

Beyond this first impact produced by the passing of the new text for widowhood pensions, we will see that the early years after the entry into force of the new regulation can be considered as «peaceful», as the concept of widowhood pension will only undergo a few changes.

However, after the first twenty years with few changes and not especially important ones, the major transformation in the regulation of the legal concept of widowhood pension will take place with Law 51/2007 of 26 December on the General State Budget for 2008, which will bring about a total change in the conditions of the right to a widowhood pension in the Scheme. As we shall see later, this change will mean a turning point in the widowhood pensions of Passive Classes, as the requirements to be entitled to them will vary substantially. On the one hand, the main impact will occur in regulating the conditions to be required to divorced or legally separated couples so that they could be entitled to a widowhood pension, as well as the calculation of the amount of it. We also find for the first time the possibility of a person to be entitled to a widowhood pension even though he/she has never married the deceased; this way, the recognition of widowhood pensions for common law partners is born.

Therefore, we will see how a real transformation occurred at that moment, introducing a brand new case that, as will be discussed in more detail later, will require a much more thorough and precise analysis of all the circumstances concurring in different cases to be able to recognize or, otherwise, deny a widowhood pension.

From that moment on, we will find a great deal of amendments, almost on an annual basis, but unlike what we have just stated, they do not imply a new revolution, but the inclusion of certain nuances in line with the amendments already introduced by Law 51/2007 of 26 December, which outline the concept of widowhood pension. We will also note that one of these changes is the result of a judgement by the Constitutional Court which, as discussed below, modified the existing regulation up to that moment.

Finally, we will mention the latest novelty that has been introduced with the emergence of maternity complement in all those widowhood pensions as from 1 January 2016, provided that the beneficiary has had two children, at least.

Keywords: public pensions, passive classes.

Los problemas de la pensión de viudedad en la última doctrina judicial

Problems of widowhood pensions in the last judicial doctrine*

ELENA DESDENTADO DAROCA*

1. ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS

Es sabido por todos que la pensión de viudedad sufre una profunda crisis. Esta prestación se configuró a mediados del siglo pasado en un contexto social y económico muy diferente al actual, caracterizado por el predominio absoluto de una única forma de convivencia familiar basada en el matrimonio tradicional y una distribución de los roles familiares propia de la ideología patriarcal. En este contexto, la pensión de viudedad tenía un fundamento claro: la muerte del marido provocaba a la viuda una situación de desamparo que el legislador presumía siempre y que la pensión cubría sustituyendo parcialmente los ingresos del fallecido. Este esquema se ha superado debido a la emergencia de las nuevas formas de convivencia familiar, a la pérdida de la estabilidad del vínculo

conyugal y, muy especialmente, a la incorporación de la mujer al mercado de trabajo.

Los cambios socio-económicos han transformado de forma radical las exigencias de protección social que la muerte del cónyuge o de la pareja puede provocar. El régimen jurídico de la pensión de viudedad ya no ofrece una protección adecuada: hay un exceso de beneficiarios que acaba reduciendo la protección de los que lo necesitan y creando un grave problema de financiación.

Vale la pena detenerse brevemente a examinar la evolución de la pensión de viudedad. En sus orígenes, la pensión protegía a la viuda, pero solo cuando cumplía una de estas tres circunstancias: haber cumplido 40 años, estar incapacitada para el trabajo o tener a su cargo hijos del causante con derecho a la pensión de orfandad. Al viudo solo se le reconocía derecho a la pensión cuando, a la muerte de la mujer, se encontraba incapacitado para el trabajo. A partir de los años 70, los límites que hacían selectiva la protección comienzan a eliminarse. En 1972 se suprimen los condicionamien-

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

tos impuestos a la mujer y en 1983 el Tribunal Constitucional abre la pensión a los viudos. El reconocimiento del divorcio lleva a ampliar la cobertura a las situaciones de crisis matrimonial. La cobertura se extiende más tarde al matrimonio homosexual y a las parejas de hecho.

Este aumento en los beneficiarios de la pensión de viudedad ha tenido un coste importante para el sistema de pensiones. El número de pensiones de viudedad ha crecido de las 629.811 en 1973 a 2.359.860 en julio de 2016. Las pensiones de viudedad constituyen ya el 25% del total de las pensiones contributivas, porcentaje que sólo superan las pensiones de jubilación (60,9%). El gasto en viudedad se estima para 2016 en 21.040 millones de euros, un 17,6% del gasto total en pensiones contributivas. Por delante queda la jubilación, con un 70,2% y detrás está la incapacidad permanente (10,2%). La viudedad se configura, así, como la segunda partida más importante de las pensiones.

Hay razones para pensar que este crecimiento del gasto no se justifica plenamente en términos de eficiencia de la protección y, en este sentido, existe un amplio acuerdo sobre la necesidad de una reforma, aunque probablemente el acuerdo es menor a la hora de establecer el contenido del cambio legislativo. Por eso es útil reflexionar sobre los problemas que ha puesto de relieve la experiencia judicial en uno de los puntos claves de la regulación: el acceso a la protección y la condición de beneficiario. Este es el objeto del presente trabajo.

2. EL MATRIMONIO COMO VÍA «PREFERENTE» DE ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD Y SU PROBLEMÁTICA

2.1. El régimen de acceso «privilegiado» del cónyuge legítimo. La cuestión interna de constitucionalidad y su desestimación por la STC 92/2014

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 40/2007 era requisito necesario

para causar derecho a la pensión de viudedad la existencia de un vínculo matrimonial legítimo, actual o pasado, entre el causante y el beneficiario. De la unión extramatrimonial, aun mediando convivencia *more uxorio*, no se podía derivar, por tanto, derecho a la pensión.

La constitucionalidad de la exigencia del vínculo matrimonial ha sido reconocida expresamente por el Tribunal Constitucional. En la STC 184/1990, cuyos argumentos serán reiterados en pronunciamientos posteriores¹, el Tribunal afirma que el requisito del matrimonio no resulta discriminatorio en cuanto que «el matrimonio y la convivencia matrimonial no son realidades equivalentes». El matrimonio «es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2)». Esto no ocurre «con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento».

Esta doctrina se ha confirmado recientemente en la STC 92/2014, que resuelve una cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con el requisito del matrimonio aplicado a las parejas de hecho homosexuales antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007. Para el Tribunal Constitucional, el requisito del matrimonio está plenamente justificado, aun cuando en su día supusiera la exclusión de todas las parejas homosexuales del ámbito de protección de la pensión de viudedad. Se reitera, así, la doctrina anterior, que después se ha vuelto a aplicar en la STC 157/2014, también en relación con una pareja del mismo sexo.

Hoy el requisito del vínculo conyugal ya no excluye a las parejas del mismo sexo, que, tras la aprobación de la Ley 13/2005, pueden contraer matrimonio. Además, desde la entra-

¹ SSTC 35/1991, 29/1992 y AATC 188/2003, 47/2004, 77/2004, 174/2004 y 393/2004, 203/2005.

da en vigor de la Ley 40/2007, las parejas de hecho también pueden ser beneficiarias de la pensión de viudedad. No obstante, lo cierto es que el cónyuge es, desde luego, un beneficiario privilegiado. Si el causante reúne los requisitos de alta y cotización que la ley exige y se acredita la existencia del vínculo matrimonial, el reconocimiento de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente es automático, lo que no sucede con las parejas de hecho. Aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional antes comentada, parece evidente que esta diferencia de trato es conforme a la Constitución, aun cuando pueda resultar cuestionable.

2.2. La apreciación del vínculo conyugal y sus problemas en la práctica

2.2.1. *El problema de los matrimonios no inscritos. La polémica respuesta del Tribunal Constitucional en la sentencia 199/2004*

El matrimonio, como acto que afecta al estado civil de las personas, debe inscribirse en el Registro Civil. El valor de la inscripción ha sido, sin embargo, objeto de amplia discusión en la doctrina civil. El art. 61 CC dispone que «el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración», pero inmediatamente después añade que «para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil». ¿A qué se refiere el legislador con «el pleno reconocimiento»?

La doctrina civil niega a la inscripción registral del matrimonio naturaleza constitutiva: la inscripción no es constitutiva del acto jurídico matrimonial, aunque se admite que resulta necesaria «para el reconocimiento de aquellos efectos que dependan de la publicidad del matrimonio»². La determinación de estos efectos es ya una cuestión mucho más

polémica. En todo caso, se afirma que la no inscripción no impide que el matrimonio produzca todos sus efectos personales y patrimoniales, pero frente a terceros rige la regla contenida en el último párrafo del art. 61: «el matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas». Además, la inscripción es un medio especialmente privilegiado para la prueba del matrimonio (art. 327 CC) y constituye título de legitimación del estado civil de casado.

En el campo de la acción protectora de la Seguridad Social y, en concreto, de la pensión de viudedad se presenta la duda de si existe o no «cónyuge legítimo» cuando el matrimonio no se ha inscrito. El tema fue resuelto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 199/2004. En el caso planteado, el viudo de una funcionaria había solicitado en el Régimen de Clases Pasivas la pensión de viudedad, que le fue denegada por «falta de acreditación de la condición de cónyuge legítimo al no haberse presentado certificación de la inscripción del matrimonio». La pareja había contraído matrimonio canónico, cuya celebración quedaba probada, pero el acto no se había inscrito posteriormente en el Registro Civil. Hay que tener en cuenta que la falta de inscripción no se debió a un error o a una falta de diligencia, sino a una opción de los contrayentes libre y consciente. La pareja había manifestado al ministro que ofició la boda su expreso deseo de no comunicar la unión conyugal al Registro Civil, por entender «que la celebración de su unión conyugal en la fe era suficiente a todos los efectos». La Audiencia Nacional desestimó el recurso al entender que para ostentar la condición de cónyuge legítimo a efectos de causar derecho a la pensión de viudedad es necesaria la inscripción registral del matrimonio, por lo que el matrimonio no inscrito, al igual que la pareja de hecho, no accede a la protección. Contra esta resolución se interpuso recurso de amparo por vulneración del principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE al existir, según el recurrente, un trato diferente no justificado entre el matrimonio inscrito y el que no lo está.

² L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil (vol. IV, tomo I)*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 88.

El Tribunal Constitucional otorga el amparo rechazando los argumentos de la Audiencia Nacional. El Tribunal parte de la existencia de un matrimonio válido «plenamente equiparable al matrimonio canónico inscrito, pues ambos existen como tal desde el momento de su válida celebración». En ambos casos existe vínculo matrimonial, por lo que ante situaciones idénticas el trato debe ser igual. La exigencia de la inscripción para el acceso a la pensión de viudedad «supone introducir una diferencia añadida, que en modo alguno puede calificarse de objetiva y razonable y que resulta desproporcionada al exceder dicho requisito de la finalidad de la norma prestacional».

La solución del Tribunal Constitucional resulta cuestionable. No cabe duda, como señala la sentencia, que el matrimonio no inscrito «es equiparable en su existencia con el matrimonio inscrito, pues ambos existen como tal desde el momento de su válida celebración». Ahora bien, la inscripción hace público el matrimonio y permite al Estado controlar el cumplimiento de determinadas obligaciones derivadas del mismo (fiscales, administrativas...). La propia pensión de viudedad se extingue como consecuencia de un posterior matrimonio, pero la existencia de este último sólo puede ser conocida por el Estado mediante su publicación. Admitir el derecho a la pensión en los casos de matrimonios no inscritos puede dificultar el control por parte del Estado de las conductas fraudulentas y abre una puerta peligrosa hacia otras «interpretaciones flexibles», como prueba la STEDH de 8 de diciembre de 2009 y la STC 194/2014, que analizaremos a continuación.

2.2.2. Los matrimonios celebrados por el rito gitano. La doctrina de la STEDH de 8 de diciembre de 2009 dictada en el caso «Muñoz Díaz» y su posible ampliación a otros supuestos. En concreto, el matrimonio islámico inválido y la STC 194/2014

En nuestro Derecho, el matrimonio puede celebrarse en la forma civil o en alguna de las

formas religiosas expresamente reconocidas por el Estado español (católica, evangélica, israelita e islámica). Los ritos no reconocidos por el Estado carecen de validez, por lo que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, en estos casos la pareja no habrá contraído matrimonio. Si entre ellos existe convivencia *more uxorio*, se tratará de una unión de hecho y no de una pareja matrimonial, lo que, hasta la entrada en vigor de la Ley 40/2007, supuso la imposibilidad de acceder a la pensión de viudedad y, en la actualidad, la aplicación del «régimen especial de acceso» previsto para estas uniones, que, como se señaló, resulta mucho más riguroso.

La cuestión ha tenido especial relevancia en relación con el rito matrimonial gitano, al que el INSS negaba efectos jurídicos, rechazando en estos supuestos la existencia de «cónyuge superviviente». El caso «Muñoz Díaz» es, sin duda, el más conocido, y sobre él se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una sentencia de extraordinario interés, aunque polémica. Los hechos del caso tienen especial importancia, por lo que vale la pena detenerse brevemente en ellos. El 16 de marzo de 2001 una mujer de nacionalidad española y etnia gitana presentó ante el INSS solicitud de pensión de viudedad tras la muerte de su pareja, acaecida el 24 de diciembre de 2000. Ambos habían contraído «matrimonio» por el rito gitano en 1971 y tenían en común seis hijos. El hombre trabajó como albañil hasta su muerte y había cotizado a la Seguridad Social más de diecinueve años, por lo que, de cumplirse el requisito del matrimonio, la mujer habría tenido derecho a una pensión de 903'29 euros mensuales desde el momento del fallecimiento. Sin embargo, el INSS denegó la prestación al considerar que la solicitante no tenía la condición de «esposa» del fallecido. La mujer interpuso demanda, que fue estimada por sentencia del Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid de 30 de mayo de 2002, en la que se afirma que «el matrimonio gitano entre la actora y el fallecido se ha celebrado en territorio español y se ajusta a la ley personal de los contrayentes» ya que «se trata de una for-

ma válida y admitida por la costumbre y usos de dicha etnia³. Por ello, el Juzgado entiende que el matrimonio de la demandante debe considerarse válido y la negativa del INSS a reconocer la pensión de viudedad «constituye un trato discriminatorio por razón de etnia contrario al art. 14 CE». La sentencia de instancia se revocó por la de suplicación⁴. Interpuesto recurso de amparo, fue desestimado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 69/2007.

La Sra. Muñoz Díaz presentó demanda contra el Estado español ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando dos motivos: en primer lugar, la infracción del art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en relación con el art. 1 del Protocolo 1⁵, y, en segundo lugar, la violación de ese mismo precepto en combinación con el art. 12 de dicho Convenio⁶. La STEDH de 8 de diciembre de 2009 estima el primero de los motivos, pero rechaza el segundo.

Respecto a la vulneración del art. 14 del Convenio en relación con el art. 1 del Protocolo 1, la demandante considera que, en su caso, ha existido discriminación por razones étnicas, puesto que, en supuestos muy similares al suyo el legislador y la jurisprudencia han reconocido el derecho a la pensión de viudedad. Se menciona, en este sentido, el caso de quienes no pudieron contraer matrimonio por no existir entonces posibilidad de disolver el vínculo conyugal anterior (disposición adicional 10ª de la Ley 30/1981), el del cónyuge

³ La sentencia confunde la ley personal de los contrayentes –que es la española– con la cultura a la que éstos pertenecen –la gitana–. Es evidente que «los usos y costumbres» del pueblo gitano no constituyen un ordenamiento jurídico específico e independiente del español.

⁴ STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2002 (recurso nº 4445/2002).

⁵ El régimen de prestaciones sociales genera, según el TEDH, «un interés patrimonial inserto en el ámbito de aplicación del art. 1 del Protocolo 1» y «debe ser compatible con el art. 14 del Convenio», que prohíbe la discriminación.

⁶ Que reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio.

de buena fe en el matrimonio nulo y el de las uniones no inscritas en el Registro Civil. La Unión Romaní, que también intervino como interesada en el proceso, afirma que resulta «desproporcionado el hecho de que el Estado español, tras haber otorgado a la demandante y a su familia un libro de familia, haber reconocido su situación de familia numerosa, haberles proporcionado cartilla sanitaria y haber percibido las cotizaciones correspondientes durante más de diecinueve años, desconozca hoy la validez de su matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad». El Tribunal Europeo de Derechos Humanos acoge este último argumento, centrando su atención en la buena fe de la demandante y en la actitud incoherente, a su juicio, de la Administración española. La convicción de la mujer en cuanto a su condición de casada fue, dice el Tribunal, «indudablemente reforzada por la conducta de las autoridades, que le reconocieron la calidad de esposa, con la entrega de varios documentos oficiales que exigían ser cónyuge legítimo». La denegación posterior de la pensión solicitada «contradice ese reconocimiento previo» y no tiene en cuenta «las especificidades sociales y culturales de la demandante para apreciar su buena fe». El Tribunal entiende que la buena fe de la demandante debió haberse valorado de acuerdo con estas circunstancias. Sin embargo, esa buena fe no se tomó en consideración, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos que se consideran equivalentes, en concreto el matrimonio nulo y el matrimonio no inscrito en el Registro Civil. Por esta razón, la sentencia considera que se ha producido una diferencia de trato contraria al art. 14 del Convenio, aceptando, así, el primer motivo de la demanda.

En el segundo motivo, la demandante alegaba también un trato discriminatorio prohibido por el art. 14 del Convenio, pero esta vez en relación con el art. 12 del mismo. En concreto, se denunciaba «el no reconocimiento del rito gitano por la legislación española como forma de consentimiento matrimonial, cuando ciertos ritos religiosos sí son reconocidos». El Tribunal rechaza este motivo y afirma

que el hecho de no reconocer efectos civiles al matrimonio celebrado por el rito gitano «no constituye ningún trato discriminatorio». La sentencia tiene en cuenta que «el matrimonio civil en España vigente desde 1981 está abierto a todos» y considera que «su régimen jurídico no comporta discriminación». Es cierto, dice el Tribunal, que «algunas formas religiosas de consentimiento matrimonial están admitidas en la legislación española», pero «están reconocidas en virtud de acuerdos previos con el Estado» y, en todo caso, «se trata de una diferencia derivada de la pertenencia a una confesión religiosa» y no a una etnia, que responde «a motivos que el legislador debe tener en cuenta y que dependen de su margen de apreciación». Por todo ello, la sentencia concluye que «el hecho de que las uniones gitanas no originen efectos civiles no constituye una discriminación prohibida por el art. 14 del Convenio en relación con su art. 12».

Se resuelve, así, favorablemente la demanda de la Sra. Muñoz Díaz, cuya buena fe, dadas las circunstancias concretas del caso, se considera digna de protección; pero se desestima la pretensión, más ambiciosa, de considerar discriminatoria la no equiparación del matrimonio gitano a otras formas matrimoniales de carácter religioso⁷. El Tribunal condena, en consecuencia, al Estado español a pagar a la demandante una indemnización de daños y perjuicios, que fija en 70.000 euros. En la valoración del daño, la sentencia tiene en cuenta que la demandante, desde 1 de enero de 2008, es beneficiaria de una pensión de viudedad como pareja de hecho, en virtud de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007.

La sentencia del Tribunal Europeo resulta criticable. La comparación con el matrimonio nulo y el matrimonio no inscrito no puede aceptarse, porque no son términos equiparables. La buena fe que protege la ley en el ma-

trimonio nulo es la situación de la persona que contrae matrimonio con desconocimiento del vicio que acarrea la nulidad (por ejemplo, el contrayente que desconoce que su pareja está ya casada). Este caso no puede compararse con el de la Sra. Muñoz, que sabía que estaba contrayendo matrimonio de acuerdo con un rito no reconocido. Si no lo sabía, ya no será una cuestión de buena fe, sino de ignorancia de las leyes que, de acuerdo con el art. 6.1 del Código Civil, no excusa de su cumplimiento. Todavía más clara es la diferencia con el matrimonio no inscrito, que es, en todo caso, un matrimonio válido. La inscripción en el Registro Civil, recordemos, no es constitutiva del acto jurídico matrimonial (art. 61 del Código Civil), aunque para determinados efectos resulte necesaria la publicidad registral.

En el caso de la Sra. Muñoz no se plantea un problema de buena fe, sino, en todo caso, de error de derecho (art. 61.1.2º del Código Civil), que ni es excusable ni puede tener eficacia en orden al reconocimiento del matrimonio. En cuanto a la conducta de la Administración, fue correcta porque ni el libro de familia, ni la tarjeta sanitaria, ni la condición de familia numerosa exigen el vínculo conyugal. El libro de familia se concede aunque no haya relación matrimonial entre los progenitores⁸. La asistencia sanitaria se reconoce no sólo al cónyuge sino también al conviviente de hecho⁹. Por su parte, la condición de familia numerosa se

⁸ El art. 36 del Reglamento del Registro Civil (Decreto de 14 de noviembre de 1958), en su segundo párrafo, dispone que «también se entregará el Libro de Familia al progenitor o progenitores de un hijo no matrimonial». Con anterioridad, para la expedición del Libro de Familia se exigía el matrimonio, de forma que los padres solteros no tenían derecho a obtenerlo (Instrucción de 4 de febrero de 1960, de la Dirección General de los Registros y del Notariado), pero, tras la promulgación de la Constitución Española en 1978, diversas circulares del Ministerio de Justicia informaron de la necesidad de entregar el Libro aun cuando no mediara matrimonio, pues, en caso contrario, se estaría discriminando a los hijos extramatrimoniales en contra de lo dispuesto en el art. 14 CE (vid. en este sentido, la Circular de 23 de octubre de 2003).

⁹ La Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1984 asimilaba los convivientes *more uxorio* al cónyuge.

⁷ No hay en la sentencia, por tanto, un reproche al ordenamiento jurídico español. En este punto, los argumentos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos coinciden con los de la STC 69/2007.

otorga aunque los padres no estén unidos por matrimonio¹⁰. Ahora bien, incluso aceptando, a efectos puramente dialécticos, que en todos estos supuestos se exigiera el matrimonio, no podría admitirse el resultado que la sentencia defiende. El principio de legalidad impide que la existencia de algunos actos administrativos irregulares pueda vincular a la Administración, obligándola a conceder una prestación de la Seguridad Social que, de acuerdo con la ley, no puede concederse. La inadmisibilidad del *venire contra factum proprium* es, como afirma la doctrina civil, una derivación de la buena fe, que impone un deber de proceder lealmente en las relaciones jurídicas y que exige un comportamiento coherente con la confianza suscitada por los actos de su autor; pero para que estos actos vinculen a su autor es necesario que sean conformes a Derecho¹¹, pues, de otra forma, el resultado sería absurdo.

¹⁰ Lo que se valora es la carga familiar de los hijos, no el vínculo de los progenitores. En la actualidad, el art. 2.1 de la Ley 40/2003 es muy claro al respecto: la familia numerosa se define como «la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes». El número tres de este mismo precepto precisa que «se consideran ascendientes al padre, a la madre o a ambos conjuntamente cuando exista vínculo conyugal y, en su caso, al cónyuge de uno de ellos». Es cierto que esta ley no es aplicable al caso que ahora examinamos, pero la Ley 25/1971, vigente en aquél momento, tampoco exigía como requisito inexcusable el matrimonio. La sentencia cita el art. 2.1.a) de esta ley, que, en efecto, recoge el supuesto «general»: es familia numerosa la constituida por el cabeza de familia, su cónyuge y tres o más hijos. Pero el precepto continúa enumerando otros supuestos en los que el cónyuge no es necesario. Además, en el número 3 el artículo añade que «el Ministerio de Trabajo podrá asimilar a familias numerosas, en cada caso concreto, a aquellas que, sin reunir las condiciones exigidas en el número anterior, se encuentren en situaciones familiares de especial gravedad, que por razones de protección social, aconsejen la concesión total o parcial de los beneficios que establece la presente Ley». Por si hubiera alguna duda, la Orden de 22 de junio de 1979 (BOE 29 de junio) reconoce expresamente la posibilidad de acceder a la condición de familia numerosa en los supuestos de madres solteras.

¹¹ L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963; M.J. LÓPEZ MESA, *La doctrina de los actos propios: doctrina y jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2005; A. BORDA, *La teoría de los actos propios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000. En la jurisprudencia, *vid.*, entre otras, las SSTS 1ª 21.12.2009 (recurso nº 2540/2004) y 4.10.2004 (recurso nº 2524/1998).

La doctrina de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llevado a los tribunales a tener que valorar la «buena fe» del contrayente superviviente en función del contenido de una variada índole de documentos administrativos. Así, en la STSJ de Andalucía, Granada, de 27 de marzo de 2014¹², se aprecia la buena fe, aunque en el caso concreto resultaba ciertamente discutible pues en el libro de familia los progenitores aparecían como «solteros» y en el título de familia numerosa sólo figuraba la mujer y no el causante; es cierto que en la inscripción de defunción figuraba el causante como «casado», pero no parece que en este momento el acto administrativo pueda ya influir en la buena fe de la mujer¹³. El caso resuelto en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 28 de abril de 2016¹⁴, es más evidente: no hay buena fe porque en el libro de familia aparecen como «solteros», en la inscripción de defunción el causante vuelve a aparecer como «soltero» e incluso en el convenio regulador de la separación ambos expresan que formaron «pareja de hecho». En todo caso, las sentencias muestran las dificultades que plantea aplicar en la práctica la doctrina del Tribunal Europeo.

Un supuesto interesante en el que se ha pretendido aplicar esta doctrina y la del matrimonio no inscrito es el caso que resuelve la STC 194/2014. Se trataba de un matrimonio celebrado por el rito islámico que no cumplía los requisitos necesarios para su validez. En concreto, el matrimonio se había celebrado sin el certificado de capacidad matrimonial que la ley exige y, precisamente por ello, se le había denegado la inscripción registral. Tras la muerte de la mujer, el hombre solicitó la

¹² Recurso nº 251/2014.

¹³ El mismo tribunal, en su sentencia de 14 de abril de 2016 (recurso nº 5010/2015), rechaza la existencia de buena fe pues «no se aprecia que las autoridades españolas hubieran, previamente al fallecimiento del causante, reconocido a la demandante en documentos oficiales la validez o apariencia de validez de su boda por el rito gitano como equivalente al matrimonio, es mas no se efectúa en demanda ni en juicio alegación concreta fáctica alguna sobre estos hechos».

¹⁴ Recurso nº 382/2016.

pensión de viudedad como cónyuge legítimo. Alega que la inscripción del matrimonio no es, en este sentido, un requisito necesario y que, en cualquier caso, debe ampararse su buena fe, pues en todo momento consideró su unión con la causante como una unión matrimonial; cita, en este sentido, la STC 199/2004 y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Muñoz Díaz. El Tribunal Constitucional rechaza estos argumentos. En primer lugar, el matrimonio no inscrito debe ser válido para que produzca efectos y, en este supuesto, no lo es. En segundo lugar, considera que no es aplicable a este supuesto la doctrina del Tribunal Europeo del caso Muñoz Díaz por dos razones: 1ª No se trata de la celebración de un rito matrimonial basado en costumbres de una determinada etnia. 2ª No hay constancia en ningún momento del hecho de que la Administración reconociera la existencia y validez de su matrimonio. Este último razonamiento del Tribunal Constitucional plantea algunos interrogantes. ¿Qué hubiera pasado si hubiera habido constancia de ese reconocimiento por parte de la Administración? ¿Se podría equiparar, entonces, el matrimonio islámico inválido al matrimonio gitano? El Tribunal Constitucional parece rechazar esta posibilidad, al entender que no es lo mismo un matrimonio celebrado por un rito religioso en principio reconocido por el Estado y un matrimonio celebrado por un rito basado en una cultura étnica. Pero el argumento es débil.

2.2.3. *Los matrimonios polígamos. La necesidad de un criterio uniforme y el orden público internacional atenuado como solución*

El sistema matrimonial español es monógamo. El número 2 del art. 46 CC niega capacidad para contraer matrimonio a quienes estén ligados con vínculo matrimonial y el art. 73.2º CC considera nulo el matrimonio celebrado por persona ya casada; el acto de contraer nuevo matrimonio estando vigente uno anterior constituye, incluso, delito de bigamia, tipificado en el art. 217 Código Penal.

Las dudas surgen en relación con los extranjeros originarios de países en los que se admite la poligamia. ¿Tienen efectos en España estos matrimonios polígamos? Y, en el caso concreto de la pensión de viudedad, ¿qué consecuencias tiene esa pluralidad de vínculos matrimoniales? ¿Debe reconocerse la pensión a todas las esposas supervivientes? Y, si es así, ¿cómo deben repartirse entre ellas la pensión causada?

La capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley nacional de cada contrayente. Así lo dispone el art. 9.1 CC que se refiere, con carácter general, a la capacidad de las personas físicas, remitiendo a su «ley personal». La norma de conflicto reenvía, por tanto, en estos casos a la ley extranjera, de tal forma que el extranjero originario de un país que admite la poligamia tendría, en principio, plena capacidad para contraer un segundo matrimonio, aun estando vigente el primero y así tendría que reconocerse en nuestro país. Pero la remisión a la ley extranjera puede quedar neutralizada como consecuencia de la aplicación del «orden público internacional». El orden público internacional es la excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, en virtud del cual se descarta la aplicación de la ley extranjera cuando ésta resulta contraria a los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (lex fori). Con ello se pretende proteger los valores esenciales de la sociedad de ese país. Esta excepción aparece recogida en el art. 12.3 CC según el cual «en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público». Pues bien, parece claro que la poligamia es contraria a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico: nuestro concepto de familia está basado en la monogamia y, además, el régimen de la poligamia es profundamente contrario a valores tan esenciales como la igualdad entre el hombre y la mujer.

Ante esta circunstancia, ¿cuál es la solución correcta al problema planteado? El Estado español, en los convenios bilaterales firmados con Marruecos y Túnez en materia de Seguridad

Social, ha optado por reconocer efectos jurídicos a los matrimonios poligámicos, concediendo a todas las esposas del causante polígamo el derecho a la pensión de viudedad, que debe repartirse entre ellas de forma equitativa. El art. 23 del Convenio Hispano-Marroquí¹⁵ establece que «la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación». Más claro resulta el art. 24 del Convenio Hispano-Tunecino¹⁶ que, bajo el título «Pensión de viudedad compartida» dispone que «en caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales».

¿Es aceptable esta solución? Y, de serlo, ¿debe extenderse a nacionales de otros países que también admitan la poligamia? En la doctrina judicial el problema se ha planteado en varias ocasiones, pero las soluciones adoptadas han sido diversas. La STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003¹⁷, en relación con una familia poligámica procedente de Gambia, decidió denegar la pensión de viudedad a la segunda esposa al entender que la poligamia «es contraria al orden público, por lo que tan sólo puede considerarse cónyuge legítima a la primera». En el mismo sentido se ha pronunciado posteriormente el mismo tribunal en su sentencia de 25 de abril de 2016¹⁸, en la que se afirma que «a efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo y por lo tanto *quod nullum est ab initio, nullum effectum producet*», por lo que no es posible «convalidar el criterio contenido en la resolución del INSS del reparto del 50% a cada una de las dos mujeres». Por el contrario, en la STSJ de

Galicia de 2 de abril de 2002¹⁹, en la que el causante polígamo era nacional de Senegal, se reconoció la pensión a ambas esposas, repartiendo la misma a partes iguales. Por su parte, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 30 de enero de 2003²⁰ trata el caso de un nacional de Marruecos, casado con dos esposas, y aplica la solución del convenio hispano-marroquí, reconociendo la pensión a ambas y distribuyendo su cuantía a partes iguales; idéntica solución adopta la STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 30 de octubre de 2013²¹ y la STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de abril de 2016²². El caso de la STSJ de Madrid de 29.7.2002²³, también en relación con un nacional marroquí, es mucho más complejo, porque el causante, en principio polígamo, posteriormente se había divorciado de su segunda esposa. El problema es que el convenio hispano marroquí reconoce la pensión a las esposas únicamente cuando éstas «resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación» y el Derecho de este país no concede al ex cónyuge derecho a la pensión de viudedad. La sentencia afirma que «la remisión al Derecho marroquí, por su propia excepcionalidad, debe ser interpretada de forma restrictiva, entendiéndose que alude solamente a la posible situación de poligamia del causante» y no a los requisitos necesarios para ser beneficiario de la prestación, que corresponde determinar a la legislación del Estado que la reconoce. El Tribunal aplica el régimen previsto para el ex cónyuge y distribuye la pensión entre ambas mujeres, en proporción al tiempo convivido con el causante. La solución puede ser razonable, pero el tenor literal del art. 23 del Convenio suscita dudas: el precepto remite a la legislación marroquí para determinar quiénes son beneficiarias de la pensión de viudedad y, de acuerdo con esta legislación, la mujer divorciada no lo es. Además, tras la reforma introducida por la Ley 40/2007 puede

¹⁵ Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos firmado el 8 de noviembre de 1979 y con entrada en vigor el 1 de octubre de 1982 (BOE de 13 de octubre de 1982. Convenio de Seguridad Social entre España).

¹⁶ Convenio de Seguridad Social entre España y Túnez firmado el 26 de febrero de 2001 y con entrada en vigor el 1 de enero de 2002 (BOE de 26 de diciembre de 2001).

¹⁷ Recurso nº 2864/2002.

¹⁸ Recurso nº 768/2016.

¹⁹ Recurso nº 4795/1998.

²⁰ Recurso nº 934/2002.

²¹ Recurso nº 1701/2011.

²² Recurso nº 1593/2014.

²³ Recurso nº 3180/2002.

que esa interpretación tampoco ofrezca una protección adecuada, porque la ex esposa sólo será beneficiaria de la pensión si era acreedora de una pensión civil compensatoria que ha quedado extinguida como consecuencia de la muerte del causante, un requisito que depende del Derecho marroquí.

La doctrina científica también se ha mostrado dubitativa ante el problema de los matrimonios poligámicos. Algunos autores defienden la denegación de la pensión de viudedad a la segunda y sucesivas esposas al entender que sólo el primer matrimonio puede surtir efectos en nuestro país²⁴. Los matrimonios poligámicos, de acuerdo con estos autores, son contrarios a nuestros valores constitucionales y, por ello, deben ser ignorados. En este sentido, se ha llegado a afirmar la posible inconstitucionalidad de los convenios bilaterales firmados con Marruecos y Túnez, al reconocer efectos a una institución que, como la poligamia, es contraria a la igualdad entre hombres y mujeres y a la dignidad de la mujer²⁵. La doctrina mayoritaria, sin embargo, se muestra partidaria de reconocer la pensión de viudedad a todas las esposas, aunque se discute si la distribución entre ellas debe hacerse por partes iguales o en proporción al tiempo convivido con el marido. Unos autores acogen la primera opción por entender que el supuesto es distinto al regulado en el art. 220 LGSS²⁶, otros defienden la aplicación analógi-

ca de este precepto, cuya solución consideran más equitativa al ponderar los años que cada esposa ha permanecido unida en matrimonio con el causante²⁷.

La cuestión no es fácil, pero, a falta de previsión legal expresa, parece más correcto reconocer la condición de beneficiarias de todas las esposas del causante y repartir la pensión entre ellas por partes iguales. Es cierto que la poligamia es contraria al orden público internacional, pero éste opera con diversa intensidad según el matrimonio poligámico se pretenda celebrar en España o se haya celebrado ya en país extranjero. En el primer caso, la excepción se aplica de modo radical: aunque la ley personal del contrayente lo admita, en España no se podrá celebrar matrimonio poligámico. Pero en el segundo caso el enfoque debe ser totalmente diferente. Los internacionalistas defienden para estos supuestos la aplicación de un «orden público internacional atenuado». En este sentido, se distingue entre efectos jurídicos «nucleares» y efectos jurídicos «periféricos». Los primeros deben excluirse, porque «si fueran admitidos, dañarían la estructura básica y la cohesión de la sociedad española». Los efectos jurídicos «periféricos», por el contrario, se deben admitir porque «no producen un daño sustancial a la sociedad ni perjudican a ningún particular». En el primer caso se aplica el orden público internacional, en el segundo no. El reconocimiento de la pensión de viudedad debe incluirse entre los «efectos periféricos»²⁸. Esta tesis es convincente-

²⁴ J.C. ARCE GÓMEZ, «El varón polígamo y la pensión de viudedad. Transformaciones del Derecho en la sociedad global», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 49/2009; M.F. DE NO VÁZQUEZ, «Poligamia y pensión de viudedad», *Actualidad Laboral*, nº 16/2004, tomo 2, pp. 1899 y ss; L. PERICÁS SALAZAR, «El matrimonio polígámico y la pensión de viudedad», *AS*, nº 9/2007; M. FLOR FERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2002, p. 161.

²⁵ J.C. ARCE GÓMEZ, *op. cit.* Y. SÁNCHEZ-URÁN, «Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía», *RMTAS*, nº 63/2007, p. 283 y L. PERICÁS SALAZAR, «El matrimonio polígámico y la pensión de viudedad», *op. cit.*

²⁶ J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, «La pensión de viudedad en la sociedad multicultural», *Revista del Poder Judicial*, nº 85/200, p. 373 y A. DE VAL TENA, «Poligamia y pensión de viudedad: a

propósito de la extensión del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002», *AL*, 2003-1, p. 54, este último con matizaciones pues considera que, aunque formalmente más correcta, la tesis de la distribución por partes iguales puede resultar contraria al principio de equidad.

²⁷ O. MOLINA HERMOSILLA, «Poligamia de trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges», *AS*, nº 8/2001.

²⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 2013, p. 68; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Comares, Granada, 2013, p. 308; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Civitas, 2016, p. 353; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, «Matrimonio polígámico, orden público

te por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque con ello no se vulnera el orden público internacional: la organización moral y económica de la sociedad española no queda afectada. Y en segundo lugar, porque lo contrario produciría un efecto perverso: el deseo de garantizar la dignidad de la mujer llevaría a negarle la protección. El reparto, además, debe hacerse a partes iguales, pues todas las beneficiarias son esposas legítimas a la fecha del hecho causante.

La solución propuesta, en mi opinión, garantiza una protección justa de las mujeres afectadas, sin poner en peligro los valores de nuestra sociedad. La eficacia «limitada» de la poligamia, cuyo objetivo es amparar a todas las esposas del varón polígamo y no sólo a la primera, no vulnera la Constitución, sino que, muy al contrario, constituye una exigencia del principio de seguridad jurídica y del principio de igualdad. Hay que tener en cuenta que estamos ante matrimonios celebrados en el extranjero de plena conformidad con el Derecho extranjero. Si el simple cruce de frontera convierte estas situaciones legalmente creadas en inexistentes por resultar contrarias al orden público internacional español, los particulares sufrirán un perjuicio desproporcionado y la seguridad jurídica se resentirá. Ignorar a la segunda o sucesivas esposas, negándoles su condición de beneficiarias en caso de muerte del marido, supone hacer de peor condición a éstas que a la primera esposa, cuando, de acuerdo con su ley personal, todas ellas son cónyuges legítimas.

Por estas razones entiendo que la solución adoptada por el Estado español en los conve-

y extranjería», *AL*, 2003-3, pp. 581 y ss; A. QUINONES ESCÁMEZ, «El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: exclusión, alternancia y coordinación de sistemas», en L. GABAU JUANEDA y R. HUESA VINAIXA, *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo: actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, 1999, pp. 191 y ss; M.P. DIAGO DIAGO, «La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español», *Aequalitas*, nº 6/2001, p. 9.

nios bilaterales firmados con Marruecos y Túnez en materia de Seguridad Social es la más correcta y debería extenderse a los nacionales de otros países.

2.3. El supuesto excepcional del fallecimiento que deriva de una enfermedad no sobrevenida tras el vínculo conyugal. En especial, la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo en relación con la convivencia prematrimonial y sus aspectos críticos

Ya hemos visto que el cónyuge legítimo es un beneficiario privilegiado. Si el causante reúne los requisitos de alta y cotización que la ley exige y se acredita la existencia del vínculo matrimonial, el reconocimiento de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente es automático sin que se exija un mínimo de convivencia ni dependencia económica. La Ley 40/2007 introdujo, sin embargo, una limitación importante en este régimen, con el claro objetivo de evitar los llamados «matrimonios de conveniencia». Así, el art. 219.2 LGSS dispone que «en los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes». No obstante, el precepto señala que esa duración mínima del vínculo matrimonial no se exigirá cuando, en la fecha de celebración del mismo, se acreditara un período de convivencia con el causante como pareja de hecho que, sumado al de duración del matrimonio, superara los dos años.

Se trata de una medida específica y excepcional, que pretende evitar los matrimonios fraudulentos que se celebran con el único propósito de permitir, a la muerte del causante, el acceso a la pensión de viudedad de quien sobrevive. Por esta razón la duración

mínima del matrimonio no se exige cuando la pareja tuviera hijos en común o cuando se acreditara un período de convivencia como pareja de hecho que, junto con el de duración del matrimonio, superara los dos años. En estos casos es evidente que el matrimonio no es fraudulento, pues existe una unión auténtica de la pareja y no simplemente formal. Tampoco es fraudulento el matrimonio en aquellos supuestos en que la muerte se produce por una enfermedad común que, aun siendo anterior al vínculo conyugal, se ha manifestado posteriormente. El requisito de la duración mínima del matrimonio no es aplicable a estos casos en los que la enfermedad, aunque ya se haya contraído, ha «sobrevenido» tras el vínculo conyugal. Una interpretación finalista de la norma justifica esta interpretación. Tampoco se exige el requisito de la duración mínima cuando la causa del fallecimiento sea una enfermedad de trabajo o profesional, aun cuando se hubiera manifestado con anterioridad al matrimonio; el precepto es claro al respecto: debe tratarse de una enfermedad común.

Si el matrimonio no reúne ninguno de los requisitos exigidos, el cónyuge superviviente no tendrá derecho a la pensión de viudedad. No obstante, la Ley 40/2007 introdujo un nuevo precepto –el actual art. 222– que, bajo el título «prestación temporal de viudedad», reconoce al cónyuge en estos casos «una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años». Surge, así, una nueva prestación por muerte y supervivencia, incorporada a la relación prevista en el art. 216.1 LGSS, en su letra c). Se trata de un subsidio que permite, al menos, proteger al cónyuge durante el período inmediatamente posterior al fallecimiento del causante, garantizando, con ello, un tiempo mínimo de adaptación.

Las condiciones que se exigen al matrimonio en este supuesto especial para poder causar derecho a la pensión de viudedad vitalicia parecen, en un principio, claras. La duración mínima de un año del matrimonio y la exis-

tencia de hijos comunes no plantean problemas en la práctica; más problemática resulta la convivencia prematrimonial como pareja de hecho. Recordemos que no se exigirá la duración mínima de un año del matrimonio cuando, en la fecha de celebración del mismo, se acreditara un período de convivencia con el causante como pareja de hecho que, sumado al de duración del matrimonio, superara los dos años.

A la hora de determinar las condiciones que debe cumplir esa convivencia prematrimonial, la norma se remite a «los términos establecidos en el artículo 221.2», que define, a su vez, la pareja de hecho beneficiaria de la pensión de viudedad. El art. 221.2 tiene dos párrafos. El primero exige que la pareja tenga análoga relación de afectividad a la conyugal y que sus miembros no estén impedidos para contraer matrimonio. El segundo párrafo impone, además, la constitución formal de la pareja de hecho a través de su inscripción o mediante documento público.

La Sala IV del Tribunal Supremo ha hecho dos aclaraciones con respecto a esta remisión. En primer lugar, la remisión se hace exclusivamente al párrafo primero –el que define la pareja de hecho– y no al segundo –que impone su formalización–. Por lo tanto, en estos casos no es necesaria la exigencia documental de la pareja de hecho, pues aquí «se está en presencia de una situación de matrimonio ya documentado»²⁹. Esta interpretación resulta discutible. La remisión al art. 221.2 no se limita a su párrafo primero, por lo que incluye la formalización de la pareja de hecho. Además, hay que tener en cuenta que este último requisito está íntimamente unido al de la convivencia, de la que no puede separarse: la convivencia de la pareja de hecho debe ser análoga a la conyugal y la forma de acreditar esta circunstancia es, precisamente, a través de la forma-

²⁹ Vid. SSTs 17.11.2010 (recurso nº 911/2010), 26.1.2011 (recurso nº 2174/2010), 15.4.2011 (recurso nº 2754/2010), 3.5.2011 (recurso nº 2897/2010), 21.6.2011 (recurso nº 2781/2010), 6.7.2011 (recurso nº 3128/2010), 25.6.2013 (recurso nº 2528/2012).

lización de la pareja de hecho. El legislador, al remitirse, en su conjunto, al art. 221.2 está exigiendo que la convivencia prematrimonial sea *more uxorio*, una circunstancia íntima que solo puede hacerse pública mediante la constitución formal de la pareja. Y, en este sentido, el matrimonio posterior no prueba nada. Es evidente que desde la celebración del matrimonio la convivencia es «conyugal», pero que lo fuera antes no lo es en absoluto.

En todo caso, el Tribunal Supremo aclara que la remisión al párrafo primero del art. 221.1 LGSS se hace de forma íntegra, a todo su texto, de forma que la convivencia prematrimonial sólo resulta computable desde el momento mismo en que no exista ningún impedimento de los miembros de la pareja para contraer matrimonio. No computa, por tanto, la convivencia cuando alguno de los miembros de la pareja o ambos mantenía vínculo conyugal con un tercero³⁰.

La doctrina de la Sala IV en relación con la convivencia prematrimonial está consolidada y tiene su reflejo en la doctrina de suplicación, como muestran, entre otras, las STSJ de Asturias de 19 de abril de 2016³¹, la STSJ del País Vasco de 22 de marzo de 2016³² y las SSTSJ de Galicia de 8 y 23 de febrero de 2016³³.

3. LAS CRISIS MATRIMONIALES: DIVORCIO, SEPARACIÓN JUDICIAL Y NULIDAD DEL MATRIMONIO

3.1. El divorcio y la separación judicial

El art. 220.1 LGSS, en la redacción dada por la Ley 40/2007, comienza afirmando que en los casos de separación o divorcio el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien «sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese

contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a los que se refiere el apartado siguiente». Añade, después, que el derecho de las personas divorciadas o separadas judicialmente «quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante».

3.1.1. *El requisito de la pensión civil compensatoria y el régimen previsto en la disposición transitoria 13ª LGSS*

Antes de la Ley 40/2007, las personas divorciadas o separadas legalmente tenían derecho a la pensión aun cuando, en el momento del fallecimiento, no estuvieran percibiendo ningún ingreso por parte del causante. El resultado no era razonable, pues si el causante, en vida, no aportaba ningún ingreso al beneficiario, lógicamente su muerte no implicaba una pérdida de rentas que la Seguridad Social debiera suplir. Tras la reforma esta situación se ha corregido: el cónyuge divorciado o separado judicialmente sólo puede ser beneficiario de la pensión de viudedad si, con anterioridad al fallecimiento, percibía del causante una pensión civil compensatoria que, tras la muerte, se ha extinguido. Se recupera así la finalidad de renta de sustitución que debe cumplir la pensión de viudedad: la muerte ha producido una pérdida de ingresos que la prestación pretende compensar. Del requisito de la pensión civil compensatoria solo quedan exentas las mujeres que acrediten «que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio», acreditación que puede hacerse mediante «sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba

³⁰ Vid. STS 30.9.2014 (recurso nº 2516/2013).

³¹ Recurso nº 485/2016.

³² Recurso nº 403/2016.

³³ Recursos nº 1875 y 201/2016, respectivamente.

admitido en Derecho» (párrafo 3º del art. 220.1 LGSS). Hay también un régimen transitorio que permite el acceso a la pensión de viudedad sin cumplir el requisito de la pensión civil compensatoria, que analizaremos en último lugar.

El requisito de la pensión compensatoria está justificado, pero lo cierto es que se ha regulado de forma muy deficiente, por lo que, en la práctica, se plantean graves problemas que se han intentado solventar por el propio legislador y por la jurisprudencia.

El párrafo segundo del art. 220.1 de la LGSS dispone literalmente que para tener derecho a la pensión de viudedad el ex cónyuge debe ser acreedor de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del CC y, además, ésta debe quedar extinguida por el fallecimiento del causante. La primera cuestión que se plantea es si basta con que el ex cónyuge o el cónyuge separado judicialmente sea acreedor de la pensión compensatoria o si, por el contrario, debe estar cobrando la pensión en el momento del hecho causante. Esta cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en las sentencias de 18 de septiembre de 2013 y 1 de abril 2014³⁴. Para la Sala IV, la norma no exige que la persona divorciada o separada sea perceptora, sino que tenga reconocido el derecho al percibo de la pensión compensatoria³⁵.

Una segunda cuestión que surge es cómo debe interpretarse la remisión que hace la norma a la pensión compensatoria del art. 97 del CC: ¿en sentido literal o conforme a una interpretación finalista que incluya otro tipo de percepciones económicas de similar finalidad? El problema en la práctica se ha planteado respecto a las pensiones alimenticias. ¿Qué ocurre cuando el cónyuge separado judicialmente no es acreedor de una pensión compensatoria en el momento de la muerte del causante pero sí de una pensión por alimen-

tos? ¿Son equiparables estas dos pensiones a efectos de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 220.1 de la LGSS?

Hay que tener en cuenta que la pensión alimenticia va dirigida a cubrir las necesidades vitales y tiene su origen en la obligación moral y legal de garantizar a los familiares los medios necesarios para la subsistencia, mientras que la pensión compensatoria del art. 97 del CC opera para cubrir el desequilibrio económico que la separación judicial o el divorcio provoca en uno de los cónyuges. El art. 103 del CC dispone que, una vez admitida la demanda de separación, deben adoptarse ciertas medidas provisionales. Una de estas medidas puede ser la obligación de un cónyuge de pagar al otro una pensión de alimentos. Lo normal es que, posteriormente, en la sentencia de separación, esta pensión de alimentos se convierta en una pensión compensatoria. Pero lo cierto es que en la práctica judicial es habitual que la sentencia de separación se limite a confirmar las medidas provisionales, pudiendo, por tanto, ocurrir que el cónyuge separado ya judicialmente siga cobrando del otro cónyuge la misma cantidad de dinero y por el mismo concepto de «pensión alimenticia». A veces, incluso, en las sentencias de divorcio se reconoce al cónyuge una pensión «alimenticia», lo que constituye un error evidente, porque, una vez disuelto el vínculo matrimonial, no hay ya obligación de alimentos entre los ex cónyuges. Si, en estos supuestos, el cónyuge deudor fallece, ¿tendrá derecho el superviviente a la pensión de viudedad?

En un principio el Tribunal Supremo optó por una interpretación excesivamente literal y formal del art. 220.1.2º LGSS³⁶, pero después rectificó su doctrina. El cambio de criterio se produjo con la Sentencia del Pleno de 29 de enero de 2014³⁷ –con voto particular–,

³⁴ Recurso nº 2985/2012 y 64/2013, respectivamente.

³⁵ Aplica esta doctrina la STSJ de Madrid de 20.11.2015 (recurso nº 357/2015).

³⁶ SSTS 14.2.2012 (recurso nº 1114/2011), 17.4.2012 (recurso nº 1520/2011), 21.2.2012 (recurso nº 2095/2011), 21.3.2012 (recurso nº 2441/2011).

³⁷ Recurso nº 743/2013.

que ha sido confirmado después por otras sentencias³⁸. De acuerdo con la nueva doctrina, lo decisivo no es el nombre que se le dé a la pensión, sino la finalidad a la que responda. Para la Sala IV el reconocimiento de cualquier suma periódica en favor de la esposa –más allá de los alimentos de los hijos– tiene la naturaleza de pensión compensatoria y, por consiguiente, permitirá el acceso a la pensión de viudedad, con independencia del nombre que reciba³⁹.

La interpretación flexible y finalista de la Sala IV del Tribunal Supremo ha llevado incluso a aceptar una pensión compensatoria pactada en convenio regulador privado sin la aprobación judicial. El caso se planteó en la Sentencia de 10 de noviembre de 2014⁴⁰ y las circunstancias eran, ciertamente, especiales. En la sentencia de separación se había aprobado un convenio regulador en el que se fijaba, a favor de la mujer, una pensión compensatoria temporal de dos años. Poco después de cumplirse el término, los cónyuges pactan un nuevo convenio regulador, fijando una segunda pensión compensatoria de cuantía similar, pero este nuevo convenio no se aprueba judicialmente porque tan sólo un mes después fallece el marido. Ante este supuesto caben dos posiciones. Una posición formalista, en virtud de la cual sólo es admisible la pensión compensatoria a efectos de lucrar la pensión de viudedad cuando esta pensión se haya pactado en convenio regulador aprobado judicialmente. Y una segunda posición más flexible, que admita esta pensión salvo que se acredite el fraude. Esta última es la interpretación que acoge el Tribunal Supremo en la sentencia ci-

tada. La sentencia afirma que «no solo resulta indiferente la denominación que se le dé a la pensión, sino también el que se haya establecido la obligación de abono mediante pacto o resolución judicial cuando (como en el caso) ha habido un previo acuerdo que ya fue homologado y se ha suscrito otro posterior (sin homologar) respecto del que no aparece sombra de duda o fraude». El Tribunal recuerda que la finalidad del requisito de la pensión compensatoria introducido por la Ley 40/2007 es exigir cierta dependencia económica del beneficiario respecto del causante y esta dependencia también concurre cuando la pensión se fija en un acuerdo extrajudicial.

Finalmente, la norma exige que la pensión civil compensatoria se extinga con la muerte del causante. Este requisito genera algunas disfunciones en la práctica. En primer lugar, puede ocurrir que la pensión de compensación no se suprima como consecuencia de la muerte del causante, pero sí se reduzca. ¿Tendrá el ex cónyuge en estos casos derecho a la pensión de viudedad? El art. 220.1.2.º LGSS obliga a una respuesta negativa, pues la pensión compensatoria subsiste. Lo cierto es que la solución legal no es satisfactoria porque, de hecho, la muerte del causante ha producido al ex cónyuge un desequilibrio económico evidente. Los términos de la norma, sin embargo, no permiten una interpretación correctora, por lo que sería conveniente una intervención del legislador en esta materia.

También resulta problemático el supuesto en el que el ex cónyuge percibía del causante una pensión compensatoria, pero de carácter temporal. Si esta pensión ya se ha percibido, no se plantean dudas: el ex cónyuge ya ha sido compensado del desequilibrio económico que le haya podido producir la ruptura conyugal y, por tanto, no tendrá derecho a la pensión de viudedad. Las dudas se presentan cuando la pensión, a la muerte del causante, todavía estaba percibiéndose y, por falta de caudal hereditario, se extingue. ¿Tendrá derecho el ex cónyuge a la pensión de viudedad? Y, si es así, ¿con carácter vitalicio o temporal? A la vista de lo dispuesto en el art. 220.1.2.º LGSS hay que entender que,

³⁸ SSTs 30.1.2014 (recurso nº 991/2012), 17.2.2014 (recurso nº 1822/2013), 6.5.2014 (recurso nº 1344/2013), 27.11.2014 (recurso nº 3202/2013), 3.2.2015 (recurso nº 3187/2013), 12.2.2016 (recurso nº 2397/2014) y 23.2.2016 (recurso nº 2311/2014).

³⁹ Esta jurisprudencia se aplica, sin fisuras, en la doctrina de suplicación. *Vid.* SSTSJ Andalucía, Sevilla, 4.2.2016 (recurso nº 574/2015); Cataluña, 1.4.2016 (recurso nº 181/2016); Madrid 7.4.2016 (recurso nº 715/2015) y 20.11.2015 (recurso nº 357/2015).

⁴⁰ Recurso nº 80/2014.

en estos casos, el ex cónyuge tiene derecho a la pensión de viudedad, puesto que, a la muerte del causante, es acreedor de una pensión compensatoria. Además, la pensión reconocida tendrá que ser vitalicia, porque el único caso en que el legislador ha previsto la prestación temporal es el del art. 222 y ni en el art. 223.2 LGSS, ni en la Orden de 13 de febrero de 1967 se incluye, como causa de extinción de la prestación, el transcurso del período de vigencia de la pensión civil compensatoria. Esta es la solución de *lege data*, pero de *lege ferenda* sería oportuno reconocer en estos casos un simple subsidio temporal, pues el desequilibrio económico que la muerte produce en el ex cónyuge es también temporal.

Finalmente, hay que comentar el régimen transitorio previsto en la disposición transitoria 13ª LGSS, al que, al comienzo de este epígrafe, hacíamos referencia. Para evitar los efectos sorpresivos que pudiera producir el nuevo requisito de la pensión compensatoria, la Ley 26/2009 introdujo en la LGSS esta disposición⁴¹, bajo el título: «Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008». De acuerdo con ella, el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: 1. Que la separación o divorcio se haya producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, es decir, antes de 1 de enero de 2008. 2. Que entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del hecho causante haya transcurrido un período de tiempo no superior a 10 años. 3. Que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de 10 años. 4. Que existan hijos comunes del matrimonio o tenga el beneficiario una edad superior a los 50 años en el momento del hecho causante.

Si se reúnen estas condiciones, el cónyuge divorciado o separado judicialmente accederá a

la pensión de viudedad y la cuantía de la pensión causada «se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007». La disposición prevé además su aplicación retroactiva, precisando que este régimen transitorio no sólo se aplicará a los hechos causantes producidos a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/2009, sino también a los que hayan tenido lugar entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009. Posteriormente, la Ley 27/2011 introdujo un número 2 a la disposición transitoria 13ª, que flexibiliza los requisitos para la exención de la pensión compensatoria cuando se trata de personas mayores de 65 años.

La aplicación de esta disposición transitoria 13ª ha sido problemática. En especial, plantea dudas la delimitación de su ámbito de aplicación.

Un primer interrogante es si el régimen previsto en esta disposición sólo es aplicable a los ex cónyuges o cónyuges separados que carezcan de pensión civil compensatoria o, por el contrario, resulta aplicable, en todo caso, siempre y cuando la separación judicial o el divorcio sean anteriores a 1 de enero de 2008. La Sala IV del Tribunal Supremo ha acogido esta segunda interpretación: la disposición se aplica aun cuando el ex cónyuge o cónyuge separado tenga derecho a la pensión civil compensatoria, siempre y cuando la separación judicial o el divorcio fueran anteriores a la fecha señalada. Este criterio puede resultar favorable en algunos casos, pero en otros no. Hay que tener en cuenta que, como ya se ha señalado, la cuantía de la pensión, en estos supuestos, se calcula conforme a la normativa vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007. Esto tiene dos consecuencias importantes: en primer lugar, la cuantía de la pensión de viudedad no está limitada a la de la pensión compensatoria⁴²; y, en segundo lugar, para calcular la cuantía de la pensión

⁴¹ Disposición transitoria 18ª, en el texto refundido de la LGSS/1994.

⁴² A esta consecuencia hace referencia la STS 15.10.2014 (recurso nº 1648/2013). En el mismo sentido se pronuncia la STSJ Cataluña 23.10.2015 (recurso nº 3868/2015).

se aplica la prorrata en función del tiempo de convivencia, aunque no exista concurrencia de beneficiarios (tesis atributiva)⁴³.

Para que el régimen de la disposición transitoria 13ª de la LGSS pueda aplicarse es necesario, por otra parte, que entre la separación o el divorcio y el fallecimiento no haya transcurrido un tiempo superior a 10 años. Ahora bien, si en el caso concreto se ha producido separación judicial y posterior divorcio, ¿qué fecha habrá que tener en cuenta para el cómputo de estos 10 años: la de la separación o la del divorcio? La cuestión fue resuelta por la STS de 2 de noviembre de 2013⁴⁴, según la cual la fecha que en estos casos hay que tener en cuenta es la de la situación jurídica que se produzca primero, es decir, la de la separación. Este criterio ha sido confirmado por otras sentencias posteriores de la Sala⁴⁵, aunque se trata de una solución que, en un principio, fue polémica en el seno de este Tribunal. Prueba de ello es el voto particular que acompaña a la STS de 2 de noviembre de 2013, en el que se defiende que lo decisivo debería ser la condición en que se pide la prestación, atendida la situación matrimonial del solicitante en el momento del hecho causante; de acuerdo con esta tesis, que no ha prosperado, si el solicitante es divorciado la fecha que habría que tener en cuenta sería la del divorcio y si es separado la de la separación.

La disposición transitoria exige, en todo caso, que el divorcio o la separación se haya producido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007. No obstante, la STS de 14 de marzo de 2016⁴⁶ ha reconocido la pensión de viudedad conforme a la disposición transitoria 13ª en un supuesto en

el que la sentencia de divorcio fue posterior a esa fecha, al apreciar que dicha sentencia se retrasó de forma indebida. El matrimonio, que no tenía hijos, había suscrito propuesta de convenio regulador el 20 de noviembre de 2007, en el que se hizo constar que no se formulaba proposición alguna respecto de la pensión compensatoria prevista en el art. 97 CC «ya que su divorcio no producirá el desequilibrio económico al que alude el mencionado precepto». Presentada demanda de divorcio de común acuerdo el 12 de diciembre de ese mismo año, se dictó sentencia el 8 de febrero de 2008, en la que se declara la disolución del matrimonio por divorcio con la aprobación de la propuesta de convenio regulador. La Sala IV del Tribunal Supremo considera que «habiéndose presentado la demanda de común acuerdo en diciembre de 2007, sin existir controversia alguna entre las partes ni en cuanto al divorcio ni en cuanto a ninguno de sus efectos, de haberse cumplido los plazos establecidos en el art. 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la sentencia hubiera sido anterior». Para el Tribunal Supremo «puede entenderse que siquiera sea en el meramente abstracto y teórico contexto normativo, la sentencia puede producirse casi simultáneamente a la demanda debidamente ratificada y que siendo ése el espíritu y finalidad de la norma procesal, ha de estimarse que se cumple la condición cronológica –de la disposición transitoria 13ª LGSS– a los estrictos efectos litigiosos aunque dicha resolución tenga lugar más tarde, puesto que lo que ésta hace es limitarse a homologar lo pretendido por las partes (...) antes de transcurrir el plazo legal para que se alcance el objetivo prestacional». Se trata de un criterio cuestionable, como advierte el voto particular que acompaña a la sentencia, pues la ley limita claramente el ámbito de aplicación de la disposición transitoria 13ª LGSS a los divorcios anteriores a 1 de enero de 2008 y, en este sentido, la fecha que hay que tener en cuenta es la fecha de la sentencia, que tiene, respecto al divorcio, efectos constitutivos; es, además, un criterio que introduce un elemento de inseguridad jurídica importante.

⁴³ STS 23.6.2014, con voto particular (recurso nº 1233/2013). *Vid.*, en el mismo sentido, la STSJ Andalucía, Sevilla, 2.12.2015 (recurso nº 459/2015).

⁴⁴ Recurso nº 3044/2012.

⁴⁵ SSTs 18.12.2014 (recurso nº 721/2013), 28.4.2014 (recurso nº 1737/2013), 19.11.2014 (recurso nº 3156/2013), 5.2.2015 (recurso nº 166/2014), 13.5.2015 (recurso nº 1253/2014) y 16.2.2016 (recurso nº 2300/2014), 5.10.2016 (recurso nº 1613/2015).

⁴⁶ Recurso nº 208/2015.

3.1.2. *La asignación de la pensión de viudedad. El fin de la «doctrina del INSS viudo», el retorno a la tesis distributiva y la garantía del 40% a favor del vínculo vigente en el momento del fallecimiento*

Los cambios introducidos con la Ley 40/2007 en los supuestos de divorcio y separación judicial no se han limitado al régimen de acceso a la pensión. Esta ley también introdujo cambios importantes en la forma de asignación de la pensión de viudedad y en el sistema de reparto de la pensión en supuestos de concurrencia de beneficiarios.

Se vuelve, en primer lugar, a la tesis distributiva, de acuerdo con la cual, en el caso de cónyuges separados judicialmente o divorciados, la pensión causada se genera a su favor de forma íntegra, procediéndose a su reparto proporcional únicamente si existen varios beneficiarios⁴⁷. El cambio no ofrece lugar a dudas: la regulación anterior atribuía a los cónyuges divorciados o separados judicialmente el derecho a la pensión únicamente «en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido», expresión que ha desaparecido tras la reforma. El legislador sólo acude a la regla de la proporcionalidad cuando, en el párrafo siguiente, regula los supuestos en los que, mediando divorcio, existe una concurrencia de beneficiarios. Esto nos lleva a entender que, a partir de ahora, el derecho a la pensión de los separados y divorciados —estos últimos siempre y cuando no concurren con otros beneficiarios— debe considerarse un derecho pleno⁴⁸. La supresión de la referencia a la

proporcionalidad no puede ser fortuita y responde al rechazo por parte de algunos sectores de la solución anterior, conocida como «doctrina del INSS viudo», que permitía a la Administración, cuando no existía concurrencia de beneficiarios, «ahorrar» parte de la pensión⁴⁹. Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo, que en su Sentencia de 23 de junio de 2014⁵⁰ admite de forma expresa el retorno de la tesis distributiva⁵¹.

dios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 298, 2008, p.70; E. LÓPEZ TERRADA, «Muerte y supervivencia», en T. SALA FRANCO, R. ROQUETA BUJ, M. LÓPEZ BALAGUER, E. LÓPEZ TERRADA, *La Ley de Medidas en materia de Seguridad Social de 2007*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 115; J. MOLINS GARCÍA-ÁTANCE, «La reforma de las prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente, jubilación y viudedad efectuada por la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social», ponencia presentada al Seminario organizado por el Consejo General del Poder Judicial «La reforma de la Seguridad Social», 2008; M. DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, «La reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia en la Ley 40/2007: visión de conjunto y examen particularizado de su alcance en las prestaciones de viudedad derivadas de causantes con vínculo matrimonial en situaciones de crisis de éste», ponencia presentada al seminario citado; I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, «La pensión de viudedad y la Ley 40/2007: anatomía de una encrucijada», *Relaciones Laborales*, nº 17/2008.

⁴⁹ La crítica a la «doctrina del INSS viudo» aparece en el voto particular de la STS 21.3.1995 (recurso nº 1712/1993), firmado por los Magistrados GIL SUÁREZ y DESDENTADO BONETE. En la misma línea se pronuncia R. NAVARRO ROLDÁN, *Pensión de supervivencia. Presente y futuro de la pensión de viudedad*, La Ley, Madrid, 2006, p. 158. La crítica, sin embargo, no es convincente, porque en el sistema de Seguridad Social las cotizaciones no generan por sí mismas derechos a prestaciones futuras, ni éstas pueden tratarse como derechos sucesorios de los beneficiarios. El beneficiario tiene únicamente el derecho que la ley le reconoce y si no es pleno ello no significa que la Administración esté pagando menos de lo que le corresponde, ni mucho menos que el INSS aparezca como «viudo» del causante, obteniendo lo que no le pertenece. Ni existe beneficio injustificado ni ahorro de la Seguridad Social, como tampoco existe cuando el causante, a pesar de haber cotizado, no genera pensión por fallecer soltero.

⁵⁰ Recurso nº 1233/2013.

⁵¹ En el supuesto de la sentencia se debatía cómo debía calcularse la pensión de viudedad del ex cónyuge conforme al régimen previsto en la disposición transitoria 13ª LGSS (antigua disposición transitoria 18ª). La sentencia afirma que la remisión de esta disposición a «la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007» opera sobre la regla relativa a la prorrata en caso de crisis matrimoniales, norma que ha sido derogada por la Ley 40/2007 y sustituida por el criterio distributivo».

⁴⁷ La tesis distributiva fue la que primero adoptó el Tribunal Supremo [vid. las SSTs 17.4.1986 (RJ 2198), 25.9.1992 (recurso nº 13/1992) y 18.7.1994 (recurso nº 24/1994)], aunque, posteriormente, cambió su criterio y acogió la tesis atributiva [SSTs 21.3.1995 (recurso nº 1712/1993), 25.1.2000 (recurso nº 1668/1999); 10.4.2000 (recurso nº 1406/1999); 26.9.2000 (recurso nº 4053/1999); 26.5.2004 (recurso nº 3103/2003)].

⁴⁸ En el mismo sentido, J.A. PANIZO ROBLES, «La reforma de la Seguridad Social (Comentarios a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social)», *Estu-*

Hay también importantes modificaciones en la forma de distribución de la pensión cuando, en los supuestos de divorcio, existe una concurrencia de beneficiarios. Ya hemos visto que, tras la reforma, si el ex cónyuge es el único beneficiario tiene derecho a la pensión de viudedad en su cuantía íntegra. Ahora bien, si concurre con otros beneficiarios –el viudo/a o/y otros ex cónyuges– juega la regla de la proporcionalidad. Antes de la Ley 40/2007 esta regla se aplicaba de acuerdo con la tesis atributiva, de forma que el cónyuge divorciado tenía derecho a la cuantía proporcional al tiempo convivido con el causante, mientras que al cónyuge legítimo se le atribuía el resto de la pensión, que podía acrecer cuando el derecho de aquél se extinguía. La situación ha cambiado radicalmente.

El art. 220.2 LGSS establece que «si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40% a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad» como pareja de hecho. Dejando ahora aparte el tema de la pareja de hecho, que será analizado más adelante, la norma plantea dos cuestiones básicas: primero, el reparto se hace de forma estrictamente proporcional al tiempo de convivencia de cada uno de los beneficiarios con el fallecido; y, segundo, en todo caso al cónyuge legítimo o pareja de hecho conviviente se le garantiza un mínimo del 40% del total de la pensión causada.

La primera cuestión suscita una duda importante: ¿se ha vuelto a la tesis distributiva también para el reparto entre varios beneficiarios? Así es y este cambio tiene consecuencias relevantes: la muerte del causante genera una pensión completa que debe repartirse totalmente entre los beneficiarios de acuerdo con el criterio de la convivencia efectiva con el causante. Así, la cuota de participación en

la pensión será el resultado de dividir el período de convivencia de «cada uno de ellos» entre el tiempo total en que el causante vivió matrimonialmente con los beneficiarios. Los períodos no convividos no acrecerán, como antes sucedía, a la cuantía del cónyuge legítimo, sino a cada beneficiario en proporción al «tiempo vivido» con el fallecido. Se parte de un plano de igualdad entre los beneficiarios a la hora de distribuir la pensión, aunque el resultado queda muy matizado por dos factores: el límite cuantitativo que opera respecto a la parte del ex cónyuge en relación con la cuantía de la pensión civil compensatoria y la garantía del 40% a favor del cónyuge o pareja de hecho conviviente. Si la pensión del ex cónyuge se debe reducir porque supera la cuantía de la pensión compensatoria, la parte reducida acrecerá la pensión del cónyuge o pareja de hecho conviviente. Por otro lado, si uno de los beneficiarios perdiera la pensión, su parte acrecerá la pensión del otro, con independencia de si éste es el cónyuge legítimo, la pareja de hecho conviviente o el cónyuge divorciado, más aun teniendo en cuenta que ahora cuando el divorciado es único beneficiario accede a la pensión íntegra.

Un supuesto especial se plantea si uno de los beneficiarios concurrentes tan sólo tuviera derecho a la prestación temporal del art. 222 LGS. La solución en estos casos será reconocer a éste el derecho que le corresponde en proporción al tiempo convivido con el causante, pero únicamente durante los dos años posteriores al fallecimiento, de forma que, transcurrido ese tiempo, esa parte de la pensión acrecerá al otro beneficiario, si es que su derecho tiene carácter vitalicio.

La garantía del 40% pretende compensar los efectos negativos que este criterio «distributivo» puede tener en la última pareja del causante, cuando la convivencia del ex cónyuge es superior. De esta forma, el legislador privilegia al cónyuge legítimo o pareja de hecho conviviente, dando un valor especial a la vigencia del vínculo frente a su duración. La solución es, sin embargo, criticable.

Ni el criterio de la subsistencia del vínculo, ni el de su proyección temporal son adecuados desde una lógica de protección social. Lo que debería ponderar el legislador en estos casos es el grado de dependencia económica de cada beneficiario respecto al causante. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que el ex cónyuge es una mujer mayor de cincuenta años, que ha dedicado su vida al cuidado del hogar, mientras que el cónyuge legítimo es una mujer joven, sin hijos, con un trabajo y unos ingresos propios suficientes para su sustento. ¿Acaso merece esta última una protección privilegiada que le garantice, al menos, el 40% de la pensión? No parece que esté justificado.

3.1.3. La reconciliación de los cónyuges separados judicialmente y el cambio de doctrina introducido en la STS de 16 de febrero de 2016. Breve referencia a la reconciliación de los divorciados y a la STS de 20 de julio de 2015

La reconciliación, dice el art. 84 del Código Civil, «pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio» y la reconciliación tendrá «que inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente». Conforme a la regulación civil, la Sala IV del Tribunal Supremo, en doctrina consolidada, entiende que para que la reconciliación tenga efectos jurídicos en relación con el régimen de acceso a la pensión de viudedad es necesario que se haya comunicado al Juzgado correspondiente⁵². Cuando la comunicación no se realiza, se está ante una reanudación de hecho de la convivencia que, si

bien puede tener efectos ante los cónyuges, no produce tales efectos ante terceros.

Los argumentos del Tribunal Supremo son coherentes. Pero el resultado puede ser excesivamente rígido, en especial cuando resulta exigible el requisito de la pensión compensatoria. Una solución a esta rigidez sería aplicar por analogía, en estos casos, al cónyuge separado el régimen de acceso de la pareja de hecho, entendiendo que el requisito de la formalización como pareja se cumple con el matrimonio. Esta vía parece admitirse por la STS de 4 de marzo de 2014⁵³, una resolución que merece la pena comentar. En el supuesto suscitado, la pareja, que estaba separada judicialmente, reanudó la convivencia el mismo año en que se dictó la sentencia de separación y, aunque no lo comunicó al juez, sí formalizó dicha reconciliación en escritura pública notarial. Tras la muerte del marido, la mujer solicitó la pensión de viudedad como pareja de hecho, pero el INSS se la denegó porque la pareja no cumplía el requisito de «no tener vínculo matrimonial con otra persona». La Sala IV rechaza este razonamiento por excesivamente formalista: es evidente, dice el Tribunal Supremo, que la norma, con este requisito, se está refiriendo al vínculo matrimonial con un tercero. A juicio del Tribunal, la existencia de vínculo matrimonial entre ambos no puede constituir un obstáculo –sino al contrario– para lucrar la pensión de viudedad como pareja de hecho.

La Sala IV del Tribunal Supremo ha rectificado, sin embargo, este criterio en su sentencia de 16 de febrero de 2016⁵⁴. En esta sentencia se plantea un supuesto muy similar al anterior: el matrimonio se reconcilió el mismo año en que se dictó la sentencia de separación, aunque en este caso la reconciliación no se formalizó en escritura pública. La sentencia de suplicación confirmó la de instancia, denegando el derecho a la pensión de viudedad por entender que «la situación de la actora era de separación judicial sin pensión compensatoria y si bien los cónyuges

⁵² Vid., entre otras, las SSTS 7.12.2011 (recurso nº 867/2011), 16.7.2012 (recurso nº 3431/2011), 23.4.2012 (recurso nº 3383/2011), 30.10.2012 (recurso nº 212/2012).

⁵³ Recurso nº 1593/2013.

⁵⁴ Recurso nº 33/2014.

reanudaron la convivencia en el año 1997, no comunicaron al juzgado dicha situación, por lo que no tiene efectos civiles, además de que tampoco es posible apreciar la existencia de pareja de hecho, puesto que el art. 174.3 LGSS –actual art. 221.2– exige que no se tenga impedimento para contraer matrimonio o no tengan vínculo matrimonial con otra persona y la separación judicial no disuelve el matrimonio». La Sala IV del Tribunal Supremo acoge esta argumentación, afirmando que «en caso de separación, estando vigente el vínculo matrimonial, no puede constituirse válidamente una pareja de hecho entre los cónyuges». Se trata de una interpretación cuestionable, que lleva, como ya señalaba la STS de 4 de marzo de 2014, a la «diabólica situación» de negar «la pensión de viudedad desde la situación matrimonial por no reunir los requisitos, pero también desde la situación de pareja de hecho por haber contraído matrimonio». Es cierto que, en estos casos, el vínculo matrimonial no se ha disuelto y que no se puede, a la vez, ser matrimonio y pareja de hecho. Pero no se trata de atribuir a estas personas la condición de pareja de hecho, sino simplemente de aplicarles, por analogía, su régimen de acceso a la pensión de viudedad, lo que, creo, evitaría resultados injustos y desproporcionados.

Antes de cerrar este epígrafe, hay que hacer una breve referencia a la reconciliación de los divorciados. Lógicamente, la reconciliación tras el divorcio no deja sin efecto la disolución del vínculo conyugal que éste provoca. La pareja reconciliada puede, eso sí, contraer nuevo matrimonio o constituir una pareja de hecho, aplicándose el régimen de acceso a la pensión de viudedad correspondiente. El supuesto es claro y, en principio, no plantea dudas. La STS de 20 de julio de 2015⁵⁵, sin embargo, llega, sobre esta materia, a una conclusión susceptible de crítica. La sentencia afirma que «los cónyuges divorciados pueden constituir una pareja de hecho, pero cumpliendo los requisitos establecidos en el párrafo cuarto del número 3 del art. 174 –actual art. 221.2–, sin que a tales

efectos pueda computarse el anterior período de convivencia matrimonial». Para la sentencia, la convivencia «tenida con anterioridad al divorcio» no se puede computar porque «lo fue bajo vínculo matrimonial y por tanto en otro concepto distinto al de pareja de hecho». Ahora bien, hay que tener en cuenta que el art. 221.2 LGSS se limita a imponer a la pareja de hecho una convivencia «estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años», una convivencia que, por supuesto, debe basarse en una relación análoga a la conyugal. Pues bien, si entre la convivencia previa y la posterior al divorcio no hay interrupción, ¿por qué razón no se van a poder computar ambas? La norma no lo impide y es la solución más razonable.

3.2. La nulidad del matrimonio. El requisito de la indemnización del art. 98 CC

El número 3 del art. 220 LGSS se refiere al supuesto de la nulidad matrimonial y resulta también problemático. En la redacción anterior a la reforma de 2008, el precepto, en los casos de nulidad, reconocía al superviviente la pensión únicamente cuando «no cupiera la apreciación de mala fe» y «en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante». Este régimen ha sufrido importantes modificaciones con la Ley 40/2007. En su nueva redacción, el art. 220.3 LGSS dispone que, en los casos de nulidad matrimonial, el superviviente sólo podrá ser beneficiario de la pensión de viudedad cuando «se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil». Este precepto, por su parte, se refiere a los supuestos de matrimonio putativo y establece que «el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97», norma, esta última, que, como se ha visto, regula la compensación en los supuestos de divorcio y separación judicial.

⁵⁵ Recurso nº 3078/2014.

La nulidad del matrimonio no atribuye al cónyuge de buena fe el derecho a una pensión periódica, sino tan solo una cantidad a tanto alzado que fijará el Juez de acuerdo con los parámetros establecidos en el art. 97 CC. Para ser acreedor de tal indemnización el art. 98 CC exige dos requisitos: que el ex cónyuge sea de buena fe y que haya existido convivencia matrimonial. Aunque el precepto no lo diga expresamente, el otro cónyuge, además, debe ser de mala fe, pues, como indican Díez-Picazo y Gullón, no es lógico ni justo que «el cónyuge de buena fe haya de satisfacer indemnización alguna por una situación de la que ha sido ajeno»⁵⁶. De cumplirse estas circunstancias, podrá instarse el reconocimiento del derecho a la indemnización, ya sea en el propio procedimiento de nulidad matrimonial o de forma independiente. Este reconocimiento es el que exige el art. 220.3 LGSS para que el ex cónyuge superviviente tenga derecho a la pensión de viudedad en caso de fallecimiento de la persona con la que contrajo el matrimonio posteriormente anulado, siempre y cuando, claro está, posteriormente no haya contraído nuevas nupcias o constituido una pareja de hecho.

La exigencia de la indemnización del art. 98 CC carece, sin embargo, de justificación y plantea serias dudas de constitucionalidad. Carece de justificación porque a la muerte del causante el ex cónyuge de buena fe no sufre ningún desequilibrio económico⁵⁷. Esto es claro en los casos en que haya percibido ya la indemnización reconocida, pero también lo es cuando todavía no se hubiera procedido al pago, porque, como indica la doctrina civil, el fundamento de esta indemnización no es proteger al cónyuge de buena fe frente al desequilibrio económico que la nulidad matrimonial pudiera causar, sino reparar, en lo posible, el

daño que la mala fe del otro cónyuge ha provocado⁵⁸. En realidad, los supuestos de nulidad matrimonial no deberían dar lugar a pensión de viudedad, porque, al contrario que en la separación o el divorcio, en estos casos nunca se va a producir una situación de dependencia económica, al no existir derecho a una pensión compensatoria que la muerte pueda extinguir⁵⁹. El fallecimiento del causante no genera una pérdida de ingresos y, por tanto, no da lugar a un desequilibrio económico digno de protección. En este sentido, era más correcta la regulación de la disposición adicional 10ª de la Ley del Divorcio y del artículo 174.2 del antiguo texto refundido en su redacción anterior a la Ley 66/1997, que no incluían la nulidad entre los supuestos de crisis matrimoniales con derecho a pensión de viudedad. Aunque parte de la doctrina defendió la equiparación de la nulidad a los casos de separación y divorcio⁶⁰ y el propio Tribunal Supremo así lo entendió en la STS 11.12.1994, lo cierto es que la exclusión

⁵⁸ De ahí el criterio de la jurisprudencia de denegar la indemnización cuando concurre en ambos cónyuges buena o mala fe (STS 10.3.1992, recurso nº 52/1990). Si la indemnización fuera «compensatoria», el otro cónyuge estaría obligado a su pago, con independencia de su buena o mala fe, siempre que existiera desequilibrio económico. La doctrina civil rechaza esta interpretación y entiende que la remisión a los parámetros contemplados en el art. 97 CC no desempeña más función que suministrar al Juez una serie de criterios que le permitan objetivar el montante definitivo de la indemnización que, en su caso, solicite el cónyuge de buena fe contra el de mala fe. *Vid.* sobre el tema Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, cit., p. 127; C. LASARTE, *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*, Marcial Pons, Madrid, 2013, cit., p. 134; M. DE COSSÍO MARTÍNEZ, «Las medidas en los casos de crisis matrimonial», McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 120 y 121.

⁵⁹ A favor de excluir de la protección a los supuestos de nulidad matrimonial se pronunciaba ya bajo el régimen anterior C. GALA DURÁN, «El derecho a la pensión de viudedad en los casos de nulidad, separación y divorcio: la nueva redacción del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social», *AS*, 1998, vol. 5, p. 12. En contra, E. LÓPEZ TERRADA, *op. cit.*, pp. 116 y 117.

⁶⁰ A. DESDENTADO/ I. TEJERINA, «Comentario a la disposición adicional 10ª», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, pp. 2090 y J.M. GOERLICH PESET, «La protección por viudedad en los supuestos de separación y divorcio (análisis jurisprudencial de la disposición adicional 10ª de la Ley del Divorcio)», *Relaciones Laborales*, 1988, vol. II, cit., pp. 30 y 31, este último, sin embargo, reconociendo las dificultades de tal equiparación.

⁵⁶ Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, tomo I, cit., p. 127.

⁵⁷ En el mismo sentido se pronuncia p. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «La pensión de viudedad: entre la «contributividad automática» y la «asistencialidad contributiva». Breve crónica de cómo el tiempo va poniendo –poco a poco– cada cosa en su lugar», *Justicia Laboral*, nº 41, 2010, p. 18.

de la nulidad matrimonial era una solución más coherente.

Pero el problema es más profundo, porque la norma no sólo protege a quien no merece protección, sino que además está dando un trato más favorable al ex cónyuge del matrimonio nulo que al ex cónyuge divorciado o separado. A estos dos últimos se les niega el derecho a la pensión de viudedad cuando en la sentencia o en el convenio regulador del divorcio o la separación se hubiera concedido una indemnización a tanto alzado en vez de una pensión compensatoria. Sin embargo, al ex cónyuge del matrimonio nulo precisamente se le reconoce tal derecho cuando se le haya concedido la indemnización. El resultado es absurdo: si el ex cónyuge del matrimonio putativo cobra la indemnización, cobrará también la pensión; si el divorciado o separado cobra la indemnización, no cobrará la pensión. ¿Tiene justificación este trato diferente? No parece que exista ninguna razón que lo justifique, porque en los tres supuestos el daño que se haya podido producir como consecuencia de la ruptura ha quedado reparado con la indemnización. En ninguno de ellos, por tanto, existe desequilibrio económico y, por esa razón, en ninguno de ellos está justificada la protección. El trato desigual resulta, así, contrario al principio de igualdad del art. 14 CE y a la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos consagrada en el art. 9.3 CE.

En todo caso, hay que tener en cuenta que el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad matrimonial sigue teniendo actualmente un carácter limitado. Al contrario que en la separación y el divorcio, el ex cónyuge de matrimonio nulo, aun cuando sea único beneficiario de la prestación, tan sólo tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de duración del matrimonio posteriormente anulado. Lo deja claro el 220.2, en su último inciso, de acuerdo con el cual en estos casos la pensión de viudedad «será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante». Para el caso de concurrencia de varios beneficiarios, la nor-

ma remite a lo dispuesto para los supuestos de divorcio, de forma que la cuantía que corresponde de acuerdo con la convivencia puede quedar limitada como consecuencia de la garantía del 40% prevista a favor del cónyuge o pareja de hecho superviviente.

4. LAS PAREJAS DE HECHO BENEFICIARIAS DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

4.1. Acceso a la pensión de viudedad, pero en condiciones más restrictivas. La constitucionalidad de este trato diferente conforme a la STC 92/2014

La pensión de viudedad de las parejas de hecho es objeto de estudio en otro artículo de esta revista, por lo que me limitaré a comentar brevemente los problemas más importantes que plantea su régimen.

La principal novedad que introdujo la Ley 40/2007 en la pensión de viudedad fue, sin duda, la inclusión de las parejas de hecho como posibles beneficiarias. La medida es, sin embargo, limitada. Primero, porque no incluye a todas las parejas de hecho, sino únicamente a aquellas que reúnen una serie de requisitos formales y de convivencia. Y segundo, porque a la hora de acceder a la protección no existe una equiparación con las uniones matrimoniales, exigiéndose para las parejas de hecho la existencia de un desequilibrio económico o de un estado de necesidad que no se requiere cuando media vínculo conyugal.

Estas diferencias en el acceso a la protección han llevado a algunos autores de la doctrina a apreciar un trato desigual no justificado, lo que constituiría una vulneración del art. 14 CE⁶¹. No parece, sin embargo, que la tacha de inconstitucionalidad pueda aceptarse tenien-

⁶¹ A. LAMARCA I MARQUÉS y L. ALASCIO CARRASCO, «Parejas de hecho y pensión de viudedad», *Indret*, nº 4/2007, p. 26 y ss; C. VIQUEIRA PÉREZ, «La situación protegida en la pensión de

do en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, confirmada por la STC 92/2014. Si, de acuerdo con esta doctrina, la exclusión de la protección a las parejas de hecho es conforme con el art. 14 CE, con más razón lo es un régimen intermedio que permite el acceso a la prestación, aun cuando exija para ello requisitos que no se aplican a las parejas matrimoniales. Cuestión distinta es si esa diferencia de trato merece una crítica favorable o desfavorable. En este sentido habría que distinguir entre los requisitos que el legislador impone para considerar existente una «pareja de hecho» y la dependencia económica que se exige para el acceso a la protección. Los primeros tienen defectos importantes que luego se analizarán, pero, en todo caso, resulta razonable que el legislador exija a las parejas de hecho requisitos formales y de convivencia que no se aplican a los matrimonios. Por el contrario, los requisitos económicos –desequilibrio/estado de necesidad– deberían haberse impuesto de manera uniforme, tanto a las uniones de hecho como a las uniones matrimoniales.

4.2. Los requisitos que debe cumplir la pareja de hecho y sus disfunciones

El número 2 del art. 221 LGSS establece los requisitos que debe cumplir la pareja de hecho para que pueda ser beneficiaria de la pensión de viudedad. El párrafo quinto del antiguo art. 174.3 LGSS/1994, por su parte, disponía que en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, la definición de la pareja de hecho beneficiaria correspondería a la legislación autonómica. Este párrafo quinto fue declarado inconstitucional por la STC 40/2014⁶². Dos son las razones de su inconstitucionalidad: en primer lugar, la remisión a

viudedad derivada de pareja de hecho», *Actualidad Laboral*, nº 18/2008, p. 2165.

⁶² Para un análisis en profundidad de esta sentencia, remenvío a mi trabajo «Una muerte anunciada: la declaración de inconstitucionalidad del párrafo 5º del art. 174.3 LGSS por la STC de 11 de marzo de 2014», *Revista de Derecho Social*, nº 65, pp. 145 a 158.

la legislación autonómica vulneraba la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social reconocida en el art. 149.1.17ª de la Constitución; y, en segundo lugar, dicha remisión vulneraba también el principio de igualdad, pues en la modalidad contributiva de la Seguridad Social todos contribuyen igual a la financiación de las prestaciones, por lo que todos deben acceder en condiciones de igualdad, sometiéndose a un mismo régimen, que sólo puede ser el estatal.

Anulado el párrafo quinto del antiguo art. 174.3 LGSS/1994, los requisitos exigidos a la pareja de hecho para poder ser beneficiaria de la pensión de viudedad están actualmente previstos en el art. 221.2 y operan de manera uniforme en todo el territorio nacional. Veamos cuáles son estos requisitos, para después centrarnos en los que han resultado más problemáticos en la práctica: 1º. Relación de afectividad análoga a la conyugal. 2º. Inexistencia de impedimento para contraer matrimonio entre sus miembros. 3º. Inexistencia de vínculo matrimonial con otra persona. 4º. Convivencia estable, notoria, inmediata al fallecimiento y de duración no inferior a 5 años, acreditada mediante certificado de empadronamiento. 5º. Acreditación de la existencia de la pareja de hecho por medio de su inscripción en un registro específico o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja; la inscripción o el documento público deben ser anteriores en dos años al fallecimiento.

Los tres últimos requisitos han sido, sin duda, los más problemáticos.

La inexistencia del vínculo matrimonial con un tercero opera como una especie de requisito «antibigamia»⁶³ y su constitucionalidad ha sido recientemente confirmada por la STC 44/2014. La duda surge a la hora de determinar en qué momento es exigible este requisito. El INSS en-

⁶³ SSTS 14.7.2011 (recurso nº 3857/2010), 24.4.2012 (recurso nº 3428/2011).

tendía que este requisito era exigible durante todo el período de convivencia mínima exigido por la norma. Este criterio ha sido rechazado por el Tribunal Supremo. La Sala IV considera que la inexistencia de vínculo conyugal con un tercero debe cumplirse en el momento en que se pretenda formalizar la pareja de hecho, es decir, en el momento en que se inscriba en el registro o se formalice en documento público; para los supuestos especiales de protección retroactiva, el requisito deberá cumplirse en el momento del fallecimiento. Se trata de una doctrina consolidada⁶⁴, aunque resulta discutible, pues una interpretación sistemática de la norma obliga a entender que la convivencia mínima exigida debe hacerse como tal pareja de hecho y, por tanto, cumpliendo todos los requisitos exigidos a este tipo de unión.

Pasemos a la acreditación de la convivencia. La norma exige que la convivencia se acredite «mediante certificado de empadronamiento». Parece, por tanto, que sólo admite como medio de prueba de la convivencia este certificado del padrón municipal. El Tribunal Supremo, sin embargo, ha rechazado una interpretación literal de la norma, afirmando en numerosas sentencias que la convivencia debe poder acreditarse mediante otros medios de prueba admisibles en Derecho y no exclusivamente mediante el certificado de empadronamiento⁶⁵. La solución de la Sala IV es comprensible, aunque lo cierto es que la norma es muy clara al exigir como único medio de prueba el certificado de empadronamiento. Quizás hubiera sido preferible presentar una cuestión de inconstitucionalidad, pues lo cierto es que la norma está limitando el uso de los medios de prueba sin que, en principio, exista

una razón que lo justifique, pudiendo vulnerar con ello el derecho a la defensa (art. 24 CE).

El último requisito y, sin duda, el más conflictivo es la acreditación de la existencia de la pareja de hecho mediante su inscripción en un registro específico o mediante su constitución en documento público. En algunas sentencias de suplicación se entendió que este requisito no operaba de forma autónoma, sino que tan sólo hacía referencia a la acreditación de la convivencia, que podría probarse mediante la inscripción de la pareja o mediante cualquier documento público. De esta forma, se consideró cumplido el requisito con el simple certificado de empadronamiento e incluso con el libro de familia. Esta interpretación ha sido descartada por las Sentencias del Pleno de la Sala IV del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2014⁶⁶, ambas con voto particular. En estas sentencias se afirma que la norma exige dos requisitos diferentes: la acreditación de la convivencia y la acreditación de la existencia de la pareja de hecho. La convivencia se acredita, conforme a la doctrina antes comentada, por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. La existencia de la pareja sólo puede acreditarse mediante su formalización en documento público o su inscripción en el registro. Por otra parte, no basta con cualquier documento público, ni con cualquier inscripción: la inscripción debe hacerse en el registro de parejas de hecho y el documento público debe reflejar expresamente la constitución de la pareja de hecho⁶⁷. Se trata de una doctrina que ha sido confirmada por numerosas sentencias posteriores⁶⁸ y que merece

⁶⁶ Recursos nº 1980/2012 y 2563/2010.

⁶⁷ No se admite, a estos efectos, una escritura pública de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada laboral, en la que ambos constituyentes reconocen que forman una unión estable de carácter permanente como pareja de hecho (STS 9.2.2015, recurso nº 1352/2014). Tampoco el documento en el que aparece como beneficiaria del derecho de asistencia sanitaria la persona con la que se convive, sin especificarse el motivo del reconocimiento de ese beneficio (STS 28.4.2015, recurso nº 2414/2014), ni el libro de familia (STSJ Cataluña 19.2.2016, recurso nº 6748/2015).

⁶⁸ *Vid.*, entre las más recientes, las SSTS 8.11.2016 (recurso nº 3469/2014), 1.6.2016 (recurso nº 207/2015), 11.5.2016 (recurso nº 2585/2014), 19.4.2016 (recurso nº 2825/2014),

⁶⁴ *Vid.*, entre otras, las SSTS 14.7.2011 (recurso nº 3857/2010), 8.11.2011 (recurso nº 796/2011), 13.3.2012 (recurso nº 4620/2010). En la doctrina de suplicación, *vid.* STSJ Cantabria 10.3.2016 (recurso nº 1038/2015).

⁶⁵ Los pronunciamientos son numerosos. *Vid.*, entre otras, las SSTS 25.5.2010 (recurso nº 2969/2009), 14.6.2010 (recurso nº 2975/2009), 24.6.2010 (recurso nº 4271/2009), 26.1.2011 (recurso nº 2174/2010), 14.4.2011 (recurso nº 1846/2010), 9.6.2011 (recurso nº 3592/2010).

una valoración positiva pues, en efecto, la ley exige dos requisitos distintos y lo hace así por una razón: la convivencia en común no prueba la «relación de afectividad análoga a la conyugal», que solo se acredita a través de la formalización de la pareja de hecho.

Esta doctrina de la Sala IV ha sido avalada por el Tribunal Constitucional. En las SSTC 51/2014 y 60/2014, el Tribunal Constitucional parte de que, en efecto, la norma exige dos requisitos diferentes: uno material, referido a la convivencia y otro formal, que exige la inscripción como pareja de hecho o su constitución en documento público. Este último requisito, según el Tribunal Constitucional, no es contrario al art. 14 de la CE. En primer lugar, porque resulta justificado: no basta con acreditar una convivencia, es necesario, además, acreditar que esta convivencia se ha hecho *more uxorio*, y por esta razón se exige la formalización de la pareja de hecho. Esta exigencia formal, a juicio del Tribunal Constitucional, favorece, además, la seguridad jurídica y evita el fraude.

4.3. La dependencia económica o el estado de necesidad

Si ya el concepto de pareja de hecho es restrictivo, exigiéndose requisitos que no operan cuando existe matrimonio, hay que señalar que también el acceso a la protección resulta más limitado para estas uniones sin vínculo conyugal. La diferencia fundamental está en que a los cónyuges no se les exige una situación de dependencia económica para ser beneficiarios de la pensión de viudedad, mientras que a las parejas de hecho sí. Hay que recordar, sin embargo, que, como ya se dijo, esta diferencia de trato no es inconstitucional, pues el Tribunal Constitucional ha afirmado en reiteradas

ocasiones que la unión matrimonial y la extramatrimonial no son situaciones equiparables. Ahora bien, a pesar de ello lo cierto es que la opción del legislador es criticable. Imponer a las parejas de hecho requisitos formales y de convivencia rigurosos está plenamente justificado, pero exigir la dependencia económica a estas uniones y no hacerlo a los cónyuges resulta poco acertado. Lo más razonable hubiera sido establecer este requisito económico con carácter general, pero, como ya vimos, se trata de una medida políticamente arriesgada y el legislador no ha querido adoptarla.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 221.1 LGSS, la pareja de hecho superviviente tan sólo podrá acceder a la pensión de viudedad si la muerte ha producido un desequilibrio económico o si se acredita la existencia de un estado de necesidad. El criterio para determinar si existe o no desequilibrio económico depende de si hay hijos comunes de la pareja con derecho a pensión de orfandad. En el primer caso, se producirá el desequilibrio cuando los ingresos del superviviente «durante el año natural anterior no alcanzaron el 50% de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período». Si no hay hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, ese porcentaje baja al 25%. El requisito del desequilibrio pondera, así, los efectos que, en la esfera económica, ha producido la muerte del causante en la pareja que le sobrevive y opera con independencia de si existe o no realmente un estado de necesidad por parte de esta persona, que puede tener ingresos propios más que suficientes, siempre y cuando no alcancen, en relación con los del causante, el porcentaje fijado por la ley. De esta forma, la pensión de viudedad se asemeja a la pensión civil compensatoria, aunque, al contrario que en ésta, el art. 221.1 LGSS no exige la permanencia del desequilibrio: cumplido el requisito en el momento del hecho causante, el conviviente superviviente mantendrá el derecho a la pensión con independencia de su situación económica posterior, que puede mejorar sustancialmente sin que ello produzca la extinción de la pensión.

30.3.2016 (recurso nº 2689/2014), 29.3.2016 (recurso nº 3151/2014), 23.2.2016 (recurso nº 3271/2014), 18.12.2015 (recurso nº 2944/2014), 17.12.2015 (recurso nº 2882/2014), 16.12.2015 (recurso nº 3453/2014), 12.5.2015 (recurso nº 2709/2014), 8.4.2015 (recurso nº 2414/2014), 29.6.2015 (recurso nº 2684/2014), 9.2.2015 (recurso nº 1352/2014).

Si la muerte del causante no ha producido un desequilibrio económico, el legislador ofrece una segunda vía para acceder a la pensión de viudedad. El derecho a la prestación se reconoce también cuando los ingresos de la pareja sobreviviente «resulten inferiores a 1'5 veces el salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante», límite que se incrementa en 0'5 «por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente». Se pondera aquí la existencia de una situación de insuficiencia de recursos, propia de la protección asistencial; de ahí que se haya dicho que en estos casos estamos ante un supuesto típico de «asistencialidad contributiva pura»⁶⁹, aunque, en este caso, el carácter «asistencial» opera en el acceso a la protección y no en su contenido. De acuerdo con esta naturaleza «híbrida», el legislador exige que el límite de rentas se cumpla durante todo el período de percepción de la pensión, de forma que si en algún momento se superara, el beneficiario perdería la prestación. Lo que no precisa la ley es si, en estos casos, el derecho a la pensión se extingue o tan sólo se suspende. El art. 11 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967 no incluye esta circunstancia entre las causas de extinción de la pensión, por lo que parece más razonable entender que en esta hipótesis la pérdida de la pensión es temporal, de forma que si, en algún momento, los ingresos del beneficiario vuelven a estar por debajo del umbral previsto en la ley, su derecho a la prestación se reactivará⁷⁰.

⁶⁹ P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *op. cit.*, p. 15. En el mismo sentido se pronuncia E. LÓPEZ TERRADA en T. SALA FRANCO, R. ROQUETA BUJ, M. LÓPEZ BALAGUER y E. LÓPEZ TERRADA, *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social*, Valencia, 2008, p. 110. Sobre este cuestión, *vid.*, con carácter general, M. ALONSO OLEA, «Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad», *RMTAS*, nº 39/2002, pp. 13 a 20.

⁷⁰ Así lo entiende también C. VIQUEIRA PÉREZ, «La situación protegida en la pensión de viudedad derivada de pareja de hecho», *cit.*, p. 2168.

4.4. La protección retroactiva de las parejas de hecho en la disposición adicional 3ª de la Ley 40/2007. La inconstitucionalidad del requisito de los hijos comunes (STC 41/2013) y la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el plazo de los 12 meses por el ATC 112/2015

La disposición adicional 3ª de la Ley 40/2007 prevé una regla especial de derecho transitorio que permite, con carácter excepcional, el reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho cuando la muerte se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, es decir, antes de 1 de enero de 2008. La disposición exigía, en su redacción original, los siguientes requisitos: 1. Convivencia ininterrumpida durante los últimos 6 años anteriores al fallecimiento. 2. Existencia de hijos en común. 3. Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social. 4. Que la solicitud de la pensión de viudedad se presente en los 12 meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley 40/2007. La disposición adicional dispone además que la pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición.

Los requisitos problemáticos son el segundo y el cuarto. El segundo ya ha sido declarado inconstitucional; en relación con el cuarto se planteó una cuestión de inconstitucionalidad que ha sido inadmitida.

La STC 41/2013, en efecto, ha anulado el requisito de los hijos comunes por entender que vulnera el principio de igualdad. La cuestión de inconstitucionalidad que se presentó fundamentaba sus dudas en la posible discriminación que la aplicación de este requisito podía provocar sobre las parejas del mismo sexo. Pero el Tribunal Constitucional analiza el problema desde una perspectiva más amplia, cuestionando si la diferencia de trato entre parejas de hecho con hi-

jos y parejas de hecho sin hijos está justificada. Pues bien, para el Tribunal Constitucional esta diferencia de trato no está justificada, porque no responde a la finalidad de la pensión contributiva de viudedad, que no es la de atender a una real situación de necesidad sino más bien de resarcir el daño económico que produce la muerte al perder la pareja los ingresos del fallecido. Esta tesis no es, en mi opinión, acertada. No es posible ahora analizar con detenimiento sus razonamientos⁷¹. Basta con señalar que la pensión contributiva de viudedad sí atiende a una situación real de necesidad –que, en el caso del cónyuge, se presume– y que la existencia de hijos comunes es un factor de ponderación razonable de esta situación. En todo caso, la STC 81/2016 ha extendido la declaración de inconstitucionalidad a la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008, que imponía el mismo requisito de los hijos comunes para «la pensión de viudedad en supuestos especiales» del Régimen de Clases Pasivas del Estado.

En cuanto al plazo de los 12 meses, hay que decir que ha sido un requisito polémico desde el principio. En la doctrina de suplicación algunas sentencias consideraron que este requisito no era, en realidad, un presupuesto para el acceso a la pensión, sino tan sólo una condición necesaria para que los efectos económicos del derecho a la pensión pudieran producirse desde el 1 de enero de 2007. Esta interpretación fue rechazada por la Sala IV del Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de octubre de 2013⁷². Para el Tribunal Supremo el plazo de los 12 meses sí opera como una excepción a la regla general del art. 230 de la LGSS, en virtud del cual el derecho a la pensión de viudedad es imprescriptible, porque aquí no estamos ante un supuesto normal. La disposición adicional 3ª de la Ley 40/2007 establece un régimen especial, que abre una vía excepcional a la protección retroactiva, pero

esta vía no podrá ser utilizada más que durante un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, por lo que actualmente está agotada.

Posteriormente, el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona planteó en el Auto de 13 de enero de 2015 una cuestión de inconstitucionalidad en relación con este requisito, alegando la posible vulneración del principio de igualdad al entender que el requisito no está justificado ni es proporcionado, explicándose únicamente por razones económicas; se alegaba también la posible discriminación indirecta por razón de sexo, al provocar este requisito un impacto negativo de género evidente. La cuestión ha sido inadmitida por el ATC 112/2015, al considerarla notoriamente infundada. El Tribunal Constitucional niega que exista vulneración del principio de igualdad y, citando su STC 88/1991, señala que «el principio de igualdad ante la Ley no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron o en que se produjeron sus efectos, deban recibir un tratamiento igual por parte de la Ley». Frente a esta respuesta, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, en su Auto de 10 de julio de 2015, insistió en su cuestión de inconstitucionalidad afirmando que el ATC 112/2015 no había respondido a una de las dudas de constitucionalidad formuladas: la que considera que la norma cuestionada puede constituir una discriminación indirecta por razón de sexo. La cuestión ha quedado definitivamente zanjada con el ATC 146/2015, que acuerda estar a lo acordado en el ATC 112/2015 y aclara que «la sujeción a plazo temporal que la norma impone ni formal ni materialmente determina que las mujeres se encuentren en peor situación que los hombres para ejercer en ese plazo el derecho a solicitar la pensión de viudedad».

⁷¹ Me remito a mi trabajo *La pensión de viudedad. Retos del Derecho de Familia y reflexiones sobre las últimas reformas*, Bomarzo, 2013, pp. 184-199.

⁷² Recurso nº 3189/2012.

RESUMEN

Este trabajo analiza, a través de la doctrina judicial más reciente, los problemas que en la práctica plantea el régimen jurídico de la pensión de viudedad. Comienza el artículo con unas reflexiones previas sobre la crisis de la pensión de viudedad y la necesidad de reformar su régimen jurídico para adecuarlo a la nueva realidad socio-económica.

Tras estas reflexiones, el artículo aborda el estudio del régimen jurídico de la prestación de viudedad. El trabajo se centra en el campo de los beneficiarios, debido a que el régimen de acceso de la pensión de viudedad es, sin duda, el aspecto más conflictivo de su regulación.

Se examina, en primer lugar, el régimen de acceso «privilegiado» del cónyuge legítimo y su constitucionalidad, los problemas que plantea la apreciación del vínculo conyugal y el supuesto excepcional del fallecimiento que deriva de una enfermedad no sobrevenida tras el vínculo conyugal. En relación con la constitucionalidad del régimen de acceso «privilegiado» del cónyuge, se analiza la STC 92/2014, que resuelve una cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con el requisito del matrimonio aplicado a las parejas de hecho homosexuales antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007. La sentencia confirma la doctrina anterior del Tribunal Constitucional, afirmando que el requisito del matrimonio está plenamente justificado, aun cuando en su día supusiera la exclusión de todas las parejas homosexuales del ámbito de protección de la pensión de viudedad. Respecto a las dificultades que plantea en la práctica la apreciación del vínculo conyugal, se examina, primero, el problema de los matrimonios no inscritos y la solución del Tribunal Constitucional dada en la STC 199/2004, que resulta cuestionable. El segundo problema que se expone es el de los matrimonios celebrados por el rito gitano. En este punto, se comenta la STEDH de 8 de diciembre de 2009, dictada en el caso «Muñoz Díaz» y su posible ampliación a otros supuestos, en concreto a los matrimonios islámicos inválidos. En relación con este supuesto, se analiza la STC 194/2014. El último problema examinado es el de los matrimonios polígamos; se exponen las distintas soluciones aplicadas en la doctrina de suplicación para, finalmente, defender, como opción más razonable, la adoptada por el Estado español en los convenios bilaterales firmados con Marruecos y Túnez en materia de Seguridad Social, debería aplicarse también a los nacionales de otros países. Esta parte del trabajo se cierra con el estudio del supuesto excepcional del fallecimiento que deriva de una enfermedad no sobrevenida tras el vínculo conyugal, analizando, en especial, la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo en relación con el requisito de la convivencia prematrimonial. Con respecto a este requisito, la Sala IV ha hecho dos precisiones. En primer lugar, la convivencia prematrimonial solo resulta computable desde el momento en que no exista ningún impedimento de los miembros de la pareja para contraer matrimonio, por lo que no computa la convivencia cuando alguno de los miembros de la pareja o ambos mantiene vínculo conyugal con un tercero. En segundo lugar, esta convivencia prematrimonial no requiere la exigencia documental de la pareja de hecho. Esta última interpretación resulta discutible, pues la remisión que hace el art. 219.2 al art. 221.2 de la LGSS no se limita a su párrafo primero.

En la tercera parte del trabajo se estudia el régimen de acceso a la pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimoniales: divorcio, separación judicial y nulidad del matrimonio. En relación con los ex cónyuges y los cónyuges separados judicialmente, se examina, en primer lugar, el requisito de la pensión civil compensatoria y el régimen previsto en la disposición transitoria 13ª de la LGSS. La Sala IV del Tribunal Supremo ha aclarado algunos aspectos importantes en esta materia. Respecto a la pensión civil compensatoria, ha precisado que basta con ser acreedor de la misma (SSTS 18.9.2013 y 1.4.2014) y que la remisión al art. 97 del Código Civil debe interpretarse, además, de forma flexible y finalista –lo decisivo no es el nombre, sino la finalidad– (STS Pleno

29.1.2014 y STS 23.2.2016, entre otras). En cuanto al régimen de la disposición transitoria 13ª LGSS, la Sala IV ha hecho tres aclaraciones destacables: 1) Este régimen se aplica aun cuando el ex cónyuge cumpla el requisito de la pensión civil compensatoria (STS 15.10.2014). 2) En el requisito nº 2, si se produce separación y posterior divorcio, la fecha que habrá que tener en cuenta es la de la separación (STS 2.11.2013). 3) La pensión en estos supuestos se calcula conforme a la normativa anterior a la Ley 40/2007, lo que tiene dos consecuencias importantes: la cuantía de la pensión no estará limitada a la cuantía de la pensión civil compensatoria, cuando exista (STS 15.10.2014), y el ex cónyuge sólo tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo convivido con el causante –tesis atributiva– (STS 23.6.2014). La disposición transitoria exige, en todo caso, que el divorcio o la separación se hayan producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007. Después, se expone el régimen de asignación de la pensión de viudedad en los supuestos de divorcio y separación judicial, explicando el fin de la «doctrina del INSS viudo», el retorno a la tesis distributiva y la garantía del 40% a favor del vínculo vigente en el momento del fallecimiento. Finalmente, se comenta el supuesto de la reconciliación de los cónyuges separados judicialmente y el cambio de doctrina introducido en la STS 16.2.2016, haciendo una breve referencia a la reconciliación de los divorciados y a la STS 20.7.2015. En relación con la nulidad matrimonial, se hace una valoración crítica del régimen de acceso a la pensión de viudedad.

La última parte del estudio se centra en las parejas de hecho, aunque, debido a que la revista incluye un artículo dedicado a esta materia, el trabajo se limita a comentar brevemente los problemas más importantes que plantea su régimen. De los requisitos que se le exigen a la pareja de hecho para ser beneficiaria de la pensión de viudedad, tres son especialmente problemáticos: el requisito «antibigamia», la acreditación de la convivencia y la acreditación de la existencia de la pareja de hecho. La constitucionalidad del primero de los requisitos mencionados ha sido confirmada por la STC 44/2014. En cuanto a los otros dos requisitos, la Sala IV del Tribunal Supremo ha hecho varias precisiones. La acreditación de la convivencia puede hacerse mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho (STS 9.6.2011, entre otras). Por su parte, la acreditación de la existencia de la pareja de hecho es un requisito autónomo y solo puede llevarse a cabo mediante la formalización de la pareja en documento público o mediante su inscripción en el registro de parejas de hecho (STS 1.6.2016 y otras), criterio que ha sido avalado por el Tribunal Constitucional (SSTC 51/2014 y 60/2014). El examen termina analizando la protección retroactiva de las parejas de hecho en la disposición adicional 3ª de la Ley 40/2007; en especial, la inconstitucionalidad del requisito de los hijos comunes (STC 41/2013) y la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el plazo de los 12 meses por el ATC 112/2015.

Palabras clave: Pensión de viudedad, matrimonio, matrimonios no inscritos, poligamia, divorcio, separación judicial, pensión civil compensatoria, nulidad matrimonial, reconciliación, parejas de hecho, dependencia económica, protección retroactiva.

ABSTRACT This paper analyses, through the latest judicial doctrine, the problems that the legal status of widowhood pensions cause in practice. The article begins with some preliminary reflections on the crisis of widowhood pensions and the necessity to reform its legal system to adapt it to the new socioeconomic reality.

After these reflections, the paper analyses the legal framework for widowhood benefits. This study is focused on the field of beneficiaries, because the access to the widowhood pension scheme is undoubtedly the most controversial aspect of its regulation.

First, we examine the «privileged» access scheme for the legitimate spouse and its constitutionality, the problems that the assessment of marriage bonds creates and the exceptional event of death derived from an illness not occurring after the marriage bond. Regarding the constitutionality of the «privileged» access scheme for the spouse, STC 92/2014 is analysed; this judgement solves an internal question of unconstitutionality in relation to the requirement of marriage for same-sex couples before the entry into force of Law 40/2007. This judgement confirms the previous doctrine of the Constitutional Court, claiming that the marriage requirement is fully justified, even though in its day all same-sex couples were excluded from the benefits of widowhood pensions. Regarding the difficulties that assessment of marriage bonds causes in practice, first we examine the problem of unregistered marriages and the resolution of the Constitutional Court according to STC 199/2004, which results questionable. The second problem stated here is about marriages celebrated according to the gypsy wedding rite (Roma rite). At this point, we discuss the judgement JECHR of 8 December 2009, which was pronounced in the case «Muñoz Díaz», and its possible extension to other cases, more specifically to invalid Islamic marriages. Under this assumption, STC 194/2014 is analysed. The problem of polygamous marriages is discussed last; several solutions applied to appeals of reconsideration are discussed in order to finally defend, as the most reasonable option, the one adopted by the Spanish State in bilateral agreements signed with Morocco and Tunisia on Social Security, which should also be applied to nationals from other countries. This part of the article finishes with the study of the exceptional event of death derived from an illness not occurring after the marriage bond and the analysis, in particular, of the doctrine of the Supreme Court (Chamber 4-Civil Law) in relation to the requirement of cohabitation before marriage. With respect to this requirement, Chamber 4 has made two clarifications. First, cohabitation before marriage only counts from the moment there is no impediment for the partners to marry, so cohabitation does not count when any of the partners or both has a marriage bond with a third person. Secondly, the documents needed for common-law partners are not required for this cohabitation before marriage. The latter interpretation is dubious, because the reference in Article 219.2 to Article 221.2 of the General Law on Social Security (LGSS) is not limited to its first paragraph.

The third part of the paper deals with the access scheme to widowhood pensions in cases of marriage crisis, divorce, legal separation and nullity of marriage. In relation to former spouses and judicially separated spouses, we examine first the requirement of compensatory civil pension and the rules established in the 13th transitional provision of the LGSS. Chamber 4 of the Supreme Court has clarified some important aspects in this area. Regarding the civil compensatory pension, it has stated that you only need to be a beneficiary to be entitled to it (judgement Supreme Court STS 18.9.2013 and 1.4.2014) and that the reference to Article 97 of the Civil Code should also be interpreted in a flexible and final way - what matters is not the name, but the purpose- (STS Plenary Session 29.1.2014 and STS 23.2.2016, among others). As for the scheme of the 13th transitional provision of LGSS, Chamber 4 has made three outstanding clarifications: 1) This scheme applies even if the former spouse meets the requirement of civil compensatory pension (STS 15.10.2014). 2) In requirement number 2, if separation and subsequent divorce occurs, the date that will have to be taken into account is the separation date (STS

2.11.2013). 3) The pension in these cases is calculated according to previous regulations to Law 40/2007, which has two important consequences: the amount of the pension will not be limited to the amount of compensatory civil pension, if available (STS 15.10.2014), and the former spouse will only be entitled to a pension in proportion to the cohabitation period with the deceased- attribution theory (STS 23.6.2014). The transitional provision requires that, in any case, divorce or separation have occurred prior to the entry into force of Law 40/2007. Then, the scheme for allocation of widowhood pensions in cases of divorce and legal separation is discussed, explaining the purpose of the «doctrine of the widower INSS» the return to distributive justice and the guarantee of 40% in favour of the bond in force at the time of death. Finally, we deal with the case of reconciliation of legally separated spouses and the change of scheme introduced in judgement STS 16.2.2016, with a brief reference to reconciliation of divorced spouses and to judgement STS 20.7.2015. Regarding nullity of marriage, a critical assessment of the access scheme to widowhood pensions is presented.

The last part of the study focuses on common-law partnerships but due to the fact that the magazine includes an article devoted to this subject, it briefly discusses the most important issues raised by its scheme. Among the requirements for common-law partners to be entitled to a widowhood pension, three are particularly problematic: the «anti-bigamy» requirement, evidence of cohabitation and the existing common-law partner. Constitutionality of the first of these requirements has been confirmed by judgement STC 44/2014. As for the other two requirements, Chamber 4 of the Supreme Court has made several clarifications. Evidence of cohabitation can be done by any means admissible by law (STS 9.6.2011, among others). As for evidence of an existing common-law partner, it is an autonomous requirement and can only be carried out by registration of the common-law partnership by means of a public document or register offices (STS 1.6.2016 and others), an approach that has been endorsed by the Constitutional Court (SSTC 51/2014 and 60/2014). This review ends by analysing the retroactive protection of common-law partners on the 3rd additional provision of Law 40/2007; in particular, the unconstitutional requirement about common children (STC 41/2013) and the inadmissibility of unconstitutionality over a period of 12 months by ATC 112/2015 (decision of the Constitutional Court).

Keywords: Widowhood pension, marriage, unregistered marriages, polygamy, divorce, legal separation, civil compensatory pension, nullity of marriage, reconciliation, common law partners, financial dependence, retroactive protection.

La pensión de viudedad en la doctrina del Tribunal Constitucional

Widowhood pension in the Constitutional Doctrine

PEDRO F. RABANAL CARBAJO*

1. INTRODUCCIÓN. NOCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1.1. Objeto del estudio

Resulta llamativo el gran número de resoluciones del Tribunal Constitucional sobre la pensión de viudedad, una prestación cuya regulación es –aunque cada vez menos– aparentemente sencilla cualitativa y cuantitativamente. Sin embargo una simple combinación en la búsqueda del término pensión de viudedad combinado con la selección del Tribunal Constitucional en el campo correspondiente al órgano jurisdiccional, arroja más de un centenar de resoluciones, cifra que al espectador desavisado le puede parecer –también al observador más atento, aunque este último puede figurarse mejor la causa– desproporcionada para algo

que se explica tan simplemente como la pensión que queda al superviviente del matrimonio (o la pareja) cuando el otro integrante de ella, que trabajaba, muere.

¿Cómo es posible entonces que un asunto tan simple haya podido generar tan alto número de conflictos relacionados con la constitucionalidad de su regulación? Buena parte de la explicación radica en que se trata de una cuestión sensible por sus implicaciones de sesgo no jurídico. En el planteamiento de las cuestiones que han sido llevadas al Tribunal Constitucional en relación con la pensión de viudedad, no se ha tratado sólo –aunque también, naturalmente– de resolver el acomodo de la regulación o de una resolución administrativa y jurisdiccional al texto de la Ley Fundamental, sino asimismo de determinar o propugnar un modelo ideológico en cuanto a la familia y en cuanto a la organización del Estado. Y si esta razón está en la base de muchas de las cuestiones que han llegado al Tribunal Constitucional, también lo está en sus resolu-

* Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº 4 de Ourense.

ciones. En esta materia ha quedado, en muchas de las sentencias dictadas, notoriamente plasmada la diversidad política y territorial de los miembros que lo componen, dicho sea sin ánimo de denuncia de politización del Órgano que precisamente porque está fuera de la Organización Jurisdiccional, tiene una composición distinta por el origen de sus miembros y por el modo en que se nombran (arts. 16 y ss. LOTC). En fin, si como se ha dicho, en el planteamiento de las cuestiones sobre la pensión de viudedad al Tribunal Constitucional subyace un interés metajurídico, ideológico, además de la cuestión jurídica concreta, es también normal que en su resolución se adopten también puntos de vista metajurídicos, ideológicos, sin perjuicio del encaje de los argumentos con perfecta técnica jurídica.

Así, desde los primeros pronunciamientos en relación con el supuesto de discriminación del viudo en la redacción originaria del art. 160 LGSS 1974 en las SsTC 103 y 104/1983¹ hasta los últimos pronunciamientos en relación con los requisitos de los integrantes de parejas de hecho para percibir pensión de viudedad o su condición sexual, Las interpretaciones del Tribunal Constitucional han tenido que «hilar cada vez más fino», desde la más fácil e inicial de la equiparación del viudo a la viuda hasta las más sutiles respecto de las formas del matrimonio o la falta de él y sus motivos, las alambicadas distinciones de la aplicación legal entre los matrimonios y las parejas de hecho y el equilibrio legal entre las parejas de hecho heterosexuales y homosexuales, antes y después de la legalización del matrimonio homosexual por la Ley 13/2005, de 1 julio.

Sin embargo, las resoluciones vuelven una y otra vez a las nociones básicas sobre el concepto y finalidad de la pensión de viudedad

para fundamentar cada resolución en relación con los nuevos problemas planteados –señaladamente, la posibilidad o la necesidad de extender la pensión a las no tan nuevas realidades familiares no matrimoniales– y en este punto las argumentaciones de las primeras resoluciones se mantienen.

En las precitadas SsTC 103 y 104/1983, se resolvió, como es dado por supuesto, que la exigencia a los viudos de requisitos extraordinarios que no se exigían a las viudas para acceder a la pensión de viudedad constituían una discriminación por razón de sexo contraria al art. 14 CE, se planteaba ya el análisis de la situación de necesidad que era objeto de protección, considerando que en la normativa legal no se basaba en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño ocasionado por la muerte del causante (fj 4 STC 103/1983) para concluir que en la regulación tachada de inconstitucional no se tenía en cuenta el estado de necesidad de las viudas y sí el de los viudos sin que la hipotética presunción *iuris et de iure* de necesidad de la mujer ofreciese fundamento suficiente para la desigualdad aun fundándola en datos sociológicos y realidad histórica (fj 6). En dicha resolución se produjeron dos ponderados votos particulares. Arozamena advertía que la adaptación del conjunto del ordenamiento jurídico de la Seguridad Social a la Constitución era tarea del Gobierno y las Cortes Generales, de modo que «no es realizable por la vía negativa de excluir del ordenamiento jurídico piezas que son integrantes de un conjunto». Rubio Llorente advertía que la igualdad no podría tener igual rigidez «cuando el legislador no contempla al ciudadano en su abstracta cualidad de tal, sino en su situación social concreta, como generalmente ocurre al configurar los derechos de prestación, cuya regulación necesariamente ha de tener presente la diferente «condición o circunstancia personal o social» de los posibles beneficiarios de la prestación[...]»

Los grupos sociales a los que la norma en este caso distinto tratamiento son, sin embargo, grupos cuya condición es realmen-

¹ Seguidas, entre otras por las SsTC 42/1984, 142/1990, 158/1990, 58/1991. Ya se advierte que en ningún caso se pretende exhaustividad en la cita de sentencias sobre cada asunto, pues como se dice en el texto, el número de resoluciones es tan alto que la pretensión de exhaustividad trascendería el formato de un artículo doctrinal, así como las posibilidades de tiempo y materiales de quien lo elabora.

te muy distinta, pues es un hecho notorio que en nuestra sociedad se diferencian muy nítidamente las funciones que en el seno de la familia corresponden a hombre y mujer. La división doméstica del trabajo arroja sobre ella la parte más importante, cuando no la totalidad, del trabajo del hogar y dificulta su incorporación al mundo de la producción, en el que generalmente desempeña tareas peor retribuidas que las que asumen los hombres, siendo iguales las circunstancias restantes. Esta desigualdad «real y efectiva» debe ser eliminada por el legislador por la vía y en el momento que juzgue más oportunos para dar cumplimiento al mandato del artículo 9.2 CE pero es evidente que no se suprime por el simple procedimiento de ignorarla y que se hace más dura mediante la anulación de normas cuya finalidad palmaria es la de compensarla[...].

En el pasado, y de ello se trata ahora, la mujer casada se veía socialmente compelida a vivir «a cargo» del marido (por irónica que la expresión pueda resultar), mientras era excepcional la situación contraria, y por tanto no parece discriminatorio que se le dispense de probar esta situación, en tanto que sí ha de probarla el varón, como no es absurdo, sino razonable, que se le exija a éste la prueba de no estar incapacitado para el trabajo, y sería absolutamente irrazonable condicionar a la incapacidad para trabajar la percepción de la pensión de viudedad de una mujer que durante toda su vida ha dedicado su esfuerzo a unas tareas domésticas fatigosas y absorbentes que le han impedido adquirir, entre otras cosas, una formación profesional».

He querido transcribir esta cita, pese a su extensión, del voto particular de Rubio Llorente, propugnadora de la *discriminación positiva*, porque me pregunto si de haberse valorado la cuestión en la actualidad no se hubiera sido más sensible a estas consideraciones, vista la aceptación y la evolución de la discriminación positiva en la actualidad, que ha dado el alumbramiento de principios como el de *composición equilibrada* en los órganos rectores de personas jurídicas o de leyes direc-

tamente desigualadoras como las de violencia de género.

Con todo, y aunque en muchos de los trabajos sobre esta materia es recurrente la referencia a la Declaración segunda del Fuero del Trabajo, lo cierto es que la pensión de viudedad en los términos en que originariamente fue concebida no difieren de los de otros países del entorno, como se verá someramente *infra*, cuando se aborde la noción de la pensión de viudedad el que el Tribunal Constitucional funda sus resoluciones. Básicamente, vale decir que esta clase de pensión se concibió para subvenir a las necesidades de quien, subsistiendo hasta el fallecimiento gracias a los ingresos del fallecido, no tenía, tras éste, *capacidad de ganancia*², señaladamente mujeres que o no estaban en edad de trabajar o en el momento del fallecimiento no tenían dicha capacidad por falta de aprendizaje³.

Sólo resta advertir al lector que dado el volumen de resoluciones existente y los matices de cada una, se tratarán de abordar los aspectos en que el Tribunal Constitucional vierte doctrina sobre esta pensión, objeto distinto del más amplio de la doctrina sobre la pensión de viudedad, que comprendería también el análisis de cómo la legalidad ordinaria construye la doctrina sobre la pensión de viudedad, de modo que se trata –lo que no siempre resulta fácil– de limitar a lo que se considera que el Tribunal Constitucional ha aportado a esta pensión. El estudio por tanto se acota, no sólo dada la pluralidad de matices sobre los que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de la pensión de viudedad como prestación del Sistema de Seguridad Social, sino también porque en supuestos coincidentes o parecidos ha tenido que pronunciarse asimismo en relación con los sistemas sustitutorios de clases pasivas, u otros aspectos del Ordenamiento en el que la viudedad importa o puede

² BORRAJO DACRUZ, EFRÉN, *Estudios Jurídicos de Previsión Social*, Aguilar, Madrid 1962, pág. 193.

³ BEVERIDGE, WILLIAM, *El Seguro Social y sus servicios conexos*, Jus, México 1946, pág. 168.

importar dentro de las relaciones jurídicas (vgr. los arrendamientos urbanos, cuestiones de familia, etc.) sin perjuicio de que, señaladamente alguna resolución sobre sistemas sustitutorios pueda ser traída por conformar la doctrina que se pretende describir.

1.2. La noción de la pensión de viudedad en el Tribunal Constitucional

En la actualidad, el busilis de la cuestión parece estar en aclarar si la pensión de viudedad responde o no a un estado de necesidad del beneficiario, pero su análisis, más que en la propia configuración de la pensión, se fija en los beneficiarios que pueden acceder a ella, lo que en cierto modo pervierte dicho análisis porque en lugar de realizar una interpretación jurídica de la normativa sobre la pensión para luego determinar si dicha normativa está surtiendo los efectos para los que fue creada, es decir, es más o menos eficiente, se parte de lo que se ha conseguido con su aplicación, de los beneficiarios que con base en la normativa han obtenido pensión de viudedad, para, comprobando que la norma, en realidad, no exige acreditar un estado de necesidad acuciante, ajustar la interpretación de la norma a los casos en que ha sido aplicada. Tal operación subvierte de algún modo la técnica interpretativa porque en lugar de partir de la norma para determinar si los resultados de su aplicación se ajustan a ella, parte de los resultados para ajustar a ellos la propia norma.

Creo que es conveniente, para tomar noción del designio legislativo inicial de la pensión de viudedad, acudir a los estudios más antiguos en los que se ideó y habilitó.

En el plano internacional y antes de la existencia del Sistema de Seguridad Social como tal, creado a partir de la Ley de Bases de 1963 y por la primera Ley General de Seguridad Social de 1966, la pensión de viudedad se concibió para subvenir a la situación de necesidad en que se encontraban las viu-

das tras el fallecimiento de quien asumía el soporte económico de la familia, partiendo de que en ese momento las viudas –en femenino– no tenían, al menos de inmediato, capacidad para obtener los recursos económicos para su subsistencia, realidad tan obvia que no era necesaria su demostración. Sin embargo, cuando existía es capacidad para el trabajo la pensión se restringía. El conocido informe de Beveridge plantea así una pensión de viudedad para las viudas que ya no están en edad de trabajar, pero «para las viudas en edad de trabajar, no se proveerá ninguna pensión permanente, pero la que se encuentra en tal caso recibirá un beneficio por viudez a la misma tasa que el beneficio de maternidad, por 13 semanas» «Después del aprendizaje [beneficio al que tienen derecho las viudas] una viuda en edad de trabajar y que no tenga niños dependientes, se verá en el caso de adquirir la responsabilidad de trabajar y de cotizar como una mujer soltera»⁴. Del mismo modo Borrajo, en su conocido estudio sobre previsión social de 1962 centra el fundamento de la pensión de viudedad en la *dependencia económica* del causante, en la falta de *capacidad de ganancia* del familiar beneficiario, describiendo que «la necesidad económica o daño es, así, la pérdida de los ingresos económicos que el fallecido aportaba a su familia, verdadero lucro cesante; de ahí que las legislaciones configuren el riesgo al fijar como elemento característico la *dependencia económica*, así como la *obligación* de sostener esa carga o gravamen, es decir, al exigir el requisito de parentesco y la vivencia (o convivencia) a cargo» (...) «los familiares beneficiarios se presume que dependían económicamente del asegurado o pensionista fallecido, es decir, que considerados en sí mismos, personalmente, no tienen *capacidad de ganancia*»⁵.

La cuestión fue abordada desde sus primeras resoluciones sobre la viudedad por el Tribunal Constitucional. La STC 103/1983, que tachó de inconstitucional la exigencia al viudo –y no a la viuda– de la demostración de su si-

⁴ BEVERIDGE, *op. cit.*, pág. 168.

⁵ BORRAJO, *op. cit.*, págs. 192 y 193.

tuación de necesidad sentó las bases de una interpretación de la noción de la pensión de viudedad que ha sido posteriormente seguida y que a mi juicio no resulta demasiado afortunada. Se lee en sus fundamentos jurídicos cuarto y sexto que *«Acoger el estado o situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección implica una tendencia a garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección. El hecho es, sin embargo, que esta tendencia no aparece plasmada en nuestra normativa legal, que no se basa en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos o un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia (muerte, incapacidad, etc.)»* (f.j.4) (...) *«en el supuesto de las pensiones de viudedad de las viudas la situación o estado de necesidad no es tomada en cuenta, aunque sí lo es en la de los viudos»*. (...) *«y la hipotética presunción, «iuris et de iure», de necesidad de la mujer, que se quiera fundar en datos sociológicos y en la realidad histórica, tampoco ofrece por sí solo un fundamento suficiente y es, además, justamente lo contrario de la igualdad preconizada por el artículo 14»*.

Esa noción de que no se trata de asistir a una situación de necesidad sino de compensar un daño, condiciona la doctrina constitucional desde entonces, repitiéndose en multitud de sentencias. Suele ser señalada como importante en los estudios doctrinales la STC 184/1990, de 15 noviembre, que no considera inconstitucional la regulación entonces vigente que exigía el matrimonio y en consecuencia negaba a los supervivientes de parejas de hecho, la pensión de viudedad, con la excepción transitoria de la de Disposición Adicional Décima.2 Ley 30/1981, de 7 julio. Expone que: *«en su configuración actual, la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica (como antes ocurría en caso del viudo), asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los*

que participaba el cónyuge superviviente, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges), otorgando a tal efecto una pensión que depende y es proporcional en su cuantía a la base reguladora correspondiente al causante (...), siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad».

El argumento se repite en la STC 41/2013, de 14 febrero, en que se declara la inconstitucionalidad del requisito de haber tenido hijos en común que establecía la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, de 4 diciembre, para poder causar derecho a la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho en las que el fallecimiento del causante se produjo antes del 1 enero 2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley), por resultar de muy difícil o imposible cumplimiento para parejas de hecho homosexuales que se refiere a la *«lógica de esta prestación destinada a compensar el daño...»*. Esta sentencia —que trascendió más por su temática que por su incidencia y operatividad real⁶ sin embargo resulta interesante porque aunque ratifica esa noción respecto de la pensión de viudedad «matrimonial», recoge el sentido prístino de la pensión de viudedad cuando se trata de parejas no matrimoniales. Así, afirma que en su configuración actual la pensión no tiene *«por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges)»* pero con base en su propia doctrina sobre la libertad del legislador para configurar las prestaciones y condicionar *«su reconocimiento o su cuantía (o su compatibilidad con otras rentas del trabajo o*

⁶ «Un supuesto casi de laboratorio, en los tiempos que corren» CABEZA PEREIRO, JAIME, «Viudedad para las parejas de hecho por muertes anteriores a 2008: ¿importa la orientación sexual?», Aranzadi Social nº 1/2013, pág. 5.

pensiones del beneficiario) a la existencia de un estado real de necesidad del supérstite o de dependencia económica del causante, así como, en su caso, a la existencia de cargas familiares (como así se ha sugerido en alguna ocasión en las recomendaciones del pacto de Toledo, con la finalidad de recuperar la configuración originaria de la pensión de viudedad como prestación sustitutiva de las rentas perdidas por el óbito del causante)» concluye que «*Tal es, justamente, la ordenación de la pensión de viudedad en el caso de parejas de hecho estables (...), de tal suerte que su reconocimiento se fundamenta en la concurrencia de una situación real de necesidad del supérstite, en función de su nivel de ingresos propios y de la existencia o no de cargas familiares*» (fj 4). Esta noción de la pensión para las parejas no matrimoniales fue citada en otras posteriores, también significativas, como la STC 40/2014, de 11 marzo, que declaró la inconstitucionalidad de la referencia legal al Derecho Civil propio de las comunidades autónomas para la acreditación de la pareja no matrimonial, pero no empujó a la doctrina constitucional genérica sobre la pensión que considera que «*no responde a la existencia de una situación de necesidad sino a la compensación de un daño...*» como vuelve a recoger la también notoria STC 92/2014, de 10 junio⁷ que considera que no es discriminatorio denegar la pensión a superviviente de pareja homosexual si en el momento del hecho causante no existía la posibilidad de vínculo matrimonial, también con cita de la STC 41/2013.

La doctrina parece haber asumido esta concepción en que no es la idea de *situación de necesidad*, o «estado de necesidad» la determinante de la protección de la Seguridad Social, al menos en todo caso, considerando que el Tribunal Constitucional ha declarado que es constitucional la protección de situaciones ajenas a la necesidad y que el único límite está en el otro extremo, es decir en la

necesaria inclusión de las situaciones de grave dificultad⁸, llegando a afirmarse que «en principio, la pensión de viudedad no se ajusta a la finalidad de protección de los estados de necesidad»⁹. Pero se ha observado que lo que sucede es que la evolución social en relación con las normas de concesión de la pensión de viudedad ha supuesto que la pensión de viudedad en relación con los beneficiarios a quien se concede «no venga a paliar una auténtica situación de necesidad económica» llegando «a desvirtuar el sentido finalista para el que se creó la pensión»¹⁰.

Conviene matizar esa pretendida negación de que la pensión de viudedad no responde estados o *situaciones* de necesidad, porque si no es así ¿qué clase de prestación de seguridad social sería? ¿acaso el sistema de Seguridad Social da premios o permite «comprar» seguridad al modo del seguro privado? Lo que sucede es que en principio, la situación de necesidad es la que deriva de la pérdida de las rentas aportadas por el causante a la comunidad de vida, sin más. Además, repárese en que el razonamiento descartando así la *situación de necesidad* es prácticamente extensible a todas las prestaciones del sistema contributivo, pues todas las prestaciones –salvo precisamente las de naturaleza asistencial– son posibles aun cuando el beneficiario no tuviera dicha «necesidad» por poseer fortuna personal suficiente para mantener su nivel de vida. Valdría decir, entonces que tampoco la jubilación,

⁸ CARDENAL CARRO, MIGUEL, «La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional (II)», Aranzadi Social Vol. V (BIB\1999\2064), pág. 6, con cita de las SsTC 104/1983 y 42/1984.

⁹ BLAZQUEZ AGUDO, EVA MARÍA, «Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial» REDT nº 168/2014, pág. 18, con cita de las SsTC 103/1983, 184/1990, 77/1991, de 11 abril y 29/1992, de 9 marzo. Vid. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid 1995, págs. 85-86.

¹⁰ «Evitar la indigencia en la que quedaban tras la desaparición del cabeza de familia, el esposo, la mayoría de las viudas españolas, amas de casa, sin profesión fuera del hogar y a menudo con varios hijos a su cargo» CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO, «La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas para su reforma» Aranzadi Social nº 14/2001, BIB\2001\1489, pág. 7.

⁷ Y las que reiteran la misma solución, con remisión a ella, entre otras, STC 98/2014, de 23 junio y 124/2014, de 21 julio, que reiteran el mismo texto.

vgr., responde a una situación de necesidad, porque no se exige requisito de rentas alguno para causarla.

De hecho, lo que sucede es que el primer rasgo en que ha de repararse cuando se describe la noción de situación o estado de necesidad es su variabilidad. Las situaciones son conceptos históricos, no dogmáticos, porque su delimitación esencial resulta variable con el tiempo y también resulta variable su intensidad. Los riesgos contemplados se caracterizan fundamentalmente por tres notas: son de carácter individual, de tipo personal y de naturaleza económica. Devenidos siniestros, generan un defecto o insuficiencia en los recursos económicos personales.

La Constitución, como observa Sánchez-Urán, no habla de situación de necesidad (en singular), sino de *situaciones de necesidad* (en plural). «Situaciones de necesidad» sería sinónimo, entonces, de riesgos o contingencias.

La STC 253/1988 (confirmada por la STC 142/1990) expresa que *«la situación de necesidad a que alude el art. 41 de la Constitución, generadora de la asistencia y prestación social, ha cristalizado en nuestra normativa legal en un sistema de Seguridad Social que no se basa en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos o un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia (muerte, incapacidad, etc.). Por lo que, a la misma situación –fallecimiento del cónyuge de un trabajador afiliado a la Seguridad Social que ha efectuado las correspondientes cotizaciones– ha de anudarse la misma consecuencia jurídica –el derecho del otro cónyuge a obtener la pensión de viudedad con sujeción en todos los casos a los mismos requisitos»*.

Hoy por hoy, las situaciones de necesidad que protege el sistema de Seguridad Social coinciden con las contingencias que enumera y conforma el «ideal de cobertura», que es posible mantener. Por ello no debe fundarse la

constitucionalidad o no de las normas sobre la pensión de viudedad en la consideración de que dicha pensión no atiende a una situación de necesidad.

1.3. Una prestación a cuestionar

Cuando la STC 103/1983, entre los argumentos con los que concluyó en la inconstitucionalidad de la exigencia de demostrar el estado de necesidad para los viudos y no para las viudas, aportó el de que *«la hipotética presunción, «iuris et de iure», de necesidad de la mujer, que se quiera fundar en datos sociológicos y en la realidad histórica, tampoco ofrece por sí solo un fundamento suficiente y es, además, justamente lo contrario de la igualdad preconizada por el artículo 14»*, sentaba ya las bases –y han transcurrido desde entonces más de treinta años– de un debate en el que todo el mundo parece estar de acuerdo a título individual o en planteamientos académicos, el de la necesidad de restringir la pensión de viudedad cuando menos introduciendo límites que obedezcan a la situación de necesidad prístina, la dependencia del causante y falta de capacidad de ganancia del miembro supérstite de la familia.

Curiosamente, pareciendo existir patente acuerdo en esa línea de tendencia doctrinal, ratificada también en la propia doctrina constitucional (vgr. STC 41/2013, con cita de los pactos de Toledo) la tozuda realidad ha ido inexplicablemente –o más bien explicada en las razones de índole político e ideológico que se han sugerido *supra*– en sentido contrario, la pensión de viudedad ha experimentado una constante expansión, en lugar de la contracción que parece lógica en la medida en que existen más posibilidades de formación y se logre más incorporación de la mujer al trabajo, de modo que como se ha apuntado por la doctrina, incluso desde esos primeros pronunciamientos de 1983, con respecto a los viudos, la expansión tiene lugar *«a costa de cometer en muchos casos una injusticia material, ya que gracias a esta medida los viu-*

dos varones han podido acceder a la pensión en las favorables condiciones que el antiguo legislador había imaginado como medio de solventar las dificultades especiales de las viudas para obtener medios de vida propios (B. Gonzalo González). Con ello se ha desvirtuado la lógica del sistema protector, la finalidad originaria para la que se diseñó la pensión, concediéndose a muchos viudos varones que no sufren una situación de necesidad económica real. De este modo la pensión de viudedad se ha convertido en una prestación «expansiva» (Leonés Salido)»¹¹.

Aunque no es políticamente correcto y por eso es tan infrecuente encontrar en los escritos una referencia como la que se va a escribir de inmediato, la expansión ha sido mayor –y sin justificación alguna de conformidad con aquella finalidad original de la pensión– con las nuevas incorporaciones motivadas por el reparto de pensión entre cónyuges y excónyuges, la ampliación del matrimonio a personas del mismo sexo y finalmente la extensión de la pensión a miembros de parejas de hecho.

Incluso se encuentran argumentos que supondrían una expansión aún mayor de la pensión por la vía de la eliminación de requisitos a la vista del colectivo que principalmente la percibe (femenino) y por consiguiente, la posibilidad de que cualquier restricción constituya una discriminación indirecta. Lo apunta con agudeza Llorente Álvarez en su comentario al Auto del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona de 13 enero 2015 que cuestionó el epígrafe e) de la Disp. Adic. 3ª de Ley 40/2007, que condiciona el acceso a la pensión de viudedad a que «la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley», por si tal requisito pudiera ser contrario al principio de igualdad ante la Ley consagrado en art. 14 de la CE, o pudiera comportar una discriminación indirecta por razón de sexo. El

planteamiento del autor, llevando al absurdo (creo) lo planteado en el Auto, desde luego, está en la línea del propio Auto: «Según datos estadísticos del propio INSS, incorporado al relato fáctico, el 92% de las pensiones de viudedad del Sistema de Seguridad Social es percibido por mujeres y solo el 8% por hombres», incluso añade, efectuando un juicio valorativo, que «este dato estadístico, por otra parte sobradamente conocido, sólo se explica por la pervivencia de la perpetuación de roles por razón de género que sigue impregnando nuestra sociedad.» (...) «el colectivo beneficiario de la prestación, en términos porcentuales, no sufrirá modificación, teniendo en cuenta que la expectativa de vida de las mujeres es mayor que la de los hombres. Dicho de otro modo, podrá haber más o menos beneficiarios de la prestación en función de que existan más o menos requisitos, sin embargo, parece, en relación con esta prestación, que no variará el porcentaje de género. Por último, seguir el enfoque del Auto, ¿no podría llevar a pensar que todos los requisitos que se exigen o puedan exigirse para el reconocimiento de la pensión de viudedad suponen una discriminación indirecta por afectar, estadísticamente, mayoritariamente a un género?»¹². La cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado fue inadmitida por ATC 146/2015, de 10 septiembre, que remite al ATC 112/2015, de 23 de junio, por notoriamente infundada, con cita de la STC 41/2013 y de la STC 88/1991, de 25 febrero, en relación con los cambios normativos y los efectos que producen, que en modo alguno pueden ser considerados supuestos de desigualdad.

En fin, me adhiero, por si no ha quedado claro, a la corriente restrictiva y no a la expansiva. La pensión de viudedad habría de quedar, en efecto, para los supuestos de dependencia y falta de capacidad de ganancia del miembro superviviente de la familia e incluso condicionada a dicha falta de capacidad de ganancia, lo que

¹¹ CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO «La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas para su reforma», Aranzadi Social nº 14/2001, BIB|2001|1489, pág. 2.

¹² LLORENTE ÁLVAREZ, ALBERTO, «¿Puede ser inconstitucional el plazo de un año para solicitar la pensión de viudedad en supuestos especiales?» Revista Española de Derecho del Trabajo num.177/2015, Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2015, págs. 4-5.

muy probablemente conllevaría su práctica consunción por inanidad en un tiempo relativamente no muy grande. Es cierto que quedan aún muchas –todos las conocemos– familias en las que un miembro –normalmente femenino– está en esa dependencia y falta de capacidad de ganancia que amerita la pensión de viudedad. Pero no lo es menos que dicha situación está en franca regresión, porque las oportunidades de capacidad de ganancia –es decir, de formación, de acceso al empleo, su búsqueda y solicitud y de vigilancia sobre las restricciones basadas en el sexo– son cada vez mejores de modo que la pensión de viudedad debería de quedar para ese primer grupo que el tiempo implacable va reduciendo cada vez más por la propia naturaleza de las cosas. Para el segundo grupo el Sistema tiene otra clase de prestaciones para subvenir situaciones de necesidad y no parece que dadas la circunstancias sobre las fuentes de que se nutre la «caja» de las pensiones, sea lógico mantener y aún expandir una prestación para la que se exige una carrera de seguro exigua y no se requiere la demostración de la causa –la situación de necesidad– que la fundamenta y que además está llamada a ser percibida de seguir esta tendencia por cuando menos uno de cada dos adultos (excluidos los solteros y «singles»¹³).

2. CUESTIONES SOBRE EL MATRIMONIO

2.1. Sobre las incidencias en su celebración

Las incidencias sobre la celebración del matrimonio, han dado lugar a pronunciamientos llamativos del Tribunal Constitucional antes y después de la Ley 40/2007 que extendió

¹³ Pido excusas por el anglicismo. Me refiero a quien vive sin formar familia, sin pareja, por designio propio, habida cuenta de que *soltero* resulta antónimo de *casado* y por lo tanto no abarca a todos los que son potenciales causantes y beneficiarios de la pensión de viudedad, que comprende también a las parejas de hecho, formadas por quienes no siendo casados tampoco parecen ser solteros.

la pensión de viudedad a parejas no matrimoniales.

La STC 199/2004, de 15 noviembre otorga el amparo, considerando que se produce una vulneración del Derecho fundamental a la igualdad, al supérstite de un matrimonio canónico no inscrito a quien jurisdiccionalmente se había denegado la pensión de viudedad (el supuesto de hecho era de Clases Pasivas), matrimonio que, en palabras de la propia Sentencia, se había equiparado administrativa y judicialmente «*como situación asimilable a las parejas de hecho pero no al resto de matrimonios canónicos inscritos cuando se trata de valorar sus «efectos prestacionales»*». En el parecer mayoritario, convertir la inscripción en requisito constitutivo es contrario al principio de igualdad. Sin embargo hay dos interesantes votos particulares, el primero de los cuales, de Conde Martín de Hijas, considera que la inscripción es una *conditio iuris* para equiparar las diversas formas de matrimonio y que por tanto no son condiciones idénticas el matrimonio inscrito y no inscrito y es un elemento objetivo y razonable de diferenciación. El de Pérez Vera sostiene que si los demandantes expresaron su deseo de que no se inscribiera el matrimonio canónico, actuación «*encaminada a negar su compromiso matrimonial ante cualquier instancia civil*» es un incumplimiento deliberado de resistencia al régimen legal.

La decisión contrasta con la tomada en la STC 194/2014, de 1 diciembre, también sobre un supuesto de viudedad de Clases Pasivas, en el que lo que se equipara a pareja de hecho y no al resto de matrimonios (inscritos o no, por tanto) es un matrimonio islámico no inscrito. En el caso y ante un planteamiento similar, se desestima la demanda de amparo considerando que la Administración no tenía constancia del matrimonio y de conformidad con los acuerdos y normas pertinentes de reconocimiento (Ley 26/1992), la inscripción registral en este caso (a diferencia del matrimonio canónico según la STC 199/2004, de la que el TC es plenamente consciente, trayéndola a

los fundamentos de derecho para explicar sus diferencias) trasciende la mera formalidad registral, porque supone la verificación por el Juez Encargado del Registro civil de los requisitos de capacidad y validez para contraer matrimonio.

2.2. Sobre el reparto de la pensión entre varios beneficiarios

Otro asunto que ha ocupado al Tribunal Constitucional es el reparto de la pensión entre varios beneficiarios –cónyuge y excónyuges– a partir de la introducción del divorcio en la Ley 30/1981. En el asunto resuelto por la STC 125/2003, de 19 de junio, se declaró la inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad de la norma que establecía la extinción por convivencia *more uxorio* de beneficiario de pensión de viudedad excónyuge del causante, dado que por dicha causa no se extinguía la pensión de viudedad de quien en el momento del fallecimiento era el cónyuge del causante. La Sentencia considera 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 otros»* porque *«no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad»*. Existen sin embargo dos votos particulares, el primero del propio redactor de la ponencia, Conde Martín de Hijas, con dos adhesiones, que interpreta que la norma interpretada no es desigual, pues extingue la pensión tanto para los excónyuges como para los cónyuges, de modo que lo que causa la desigualdad es su interpretación jurisdiccional. Tiene además interés su valoración del acrecimiento de la pensión (es en principio entera para quien en el momento del fallecimiento es cónyuge del causante y se detrae de ella la parte proporcional al tiempo convivido por el causante y su excónyuge, tomando como todo de dicha proporción el tiempo que transcurre entre el primer matrimonio y el óbito), acrecimiento *«que es soporte de toda una compleja conflictividad entre la pluralidad de titulares*

de la pensión», considerando que *«es de pura creación interpretativa de la jurisprudencia, en la que no es difícil advertir el propósito de mejorar la situación del viudo»*. El segundo voto particular, firmado por Cachón Villar, Jiménez Sánchez y Gay Montalvo, considera que son situaciones distintas la del viudo y la de los separados y divorciados y por tanto no cabe comparación en términos de igualdad.

Lo fácil que es conseguir la pensión –toda la pensión, para un único beneficiario, cónyuge del causante, pues al cabo se exigen sólo dos requisitos, 500 días cotizados y matrimonio– y el hecho de que la concesión pensión al excónyuge, detrayendo esa parte de aquel todo, es percibida como una suerte de beneficio inopinado porque, ciertamente, roto el vínculo familiar entre el causante y el excónyuge, resulta aún más difícil que de ordinario justificar para este una prestación basada en la dependencia del causante y en su falta de capacidad de ganancia, conectada con esa dependencia, ha suscitado también reflexiones doctrinales sobre lo problemático –valdría decir inconveniente– de ese reparto. Paladinaamente lo expresó antes de la sentencia comentada Cavas Martínez, para quien *«El reconocimiento indiscriminado del derecho a pensión de viudedad a todas las personas separadas o divorciadas tiene efectos negativos muy graves para la última esposa o esposo, cuyos derechos económicos se ven seriamente mermados como consecuencia del reparto de la pensión, hasta el punto de poder dejarle en su situación de verdadera indigencia, cuando en muchos casos la pensión de viudedad para el divorciado o divorciada supone un «regalo» ya que no dependía económicamente del fallecido al no mediar obligación civil de alimentos»*, obligación por cierto finalmente incluida por la Ley 40/2007 al exigir para causar la pensión la existencia de pensión compensatoria previa del art. 97 Código Civil.

Esta idea tuvo finalmente la oportunidad de ser valorada por el propio Tribunal Constitucional, que en la STC 186/2004 se pronunció sobre la constitucionalidad del reparto de la

pensión sobre la base de un recurso de amparo presentado por viuda que consideraba inconstitucional (discriminatorio (?) en realidad, contrario a la igualdad) que en el caso de divorcio o nulidad, al beneficiario viudo —uno sólo, por definición, el que formaba la familia en el momento del óbito— se le descontase de su pensión la parte correspondiente a excónyuges en tanto que la pensión era percibida en su totalidad por quien se había casado con un soltero y no con un divorciado o persona con matrimonio anulado. El Tribunal Constitucional denegó la existencia de vulneración sobre la base de su doctrina de que «*que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables*» pues como parece obvio la distinción entre el causante que sólo ha mantenido un matrimonio y el que ha mantenido más de uno hace que los términos de comparación no sean acertados.

2.3. Sobre su reconocimiento (otros ritos)

Valga la remisión a lo tratado en el punto 2.1. sobre matrimonios no registrados. Es notoriamente conocido el asunto enjuiciado en la STC 69/2007, que denegó el amparo solicitado por persona unida al causante por el conocido como «matrimonio por el rito gitano», a saber, *unión celebrada conforme a los usos y costumbres de la etnia gitana* —en los términos de la propia sentencia—, considerando que la negativa jurisdiccional a concederle pensión de viudedad por falta de concurrencia del requisito de matrimonio no era discriminatoria.

Lo primero de que se ocupa la fundamentación jurídica, es de diferenciar y advertir que no es de aplicación al caso la doctrina contenida en la STC 199/2004, comentada *supra*, porque en aquel caso no se cuestionaba la existencia de matrimonio válidamente celebrado, circunstancia que el Tribunal Constitucional no considera concurrente en este asunto. El Tribunal considera «*que no implica discriminación limitar la prestación de viude-*

dad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia» y «*que la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio*», de modo que «*no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado dicha prestación a la recurrente por no constar vínculo matrimonial con el causante*» y que «*tampoco se puede apreciar la existencia de un trato discriminatorio directo o indirecto por motivos raciales o étnicos, derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbre gitanos con el vínculo matrimonial a los efectos de dicha prestación*» porque se trata de «*una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, las cuales ni en su forma civil ni en las formas confesionales reconocidas legalmente están condicionadas a la pertenencia a una raza, con exclusión de las demás, ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras, por lo que tampoco concurre en ellas una forma encubierta de discriminación de la etnia gitana.*».

La sentencia cuenta con un voto particular de Rodríguez-Zapata Pérez que considera que el asunto empero sí es comparable al conocido por la STC 199/2004, vertiendo otros argumentos que sin embargo resultan más voluntaristas, pese las citas de normativa internacional que contiene.

Sea como fuere, como también es muy conocido, el asunto finalmente fue revisado por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 diciembre 2009, que sí consideró que existía discriminación con base en el art. 14 del Convenio de Protección de Derechos y Libertades Fundamentales (Roma 1950, texto refundido de

1999) y 1 de su protocolo 1¹⁴, rechazando violaciones de otro articulado. Entre los hechos del caso parece necesario relatar que causante y beneficiaria compartían libro de Familia –pues tenían seis hijos en común–, se les reconoció oficialmente el estatus de familia numerosa y se les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia sanitaria derivada de la afiliación y alta del causante al Sistema de Seguridad Social, que percibió sus cotizaciones durante más de diecinueve años, pero también es necesario añadir que aunque le fue desestimada la solicitud de pensión de viudedad derivada de matrimonio le fue concedida finalmente como pareja de hecho.

Entre otras consideraciones, el Tribunal afirma «que, cuando la demandante se casó en 1971 conforme a los usos y costumbres gitanos, sólo era posible en España, excepto previa declaración de apostasía, casarse conforme al rito del derecho canónico de la Iglesia católica. El Tribunal considera que no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el derecho canónico, en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según el rito gitano» (57) y que «debe tomar en consideración su pertenencia a una comunidad en la que la validez del matrimonio según sus propios usos y costumbres no ha sido nunca cuestionado y que nunca ha sido considerado contrario al orden público por el Gobierno o por las autoridades internas, que incluso han reconocido en ciertos aspectos, la calidad de esposa de la demandante. Considera que la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada» (59) por lo que con-

sidera que «la denegación del reconocimiento de la calidad de cónyuge a la demandante al objeto de obtener una pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo de esta calidad por las autoridades. Esta negativa, además, no tuvo en cuenta las especificidades sociales y culturales de la demandante para apreciar su buena fe» (64) y considera la circunstancia equiparable al asunto conocido por la STC 199/2004 (65).

Existe otro planteamiento de vulneración, además, del mismo art. 14 del convenio en relación con el 12, pero en él «La demandante hace valer que en 1971, cuando se casó con M. D. por el rito gitano, en España existía únicamente el matrimonio religioso, pudiendo contraer matrimonio civil sólo en caso de apostasía. Ella contrajo matrimonio por el rito gitano porque es el único rito reconocido por su comunidad y que de buena fe, no era libre para dar su consentimiento de otro modo. En consecuencia, la demandante se rebela contra el hecho de haber sido privada de sus derechos sociales bajo pretexto de no estar casada con M. D., y rechaza ser considerada su pareja de hecho» (75). Sin embargo, de esta afirmación cabe extraer que si la beneficiaria no era libre para prestar su consentimiento de otro modo, más bien parece que esa libertad es coartada por su comunidad, pues afirma su contracción del matrimonio gitano «porque es el único rito reconocido por su comunidad».

Existe, no obstante, una opinión disidente, de MYJER, que considera que «no entra en las competencias del Tribunal crear derechos no previstos en el Convenio, por mucho que sean tan útiles o deseables».

3. CUESTIONES SOBRE LAS PAREJAS DE HECHO

Es llamativo que el Tribunal constitucional haya tenido que insistir tanto en una idea que parece bastante simple y lógica: que matrimonio y pareja de hecho no son realidades equivalentes, como se recoge, sin ningún ánimo exhaustivo, vgr. en SsC 184/1990, 29, 30, 31, 35 38 y 77/1991, 66/1994, 180/2001.

¹⁴ El texto en la versión traducida al español de la sentencia de dichos preceptos es el siguiente:

«Artículo 14 del Convenio "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». Artículo 1 del Protocolo núm. 1 «Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. (...)».

En realidad, la insistencia responde a un no menos insistente planteamiento –metajurídico– de equiparación absoluta entre uno y otra, planteamiento que no obstante parece fácilmente descartable porque en tal caso sobraría uno de los dos y se trataría de sinónimos. En tal caso, no es difícil barruntar que lo que sobraría es el matrimonio, más complejo de obtener, porque está sometido a requisitos jurídicos y más difícil de sostener porque una vez obtenido está sometido a obligaciones y cargas y genera también derechos.

El legislador, sin embargo, muy atento al anhelo planteado, ha hecho lo único que ha podido entre la equiparación absoluta –que no tiene sentido por lo dicho inmediatamente *supra*– y la total desequiparación, rechazada también socialmente pero que se corresponde con la pareja de hecho *pura*, que es una realidad ajurídica y cabe decir, injuridificable por su propia naturaleza «de hecho». Y así ha concluido en la regulación de un *tertium genus*, a medio camino entre la pareja de hecho y el matrimonio, que se ha dado en llamar también *pareja de hecho*, pero que sin embargo, ha sido dotada de régimen jurídico propio, distinto del del matrimonio pero que requiere, como éste, actos jurídicos para su constitución y genera asimismo derechos y obligaciones. Sobre ello y sobre que sería más propio denominar a esta figura más bien «pareja de derecho» se ha escrito ya mucho.

En relación con la viudedad, incluso se ha cuestionado la oportunidad de establecer un marco legislativo específico para las parejas de hecho, tras la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo y la plena libertad de los cónyuges para resolver unilateralmente el vínculo matrimonial, con las leyes 13 y 15/2005, considerando que en definitiva las parejas de hecho constituyen un «sucedáneo» del matrimonio¹⁵.

Sin embargo, en el estado actual de la cuestión, entiendo que el legislador no tiene otro remedio que establecer ese marco legislativo so pena de desconocer absolutamente uno de los dos extremos, o las parejas de hecho o el matrimonio si, como hace, pretende extender la protección de la muerte y supervivencia a realidades familiares distintas del matrimonio.

3.1. La comparación entre las parejas de hecho y el matrimonio

Como ya se ha apuntado *supra*, el Tribunal Constitucional siempre ha tenido claro que matrimonio y pareja de hecho son dos realidades distintas. Tal vez la mejor muestra, desde luego una de las primeras, luego reiteradamente seguida en otras posteriores, es la STC 184/1990, de 15 noviembre, resolviendo cuestión de constitucionalidad planteada sobre la D.A. Décima 2 Ley 30/1981, de 7 julio que extendía limitada y circunstancialmente el derecho a pensión a integrantes de parejas de hecho que no habían podido contraer matrimonio antes de entrar en vigor dicha ley que introducía el divorcio.

El texto es tan expresivo que merece la pena su reproducción literal (fj 3): «*Es claro que en la Constitución Española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho more uxorio, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera ope legis en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el*

¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, «La pensión de viudedad y las parejas de hecho», Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, nº 9/2015, BIB 2015/4430, págs. 2 y 3.

matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia.»

Concluye en coherencia que aunque nada impide al legislador reconocer pensión de supervivencia a parejas de hecho en idénticas condiciones al matrimonio, es libre de hacerlo o no sin que ello violente el texto constitucional (fj 3) conclusión que es también la del voto particular de Gimeno Sendra, que asume la fundamentación y el fallo y se expresa sólo para matizar que la Constitución protege no sólo a la familia como institución jurídica, sino también a la familia como realidad natural por lo que, junto a la familia matrimonial, también han de merecer protección constitucional las denominadas «uniones conyugales de hecho». Discrepa en su voto particular López Guerra, que considera que se trata de situaciones idénticas de daño económico en que el art. 160 LGSS (de 1994) establece diferencia de trato «basándose en un criterio radicalmente ajeno a los objetivos y el ámbito constitucionales de la Seguridad Social en el art. 41 CE».

Comparto el criterio general y no el de López Guerra, pues como recoge Cardenal «la presencia de una misma situación de necesidad derivada de una determinada contingencia no basta para estimar lesionado el principio de igualdad»¹⁶. También López Mella comenta este voto particular¹⁷. Como acabo de apuntar, dicho voto me parece erróneo. Claro que puede beneficiarse a un grupo (los casados frente a los no casados) si, como parece admitir, este es un grupo que socialmente se considera prioritario. Y es que si el Tribunal Constitucional parte –como al menos a mi me parece aún evidente– de que la familia es la

célula social básica y el modo de constituirla sigue siendo hoy preponderantemente el matrimonio, no hay problema alguno en hacerlo preeminente respecto de otras formas de convivencia, del mismo modo que se privilegian conductas que son socialmente aceptables o se crea el concepto de discriminación positiva precisamente para combatir desigualdades socialmente rechazadas.

Pero una vez reconocidas las dos realidades –matrimonial y pareja de hecho– y cumplida la voluntad legislativa de beneficiar a ambas –aunque no del mismo modo– con la pensión de viudedad, se plantea el problema de determinar cómo se ha de beneficiar con dicha pensión a la pareja de hecho, cuestión que tal vez se ha complicado de modo excesivo precisamente por una afán innecesario de equipar lo más posible la pareja de hecho al matrimonio.

En la propia definición de la pareja de hecho, se ha querido buscar la referencia en el matrimonio. Es verdad que en el lenguaje no técnico se entiende así. De hecho, como apunta Kahale, en el DRAE se encuentra la acepción de pareja de hecho como «unión de dos personas que conviven como un matrimonio sin serlo». Ello permite a este autor afirmar que a *sensu contrario*, se afirma que no constituyen pareja de hecho la unión de dos personas que no persigan los fines propios del matrimonio y por tanto, quedan excluidas la unión de vecindad, amistad, familiar, estudio, cultural, sociedad, comunidad de bienes o cualquier otra de carácter análogo que carezcan de aquella característica propia de la unión conyugal¹⁸. Sin embargo, si se me acepta que desde luego el matrimonio no tiene hoy ninguna connotación religiosa ni de otro tipo que condicione la decisión vital de cada uno, diría precisamente lo contrario, es decir, que lo que persiguen las «parejas de hecho» es no perseguir los fines

¹⁶ CARDENAL CARRO, MIGUEL, «La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional (II), Aranzadi Social, BIB\1999\2064, pág. 2.

¹⁷ LÓPEZ MELLA, LOURDES, «El concepto "pareja de hecho" a efectos de la pensión de viudedad», Aranzadi Social nº 9/2012, págs. 195 a 218.

¹⁸ KAHALE CARRILLO, DJAMIL TONY, «La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales», Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 187/2016. Pág. 2 de la versión informática.

propios del matrimonio, porque para eso ya está este.

Afirma este autor que pareja matrimonial, pareja de hecho oficializada o pareja de hecho no oficializada, constituyen tres modos distintos de vivir en pareja que les sujeta a regímenes jurídicos diferenciados previstos en el ordenamiento jurídico para cada uno de ellos, con sus propias ventajas e inconvenientes, existiendo libertad de elección por el que cada pareja considere más adecuado a su propios intereses, afirmación que no puede menos que compartirse, si bien en lo relativo a la pareja de hecho pura (no oficializada), cabe matizar que por definición no puede tener régimen jurídico. El hecho es que esa definición de la pareja de hecho *oficializada* por relación y comparación con el matrimonio es causante –por no escribir culpable– de buena parte de los problemas que han llevado a la regulación de la pensión de viudedad para las parejas de hecho al Tribunal Constitucional. Hasta tal punto que en la propia ley ha cristalizado en exigencia perfectamente prescindible –más bien de imposible verificación– la *análoga relación de afectividad a la conyugal* como presunto requisito de la *pareja de hecho* cuyo miembro superviviente pretenda una pensión de viudedad.

Esa «análoga relación de afectividad a la conyugal» que a modo de requisito exige el art. 221.2 LGSS para hacer al miembro de una pareja de hecho beneficiario de pensión de viudedad es en realidad un requisito metajurídico improbable, pues se trata, nada más y nada menos, del intento –de imposible cumplimiento a mi juicio– de elevar a jurídico un sentimiento, lo que es imposible. Se podrá decir que el Derecho Civil y el Derecho en general contiene asaz doctrina sobre la *affectio maritalis*¹⁹ Sin embargo, debe repararse en que para el matrimonio no se exige demostración (prueba) alguna de la relación de afectividad, innecesaria porque la constitución jurí-

dico-formal del matrimonio hace innecesaria toda expresión de compromiso no jurídico, de modo que en este aspecto (no es el único, ciertamente, ahí está la regulación del trabajo autónomo, la legislación sobre arrendamientos urbanos, etc.), se exige una comparación, (la analogía con el afecto conyugal) con un término de comparación que bien puede decirse que no existe porque, como es lógico, el afecto no está –no puede estarlo– juridificado. Salvando las distancias entre una institución –el matrimonio– y un mero contrato –la compra-venta–, pretender exigir o que se pruebe esa «afectividad» es como si se pretendiera exigir, en el contrato de compraventa, que se incluyese la demostración de que vgr. el vehículo que se compra se compra porque al comprador le gusta de modo que sin ese «gusto» no hubiera causa válida para el contrato. Tal es la dificultad en que el propio legislador se ha puesto y de ahí todos los problemas y discrepancias en torno a la consideración de lo que sea la «pareja de hecho» y su acreditación.

En definitiva, pese a la doctrina constitucional sobre el diverso valor metajurídico entre el matrimonio y la pareja de hecho, si lo que se ha querido –y así parece– es aproximar lo más posible una y otra forma de «familia» a los efectos de lucrar la pensión de viudedad, lo más conveniente hubiera sido aproximar igualmente los modos de «constitución» de ambas realidades, de forma que, si el matrimonio se celebra y autoriza mediante la forma jurídica establecida en el Código Civil y a partir de entonces despliega sus efectos, lo más fácil y menos ocasionado a dudas sería que también la pareja de hecho se constituyese mediante la forma jurídica establecida (el requisito de registro y no el de convivencia) y desplegase desde su práctica también todos sus efectos.

3.2. Los requisitos de las parejas de hecho

Como se ve, el problema al que ha tenido que enfrentarse el Constitucional en relación con la pensión de viudedad en parejas de he-

¹⁹ Anota BLAZQUEZ, *op. cit.*, pág. 5, también en tono crítico, que no existe una definición legal de la *affectio maritalis*.

cho deriva del propio concepto de pareja de hecho o más bien a cuáles de entre todas las parejas de hecho posibles se les ha de hacer beneficiarios de la pensión de viudedad y si esa selección que ha hecho el legislador por la vía de los requisitos exigidos a las parejas de hechos generadoras de tal pensión es conforme, señaladamente, al Derecho Fundamental a la igualdad.

En realidad, todo quedó centrado finalmente en los requisitos formales exigidos legalmente para la acreditación de la pareja de hecho que tiene derecho a pensión de viudedad. La STC 40/2014, de 11 marzo resuelve la cuestión, planteada por la Sala 4ª del Tribunal Supremo, sobre la constitucionalidad de la remisión legal a la acreditación de la pareja de hecho a las legislaciones de las comunidades autónomas con derecho civil propio, lo que podía dar lugar a diferencias en dicho requisito de acceso a la pensión de viudedad para parejas de hecho. El Tribunal Constitucional considera que es injustificada la diferencia de acceso a la pensión de viudedad en función simplemente de residir en una u otra comunidad autónoma, en función de los arts. 14 y 149.1.17 CE. En el mismo sentido se dictaron las SsTC 51/2014, de 7 abril y 60/2014, de 5 mayo, que resolvieron también que los medios de acreditar la pareja de hecho exigidos legalmente (registro o escritura pública) no eran contrarios al principio de igualdad. Básicamente explican que se trata de la exigencia de un requisito formal para la constitución de «pareja de hecho» que tiene una finalidad constitucionalmente legítima.

En las SstC 40 y 60/2014 recién citadas se formulan sendos votos particulares, firmados por ROCA y XIOL en los que a mi juicio es perceptible el sesgo –en este caso territorial– de sus firmantes, para sostener que el Derecho Civil catalán reconoce derechos a las parejas no inscritas, negando, por tanto, en realidad, la interpretación de la exigencia del requisito formal de constitución como independiente del material de convivencia. Consideran que no puede limitarse la acreditación de la pareja

de hecho a esos dos medios, pero en realidad reconducen la cuestión a la validez y aplicabilidad del Derecho Civil propio, porque consideran que la opción mayoritaria limita «la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas...» y de los territorios con Derecho civil propio porque defrauda las expectativas de ciudadanos «de conformidad con el único Derecho Civil que le es propio...». Aseveran asimismo que se origina una discriminación con origen «dicastogénico» en el propio TC, afirmación que no estoy muy seguro de que no signifique precisamente que reconocen que en este asunto el voto está condicionado no por la técnica jurídica sino por la procedencia de cada miembro del Tribunal, si es que se refiere a la elección de los antiguos jueces «Dikastas» atenienses.

En realidad, los requisitos que el legislador ha puesto para acreditar la existencia de pareja de hecho merecedora de pensión de viudedad y que el Tribunal Constitucional ha enjuiciado en clave de igualdad, se refieren, como ha tratado de explicarse *supra*, a la acreditación de la convivencia *more uxorio*, concepto este sí, jurídico, en el que no obstante se prescinde con buena técnica de la afectividad mayor o menor entre los cónyuges y que como apunta Kahale, se refiere a lo dispuesto en los arts. 66 a 68 del Código Civil en la aproximación que, como también se ha apuntado, el legislador pretende entre la pareja de hecho y el matrimonio.

En relación con ello ha habido algunos pronunciamientos más del Tribunal Constitucional, vgr. respecto de la exigencia –para la pensión de viudedad de parejas de hecho por muertes anteriores a 2008, que con carácter excepcional estableció la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que precisamente extendió la viudedad a las parejas de hecho para supuestos anteriores a su entrada en vigor– de haber tenido hijos en común, que el tribunal consideró una vulneración directa del art. 14 CE por conducir a un resultado desproporcionado, por impedir a determinados supérstites acceder a la pensión

por ser de imposible cumplimiento «por razones biológicas o jurídicas» La STC 41/2013, de 14 febrero (similar, respecto de Clases Pasivas, STC 81/2016 de 25 abril). Existe un voto particular de PEREZ DE LOS COBOS con tres adhesiones que difiere del sentir mayoritario considerando que la exigencia está en «*lógica de esta prestación destinada a compensar el daño que la muerte del causante produce en el beneficiario por la falta o minoración de ingresos de los que participaba, sin que resulte desprovisto de sentido presumir que este daño es mayor cuando han existido hijos comunes*». Ciertamente, como advierte CABEZA, que critica severamente la sentencia –aun estando de acuerdo con su fallo, intuyo–, por haberse limitado al análisis de la igualdad y no de la no discriminación, el supuesto es hoy casi de laboratorio²⁰. Particularmente, tengo la sensación de que el requisito, establecido con mejor o peor fortuna, no perseguía la configuración de la situación de necesidad que genera el derecho a la pensión sino que era un elemento más en lo que supone una preocupación no menor del legislador a la hora de establecer la pensión de viudedad para las parejas de hecho, la eliminación del fraude, es decir, que accedan a dicha pensión parejas que no mantienen una convivencia *more uxorio*, que son las que el legislador ha decidido que merecen la prestación.

4. CUESTIONES SOBRE PAREJAS HOMOSEXUALES

El Tribunal Constitucional ha tenido también que pronunciarse sobre la denegación de la pensión de viudedad para parejas homosexuales, asunto zanjado desde que la Ley 13/2005 abrió el matrimonio a parejas de este tipo, precisamente para supuestos en los que, por producirse el hecho causante antes de dicha Ley, se planteó si el requisito del matri-

monio era una exigencia inconstitucional por imposibilidad de cumplimiento cuando no era posible el matrimonio para parejas del mismo sexo.

La cuestión había sido tratada de soslayo²¹ por la STC 41/2013, de 14 febrero, en un aspecto distinto del del matrimonio, cuando el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del requisito de haber tenido hijos en común para conceder la pensión a parejas de hecho cuando el hecho causante hubiera sido anterior a la entrada en vigor de la Ley /2007, que extendió la viudedad a las parejas de hecho, al considerar que su exigencia conducía a un resultado desproporcionado por impedir a determinados supérstites acceder a la pensión por ser un requisito de imposible cumplimiento, entre otras por razones biológicas. Las SsTC 92, 124 y 157/2014 abordan el problema de la exigencia de matrimonio como requisito obstativo a la imposibilidad de acceder a la pensión a parejas del mismo sexo antes de la posibilidad del matrimonio homosexual pero descartan su inconstitucionalidad por contrario al art. 14 CE. Invocan, con cita de la STC 41/2013, la noción de pensión de viudedad que ya ha sido criticada al principio de este trabajo (por aseverar que «no responde a la existencia de una situación de necesidad», afirmación que no puedo compartir), pero en el búsilis de la cuestión, el argumento es que «*ha de ser, por tanto, el legislador –en modo alguno este Tribunal actuando de legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público– el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance*».

Hay en ellas un argumento un tanto mistificador, según el cual «*las uniones homosexuales quedaban fuera de la esfera de protección*

²⁰ CABEZA PEREIRO, JAIME, «Viudedad para las parejas de hecho por muertes anteriores a 2008: ¿importa la orientación sexual?», Aranzadi Social nº 1/2013, pág. 5.

²¹ Y así había llamado la atención de la doctrina. Vgr., el artículo de CABEZA PEREIRO, JAIME, publicado en Aranzadi Social nº 1/2013, que es un comentario de esa sentencia con el título «Viudedad para las parejas de hecho por muertes anteriores a 2008: ¿importa la orientación sexual?».

porque la configuración del matrimonio en aquel momento –lo que habría de cambiar después– era una configuración clásica o tradicional del mismo, que respondía a la idea de que uniones homosexuales y heterosexuales tenían una funcionalidad distinta dentro de la sociedad» (fj 6 de la STC 92/2014, pero se repite en las tres).

Considero que en realidad sí cabe hablar de una funcionalidad del matrimonio –y no creo que se trate de una configuración clásica o tradicional sino más simplemente de su propia configuración jurídica– en tanto que, como el propio TC ha resaltado y ha sido puesto de manifiesto *supra* la función del matrimonio como institución jurídica ha sido siempre protegida por el ordenamiento, en nuestro caso incluso a nivel constitucional (art. 32 CE), porque, en pocas palabras, el matrimonio está íntimamente relacionado con la formación de la Sociedad y por lo tanto del Derecho, lo que no requiere mayor argumentación, bastando remitirse al brocárdico *ubi societas ibi ius* y si se admite que el matrimonio es la mínima sociedad posible (hasta el punto de que el régimen económico común del matrimonio se llama «sociedad» de gananciales), resulta clara su funcionalidad, que no está reconocida a otras figuras, al menos hasta los hitos que han supuesto la juridificación de las parejas –por tanto de derecho y no de hecho– y la admisión del matrimonio entre personas del

mismo sexo, funcionalidad que además comprendía la garantía de mantenimiento de la sociedad en tanto que –hay que quedarse con la regla, no con la excepción– garantizaba el mantenimiento social a través de la progenie. Y esta funcionalidad no podía reconocerse a las parejas del mismo sexo, de modo que, antes de que fuera legislado el matrimonio de personas del mismo sexo, las uniones homosexuales resultaban una simple opción, pero no me parece que cupiese hablar de ellas en términos de «funcionalidad». Curiosamente, el voto particular de Ortega al que se adhieren Asúa, Valdés y Xiol, coinciden en que es inaceptable la afirmación mayoritaria de que uniones homosexuales y heterosexuales tenían una funcionalidad distinta, sin mayor argumentación. Sin embargo y aunque tampoco el voto lo explica, cabe colegir que dicho voto lo único que pretende es negar que exista esa funcionalidad distinta. El voto en fin (que se pone a la STC 92/2014, se reitera por Asúa y Valdés en la STC 124/2014 y ya no aparece en la STC 157/2014), sostiene que dada la finalidad de la pensión, es igual para las parejas heterosexuales y homosexuales y por lo tanto, se pone a éstas «una condición jurídica de imposible cumplimiento» y por tanto inconstitucional. No obstante, cabe advertir, aunque es un debate ya zanjado por la Ley 13/2005, que no se estaba en el ámbito de las *condiciones*, sino en el de los requisitos legales.

RESUMEN

La pensión de viudedad fue concebida como una prestación de Seguridad Social para asistir la situación de necesidad de la mujer que por fallecimiento del sostén económico familiar quedaba en dificultades de subsistencia por falta de capacidad de ganancia. Dicho contexto ha cambiado radicalmente y la extensión de los beneficiarios, el cambio en las posibilidades de subsistencia y la aceptación y regulación de realidades sociales diferentes al matrimonio (parejas de hecho de distinto y del mismo sexo), ha obligado a un cambio en la regulación de la viudedad que ha planteado no pocas cuestiones sobre la constitucionalidad de la regulación, que se ha ido adaptando a los tiempos.

En este estudio se hace un repaso crítico de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre estas cuestiones, partiendo del corpus doctrinal compuesto principalmente por las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español que tienen como objeto principal de decisión la constitucionalidad de normas o decisiones relativas a la obtención y disfrute de pensiones de viudedad, corpus que se analiza e interpreta jurídicamente con el auxilio de bibliografía sobre el particular, bien relativa a la propia exégesis de las resoluciones o a la materia de la pensión de viudedad en general cuando conecta con los supuestos en que se plantean dudas de adecuación a la Constitución Española de normas o resoluciones sobre ella.

Para la determinación del *corpus* a analizar se ha combinado la búsqueda genérica en las bases de datos jurídicas más usuales de la voz «pensión de viudedad» acotándola a los documentos que corresponden al órgano «Tribunal Constitucional», si bien del resultado de tal búsqueda se han excluido los documentos en que, pese a tratarse de resoluciones (Autos o Sentencias) del Tribunal Constitucional, que contienen el texto «pensión de viudedad», dicha mención no se corresponde con el objeto de la decisión o se menciona por diversas circunstancias sin que se aborden en ellos cuestiones de legalidad constitucional de normas o decisiones relativas a la pensión de viudedad.

Como principales hallazgos en este estudio puede destacarse que en la materia de pensión de viudedad el Tribunal Constitucional español acusa de modo particularmente evidente la composición de sus miembros, de modo que sin perjuicio de una técnica jurídica depurada y formalmente viable transluce en sus decisiones –muchas de ellas con votos particulares– su origen territorial e ideológico.

En lo jurídico, las decisiones son tributarias de la adaptación a los cambios sociales, particularmente los más recientes, de la normativa de una prestación de previsión social –la pensión de viudedad– cuyo nacimiento y fin prístino era muy concreto, bien definido y diferente de las necesidades de previsión actuales, adaptación lastrada por una especie de prisa legislativa poco compatible con la observación y reflexión pausadas que son garantía de productos legislativos de calidad.

Esa prisa legislativa conduce en efecto a situaciones de aplicación legal, en relación con aquellas nuevas realidades sociales –carácter menos protector y más meramente «retributivo» de la pensión de viudedad; extensión de la protección a las denominadas «parejas de hecho», extensión del matrimonio a parejas del mismo sexo y comprensión en las «parejas de hecho» también de las del mismo sexo– en que se cuestiona el acomodo a los principios constitucionales –señaladamente a los Derechos Fundamentales– de algunos de los requisitos de la legalidad ordinaria, remendada a toda prisa, para el acceso a la pensión de viudedad.

También las propias resoluciones del Tribunal Constitucional acusan a veces la urgencia de la adaptación de esa legislación imperfecta a la resolución del caso, llegándose a la conclusión de que la construcción jurídica de la pensión de viudedad pasa por momentos de inestabilidad y provisionalidad, en tanto no se descarte definitivamente la concepción originaria de la pensión y su finalidad y se adopte con claridad qué modelo de protección de la muerte y supervivencia quiere el legislador que se adopte.

Pormenorizando el análisis, las conclusiones se extraen particularmente en tres áreas de actuación concretas: en primer lugar, en relación con las nuevas y antiguas formas de matrimonio, en tanto que la pensión se diseñó prácticamente partiendo de una concepción unívoca del matrimonio resultando que la evolución evidencia muy variados supuestos sobre ello, tanto por razón de las circunstancias del propio matrimonio y su formalización, como en relación con la existencia de diversas formas de matrimonio, señaladamente desde el punto de vista territorial y confesional de los contrayentes y el reconocimiento como tal matrimonio en virtud de los parámetros antedichos, es decir, las formalidades, los territorios y las confesiones, lo que da lugar además a supuestos en que se plantea la existencia de varios y no sólo un beneficiario de la pensión de viudedad.

En segundo lugar, la evolución social ha tendido a equiparar e incluso a potenciar la estructura social en unidades de convivencia menos formales que el matrimonio –las denominadas parejas de hecho– hasta el punto de hacer sentir la necesidad de extender la protección por viudedad a esas parejas, extensión que ha planteado no pocos problemas, derivados no tanto de la mera realidad de las parejas de hecho –que si existentes con análoga finalidad de comunidad de vida que el matrimonio no plantearían problema alguno en la extensión del beneficio– sino de la necesidad del Sistema de previsión social –limitado en sus recursos– de distinguir esas parejas de hecho análogas al matrimonio que considera merecedoras de protección de otras realidades sociales (meras uniones de interés, coyunturales, utilitarias o de otro tipo) a quienes no se considera oportuno conceder la protección de muerte y supervivencia.

Y en tercer lugar, los problemas de adecuación se plantean particularmente cuando se ha entendido socialmente necesario incluir en la protección del sistema a las parejas del mismo sexo, concepción ciertamente distinta de la originaria para la protección de la pensión de viudedad, si bien el abordaje de las dos cuestiones anteriores, las parejas de hecho y los distintos modos de matrimonio, particularmente desde que el matrimonio legalmente admite la homosexualidad de los contrayentes, supone que los problemas en relación con las parejas del mismo sexo se diluyen en la mayoría de las ocasiones en los de los dos grupos anteriores, los matrimonios y las parejas de hecho, de modo que sus soluciones les son aplicables porque los problemas de acceso a la pensión de viudedad no vienen condicionados por la condición sexual de los beneficiarios, sino por la pertenencia de ellos a uno de los dos grupos anteriores, matrimonios con incidencias o parejas de hecho conformadas con arreglo a lo que impone la legalidad, es decir, parejas de Derecho.

Palabras clave: Viudedad, matrimonio, pareja de hecho, pareja homosexual, Constitución.

ABSTRACT Widowhood pensions were conceived as Social Security benefits to give financial help to those widows who after the death of the family breadwinner met subsistence difficulties due to the lack of earnings. That context has totally changed and the extent of beneficiaries, the change in subsistence possibilities and the acceptance and regulation of social realities that are different from marriage (common-law couples and same-sex partners), has forced to change the regulation of widowhood; this fact has raised many questions about the constitutionality of the regulation, which has been adapting to the times.

In this study, a critical review of the pronouncements of the Constitutional Court on these issues is presented, starting from the *body of doctrine*, which is composed mainly of judgements passed by the Spanish Constitutional Court and whose main object of decision is the constitutionality of laws or decisions about getting and enjoying widowhood pensions; this body of doctrine is analysed and interpreted legally with the help of bibliography on the subject, either about the own interpretation of resolutions or about the subject of widowhood pensions in general when it deals with cases that raise questions of adaptation to the Spanish Constitution rules or resolutions on it.

In order to establish the body of doctrine to be analysed, a generic search has been combined in the most common legal databases for the term «widowhood pension» filtering it to documents which correspond to the «Constitutional Court» organ; from the search results, some documents have been excluded, in spite of the fact that they were resolutions (decisions or judgements) of the Constitutional Court containing the text «widowhood pension»; that indication does not correspond to the subject of the decision or it is mentioned because of several circumstances without addressing constitutional legality of laws or decisions related to widowhood pensions.

As main findings in this study it may be noted that in the subject of widowhood pensions the Spanish Constitutional Court clearly reveals the composition of its members, so that without prejudice to a refined and formally feasible legal technique, its decisions –many of them with individual votes– betray its territorial and ideological origin.

On legal grounds, decisions are a consequence of adaptation to social changes, particularly to the most recent ones, to the regulation of benefits within the welfare system –widowhood pensions– whose birth and original purpose was specific, well-defined and different from current welfare needs; such adaptation was burdened by a sort of legislative haste, hardly compatible with deliberate observation and reflection, which guarantee good quality legislative products.

Indeed, this legislative haste leads to legally applicable situations in relation to those new social realities –of less protective and more purely «compensatory» nature– of widowhood pensions; extension of welfare to so-called «common-law partners», extension of marriage to same-sex couples and understanding of same-sex couples as «common-law partners», where the agreement with constitutional principles is questioned –particularly with fundamental rights– of some of the requirements of ordinary law, hastily patched to give access to widowhood pensions.

Also the own resolutions of the Constitutional Court sometimes reveal the urgency of adaptation of that flawed legislation to the case resolution, concluding that the legal construction of the widowhood pension goes through unstable and temporary periods, as long as the original conception of the pension and its purpose is not definitely discarded and a clear decision is made by the legislator about what kind of model of death and survival benefit is adopted.

After having described the analysis in detail, conclusions are particularly drawn in three specific areas of action: first, in relation to new and old models of marriage, as the pension was practically designed starting from a univocal conception of marriage and resulting in different assumptions about it, both because of the circumstances of the marriage itself and its execution, and in relation to the existence of various models of marriage, especially from the point of view of territory and religion of the parties and recognition as such marriage under the above parameters, i.e., the formalities, territory and religion, which also leads to situations where there are several beneficiaries and not just one entitled to the widowhood pension.

Secondly, social evolution has tended to consider equal and even enhance the social structure in units of cohabitation less formal than marriage –the so-called common-law partners– to the point of making you feel the need to extend widowhood pensions to those couples; this extension has raised many problems, derived not so much from the mere existence of common-law partners –that if they had a similar purpose of community life than marriage, they would not pose any problem to the extent of benefits– but from the need of the welfare system –limited in its resources– to distinguish those common-law partners (similar to marriage that it considers entitled to welfare benefits) from other social realities (mere relationship of common interest, temporary, utilitarian or otherwise), which are not considered entitled to death and survival benefits.

And thirdly, the problems of adjustment arise particularly when it is understood from a social point of view that same-sex couples are to be included in the welfare system; this conception of widowhood pensions as a welfare tools is certainly different from the original one, although the approach of the two previous questions (common-law partners and different models of marriage, particularly since the marriage legally admitted homosexuality of the contracting parties) means that the problems in relation to same-sex couples are diluted in most cases in the previous two groups, marriage and common-law partners, so that their solutions are applicable to them because the problems of access to widowhood pensions are not determined by the sexual orientation of beneficiaries, but by belonging to one of the previous two groups, couples with incidents or common-law partners legally constituted, i.e. «in fact» and «in law» couples.

Keywords: Widowhood, marriage, domestic partner, homosexual couple, Constitution.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

II. Jurisprudencia

Recordatorio de Jurisprudencia en materia de Seguridad Social, en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Septiembre 2015 a mayo de 2016

Summary of Jurisprudence on Social Security, High Court (Fourth Chamber). September 2015 to May 2016

M^a LUZ GARCÍA PAREDES*

INDICE POR MATERIAS¹

Accidente de trabajo, 6, 16, 19, 29, 32, 42, 54, 56, 57, 65
Desempleo, 14, 17, 22, 24, 33, 34, 40, 43, 50, 55, 59, 66
Desempleo parcial, 1, 3, 31
Enfermedad profesional, 2, 4, 9, 36
Expediente administrativo, 11
Gran invalidez, 53
Incapacidad permanente parcial, 49, 61
Incapacidad permanente total, 52, 58, 60
Incapacidad temporal, 20, 63
Jubilación, 30, 38
Jubilación anticipada, 12
Jubilación parcial, 45, 47
Jurisdicción social, 10
Maternidad, 21
Mejora voluntaria de las prestaciones de la seguridad social, 25
Prestación en favor de familiares, 7
Prestación por cese de actividad, 8
Prevención de riesgos laborales, 13

Proceso de seguridad social, 37, 41, 51, 64
Programa de renta activa de inserción, 23
Reclamación previa, 51
Recurso de suplicación, 5, 39, 44
Régimen especial agrario por cuenta propia, 62
Régimen especial de trabajadores autónomos, 48, 49
Sistema especial para el manipulado y empaquetado del tomate fresco, 55
Viudedad, 15, 18, 26, 27, 28, 35, 46

INDICE LEGISLATIVO¹

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (CC)
– Art. 97: 26
– Art. 1968: 32
– Art. 1969: 16

Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (LSS)
– Art. 94.4: 29
– Art. 95.3: 29

* Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

¹ La referencia de cada concepto viene dada por la ordenación de las sentencias.

Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, por el que se regulan las prestaciones de muerte y supervivencia

- Art. 22: 7

Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o Autónomos

- Art. 27.1 a): 49
- Art. 35: 58
- Art. 36: 49

Decreto 1646/1972, de 21 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social

- Art. 5: 7

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro

- Art. 73: 32

Real Decreto 625/1985 de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo

- Art. 1.2: 1, 2, 31

Real Decreto 1559/1986, de 28 de junio, por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos

- Art. 2.2: 38
- Art. 4: 38

Orden Ministerial de 30 de mayo de 1991, por la que se da nueva regulación a los sistemas especiales de frutas y hortalizas e industria de conservas vegetales, dentro del Régimen General de la Seguridad Social

- Art. 6: 55

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común

- Art. 42.1: 11
- Art. 44: 11
- Art. 92.3: 11

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)

- Art. 43.3: 16
- Art. 45: 50
- Art. 45.3: 30
- Art. 115.3: 42, 56
- Art. 121.3: 19
- Art. 123: 6, 9, 54, 57
- Art. 127: 29
- Art. 127.2: 6, 9, 65
- Art. 131.1: 63
- Art. 131 bis.1: 20
- Art. 134: 25
- Art. 136.2: 36
- Art. 137: 25
- Art. 137.3: 61
- Art. 137.6: 53
- Art. 141: 62
- Art. 143.2: 60
- Art. 161: 48
- Art. 161 bis.1: 38
- Art. 161 bis.2: 12
- Art. 162: 48
- Art. 166.2: 45, 47
- Art. 174.2: 26, 35
- Art. 174.3: 15, 18, 28
- Art. 176.2: 7
- Art. 201.1: 855
- Art. 203.3: 1, 2, 31
- Art. 205.2: 1, 2, 31
- Art. 208.1.1 e): 66
- Art. 208.1.3: 1, 2
- Art. 209. 5 b): 50
- Art. 209.6: 21
- Art. 211: 40, 43
- Art. 213.1 g): 17, 22
- Art. 215.1: 23, 33, 34
- Art. 215.3: 24, 33, 34
- Art. 218.2: 48
- Art. 221.1: 31
- Art. 231.1 e): 33, 34
- Art. 237.2: 36
- Art. 237.4: 36
- Disposición Adicional 34ª: 49
- Disposición Adicional 39ª: 58
- Disposición Transitoria 18ª: 27, 46
- Disposición Final 7ª: 10

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)

- Art. 40.1: 66
- Art. 44: 6, 9, 65
- Art. 48.2: 25

Real Decreto 148/1996 de 5 de febrero, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas

- Art. 3: 11

Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social

- Art. 7.2: 13

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)

- Art. 405.1: 37
- Art. 576: 19

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)

- Art. 3: 13
- Art. 4: 13
- Art. 7.1 c): 33, 34
- Art. 12.6: 13
- Art. 13.10: 13
- Art. 25.3: 24, 33, 34
- Art. 42.3: 13
- Art. 47.1 b): 24, 33, 34

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad

- Art. 2.1: 52

Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre (por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo)

- Art. 2.1 d): 23

Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas

- Art. 3.1 a 4: 66

Ley 32/2010, de 5 de agosto que regula la denominada prestación por cese de actividad del personal autónomo

- Art. 4.1 b): 8
- Art. 8: 8

Real Decreto-Ley 8/2010 de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público

- Disposición Transitoria Segunda: 45, 47

Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo

- Art. 19: 14, 59

Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)

- Art. 26.6: 64
- Art. 71.1: 51
- Art. 71.2: 2, 4, 51
- Art. 71.4: 51
- Art. 72: 41
- Art. 191: 44
- Art. 191.2 g): 5, 39
- Art. 191.4 g): 39
- Art. 230.2 d): 19
- Art. 294.2: 19

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

- Art. 16.1: 14, 59

SENTENCIAS

SENTENCIA NÚM. 1**Fecha:** 09/09/2015**Recurso:** 2880/2014**Materia:** DESEMPLEO PARCIAL. FUNCIONARIO INTERINO AL QUE SE REDUCE LA JORNADA APLICANDO DECRETO-LEY AUTONÓMICO.**Resumen:** El funcionario interino ostenta el derecho a la protección por desempleo al haber cotizado al Régimen General, y en atención a la reducción de jornada temporal, en más de 10% y no superior al 70%, decidida por el empleador. Reitera doctrina recogida en sentencia de 1 y 27 de julio de 2015.**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 203.3, 205.2, 208.1.3; REAL DECRETO 625/1985 de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo: art. 1.2.**SENTENCIA NÚM. 2****Fecha:** 14/09/2015**Recurso:** 3775/2014**Materia:** ENFERMEDAD PROFESIONAL. IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL INSS. RESOLUCIONES DE RESPONSABILIDAD DE LA MUTUA FIRMES. FALTA DE ACCIÓN.**Resumen:** La Mutua, en su condición de entidades colaboradoras, no pueden reabrir la reclamación en materia de responsabilidad en el pago de prestaciones por enfermedad profesional, si la primera resolución quedó firme y ello por no ser gestión prestacional ni en la relación con los beneficiarios.**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 71.2.**SENTENCIA NÚM. 3****Fecha:** 14/09/2015**Recurso:** 2009/2014**Materia:** DESEMPLEO PARCIAL. FUNCIONARIO INTERINO AL QUE SE REDUCE

LA JORNADA APLICANDO DECRETO-LEY AUTONÓMICO.

Resumen: El funcionario interino ostenta el derecho a la protección por desempleo al haber cotizado al Régimen General, y en atención a la reducción de jornada temporal, en más de 10% y no superior al 70%, decidida por el empleador. Reitera doctrina recogida en sentencia de 1 y 27 de julio de 2015.**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 203.3, 205.2, 208.1.3; REAL DECRETO 625/1985 de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo: art. 1.2.**SENTENCIA NÚM. 4****Fecha:** 15/09/2015**Recurso:** 3477/2014**Materia:** ENFERMEDAD PROFESIONAL. IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DEL INSS. RESOLUCIONES DE RESPONSABILIDAD DE LA MUTUA FIRMES. FALTA DE ACCIÓN.**Resumen:** La Mutua, en su condición de entidades colaboradoras, no pueden reabrir la reclamación en materia de responsabilidad en el pago de prestaciones por enfermedad profesional, si la primera resolución quedó firme y ello por no ser gestión prestacional ni en la relación con los beneficiarios.**Disposiciones Legales:** LRJS: art. 71.2.**SENTENCIA NÚM. 5****Fecha:** 15/09/2015**Recurso:** 3306/2014**Materia:** RECURSO DE SUPPLICACIÓN. ACCESO AL RECURSO. DIFERENCIAS EN EL DERECHO RECONOCIDO. INEXISTENCIA DE AFECTACIÓN GENERAL.**Resumen:** Se reclama en demanda una mayor base reguladora de computar periodos de 30 días en los últimos seis meses y no los últimos 180 días. La diferencia entre lo reconocido y lo reclamado no supera los 3000 euros y no existiendo afectación general al no constar una litigiosidad

abundante sobre el problema debatido, no es posible recurrir la sentencia dictada en la instancia.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 191 g).

SENTENCIA NÚM. 6

Fecha: 13/10/2015

Recurso: 2166/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. RECARGO DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE SUCESIÓN DE EMPRESAS.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre la determinación de si resulta responsable del recargo por falta de medidas de seguridad una empresa que sucedió, años después del reconocimiento de la prestación de seguridad social sobre la que incide dicho recargo, a la que estaba vinculado el trabajador accidentado al suceder el siniestro. La Sala 4^a del TS reitera la doctrina de su sentencia de 23 de marzo de 2015, en la que se dijo que la responsabilidad en materia de recargo, cuando existe una sucesión empresarial, no puede venir determinada por el art. 44 ET que, claramente, se remite al ámbito de las normas reguladoras de la Seguridad Social. Tampoco sirve el artículo 127.2 de la LGSS en tanto que se refiere al régimen de responsabilidad en las prestaciones y no del recargo lo que lleva a tener que colmar la laguna con normas del propio ámbito jurídico en el que se enmarca aquél y a la luz de la normativa comunitaria, reflejada en la STJCE de 5 de marzo de 2015. En ese sentido se debe excluir una interpretación extensiva de la intransmisibilidad intervivos del art. 123.2, opuesta a esa doctrina comunitaria, sino acudir a una interpretación extensiva de las previsiones del art. 127.2 LGSS en el sentido de entender no sólo comprendidos los recargos de prestaciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión [algo obvio], sino que igualmente ha de alcanzar a los que –por estar en curso de generación el daño atribuible a la infracción de la medida de seguridad– se hallasen «in fieri» a la fecha de cambio empresarial.

Disposiciones Legales: ET: art. 44; LGSS: art. 123, 127.2.

SENTENCIA NÚM. 7

Fecha: 15/10/2015

Recurso: 1045/2014

Materia: PRESTACIONES EN FAVOR DE FAMILIARES. HERMANOS CON DEBER DE ALIMENTOS.

Resumen: La prestación en favor de familiares exige el requisito de ausencia de parientes con deber de alimentos para que se lucre y a tal efecto debe considerarse que la obligación civil que pesa sobre los hermanos de prestarse mutuos auxilios no debe equipararse a la de alimentos cuando se trata del acceso a las prestaciones de Seguridad Social. En consecuencia, la existencia de hermanos convivientes no impide que surja el derecho a la prestación en favor de familiares, con independencia de su nivel de rentas.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 176.2; ORDEN MINISTERIAL de 13 de febrero de 1967, por el que se regulan las prestaciones de muerte y supervivencia: art. 22; DECRETO 1646/1972, de 21 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social: art. 5.

SENTENCIA NÚM. 8

Fecha: 27/10/2015

Recurso: 2663/2014

Materia: PRESTACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD. PERIODO DE CARENCIA Y ESTAR AL CORRIENTE EN EL PAGO DE LAS CUOTAS.

Resumen: Para causar el derecho a la prestación por cese de actividad se ha de tener cubierto el período de carencia, que es el que realmente origina el derecho a la prestación, siendo el segundo requisito el de hallarse al corriente en el pago de las cuotas restantes que fueran exigibles. Este segundo requisito es complementario y permite que se devengue el derecho, en el caso de las periódicas, cuando tiene lugar el ingreso de las cuotas adeudadas. Por consiguiente, es necesario reunir el período de carencia, en el que

«solo serán computables las cotizaciones realizadas antes del día 1 del mes en que se cause la prestación por las mensualidades transcurridas hasta la misma y las correspondientes a dicho mes que se ingresen dentro de plazo» y cubierto este requisito procederá analizar si se está al corriente en el pago de las cuotas o, en otro caso, se invita al pago.

Disposiciones Legales: LEY 32/2010, de 5 de agosto que regula la denominada prestación por cese de actividad del personal autónomo: art. 4.1 b) y 8.

SENTENCIA NÚM. 9

Fecha: 02/11/2015

Recurso: 3426/2014

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. RECARGO DE PRESTACIONES. RESPONSABILIDAD EN SUCESIÓN DE EMPRESAS. CASO URALITA.

Resumen: La responsabilidad en materia de recargo, cuando existe una sucesión empresarial, no puede venir determinada por el art. 44 ET que, claramente, se remite al ámbito de las normas reguladoras de la Seguridad Social. Tampoco sirve el artículo 127.2 de la LGSS en tanto que se refiere al régimen de responsabilidad en las prestaciones y no del recargo lo que lleva a tener que colmar la laguna con normas del propio ámbito jurídico en el que se enmarca aquél y a la luz de la normativa comunitaria, reflejada en la STJCE de 5 de marzo de 2015. En ese sentido se debe excluir una interpretación extensiva de la intransmisibilidad inter vivos del art. 123.2, opuesta a esa doctrina comunitaria, sino acudir a una interpretación extensiva de las previsiones del art. 127.2 LGSS en el sentido de entender no sólo comprendidos los recargos de prestaciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión [algo obvio], sino que igualmente ha de alcanzar a los que –por estar en curso de generación el daño atribuible a la infracción de la medida de seguridad– se hallasen «in fieri» a la fecha de cambio empresarial. Rectifica expresamente doctrina anterior.

Disposiciones Legales: ET: art. 44, LGSS: art. 123,127.2.

SENTENCIA NÚM. 10

Fecha: 02/11/2015

Recurso: 308/2014

Materia: JURISDICCIONAL SOCIAL, INCOMPETENCIA DEL ORDEN SOCIAL. PRESTACIONES DE LA LEY DE DEPENDENCIA.

Resumen: La cuestión de la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones relativas a prestaciones derivadas de la Ley 36/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, ha de ser abordada en atención al régimen legal transitorio surgido con la entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) en donde se mantiene la competencia del orden contencioso-administrativo. Reitera doctrina recogida en sentencia de 17 de septiembre de 2013, 8 de julio de 2015, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Final 7ª.

SENTENCIA NÚM. 11

Fecha: 27/11/2015

Recurso: 1888/2014

Materia: EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO. CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE. EFECTOS.

Resumen: El plazo en el que se deben tramitar los expedientes administrativos en materia de prestaciones, es un plazo que «afecta única y exclusivamente a la regulación de ese especial expediente administrativo y su finalidad no es otra sino la de otorgar una garantía de rapidez o celeridad en su tramitación, pero no incide en las respectivas obligaciones de la gestora en torno a la reclamación de reintegro de lo indebidamente percibido ni en la del beneficiario de devolverlo. Ambas cuestiones, en su contenido material, si podrían verse afectadas,

en su caso, por las previsiones del art. 45.3 de la LGSS «. Por ello, si el plazo no incide en los derechos de la gestora que la misma puede reclamar mientras no prescriban, es claro que la gestora puede reabrir el expediente y dictar la oportuna reclamación, pues la caducidad del expediente comporta solamente que el mismo no ha interrumpido el curso de la prescripción. Reitera doctrina recogida en sentencia de 14 de mayo de 2009 y 11 de mayo de 2010.

Disposiciones Legales: LEY 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: art. 42.1, 44 y 92.3; REAL DECRETO 148/1996 de 5 de febrero, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas: art. 3.

SENTENCIA NÚM. 12

Fecha: 10/12/2015

Recurso: 3188/2013

Materia: JUBILACIÓN ANTICIPADA. ACUESO TRAS MODIFICAR EL ACUERDO DE PREJUBILACIÓN. FRAUDE DE LEY: NO EXISTE. BANESTO.

Resumen: Se plantea en el recurso de unificación de doctrina si la modificación del acuerdo de prejubilación que las partes adoptaron con la finalidad de poder alcanzar los requisitos que se introdujeron en posterior reforma legal es fraudulento y, en consecuencia, no es posible reconocer el derecho a la pensión de jubilación anticipada. La Sala considera que el acuerdo citado, plenamente válido, despliega su eficacia en los contratos individuales que, al amparo del mismo ha suscrito Banesto con los trabajadores prejubilados, cuyas condiciones de prejubilación no tenían en cuenta el requisito exigido en el art. 161.bis.2 LGSS ex Ley 40/2007, por haber sido pactadas las citadas condiciones con anterioridad a la aparición de dicha norma, cumpliendo los requisitos exigibles en el momento en que se suscribieron para que los trabajadores pudieran acceder en un futuro a la jubilación anticipada.

da. Al ser modificadas dichas condiciones por disposición legal, no es que el Banco y los trabajadores suscriban un contrato fraudulento para acceder a la jubilación anticipada, sino que se limitan a pactar las condiciones, –sustituyendo a las establecidas en el primitivo contrato de prejubilación–, que permitan al trabajador acceder a la jubilación anticipada en las condiciones establecidas por la nueva norma. Reitera doctrina recogida en sentencia de 14, 18 y 20 de marzo 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 161 bis.2.

SENTENCIA NÚM. 13

Fecha: 15/12/2015

Recurso: 34/2015

Materia: INFRACCIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. SUSPENSIÓN DEL PLAZO DE TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE POR ACTUACIONES PENALES. CONECCION DIRECTA.

Resumen: Es procedente paralizar el expediente sancionador administrativo cuando existen actuaciones penales si bien la reapertura del mismo lo será en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados, de no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, pero no es posible esa reactivación del expediente cuando existe sentencia penal condenatoria por los mismos hechos, supuesto en el que opera la tan examinada prohibición de sancionar doblemente.

Disposiciones Legales: Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: arts. 3, 4, 12.6; 13.10 y 42.3; LPRL: art. 14 y 24; REAL DECRETO 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social

y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social: art. 7.2.

SENTENCIA NÚM. 14

Fecha: 16/12/2015

Recurso: 439/2015

Materia: DESEMPLEO POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO. REPOSICIÓN DE LA PRESTACIÓN. ERTE PREVIO QUE OCASIONO PRESTACIÓN POR DESEMPLEO PARCIALMENTE CONSUMIDA. EXTINCIÓN PRODUCIDA EN DÍA POSTERIOR AL PLAZO QUE CONCLUYE EN DÍA FESTIVO.

Resumen: Partiendo de que estamos ante una extinción del contrato, como hecho causante de la prestación, que se adopta en el seno del concurso y que esta se produce bajo la vigencia de la Ley 3/2012, dicha norma permitía la reposición de las prestaciones consumidas por suspensiones contractuales producidas entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de dicho año si el despido se produce entre el 12 de febrero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013. Siendo ello así, en el caso que se resuelve la suspensión contractual no se produce en aquel espacio de tiempo. Las suspensiones anteriores a esas fechas fueron reguladas por la Ley 35/2010, en donde se exige que la extinción del contrato esté entre el 18 de junio de 2010 y 31 de diciembre de 2012 lo que tampoco permitiría reponer las prestaciones por cuanto que la extinción fue operativa el 2 de enero de 2013. Ahora bien, atendiendo a los plazos y las fechas en las que se ha producido la extinción, tenemos que el 31 de diciembre es festivo y el día 1 de enero fue igualmente festivo en todo el Estado lo que llevaría a entender que el plazo de 31 de diciembre debe llevarse al 2 de enero ya que lo contrario haría de peor condición a los trabajadores sometidos a un proceso concursal.

Disposiciones Legales: LEY 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo: art. 19; LEY 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: art. 16.1.

SENTENCIA NÚM. 15

Fecha: 16/12/2015

Recurso: 3453/2014

Materia: VIUDEDAD. CONSTITUCIÓN DE LA PAREJA DE HECHO. INSCRIPCIÓN EN REGISTRO DE PAREJAS DE HECHO O DOCUMENTO PÚBLICO DE CONSTITUCIÓN.

Resumen: El acceso a la pensión de viudedad en parejas de hecho exige como requisito la existencia de inscripción formal de la pareja en Registro específico de parejas o en documento público que, de constancia de la constitución de tal pareja de hecho, sin que tal exigencia se haya visto alterada por la doctrina recogida en la STC 40/2014, de 11 de marzo. Reitera doctrina recogida en sentencia de 22 de septiembre de 2014 y 9 de febrero de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.3.

SENTENCIA NÚM. 16

Fecha: 18/12/2015

Recurso: 2720/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. RECARGO DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. PRESCRIPCIÓN, DÍA INICIAL DEL PLAZO.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre el «dies a quo» para el cómputo de la prescripción del derecho al recargo de las prestaciones de seguridad social por falta de medidas de seguridad y si ese cómputo se inicia a raíz de dictarse la primera resolución firme reconociendo una prestación por contingencias o si cabe que se reabra con ocasión del reconocimiento de otra prestación derivada de la misma contingencia. En este caso, el plazo de prescripción se inicia desde que al trabajador le fue reconocida la prestación de invalidez por la contingencia profesional sin que se pueda ubicar en un momento posterior, con ocasión de una revisión del grado.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 43.3; CC: art. 1969.

SENTENCIA NÚM. 17**Fecha:** 21/12/2015**Recurso:** 817/2015**Materia:** DESEMPLEO. SALIDA AL EXTRANJERO POR PERIODO INFERIOR A QUINCE DÍAS Y SIN AUTORIZACIÓN. SUSPENSIÓN DEL DERECHO.**Resumen:** Se reitera la doctrina recogida en sentencias de 30 de diciembre de 2012 según la cual procede la suspensión de la prestación por desempleo cuando se sale al extranjero por espacio inferior a quince días sin autorización administrativa.**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 213.1 g).**SENTENCIA NÚM. 18****Fecha:** 20/01/2016**Recurso:** 3106/2014**Materia:** VIUEDAD. VIOLENCIA DE GÉNERO SUPUESTO ANTERIOR A LA LEY 1/2004.**Resumen:** Existe el derecho a la pensión de viudedad de quien ha estado casada hasta la ruptura matrimonial, anterior a la Ley 1/2004, con el causante y ha presentado denuncias por malos tratos frente a su exesposo, siendo acreditada la condición de víctima y se obtiene de indicios como la violencia hacia el hijo en común o simple denuncia por maltrato de palabra o hecho hacia la esposa, o sentencias absolutorias que lo son por falta de acusación.**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 174.3.**SENTENCIA NÚM. 19****Fecha:** 21/01/2016**Recurso:** 2126/2014**Materia:** ACCIDENTE DE TRABAJO. RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. INTERESES PROCESALES.**Resumen:** La consignación de la cantidad objeto de condena en una sentencia, a fin de poder recurrirla, no elimina el devengo de intere-

ses moratorios durante el periodo posterior a la consignación. Ahora bien, en el caso de que se ha producido el ingreso del capital coste de la responsabilidad por el recargo impuesto en vía administrativa, ya se está resarciendo a los beneficiarios, durante la sustanciación de los recursos y en ejecución provisional, tal y como establecen las normas procesales, a lo que se une la condición que tiene el recargo en el marco de las prestaciones de la Seguridad Social. Por tanto, habrá que ver si la falta de pago del recargo fue porque la Entidad Gestora no lo hizo a cargo del capital coste constituido o por no haberlo solicitado en ejecución provisional el beneficiario, lo que exonera a la empresa del retraso que se le quiere imputar.

Disposiciones Legales: LEC: art. 576; LRJS: art. 230.2 d), 294.2; LGSS: art. 121.3.**SENTENCIA NÚM. 20****Fecha:** 22/01/2016**Recurso:** 2039/2014**Materia:** INCAPACIDAD TEMPORAL. INCOMPARECENCIA INJUSTIFICADA AL RECONOCIMIENTO MEDICO.**Resumen:** Es procedente la extinción del subsidio de incapacidad temporal cuando el trabajador no justifica la inasistencia al reconocimiento médico que le fijo la Entidad sin que a tal fin pueda entenderse como justificación el haber recibido tarde la cita cuando lo que se advierte es una pasividad en recoger los avisos de correos e incluso posteriormente ni tan siquiera se puso a disposición de la Mutua para llevar a cabo tal reconocimiento. Reitera doctrina recogida en sentencia de 29 de septiembre de 2009, 6 de marzo de 2012 y 13 noviembre 2013.**Disposiciones Legales:** LGSS: art. 131 bis.1.**SENTENCIA NÚM. 21****Fecha:** 22/01/2016**Recurso:** 1931/2014**Materia:** MATERNIDAD. ANTICIPO POR LA ENTIDAD GESTORA.

Resumen: La declaración de improcedencia o nulidad del despido obliga a la empresa a cotizar por el período correspondiente a salarios de tramitación, sin perjuicio de la obligación del empresario de dar de baja al trabajador en cuanto se produce su cese en la prestación de servicios. El modo de conciliar ambas previsiones normativas es considerar que el trabajador despedido, durante la tramitación del proceso de despido, puede adquirir con efectos retroactivos la situación de asimilación al alta, en caso de improcedencia o nulidad sobrevenidas del despido acordado. De ahí que, en tal supuesto, la entidad gestora de un lado perciba las cotizaciones correspondientes a los salarios de tramitación, y de otro lado quede obligada al abono del subsidio de incapacidad temporal. Y la misma doctrina se aplica en un caso que no es ya de incapacidad temporal sino, como en el caso de autos, un supuesto de prestación por maternidad. Reitera doctrina de la SSTS de 3 de junio y 13 de noviembre de 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 209.6.

SENTENCIA NÚM. 22

Fecha: 27/01/2016

Recurso: 3856/2014

Materia: DESEMPLEO, AUSENCIA DEL TERRITORIO ESPAÑOL POR MENOS DE 90 DÍAS, FALTA DE AUTORIZACIÓN. SUSPENSIÓN DEL DERECHO.

Resumen: No procede la extinción sino la suspensión de la prestación cuando se ausenta del territorio español el beneficiario de la prestación por desempleo por menos de 90 días, sin comunicarlo al SPEE, según reiterada jurisprudencia recogida en sentencia de 15 de abril de 2015, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 213.1 g).

SENTENCIA NÚM. 23

Fecha: 02/02/2016

Recurso: 2835/2014

Materia: PROGRAMA DE RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN. RENTAS. PENSIÓN DE

VIUDEDAD CON PAGAS EXTRAORDINARIAS.

Resumen: La cuestión suscitada consiste en determinar si, a efectos de delimitar el requisito de acceso y mantenimiento de la Renta Activa de Inserción consistente en carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75% del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, cuando el/la beneficiario/aes titular de una pensión de viudedad derivada de contingencias comunes que percibe en catorce pagas anuales (doce ordinarias y dos extraordinarias), sí han de computarse o no a tal efecto las dos pagas extraordinarias. La Sala entiende que procede incluir dichas pagas l tener que partirse de un cómputo anual.

Disposiciones Legales: REAL DECRETO 1369/2006, de 24 de noviembre (por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo: art. 2.1 d); LGSS: art. 215.1.

SENTENCIA NÚM. 24

Fecha: 03/02/2016

Recurso: 2576/2014

Materia: DESEMPLEO. SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS DE EDAD. RENTAS COMPUTABLES. FALTA DE COMUNICACIÓN AL SPEE DEL RESCATE DE UN PLAN DE PENSIONES.

Resumen: El rescate de un plan de pensiones, cuya naturaleza no consta, no computa en su importe total, como renta, sino que solo sirve a ese efecto la plusvalía o ganancia que ha generado el Plan. Al no constar esos extremos no es posible sancionar por falta de comunicación con la extinción del derecho, sino que debe mantenerse el pronunciamiento de instancia, que acordaba la suspensión. Rectifica doctrina recogida en sentencia de 18 de abril de 2007.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 215.3; LISOS: art. 25.3 y 47.1 b).

SENTENCIA NÚM. 25**Fecha:** 04/02/2016**Recurso:** 2281/2014**Materia:** MEJORA VOLUNTARIA DE LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre si procede o no el abono de la indemnización pactada en un seguro colectivo por la declaración de Incapacidad Permanente Absoluta de un trabajador, en aquellos supuestos en los que tal declaración se entiende que no es definitiva puesto que el INSS ha advertido que la situación invalidante determina la suspensión del contrato de trabajo durante dos años, en aplicación del artículo 48.2 ET, dado que aquella situación de incapacidad va a ser, previsiblemente, objeto de revisión por mejoría. La revisión por mejoría no provoca, directamente, la extinción del contrato de trabajo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.1. e), sino que determina la suspensión por un período de dos años. Ello implica que la propia situación incapacitante no cabe considerarla como definitiva o irreversible, sino provisional hasta que transcurra el plazo de dos años previsto en artículo 48.2 ET. Se trata de una situación de espera transitoria en tanto en cuanto, si esa revisión por mejoría prevista no se ha producido en aquel plazo máximo de los dos años previsto en el art. 48.2 ET quedará abierta para el trabajador la posibilidad de reclamar la indemnización, y la consiguiente obligación de abonarla para la entidad aseguradora, pues a partir de entonces la incapacidad declarada ya tendrá la condición de irreversible. Reitera doctrina recogida en sentencia de 28 de diciembre de 2000.

Disposiciones Legales: ET: art. 48.2; LGSS: art. 134 y 137.

SENTENCIA NÚM. 26**Fecha:** 12/02/2016**Recurso:** 2397/2014**Materia:** VIUEDAD. BENEFICIARIO DIVORCIADO DEL CAUSANTE, PENSIÓN COMPENSATORIA.

Resumen: La cuestión que se plantea en el recurso versa sobre si la demandante, separada del causante en 1998, tiene derecho a la pensión de viudedad, habida cuenta de que el fallecimiento del cónyuge causante lo fue en agosto de 2011 y en la sentencia de separación se acordó que la vivienda familiar quedase en uso y disfrute de la esposa e hijos del matrimonio», y que el citado cónyuge «vendrá obligado a abonar mensualmente a su excónyuge, en concepto de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos para la hija menor la cantidad de 40.000 pts/mes... debiéndose igualmente responsabilizarse de los pagos referentes a préstamos, hipotecas y seguros derivados del antiguo hogar familiar», debiendo señalarse si en esas condiciones existe una pensión compensatoria. La Sala 4^a del TS entiende que esas obligaciones eran dinerarias y compensan las dificultades económicas que la separación produjo a la esposa. Por tanto, procede el reconocimiento de la pensión de viudedad.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.2; CC: art. 97.

SENTENCIA NÚM. 27**Fecha:** 16/02/2016**Recurso:** 2300/2014**Materia:** VIUEDAD. EXONERACIÓN DEL REQUISITO DE PENSIÓN COMPENSATORIA. COMPUTO DEL PLAZO DE 10 AÑOS.

Resumen: La cuestión que se suscita en el recurso consiste, en determinar sí, con relación a la pensión de viudedad y en interpretación de la Disposición Transitoria 18 LGSS, que excepcionó el requisito de pensión compensatoria, el período inferior a diez años que allí se establece se ha de computar desde la fecha de la separación judicial o desde la fecha del divorcio. Se reitera la doctrina recogida en sentencias de 13 de mayo de 2015 y precedentes diciendo que el periodo inferior a 10 años se computa desde la fecha de la separación judicial, aun cuando luego se hubieran divorciado.

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Transitoria 18ª.

SENTENCIA NÚM. 28

Fecha: 16/02/2016

Recurso: 33/2014

Materia: VIUEDAD. SEPARADA SIN PENSIÓN COMPENSATORIA. REANUDACIÓN DE LA CONVIVENCIA CON EL ESPOSO SIN COMUNICARLO AL JUZGADO. NO PROCEDE EL DERECHO A LA PENSIÓN.

Resumen: Rectificando el criterio adoptado en la sentencia de 4 de marzo de 2014, la Sala 4ª del TS entiende que no procede reconocer la pensión de viudedad a quien ha reanudado la convivencia con el ex esposo, causante de la pensión, sin haberlo comunicado al Juzgado, siendo esa situación, la misma no es equivalente a la pareja de hecho sino que, estando vigente el vínculo matrimonial, no puede constituirse válidamente una pareja de hecho entre los cónyuges, sin que a ello obste la privación del efecto natural del matrimonio de que los cónyuges vivan juntos, de modo que en caso de reconciliación no se constituirá una convivencia, con análoga relación de afectividad a la conyugal, constitutiva de una pareja de hecho, sino que pasa a tener nuevamente efectividad la obligación de los cónyuges de vivir juntos, presumiéndose otra vez que así lo hacen.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.3.

SENTENCIA NÚM. 29

Fecha: 16/02/2016

Recurso: 737/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. INCAPACIDAD TEMPORAL. RESPONSABILIDADES. NO EXISTE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL INSS. SUPUESTO.

Resumen: No procede declarar la responsabilidad subsidiaria del NSS en el pago de las prestaciones de incapacidad temporal y asistencia sanitaria, por accidente de trabajo, ante la insolvencia empresarial, al no tener ésta

una responsabilidad directa ni principal por desconocerse los descubiertos anteriores a la fecha del hecho causante.

Disposiciones Legales: LSS: art. 94.4 y 95.3; LGSS: art. 127.

SENTENCIA NÚM. 30

Fecha: 16/02/2016

Recurso: 2938/2014

Materia: JUBILACIÓN CONTRIBUTIVA. REINTEGRO DE PRESTACIONES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.

Resumen: Se plantea en el recurso el día inicial del plazo que debe tomarse para aplicar el plazo de prescripción en el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas por el beneficiario. Los hechos refieren que en marzo de 2010 se levanta Acta de la Inspección por la que se conoce lo indebidamente percibido por el beneficiario y la entidad gestora, realizando a partir de ahí ésta los actos en reclamación de la deuda, pero hasta julio de 2011 el INSS no notificó la resolución por la que acordaba incoar el expediente de revisión de las cantidades indebidamente percibidas entre abril de 2006 y marzo de 2010. Por tanto, es a partir de marzo de 2010 cuando el INSS debió incoar el expediente por lo que esa demora permite apreciar la prescripción el periodo de marzo de 2006 a junio de 2007.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 45.3.

SENTENCIA NÚM. 31

Fecha: 17/02/2016

Recurso: 670/2015

Materia: DESEMPLEO PARCIAL. FUNCIONARIA INTERINA CON REDUCCIÓN DE JORNADA EN 33% Supuesto anterior a la Ley 3/2012.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencias de 1 y 27 de julio de 2015 y 14 de septiembre y 27 de octubre de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 203.3, 205 y 221.1; REAL DECRETO 625/1985 de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo: art. 1.2.

SENTENCIA NÚM. 32

Fecha: 18/02/2016

Recurso: 3136/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. CONTRATO DE SEGURO. COMUNICACIÓN DEL SINIESTRO FUERA DEL PLAZO. RESPONSABILIDADES.

Resumen: Se plantea en el recurso si procede el derecho indemnizatorio cuando se reclama fuera del plazo que marca el contrato de seguro a la hora de comunicar el siniestro. La Sala, tras distinguir las cláusulas lesivas de las limitativas del contrato de seguro y especifica que los derechos del asegurado son delimitados siempre que una cláusula acota el riesgo objeto de cobertura por medio del contrato de seguro y, por el contrario, son limitados sólo cuando tal cláusula, al perfilar el riesgo cubierto excluye supuestos que de ordinario o usualmente quedan comprendidos dentro del mismo. En este caso, la cláusula del contrato de seguro es delimitadora del riesgo asegurado y, por ende, plenamente válida y solo queda determinar si el siniestro se comunicó en plazo para lo cual ha de estarse a a la fecha del accidente que es cuando surge el deber de notificarlo y hasta los dos años después de finalizado el contrato de seguro, tal y como así se acordó.

Disposiciones Legales: LEY 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: art. 73; CC: art. 1968.

SENTENCIA NÚM. 33

Fecha: 19/02/2016

Recurso: 3035/2014

Materia: DESEMPLEO. SUBSIDIO POR DESEMPLEO. FALTA DE COMUNICACIÓN

DE LOS INGRESOS. PERDIDA DEL DERECHO PRESTACIONAL.

Resumen: Concorre en sanción de extinción de la prestación el beneficiario que no comunicó a la Entidad (SPEE) la incidencia que generaba la suspensión o extinción del derecho, consistente en este caso en superar el nivel de rentas que se produjo en abril de 2010 y que ni siquiera declaró al presentar la documentación en 2012, cuando manifestó que no había percibido rentas superiores en los doce meses anteriores. Finalmente, y en orden al principio de proporcionalidad y el régimen sancionador, considerando que la opción normativa es constitucional cuando se está sancionado un comportamiento que afecta a las bases para el mantenimiento de un derecho, sancionándose a quien oculta una situación que lo alteraría.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 215.1 y 3 y 231.1 e); LISOS: art. 7.1 c), 25.3 y 47.1 b).

SENTENCIA NÚM. 34

Fecha: 22/02/2016

Recurso: 994/2014

Materia: DESEMPLEO. SUBSIDIO PARA MAYORES DE 52 AÑOS DE EDAD. SANCIÓN DE EXTINCIÓN, FALTA DE COMUNICACIÓN DE LA VARIACIÓN DE RENTAS.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 19 de febrero de 2016.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 215.1 y 3 y 231.1 e); LISOS: art. 7.1 c), 25.3 y 47.1 b).

SENTENCIA NÚM. 35

Fecha: 23/02/2016

Recurso: 2311/2014

Materia: VIUEDAD. BENEFICIARIA SEPARADA. PENSIÓN COMPENSATORIA. CONCEPTO.

Resumen: Se debe entender que la beneficiaria era perceptora de pensión compensatoria, a efectos de acceso a la pensión de viudedad, en

un caso en el que la demandante había reclamado una pensión para su hija y ella misma, fijándose por el juzgado civil una cantidad para contribuir «a las cargas del matrimonio»; y c) pese a emanciparse la hija, la reclamante continúa percibiendo la pensión hasta el fallecimiento del causante ocurrido más de seis años después. En tales circunstancias, si ya la indefinición de la cantidad global fijada –aludiendo a las «cargas del matrimonio»– apuntaría a cualidad de pensión compensatoria, conforme a la doctrina reiterada de la Sala 4ª del TS.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 174.2.

SENTENCIA NÚM. 36

Fecha: 23/02/2016

Recurso: 1914/2014

Materia: ENFERMEDAD PROFESIONAL. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. TRABAJADOR PREJUBILADO EN TRABAJO CON EXPOSICIÓN A ASBESTO Y AMIANTO.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso de unificación de doctrina consiste en determinar si el cese en el trabajo de un empleado que contrajo en la empresa la enfermedad de asbestosis profesional, sin que sus lesiones hayan alcanzado en ningún momento y de manera objetiva el grado incapacitante de total para su profesión habitual, haya de determinar que esa calificación debe ser reconocida años después del cese en el trabajo, una vez jubilado, por el hecho de que en la empresa no se acreditase que en el tiempo en que se llevó a cabo la actividad existiesen puestos de trabajo de su categoría que no estuviesen sujetos a ese riesgo profesional. En modo alguno procede el reconocimiento de la invalidez ya que sus dolencias no alcanzan ningún grado de invalidez sin que pueda retrotraerse al cese en su actividad profesional para tomar una incapacidad temporal que por falta de puesto de trabajo justifique el grado de invalidez total al estar el trabajador ya jubilado y no existir precepto que lo imponga en esas circunstancias. Reitera doc-

trina recogida en sentencias de 18 de marzo, 25 de marzo y 1 de abril de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 136.2, 237.2 y 4.

SENTENCIA NÚM. 37

Fecha: 23/02/2016

Recurso: 3331/2014

Materia: PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL. INVALIDEZ. LEGITIMACIÓN PASIVA DE LAS EMPRESAS.

Resumen: Las empresas no están legitimadas pasivamente para actuar como parte demandada en el proceso de invalidez seguido frente a la Entidad Gestora. No obstante, en el caso que se resuelve, dado que la Sala de suplicación decidió en sentido contrario, ello no justificaba la nulidad de las actuaciones, pretendida por la Entidad Gestora, por cuanto que la sentencia de instancia no basó su pronunciamiento en alegaciones de aquellas entidades sino en el informe pericial presentado por el demandante y, además, dicho fallo fue confirmado, en la cuestión de fondo, por la Sala de suplicación. En cuanto a la legitimación, reitera doctrina recogida en sentencias de 4 de abril de 2011 y 30 de enero de 2012.

Disposiciones Legales: LEC: art. 405.1.

SENTENCIA NÚM. 38

Fecha: 24/02/2016

Recurso: 3676/2014

Materia: JUBILACIÓN. COEFICIENTES REDUCTORES. PERSONAL AEREO.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre la incidencia que, en la base reguladora de la pensión de jubilación del personal de transporte aéreo, obtenida en aplicación de los coeficientes reductores, deben o no tener estos últimos y, si su porcentaje se obtiene con los días necesarios para completar la edad de 65 años o todo el tiempo que resulte de aplicar esos coeficientes. La Sala 4ª del TS considera

que la regulación en la materia establece dos consecuencias. Una, reducir la edad de jubilación en el tiempo que resulte de sus reglas, reduciéndose así el periodo cotizado, y, otra, como compensación por ese menor tiempo de actividad, que afecta al porcentaje de la base reguladora y que estará en función del tiempo de rebaja de la edad de manera que si ésta rebaja no se produce no hay aplicación de la regla. Reitera doctrina recogida en sentencia de a STS/4^a de 12 diciembre 2013 y 19 de marzo de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 161 bis. 1; REAL DECRETO 1559/1986, de 28 de junio, por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos: art. 2.2 y 4.

SENTENCIA NÚM. 39

Fecha: 25/02/2016

Recurso: 3721/2014

Materia: RECURSO DE SUPPLICACIÓN. ACCESO AL RECURSO. AUTO EN EJECUCIÓN DEFINITIVA DE SENTENCIA DIC-TADA EN PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE ALTA MEDICA.: NO CABE RECURSO.

Resumen: El auto dictado en ejecución definitiva de la sentencia dictada en proceso de impugnación de alta médica no tiene acceso al recurso de suplicación al no tenerlo la sentencia que se ejecuta.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 191.2 g) y 4 d).

SENTENCIA NÚM. 40

Fecha: 02/03/2016

Recurso: 1006/2015

Materia: DESEMPLEO. SALIDA AL EXTRANJERO POR MENOS DE 90 DÍAS SIN AUTORIZACIÓN. SUSPENSIÓN DEL DERECHO. Supuesto anterior al RDL 11/2013.

Resumen: La salida al extranjero de un beneficiario de protección por desempleo, sin autorización del SPEE, por tiempo inferior a no-

venta días, no genera la extinción del derecho prestacional sino la suspensión por el tiempo de ausencia. Reitera doctrina recogida en sentencias de 26 de mayo y 29 de junio de 2015.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 211.

SENTENCIA NÚM. 41

Fecha: 03/03/2016

Recurso: 19/2015

Materia: PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL. HECHOS NUEVOS EN CONTESTACIÓN A LA DEMANDA. HECHOS IMPEDITIVOS Y EXTINTIVOS.

Resumen: El actor debe probar los hechos constitutivos de su derecho y la Entidad Gestora tiene la carga de probar los hechos impen-ditivos, extintivos y excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impen-ditivos y extintivos. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el Juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho. Pero en cuanto a los otros hechos el Juez debe apreciarlos cuando se prueben aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado o, aunque éste no comparezca en juicio para oponerse. Reitera doctrina recogida en sentencias de 28 de junio de 1994 y 13 de mayo y 28 de octubre de 2009, entre otras.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 72.

SENTENCIA NÚM. 42

Fecha: 08/03/2016

Recurso: 644/2015

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD. INFARTO DE MIOCARDIO EN EL TRABAJO Y SÍNTOMAS EN DÍAS ANTERIORES.

Resumen: Es accidente de trabajo el ocurrido en el lugar de trabajo, en el que se presentó un infarto de miocardio, aunque el trabajador tuviera alguna manifestación de la dolencia en días previos pero que no le impidió trabajar ni provocó proceso de incapacidad alguno. La presunción de laboralidad debe aplicarse ya que no puede excluirse por el solo hecho de que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad ya que lo que se valora es la acción del trabajo como desencadenante de la crisis. Reitera doctrina recogida en sentencia de 10 de diciembre de 2014, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 115.3.

SENTENCIA NÚM. 43

Fecha: 08/03/2016

Recurso: 1360/2015

Materia: DESEMPLEO. SUPUESTO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL, PORCENTAJE DE PARCIALIDAD. Supuesto anterior al RDL 20/2012.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso se refiere a la forma en que ha de calcularse la cuantía de la prestación por desempleo cuando ha mediado trabajo a tiempo parcial y, en concreto, el importe de los topes mínimos y máximos. Y en aplicación de la norma vigente entonces, las cuantías máxima y mínima a que se refieren la misma se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas. Reitera doctrina recogida en sentencia de 20 de mayo de 2015, Recurso 2382/2014, entre otras.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 211.3.

SENTENCIA NÚM. 44

Fecha: 09/03/2016

Recurso: 3559/2014

Materia: RECURSO DE SUPPLICACIÓN. ACCESO AL RECURSO. DIFERENCIAS EN IMPORTE DE PRESTACIÓN Y RECLAMACIÓN DE ATRASOS NO CUANTIFICADOS: NO PROCEDE RECURSO.

Resumen: No cabe recurso de suplicación frente a una sentencia en la que se resuelve una reclamación de diferencias en el importe de la prestación, que no superan en cómputo anual los 3000 euros, aunque se reclaman atrasos cuando éstos no se han cuantificado y, por tanto, se desconoce el importe total que se demanda.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 191.

SENTENCIA NÚM. 45

Fecha: 09/03/2016

Recurso: 260/2015

Materia: JUBILACIÓN PARCIAL. TRABAJADOR QUE CUMPLE LOS 60 AÑOS CON POSTERIORIDAD AL 31 DE DICIEMBRE DE 2012.

Resumen: El demandante solicitó la jubilación parcial el 15 de marzo de 2013, con 60 años de edad. En tal momento ya no podía acceder a la referida situación por cuanto que la posibilidad de acceder a la jubilación parcial a los 60 años solo se mantuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2012.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 166.2: REAL DECRETO LEY 8/2010 de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público: Disposición Transitoria Segunda.

SENTENCIA NÚM. 46

Fecha: 14/03/2016

Recurso: 208/2015

Materia: VIUEDAD. DIVORCIO DE MUTUA ACUERDO CON CONVENIO REGULADOR SIN PENSIÓN COMPENSATORIA. SENTENCIA DE DIVORCIO. EFECTOS.

Resumen: Procede el reconocimiento de la pensión de viudedad, al amparo de la Disposición Transitoria 18 LGSS, aunque la sentencia de divorcio se haya dictado en un momento en el que no se alcancen el tiempo no superior a los 10 años a la fecha del fallecimiento, cuando dicho divorcio ha sido por mutuo acuerdo

en cuyo caso el tiempo a computar lo será, al menos, desde la demanda a la que debería haber seguido de inmediato la sentencia.

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Transitoria 18^a.

SENTENCIA NÚM. 47

Fecha: 15/03/2016

Recurso: 1773/2015

Materia: JUBILACIÓN PARCIAL. TRABAJADOR QUE CUMPLE LOS 60 AÑOS CON POSTERIORIDAD AL 31 DE DICIEMBRE DE 2012.

Resumen: El demandante solicitó la jubilación parcial, con 60 años de edad y con posterioridad al 31 de diciembre de 2012. En tal momento ya no podía acceder a la referida situación por cuanto que la posibilidad de acceder a la jubilación parcial a los 60 años solo se mantuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2012. Reitera doctrina recogida en sentencia de 9 de marzo de 2016.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 166.2; REAL DECRETO LEY 8/2010 de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público: Disposición Transitoria Segunda.

SENTENCIA NÚM. 48

Fecha: 15/03/2016

Recurso: 3249/2014

Materia: RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS. JUBILACIÓN. PERIODO DE CARENCIA MÍNIMA. COTIZACIONES AL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS DE EDAD: NO COMPUTAN.

Resumen: Las cotizaciones por el subsidio por desempleo para mayores de 52 años de edad no se computan para alcanzar el periodo de carencia mínima exigible para acceder a la pensión de jubilación, sin perjuicio de que sirvan para la base reguladora y el porcentaje.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 161, 162 y 218.2.

SENTENCIA NÚM. 49

Fecha: 29/03/2016

Recurso: 3756/2014

Materia: RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS. INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL POR ENFERMEDAD COMÚN: NO PROCEDE.

Resumen: La incapacidad permanente parcial no está protegida en la acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Reitera doctrina recogida en sentencia de 15 de enero de 2005, 28 de febrero y 19 de septiembre de 2007, y 15 de septiembre de 2009.

Disposiciones Legales: DECRETO 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos: art. 27.1 a) y 36; LGSS: Disposición Adicional 34^a.

SENTENCIA NÚM. 50

Fecha: 29/03/2016

Recurso: 2682/2014

Materia: DESEMPLEO. RECLAMACIÓN AL TRABAJADOR DE LA PRESTACIÓN SUPERPUESTA CON SALARIOS DE TRAMITACIÓN. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN Y DIES A QUO.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre cuál es el plazo de prescripción aplicable a la reclamación de una empresa frente al trabajador, demandando el abono de la prestación por desempleo que ingresó en el SPEE, tras el despido declarado improcedente con opción por la readmisión, y requerimiento que dicho organismo efectuó a la empresa por considerar indebidas las prestaciones por desempleo percibidas por el trabajador en el período concurrente con salarios de tramitación, así como fijar el momento a partir del cual se inicia la prescripción para formular tal re-

clamación. En relación con el primer punto, no cabe duda de que lo que resulta objeto de reclamación son prestaciones indebidamente percibidas (aunque sea por causa no imputable al trabajador por imperativo legal) y, como tales, están sometidas a las normas sobre prescripción del artículo 45 LGSS y, por consiguiente, el plazo de prescripción es de cuatro años. Y en relación con el segundo punto, la empresa sólo puede instar el reembolso a los trabajadores una vez ingresa en la entidad gestora la cantidad que ésta le ha reclamado en concepto de prestaciones indebidas por causa no imputable al trabajador. Es, por tanto, el ingreso por parte de la empresa de la citada cantidad lo que inicia el cómputo del plazo de prescripción de la acción.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 45, 209.5 b).

SENTENCIA NÚM. 51

Fecha: 29/03/2016

Recurso: 2996/2014

Materia: PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL. CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. RECLAMACIÓN PREVIA FUERA DE PLAZO.

Resumen: Se plantea en el recurso si se produce la caducidad de la instancia en un supuesto en el que el beneficiario de una prestación por desempleo, que pretende un mayor tiempo de duración, cuando ha formulado la reclamación previa fuera del plazo de 30 días desde la notificación de la resolución inicial. La Sala 4ª del TS, reiterando el criterio recogido en sentencia de 14 de septiembre de 1987, entiende que es procedente examinar la reclamación y no declarar la caducidad en la instancia cuando el derecho subjetivo no ha prescrito y se mantiene cuando se presenta la reclamación previa, aunque lo sea fuera del plazo que tuviera que haberse presentado.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 71.1, 2 y 4.

SENTENCIA NÚM. 52

Fecha: 07/04/2016

Recurso: 2026/2014

Materia: INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD: SE ALCANZA EL 33% POR LA SITUACIÓN DE INVALIDEZ A EFECTOS DE LA LEY 51/2003.

Resumen: La atribución automática del 33% de discapacidad a los perceptores de pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social ha de circunscribirse «a los efectos de lo establecido en la Ley 51/2003, pero no alcanza a la atribución con carácter general de la condición de minusválido o discapacitado que se obtendrá con base en la Ley 13/1982. Reitera doctrina recogida en sentencia de 21 de marzo de 2007.

Disposiciones Legales: LEY 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad: art. 2.1.

SENTENCIA NÚM. 53

Fecha: 20/04/2016

Recurso: 2977/2014

Materia: GRAN INVALIDEZ. CEGUERA.

Resumen: La cuestión que se plantea en el recurso de unificación consiste en determinar si una persona que pueda ser calificada de ciega puede ser objetivamente gran inválido, o si, a pesar de acreditar tal situación, deben excluirse a aquellos que por percibir algún tipo de estímulo luminoso pueden en el caso personal y concreto, en base a factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, llegar a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso puede llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación. La Sala estima que el invidente en tales condiciones requiere naturalmente la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas

actividades esenciales en la vida, aunque no figure así en los hechos declarados probados de la correspondiente resolución judicial, no requiriéndose que la necesidad de ayuda sea continuada. Reitera doctrina recogida en sentencia de 3 de marzo de 2014.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 137.6.

SENTENCIA NÚM. 54

Fecha: 20/04/2016

Recurso: 3723/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. RECARGO DE PRESTACIÓN. INTERESES DEL CAPITAL COSTE DE PENSIÓN.

Resumen: Los intereses de capitalización de la pensión no son otra partida que deba añadirse al importe del capital coste por un retraso en su ingreso, sino que forman parte del propio capital coste en su actualización al momento del hecho causante, que es desde cuándo debe pagarse la prestación incrementada por el recargo. Por tanto, ni derivan del art. 123 LGSS invocado, ni se generan por mora o retraso en el pago de la prestación, sino que conforman «los criterios técnicos para la liquidación de capitales coste de pensiones», en los términos utilizados por la vigente Orden TAS/4054/2005, de 27 de diciembre, o el propio capital coste actualizado al momento del hecho causante.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 123.

SENTENCIA NÚM. 55

Fecha: 21/04/2016

Recurso: 3218/2014

Materia: DESEMPLEO. DURACIÓN. COMPUTO DE COTIZACIONES. PERIODOS DE OCUPACIÓN COTIZADA. TRABAJADOR DEL SISTEMA ESPECIAL PARA EL MANIPULADO Y EMPAQUETADO DEL TOMATE FRESCO CON DESTINO A LA EXPORTACIÓN.

Resumen: Dado que el demandante está integrado en el Sistema Especial para el mani-

pulado y empaquetado del tomate fresco con destino a la exportación, no le es de aplicación las reglas que, en materia de cotización, se reservan para otros, como el que se pretende duplicar, del sistema de frutas y hortalizas e industria de conserva vegetal.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 201.1; ORDEN MINISTERIAL de 30 de mayo de 1991, por la que se da nueva regulación a los sistemas especiales de frutas y hortalizas e industria de conservas vegetales, dentro del régimen general de la Seguridad Social: art. 6.

SENTENCIA NÚM. 56

Fecha: 26/04/2016

Recurso: 2108/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL.

Resumen: Los cuadros agudos de patología cardíaca se produjeron en tiempo y lugar de trabajo, dando lugar a procesos de IT que incluso fueron reconocidos como derivados de contingencia profesional, por lo que no habiéndose articulado prueba alguna desvirtuadora de la conexión trabajo/lesión, tampoco hay razón alguna para excluir que opere el mecanismo de la presunción cuando se reconoce la invalidez respecto de las mismas secuelas físicas que ya fueron calificadas como laborales.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 115.3.

SENTENCIA NÚM. 57

Fecha: 26/04/2016

Recurso: 149/2015

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. RECARGO DE PRESTACIONES. PORCENTAJE. REBAJA EN VÍA DE RECURSO.

Resumen: En la determinación del porcentaje por recargo se concede un amplio margen de apreciación al Juez de instancia, aunque también es posible que la decisión jurisdiccional sea controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de la gravedad de la falta, pu-

diendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con esta directriz legal. Por tanto, si en este caso la sentencia impugnada ha rebajado el porcentaje dado en la sentencia de instancia atendiendo tanto a la entidad de la patología, no a la gravedad de la falta, y basándose en un claro error que contraviene los inmodificados datos contenidos en la declaración de hechos probados, al ser superior el número de años que el actor permaneció expuesto a la sustancia que le causó la enfermedad profesional, siendo así que ni uno ni otro elemento (ni la entidad de la patología ni el período de exposición) se impone la modificación del porcentaje dado en suplicación para confirmar el reconocido en la instancia.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 123.

SENTENCIA NÚM. 58

Fecha: 27/04/2016

Recurso: 1084/2014

Materia: INVALIDEZ. TRABAJADOR CON COTIZACIONES AL RÉGIMEN GENERAL Y AL RETA. RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN CON CARGO AL RÉGIMEN GENERAL. SUPUESTO EN EL QUE NO ES EXIGIBLE EL REQUISITO DE ESTAR AL CORRIENTE EN EL PAGO DE LAS CUOTAS.

Resumen: Procede el reconocimiento de la incapacidad permanente total, con cargo al Régimen General, aunque el beneficiario no se halle al corriente en el pago de las cuotas con cargo al RETA, al generarse la prestación con las cotizaciones realizadas al Régimen General, sin acudir a computo recíproco. Reitera doctrina recogida en sentencia de 24 de enero de 2012.

Disposiciones Legales: LGSS: Disposición Adicional 39ª; DECRETO 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos: art. 35.

SENTENCIA NÚM. 59

Fecha: 28/04/2016

Recurso: 552/2015

Materia: DESEMPLEO. REPOSICIÓN DE LAS PRESTACIONES. FECHA A CONSIDERAR PARA DETERMINACIÓN DE LOS PERIODOS COMPUTABLES. AUTO DEL JUEZ MERCANTIL O ACUERDO ENTRE EMPRESA CONCURSADA Y REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencia de 16 de diciembre de 2015.

Disposiciones Legales: LEY 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo: art. 19; LEY 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: art. 16.1.

SENTENCIA NÚM. 60

Fecha: 28/04/2016

Recurso: 3621/2014

Materia: INCAPACIDAD PERMANENTE. REVISIÓN DE LA INCAPACIDAD. PLAZO VINCULANTE.

Resumen: La solicitud de revisión de la situación de incapacidad permanente, presentada antes del plazo marcado por la Entidad Gestora, no permite a ésta entrar a resolver la misma al ser vinculante el que ha fijado en la anterior resolución en la que se confirmaba la situación ya reconocida. Reitera doctrina recogida en sentencia de 14 de mayo de 2007.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 143.2.

SENTENCIA NÚM. 61

Fecha: 04/05/2016

Recurso: 1986/2014

Materia: INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL. PERDIDA DE LA VISIÓN DE UN OJO. ABOGADO.

Resumen: La cuestión que se plantea en el presente recurso es la de determinar si una persona que tiene como profesión habitual la de Abogado que, tras sufrir un accidente no la-

boral, presenta como secuelas permanentes las de pérdida total de visión en el ojo derecho, con visión monocular, puede ser considerado afecto de una Incapacidad Permanente Parcial para dicha profesión. La Sala estima la existencia de dicha incapacidad partiendo de que las referidas secuelas, en aplicación de las tablas de la Escala de Wecker, método de medición de la agudeza visual habitualmente utilizado en España, como herramienta de valoración indicativa, anulan la visión de un ojo, lo que ha de completarse con el análisis de la actividad habitual del trabajador, lo que nos lleva a una limitación del 33%, cifra que se alcanza con dicho sistema de medición (24-36%). Y ello unido a lo que dispone el Reglamento de Accidentes de Trabajo, de 22 de junio de 1956, como orientador e indicativo para aplicar los grados de invalidez.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 137.3.

SENTENCIA NÚM. 62

Fecha: 04/05/2016

Recurso: 1848/2014

Materia: RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO POR CUENTA PROPIA. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL. FECHA DE EFECTOS CUANDO NO HAY PREVIA INCAPACIDAD TEMPORAL NI HAY ACTIVIDAD.

Resumen: La fecha de efectos de la incapacidad permanente reconocida, cuando no existe acreditada actividad en el autónomo agrario ni, tampoco, previa situación de incapacidad temporal, es la del dictamen del EVI salvo que la Entidad Gestora deje constancia de que el interesado seguía desempeñando su actividad habitual y obtuvo con ella rentas suficientes para considerarlas incompatibles con la prestación.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 141.

SENTENCIA NÚM. 63

Fecha: 09/05/2016

Recurso: 3535/2014

Materia: INCAPACIDAD TEMPORAL. DÍAS 4º A 15º. ANTICIPO DE LA PRESTACIÓN.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso se centra en determinar si la Mutua Colaboradora debe anticipar el pago de la prestación de IT cuando, asumiendo la gestión de las contingencias comunes, la empresa resulta insolvente y, por tanto, el trabajador no ha percibido el subsidio en los días 4º al 15º, al ser enfermedad común, en el que existe la responsabilidad directa del pago con cargo al empleador. La Sala, partiendo de que el subsidio en esos días no pierde su naturaleza prestacional y régimen propio de la misma, reitera el criterio adoptado en sentencias de 15 de junio de 1998 y 15 de mayo de 2001, por la cual debe anticiparse la prestación en ese periodo de tiempo por la entidad que asume la gestión, como responsable subsidiario.

Disposiciones Legales: LGSS: art. 131.1.

SENTENCIA NÚM. 64

Fecha: 12/05/2016

Recurso: 638/2015

Materia: PROCESO DE SEGURIDAD SOCIAL. ACUMULACIÓN DE ACCIONES.

Resumen: La cuestión suscitada en el recurso versa sobre si la Mutua puede acumular las acciones frente a la Entidad Gestora y la empresa, para obtener el reintegro de las cantidades satisfechas en concepto de incapacidad temporal y asistencia sanitaria, por contingencias profesionales, a consecuencia de los descubiertos empresariales en la cotización. La Sala 4ª del TS, reiterando la doctrina recogida en sentencias de 5 de noviembre y 18 de diciembre de 2013, entiende que procede la acumulación de acciones porque entre ellas existe la mismas causa de pedir consistente en que se reconozca la responsabilidad directa de la empleadora respecto a la totalidad de las prestaciones y la subsidiaria de la Seguridad Social respecto, exclusivamente, a las causadas por contingencia profesional, por lo que la relación causa-efecto de la propia pretensión no es ni la contingencia –común o profesional– determinante de las prestaciones ya satisfechas, ni la conducta individual de los

beneficiarios, ni cualquier otra circunstancia, sino los incumplimientos empresariales en materia de cotización.

Disposiciones Legales: LRJS: art. 26.6.

SENTENCIA NÚM. 65

Fecha: 18/09/2016

Recurso: 1042/2014

Materia: ACCIDENTE DE TRABAJO. RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. RESPONSABILIDADES, SUCESIÓN DE EMPRESAS.

Resumen: Reitera doctrina recogida en sentencias de 13 de octubre y 2 de noviembre de 2015.

Disposiciones Legales: ET: art. 44, LGSS: art. 127.2.

SENTENCIA NÚM. 66

Fecha: 18/05/2016

Recurso: 2919/2014

Materia: DESEMPLEO. REPOSICIÓN DE PRESTACIONES. EXTINCIÓN DEL CONTRATO AL ACOGERSE A UN PLAN DE DESVINCULACIONES VOLUNTARIAS, EN EL MARCO DE UN ERE.

Resumen: El trabajador, que optó por la baja incentivada, ofrecida en el marco de un ERE al no asumir la alternativa de movilidad geográfica, puede hacer uso de la reposición de las prestaciones de desempleo consumidas como consecuencia de un ERE anterior.

Disposiciones Legales: LEY 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas: art. 3.1 a 4; LGSS: art. 208.1.1 e); ET: art. 40.1

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

III. Bibliografía

Bibliografía sobre «Pensión de Viudedad»

A selection of references on «Widowhood pensions»

- AGUSTÍ JULIÀ, Jordi. Pensión de viudedad y pensión compensatoria (STS/Sala Cuarta de diez de noviembre de dos mil catorce): un paso más en la adecuación de la norma jurídica a la realidad social. *Revista de derecho de la seguridad social*. N. 3 (2015), p. 141-149
- ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. Las causas extintivas de la pensión de viudedad. *La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Granada: Comares, 2013. p. [241]-268
- . Imprescriptibilidad y reconocimiento de la pensión especial de viudedad a las uniones de hecho. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 20 (feb. 2011), p. 43-50
- ALONSO ARANA, M^a Carmen. Pensión de viudedad de víctima de violencia de género: separación anterior a la LO 1/2004: STS UD, de 20 de enero 2016. *Revista Aranzadi doctrinal*. N. 4 (2016), p. 163-164
- ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos. Sobre los nuevos requisitos de la pensión de viudedad por enfermedad común: antigüedad del matrimonio y convivencia more uxorio antes del deceso: sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de noviembre de 2010. *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N. 109 (2011), p. 225-239
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. Exploración de fórmulas de robustecimiento de la financiación pública: el ejemplo de la pensión de viudedad. *Documentación laboral*. Vol. 1, n. 103 (2015), p. 99-104
- ÁLVAREZ MORENO, Ana. El derecho de acrecer [sic.] la orfandad con la viudedad no generada por la pareja de hecho del causante: STSJ Cataluña 2 de abril 2014. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 171 (2014), p. 365-372
- . Rehabilitación de pensión de viudedad tras declaración de nulidad del matrimonio ulterior que había determinado la extinción: efectos económicos: ¿una doctrina necesitada de revisión?: STSJ Navarra 5 de marzo 2012. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 3 (jun. 2013), p. 331-337
- ARRÚE MENDIZÁBAL, Marta. La interpretación finalista de la exigencia de pensión compensatoria para el reconocimiento de la pensión de viudedad en los casos de separación o divorcio: SJS núm. 3 Las Palmas de Gran Canaria 22 octubre 2015 (AS 2016, 589) = Purposive interpretation of the requirement of alimony for recognition of the widowhood pension in cases of separation or divorce: commentary on the decision of 22nd October 2015 by the Labour Court no. 3 of Las Palmas (Autonomous Region of the Canary Islands). *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 192 (nov. 2016), p. [265]-273
- AZAGRA SOLANO, Miguel. Pensión compensatoria, pensión alimenticia y pensión de viudedad. *Revista Aranzadi doctrinal*. N. 7 (nov. 2012), p. 55-66
- . La pensión de viudedad en los casos de fallecimiento derivado de enfermedad común. *Revista Aranzadi doctrinal*. N. 1 (abr. 2011), p. 63-74
- . Pensión de viudedad y pensión compensatoria: cambio de criterio. *Revista Aranzadi doctrinal*. N. 5 (2014), p. 177-186
- BALLESTER PASTOR, Inmaculada. Concepto de pensión viudedad en superstites de parejas de hecho: modulación de los efectos de la nulidad del párrafo 5 del art. 174.3º TRLGSS/94: SJS n. 26 Barcelona 6 agosto 2015. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 184 (2016), p. 395-402

- BARCELÓN COBEDO, Susana. La actualización del régimen jurídico de la pensión de viudedad: cuestiones nucleares. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. N. 23 (nov. 2016), p. 39-65
- BERMÚDEZ REQUENA, Juan Manuel. Pensión de viudedad y las parejas de hecho a la luz de la legislación española. *Aranzadi Social. Revista doctrinal*. N. 11 (marzo 2014), p. 333-352
- BLASCO JOVER, Carolina. La igualdad ante la exigencia de pensión compensatoria para lucrar viudedad en parejas de hecho. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 168 (2014), p. 197-215
- BLASCO LAHOZ, José Francisco. Pensión de viudedad y matrimonio homosexual: a propósito de la SSTC 92/12014, 115/2014 y 157/2014. *Revista de derecho de la seguridad social*. N. 2 (2015), p. 157-176
- BLASCO PELLICER, Ángel; *et al.* Retos y futuro de la pensión de viudedad. *Libro homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. [91]-125
- BLASCO RASERO, Cristina. Aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de los beneficiarios de la pensión de viudedad. *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N. 121 (2013), p. 63-105
- BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María; *et al.* Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 168 (2014), p. 157-196
- . La tributación de la pensión de viudedad: una sospechosa situación de desigualdad de trato. *Justicia Laboral*. N. 41 (2010), p. 35-50
- BORRAJO DACRUZ, Efrén. Glosa judicial: pensión de viudedad y parejas de hecho: medios de prueba admisibles de la existencia de dicha situación y comunidades autónomas: comentario al STC, Pleno, 40/2014, de 11 de marzo de 2014. *Actualidad laboral*. N. 6 (2014), p. 707-715
- . Pensión de viudedad y parejas de hecho: acreditación de la convivencia: comentario a la STS (Sala 4ª) de 6 de julio de 2010. *Actualidad laboral*. N. 2 (2011), p. 217-223
- CABEZA PEREIRO, Jaime. Viudedad para las parejas de hecho por muertes anteriores a 2008: ¿importa la orientación sexual? *Aranzadi social. Revista doctrinal*. [Vol. 6], n. 1 (abr. 2013), p. 215-229
- CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. Viudedad y jubilación en el marco de la vigente norma de coordinación comunitaria y perspectivas en el Reglamento CE/883/2004. *Noticias de la Unión Europea*. N. 319 (2011), p. 25-38
- CASTELLÁ MOLINA, María Teresa. Complejo caso de viudedad: separados y reconciliados, pareja de hecho y determinación de contingencia: SJS n. 3 Pamplona/Iruña 7 noviembre 2014. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 176 (2015), p. 359-367
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. Ajustes constitucionales recientes a la regulación sobre acceso de la pareja de hecho a la pensión de viudedad contenida en la Ley 40/2007. *Revista de derecho de la seguridad social*. N. 1 (2014), p. 183-198
- CEA AYALA, Ángel. Convivencia y pensión de viudedad: aspectos más conflictivos. *Actualidad laboral*. N. 2 (feb. 2013), p. 200-213
- CORRALES MORENO, María Antonia. Pensión de viudedad y acreditación de la convivencia: comentario a la STSJ Madrid de 22 de febrero 2010. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 14 (dic. 2010), p. 47-56
- DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Lucía. La pensión compensatoria como requisito constitutivo del derecho a la pensión de viudedad en supuestos de divorcio o separación judicial. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 5 (sept. 2011), p. 65-76
- DESDENTADO DAROCA, Elena. Parejas de hecho y crisis matrimoniales en la pensión de viudedad: reflexiones críticas a partir de la jurisprudencia reciente. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. N. 104 (2013), p. 141-178
- . *La pensión de viudedad: retos del derecho de familia y reflexiones sobre las últimas reformas*. Albacete: Bomarzo, 2013. 233 p.
- DÍAZ AZNARTE, María Teresa. Multiculturalismo y pensión de viudedad: el reconocimiento de la pensión a las distintas beneficiarias supervivientes del matrimonio polígamo. *La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Granada: Comares, 2013. p. [153]-168
- . Parejas de hecho «acreditadas» y pensión de viudedad: el triunfo del formalismo frente a la justicia material. *Revista de derecho de la seguridad social*. N. extraordinario (2016), p. 167-176
- FARALDO CABANA, Cristina. La pérdida de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad del condenado por homicidio o lesiones en el contexto de la violencia doméstica y de género. *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*. Año 28, n. 13-14 (2012), p. 43-64

- FERNÁNDEZ COLLADOS, Belén. Puntos controvertidos de la pensión de viudedad: propuestas y alternativas a la gran cuestión: ¿es necesaria una reforma? *Revista de trabajo y seguridad social*. N. 396 (2016), p. 15-49
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José; et al. *Pensiones de viudedad y orfandad: últimas reformas y cuestiones pendientes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. 93 p.
- GALA DURÁN, Carolina. Pensión de viudedad, situaciones de crisis matrimonial y parejas de hecho. *Revista de derecho social*. N. 63 (2013), p. 163-198
- GARCÍA COCA, Olga. Conexión entre suicidio y trabajo a efectos de determinar la calificación de la contingencia en relación con las pensiones de viudedad y orfandad: sentencia del Tribunal supremo, Sala de lo Social, de 4 de diciembre de 2012. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 3 (jun. 2013), p. 235-249
- GARCÍA DE PAREDES, María Luz. Glosa judicial: pensión de viudedad: constitución de la pareja de hecho: comentario a la STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 28 de abril de 2014. *Actualidad laboral*. N. 9 (2014), p. 985-990
- Pensión de viudedad: acreditación de la existencia de pareja de hecho: comentario de la STS (sala 4ª) de 3 de mayo de 2011. *Actualidad laboral*. N. 17 (2011), p. 2016-2022
 - Viudedad: base reguladora: período computable: comentario a la STS (sala 4ª) de 21 de marzo de 2012. *Actualidad laboral*. N. 15-16 (2012), p. 1735-1737
 - Viudedad: base reguladora e integración de lagunas: comentario a la STS (Sala 4ª) de 13 de diciembre de 2012. *Actualidad laboral*. N. 5 (mayo 2013), p. 703-705
 - Pensión de viudedad: beneficiaria víctima de violencia de género: comentario a la STS (Sala 4ª) de 30 de mayo de 2011. *Actualidad laboral*. N. 20 (2011), p. 2376-2383
 - Pensión de viudedad: beneficiarios: convivencia de hecho de la persona divorciada: comentario a la STS (sala 4ª) de 7 de julio de 2010. *Actualidad laboral*. N. 19 (2010), p. 2307-2314
 - Pensión de viudedad: causante que fallece por enfermedad no sobrevenida tras el matrimonio: prueba de convivencia con el causante: comentario a la STS (Sala 4ª) de 14 de junio de 2010. *Actualidad laboral*. N. 21 (2010), p. 2544-2551
 - Viudedad: base reguladora: período computable: comentario a la STS (sala 4ª) de 21 de marzo de 2012. *Actualidad laboral*. N. 15-16 (2012), p. 1735-1737
 - Viudedad: inscripción en registro o documento público acreditativo de la unión de hecho: comentario a la STS (Sala 4ª) de 1 de enero de 2010. *Actualidad laboral*. N. 7 (2012), p. 827-833
 - Viudedad: separación judicial sin pensión compensatoria: efectos a partir de 1 de enero de 2010: comentario a la STS (Sala 4ª) de 15 de febrero de 2012. *Actualidad laboral*. N. 13-14 (2012), p. 1611-1614
- GARCÍA MURCIA, Joaquín; et al. Principio de igualdad en la Ley: a propósito de la pérdida de la pensión de viudedad por convivencia marital (artículo 174.3 LGSS en la redacción dada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio): comentario a la STC 22/2010, de 27 de abril. *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*. N. 152 (2011), p. 1115-1134
- GARCÍA ORTEGA, Jesús. Pensión de viudedad: improcedencia en caso superviviente de unión de hecho homosexual extinguida antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005: (situación no comparable a la de las parejas de hecho heterosexuales contemplada en la DA 10.2 de la Ley 30/1981): comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de junio de 2016 (Asunto Tomás Aldeguer c. España, demanda n. 35214/09) = Survivor's pension: dismiss in case of survivor of a «de facto» same-sex union ended before the enactment of law no. 13/2005: (no comparable situation to that of the heterosexual couples referred to in the AD 10.1 of law no. 30/1981): comment to the judgment of the European Court of Human Rights 14 June 2016 (Case of Aldeguer Tomás v. Spain, application no. 35214/09). *Revista de derecho de la seguridad social*. N. 10 (1er trim. 2017), p. 193-216
- GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos. Pensión de viudedad y acreditación de la convivencia en el supuesto de parejas de hecho: (a propósito de la STS de 12 de noviembre de 2010). *Documentación laboral*. N. 91, vol. 1 (2011), p. 143-159
- GARCÍA VALVERDE, María Dolores. La cuantía de la pensión de viudedad: complementos por mínimos y derecho de acrecimiento. *La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Granada: Comares, 2013. p. [169]-196
- Mujer musulmana en España: especial consideración del derecho a la pensión de viudedad. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 181 (2015), p. 69-96

- GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo. Clases pasivas del Estado y pensión ordinaria de viudedad: vientos de cambio interpretativo en la prueba de la convivencia como pareja de hecho anterior al matrimonio. *Revista de derecho de la seguridad social*. N. 8 (2016), p. 115-129
- GÓMEZ SALADO, Miguel Ángel. Pensión de viudedad y matrimonio polígamo: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 de junio de 2015. *Revista de derecho de la seguridad social*. N. 6 (2016), p. 209-214
- GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa María. La pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial: reformas normativas y últimos criterios jurisprudenciales. *La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Granada: Comares, 2013. p. [197]-239
- IGLESIAS CABERO, Manuel. Pensión de viudedad: declaración de fallecimiento del causante: efectos temporales de la pensión: comentario a la STS (Sala 4ª) de 13 de junio de 2013. *Actualidad laboral*. N. 10 (oct. 2013), p. 1281-1282
- Pensión de viudedad: efectos de la declaración de inconstitucionalidad del art. 174.3 de la LGSS: comentario a la STS (Sala 4ª) de 6 de julio de 2010. *Actualidad laboral*. N. 2 (2011), p. 223-227
 - Pensión de viudedad: pareja de hecho y convivencia con el causante: comentario a la STS (Sala 4ª) de 8 de noviembre de 2011. *Actualidad laboral*. N. 10 (2012), p. 1224-1229
- KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 187 (mayo 2016), p. 95-118
- LABORDA FERRER, Ricardo. Pobres huérfanos: incremento de la orfandad con la viudedad no generada. *Revista de trabajo y seguridad social*. N. 379 (2014), p. 39-78
- LALAGUNA HOLZWARTH, Enrique. Diferencia de trato en el reconocimiento de la pensión de viudedad por razones de origen étnico. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 15 (dic. 2010), p. 11-24
- LORENTE ÁLVAREZ, Alberto. ¿Puede ser constitucional el plazo de un año para solicitar la «pensión de viudedad en supuestos especiales»? AJS núm. 33 Barcelona 13 enero 2015. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 177 (2015), p. 303-310
- Reflexiones y propuestas sobre la pensión de viudedad. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 5 (sept. 2011), p. 225-241
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. Pensión de viudedad derivada de accidente de trabajo y complemento a mínimos: SJS de Pamplona de 17 de agosto de 2015. *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 185 (2016), p. 307-312
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando. La extinción de de las prestaciones de viudedad. *Tribuna social*. N. 235 (2010), p. 13-19
- Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las Leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 1 (abr. 2010), p. 81-100
- LUJÁN ALCARAZ, José. Pensión de viudedad y situación asimilada al alta: baja no seguida de inscripción y como demandante de empleo ante la perspectiva inminente y cierta de un nuevo empleo (STS 20 enero 2015). *Revista de derecho de la seguridad social*. N. 4 (2015), p. 171-181
- MALDONADO MONTOYA, Juan Pablo. *La reforma de la pensión de viudedad. Envejecimiento activo en España: derechos y participación en la sociedad de los mayores*. Valencia: Tirant Humanidades, 2014. p. 523-573
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda. Pensión de viudedad: la delicada situación de los cónyuges divorciados y reconciliados «more uxorio»: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2015. *Revista de trabajo y seguridad social*. N. 393 (2015), p. 195-199
- MARÍN CORREA, José María. Convivencia «more uxorio» para lucrar pensión de viudedad: comentario a la STS (sala 4ª) de 17 de noviembre de 2010. *Actualidad laboral*. N. 10 (2011), p. 1238-1242
- Pensión de viudedad, modificación legislativa y recurso extraordinario: comentario a la STS (Sala 4ª) de 18 de enero de 2012. *Actualidad laboral*. N. 11 (2012), p. 1332-1342
 - Pensión de viudedad de víctima de violencia: comentario a la STS (Sala 4ª) de 5 de febrero de 2013. *Actualidad laboral*. N. 9 (sept. 2013), p. 1171-1174
 - Pensión de viudedad y pareja de hecho no registrada oportunamente: comentario a la STS (Sala 4ª) de 17 de noviembre de 2011. *Actualidad laboral*. N. 8 (2012), p. 929-931
- MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes. La pensión de viudedad derivada de matrimonios en crisis: ¿una protección indirecta de la mujer a partir de la flexibilización de los requisitos de acceso operada por la Ley 26/2009? *Tribuna social*. N. 240 (2010), p. 15-30

- MATEOS MARTÍNEZ, José. Viudedad y orfandad: derecho a las prestaciones y requisito de la filiación en el marco de la pareja de hecho. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. Vol. 5, n. 9 (en. 2013), p. 249-256
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes. El concepto «pareja de hecho» a efectos de la pensión de viudedad. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 9 (en. 2012), p. 195-218
- Parejas de hecho y pensiones de viudedad y orfandad: puntos críticos desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. N. 1 (en. 2015), p. 68-77
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz. La pensión de viudedad: entre la «contributividad automática» y la «asistencialidad contributiva»: el principio de no contradicción en la jurisprudencia constitucional. *Justicia Laboral*. N. 41 (2010), p. 13-34
- MIÑARRO YANINI, Margarita. Viudedad en el RETA: el aplazamiento «posmortem» del pago no equivale a «estar al corriente»: comentario a la STS (UD) de 22 de junio de 2016 = Widowhood in the special scheme for self-employed workers: the postmortem of the payment deferral does not amount to «be aware»: comment to the STS (UD) June 22, 2016. *Revista de derecho de la seguridad social*. N. 10 (1er trim. 2017), p. 217-226
- MONEREO ATIENZA, Cristina. La pensión de viudedad desde la perspectiva de género: fundamentación político-jurídica de la prestación y análisis del proceso evolutivo experimentado en las últimas décadas. *La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Granada: Comares, 2013. p. [25]-56
- MONTES COBO, José. La pensión de viudedad desde la perspectiva de la gestión administrativa. *La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Granada: Comares, 2013. p. [75]-99
- MORENO I GENÉ, Josep. La acreditación del requisito de la convivencia para acceder a la pensión «especial» de viudedad de las parejas de hecho según la doctrina del Tribunal Supremo. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 14 (dic. 2010), p. 67-88
- La pensión especial de viudedad de las parejas de hecho: aspectos legales y criterios jurisprudenciales. *Tribuna social*. N. 232 (2010), p. 19-32
 - La «pensión especial» de viudedad de las parejas de hecho: la prueba de la convivencia estable: comentario a la STSJ Madrid de 17 de abril 2009. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 17 (en. 2010), p. 23-34
 - Pensión especial de viudedad para parejas de hecho sin hijos comunes. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 2 (mayo 2013), p. 317-341
- NIETO ROJAS, Patricia. A vueltas con los medios de prueba para acreditar la convivencia a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 12 (nov. 2010), p. 25-32
- OLARTE ENCABO, Sofía. Modelos comparados de protección social de la viudedad. *La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Granada: Comares, 2013. p. [57]-73
- PALOMINO SAURINA, Pilar. Modificación de los requisitos para el acceso a la pensión de viudedad en los supuestos de parejas de hecho: comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 2014. *Revista de información laboral*. N. 4 (2014), p. 201-233
- PAREDES RODRÍGUEZ, José Mario. La pensión compensatoria como requisito de la de viudedad: (notas sobre la STS de 14 de febrero 2012). *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 2 (mayo 2012), p. 337-344
- La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Granada: Comares, 2013. XVII, 339 p.
- PÉREZ VAQUERO, Carlos. Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad, en España y la Unión Europea. *Revista Aranzadi doctrinal*. N. 1 (2015), p. 59-72
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, Antonio José. Doctrina constitucional y evolución de la cobertura de la pensión de viudedad en España. *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*. Año 26, n. 6 (marzo 2010), p. 19-61
- POLO ANDRÉS, Clemente; et al. Efectos de aumentar las pensiones no contributivas de jubilación y las pensiones con complemento a mínimo de jubilación y viudedad a las personas mayores de España. *Hacienda pública española*. N. 196 (2011), p. 79-106
- POQUET CATALÁ, Raquel. El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿una realidad?. *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N. 119 (2013), p. 157-188
- La pensión de viudedad: ¿el INSS como tercera viuda? *Nueva revista española de derecho del trabajo*. N. 176 (2015), p. 203-220
 - Pensión de viudedad en matrimonios homosexuales. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. [Vol. 6], n. 1 (abr. 2013), p. 231-255

- PRESA GARCÍA-LÓPEZ, Raquel. Pensión de viudedad sí o sí: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2014. *Anuario laboral 2015*. [Valladolid]: Lex Nova; Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, 2015. p. 575-578
- Pensión de viudedad y parejas de hecho: comentario con ocasión de las sentencias del Tribunal Constitucional de 7 de abril de 2014. *Revista de información laboral*. N. 4 (2014), p. 11-18
- QUESADA SEGURA, Rosa. Una aproximación histórica a la protección por muerte y supervivencia en el ordenamiento jurídico español. *La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Granada: Comares, 2013. p. [1]-23
- Una modificación legal justa y socialmente responsable: la nueva regulación de la pensión de viudedad recogida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010 (BOE 24-12-2010). *Tribuna social*. N. 232 (2010), p. 14-18
 - La pensión de viudedad: las diferentes manifestaciones del derecho antidiscriminatorio. *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2016. p. 445-460
- QUINTERO LIMA, María Gema. Pensión de viudedad en parejas de hecho y convivencia durante los seis años anteriores al hecho causante: una interpretación material del requisito exigido por la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007: comentario a la STSJ Madrid, de 30 de septiembre 2009. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 2 (mayo 2010), p. 57-70
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio. Pensión de viudedad, parejas de hecho y Comunidades Autónomas: (a propósito de la legislación autonómica en el art. 174.3 LGSS). *Actualidad laboral*. N. 20 (2011), p. 2333-2350
- Reconciliación de los cónyuges y pensión de viudedad. *Revista de derecho de la seguridad social*. N. 3 (2015), p. 79-95
 - El rito gitano como vínculo apto para disfrutar de la pensión de viudedad: comentario de urgencia a la STEDH Muñoz Díaz vs. España, de 8 de diciembre de 2009. *Actualidad laboral*. N. 3 (2010), p. 253-260
- RODRÍGUEZ CRESPO, María José. Parejas de hecho y pensión especial de viudedad: los requisitos identificativos en el ámbito autonómico con derecho civil propio. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 3 (jun. 2011), p. 65-72
- RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. Acceso a la pensión de viudedad de parejas de hecho que anteriormente habían sido matrimonio y que tras el divorcio reanudan la convivencia: la convivencia matrimonial y la de hecho no son acumulables: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2015. *Revista de derecho de la seguridad social*. N. extraordinario (2016), p. 177-187
- ROMERO CORONADO, Juan; *et al.* La pensión de viudedad en los regímenes especiales de la Seguridad Social. *La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Granada: Comares, 2013. p. [283]-312
- RUANO ALBERTOS, Sara. La especial conflictividad que ha venido presentando el reconocimiento de la pensión de viudedad a quien convivió como pareja de hecho con persona del mismo sexo, cuando el fallecimiento se produce con anterioridad a la Ley 13/2005, de 1 de julio. *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*. N. 147 (2010), p. 699-714
- SANABRIA BORREGO, Manuel; *et al.* La pensión de viudedad: reforma desde una perspectiva económica a través de la relación entre obligaciones y derechos consumidos. *Economía española y protección social*. N. 2 (2010), p. 215-238
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 18 (2010), p. 127-146
- SERRANO ARGÜELLO, Noemí. Pensión de viudedad para excónyuges víctimas de violencia de género: de la denegación judicial a la nueva regulación legal. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 1 (abr. 2010), p. 53-68
- SORIANO ARROQUÍA, Emilio M. Pensión de viudedad y víctima de violencia de género: un uso social de la norma legal: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de enero de 2016. *Revista de trabajo y seguridad social*. N. 398 (2016), p. 163-167
- TORTUERO PLAZA, José Luis; *et al.* La pensión de viudedad como prestación contributiva del sistema de Seguridad Social: ¿una realidad cambiante?: la valoración de la situación de necesidad de los beneficiarios. *La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Granada: Comares, 2013. p. [101]-151
- TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel. Beneficiarios de la pensión de viudedad. *Capital humano*. N. 303 (oct. 2015), p. 116-117

- TREJO CHACÓN, María Fernanda. Modificaciones introducidas por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, en los requisitos para el acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio, alternativos a la existencia de pensión compensatoria. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 7 (nov. 2011), p. 45-53
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena. *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad: (especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria)*. Navarra: Aranzadi, 2011. 583 p.
- VALDÉS ALONSO, Alberto. Pensión de viudedad y pensión compensatoria: (comentario STSJ de Valencia de 17 de noviembre de 2009). *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*. Año 27, n. 6 (marzo 2011), p. 69-74
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Principio de igualdad y pensión de viudedad: una relación en conflicto (I). *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*. Año 27, n. 18 (sept. 2011), p. 1-10
- . Principio de igualdad y pensión de viudedad: una relación en conflicto (y II). *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*. Año 27, n. 19 (oct. 2011), p. 1-10
- VALENCIANO SAL, Antonio. Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones: la pensión de viudedad. «su estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados». *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N. 109 (2011), p. 111-140
- VIDA FERNÁNDEZ, Raquel. Pensión de viudedad y violencia de género: análisis crítico de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género. *La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Granada: Comares, 2013. p. [269]-282
- VILLAR CAÑADA, Isabel María. El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho: el requisito de inscripción registral previa. *Aranzadi social. Revista doctrinal*. N. 9-10 (sept. 2010), p. 41-49
- . Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. *Revista de trabajo y seguridad social*. N. 400 (jun. 2016), p. 47-72
- VIVERO SERRANO, Juan Bautista. La pensión de viudedad tras la Ley 27/2011 y el Real Decreto-ley 20/2011: un balance decepcionante [Recurso electrónico]. *Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social*. N. 29-30 (sept. 2012), 22 p.

Selección bibliográfica sobre ***Pensión de viudedad***, elaborada por la Biblioteca del Departamento, dependiente de la Subdirección General de Informes Socioeconómicos y Documentación

Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MEYSS

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEYSS) tiene carácter bimestral y pretende dar a conocer trabajos originales e inéditos en las materias propias de las funciones asignadas al Departamento. Además, publica números extraordinarios cuando surge un tema de actualidad que se considera importante y urgente su difusión.

La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde exclusivamente a sus autores.

Los autores ceden al MEYSS el derecho de explotación de las obras publicadas, que conlleva los derechos de edición, reproducción, distribución, traducción y comunicación pública de sus trabajos, por cualquier medio o soporte.

- **Título.** Deberá ser claro y conciso en castellano y en inglés. En caso necesario podrá ir acompañado de un subtítulo.
- **Nombre y apellidos de los autores.** Estos deberán figurar junto a la actividad, entidad o empresa donde el autor desarrolle su actividad laboral.
- **Texto.** La extensión aconsejable máxima es de 40 páginas tamaño DINA4, en formato Word, con un tamaño de letra de 12. En esta extensión deberán estar incluidos los gráficos, cuadros y demás elementos gráficos que se incluyan.
- **Bibliografía.** Se aportará las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un resumen, en castellano y en inglés, de al menos mil palabras, que describa en detalle la metodología, resultados y conclusiones del mismo; así como una relación de palabras clave en ambos idiomas.
- **Evaluación.** Los artículos serán evaluados por dos expertos externos al Departamento, mediante procedimiento abierto. Una vez realizada dicha evaluación se comunicará su resultado al autor del artículo enviado.
- **Normas éticas de publicación.** La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicado y tiene como referencia el Código de conducta y buenas prácticas para editores de revistas científicas que define el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics). El plagio está estrictamente prohibido y los textos en los que se detecte plagio serán rechazados. Los autores deben asegurarse de que los trabajos presentados son completamente originales. Cuando los autores utilicen el trabajo y/o palabras de otros, deben ser debidamente citados.
- **Forma de envío y contacto.** El artículo o colaboración se enviará por correo electrónico a la siguiente dirección: proproeditorial@meyss.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid
Tf: 913632305 Fax: 913632349 Internet: <http://www.meyss.es>

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

10 números configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población.....

Provincia..... Teléfono..... Fax.....

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º ...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17
Fax: 91 363 23 49
Correo electrónico: sgpublic@meyss.es
Librería Virtual
<https://explotacion.mtin.gob.es/libreriavirtual>

SUMARIO

EDITORIAL: *José María Marín Correa* • I. ESTUDIOS: La protección de la viudedad en los países de nuestro entorno. *Alberto Llorente Álvarez* y *Carmen Moreno Garrido* • Parejas de hecho y acceso a la pensión de viudedad: elementos de un modelo que convendría generalizar. *Carolina San Martín Mazzucconi* • Pensión de viudedad del ex cónyuge como único beneficiario y del supérstite en supuestos de concurrencia. *Iván Antonio Rodríguez Cardo* • Las pensiones de viudedad en el Régimen General de Clases Pasivas: evolución normativa tras la entrada en vigor del texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado. *Javier Simón García* • Los problemas de la pensión de viudedad en la última doctrina judicial. *Elena Desdentado Daroca* • La pensión de viudedad en la doctrina del Tribunal Constitucional. *Pedro F. Rabanal Carbajo* • II. JURISPRUDENCIA: Recordatorio de Jurisprudencia en materia de Seguridad Social, en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Septiembre 2015 a mayo de 2016. *M^a Luz García Paredes* • III. BIBLIOGRAFÍA: Bibliografía sobre «Pensión de viudedad».

