



# LA REVISIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES POR PARTE DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**RESPONSABLE: D<sup>a</sup> Nuria Pumar Beltrán**

Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TIN/1902/2009, de 10 de julio (premios para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS-)

La Seguridad Social no se identifica con el contenido y/o conclusiones de esta investigación, cuya total responsabilidad corresponde a sus autores.



## **“LA REVISIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES POR PARTE DE LA SEGURIDAD SOCIAL”**

Investigación financiada al amparo de lo previsto en la Orden TIN/1902/2009, de 10 de junio, (Premios FIPROS, Fondo para el Fomento de la Investigación de la Protección Social)

### *MIEMBROS DEL EQUIPO INVESTIGADOR:*

Núria Pumar Beltrán (Profesora Titular del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Barcelona). *Investigadora Responsable*

Bolancel Ferrer, Jéssica (Abogada laboralista)

Fargas Fernández, Josep (Profesor Titular del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pompeu Fabra)

Navarro Michel, Mónica (Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona)

Reinhard Joachim (Investigador del Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Sozialrecht)

**“LA REVISIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES  
POR PARTE DE LA SEGURIDAD SOCIAL”**

Investigación financiada al amparo de lo previsto en la Orden TIN/1902/2009, de 10 de junio, (Premios FIPROS, Fondo para el Fomento de la Investigación de la Protección Social)

*MIEMBROS DEL EQUIPO INVESTIGADOR:*

Núria Pumar Beltrán (Profesora Titular del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Barcelona). *Investigadora Responsable*

Bolancel Ferrer, Jéssica (Abogada laboralista)

Fargas Fernández, Josep (Profesor Titular del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pompeu Fabra)

Navarro Michel, Mónica (Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona)

Reinhard Joachim (Investigador del Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Sozialrecht)

## **LA REVISIÓN DE LA PROTECCIÓN POR PARTE DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES**

I. PLANTEAMIENTO DE ESTE ESTUDIO .....	4
II. LA SITUACIÓN SOCIAL DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES.....	11
1.- Breve perfil sociodemográfico de las familias monoparentales en Europa y Español .....	11
2.- Principales situaciones de necesidad derivadas de las situaciones de monoparentalidad .....	14
III. LA NOCIÓN DE FAMILIA MONOPARENTAL Y SU DIFÍCIL TRASLACIÓN NORMATIVA. SU PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL .....	18
1.- La noción de monoparentalidad como categoría social y su difícil traslación normativa.....	18
2.- Su difícil traslación como categoría jurídica. ....	23
3.- La protección legal de la monoparentalidad en el ordenamiento jurídico español. ....	27
IV. LAS POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES EN EUROPA: EXPERIENCIAS COMPARADAS .....	31
1.- Introducción.....	31
2.- Las políticas de protección de las familias monoparentales a nivel europeo .....	34
3.- Las políticas de protección de las familias monoparentales en algunos estados miembros .....	38
3.1.- Alemania .....	39
3.2.- Reino Unido .....	56
3.3.- Irlanda.....	58
3.4.- Dinamarca.....	61
4.- Conclusiones .....	62
V. LA PROTECCIÓN ECONÓMICA DE LA CRISIS MATRIMONIAL. MEDIDAS LEGISLATIVAS EN CATALUÑA Y EN ESPAÑA.....	63
1. La protección económica de la crisis matrimonial .....	64
1.1.- Introducción. ....	64
1.2.- Medidas económicas derivadas de la crisis matrimonial. ....	72
1.3. Consecuencias del incumplimiento.....	85
2.- El fondo de garantía del pago de alimentos .....	88
2.1 Introducción.....	89
2.2. Beneficiarios. ....	95
2.3. Requisitos económicos de acceso al fondo de garantía .....	97
2.4. Procedimiento.....	100
2.5. Determinación y efectos de los anticipos mensuales. ....	103
2.6. Mecanismo para recuperar el pago anticipado. ....	105
3. Otras posibles respuestas jurídicas. ....	109
3.1. Países con fondos de garantía.....	110

3.2. Países que ayudan a gestionar el cobro de la pensión alimenticia para los hijos, sin pago de anticipos.....	112
3.3. Otras medidas sancionadoras.....	114
3.4. Mecanismos de Derecho privado.....	115
4. Conclusiones.....	116
VI. LA PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES POR EL SISTEMA ESPAÑOL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	118
VII. LAS PENSIONES DE VIUDEDAD Y ORFANDAD.....	123
1. La adecuación de la pensión de viudedad a otras realidades familiares: la inclusión de las parejas de hecho en la reforma de 2007.....	123
2. El planteamiento de futuras reformas de la pensión de viudedad y el papel social de la mujer.....	134
3. La pensión de orfandad.....	141
3.1. La protección de la orfandad por la Seguridad Social en caso de hijos de pareja de hecho.....	143
VIII. PRESTACIONES LIGADAS A DERECHOS DE CONCILIACIÓN: MATERNIDAD, PATERNIDAD Y CUIDADOS DE MENORES HOSPITALIZADOS POR ENFERMEDAD GRAVE.....	145
1. La evolución de las políticas normativas del permiso de maternidad y paternidad.....	145
2. La extensión del ámbito protección: un recorrido por las principales reformas.....	146
3. Situaciones protegidas y ámbito subjetivo de protección.....	150
4. Condiciones de acceso, duración y cobertura económica de las prestaciones por maternidad.....	153
5. Aspectos de flexibilidad en el uso del permiso.....	156
6. La titularidad de la madre y las posibilidades de acceso del padre en caso de maternidad biológica.....	157
7. El permiso de paternidad.....	162
8. Prestación para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.....	165
XI. MONOPARENTALIDAD Y PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS.....	167
X. PRESTACIONES FAMILIARES DEL SISTEMA ESTATAL DE SEGURIDAD SOCIAL.....	191
8.1 Prestaciones familiares contributivas.....	193
8.2 Prestaciones familiares no contributivas.....	196
XI. REFLEXIONES Y PROPUESTAS FINALES.....	203
XII. BIBLIOGRAFIA CITADA.....	218

## ***I. PLANTEAMIENTO DE ESTE ESTUDIO***

En este estudio sobre la protección social de las familias monoparentales se analizarán las principales prestaciones económicas de carácter público que tienen como destinatarias, ya sea de forma directa o indirectamente, a este tipo de familias. El objetivo principal del estudio será revisar la incidencia que tiene las prestaciones económicas de la Seguridad Social en la realidad familiar de los padres que cuidan solos a sus hijos menores de edad o a personas dependientes.

El análisis se extiende a otras medidas de protección económica que no se consideran formalmente Seguridad Social como pueden ser las previstas en casos de crisis matrimonial especialmente en caso del incumplimiento por parte de uno de los progenitores del pago de alimentos o bien las ayudas asistenciales dispensadas por las Comunidades Autónomas que pueden ir dirigidas a cubrir necesidades variadas de escolarización, de alojamiento, etc.

En orden a seguir una metodología adecuada, el análisis jurídico de la protección económica de las familias monoparentales irá precedido de otros aspectos que actuarán como referentes necesarios como son la delimitación conceptual del fenómeno sociológico de la monoparentalidad, una descripción breve de sus principales perfiles demográficos y socioeconómicos y el examen de las principales políticas legislativas dedicadas a este tipo de familias en España y en Europa remarcando cuáles son sus tendencias más recientes. Se estudiará el encaje jurídico de estas familias dentro del marco garante de la Constitución y, en concreto, dentro del mandato constitucional que ordena a los poderes públicos proteger a la familia en un sentido amplio (art. 39 CE). Los poderes públicos deben ofrecer una “protección integral” a los hijos, los cuales son iguales ante la ley con independencia de su filiación y a las madres, “cualquiera que sea su estado civil”. Cualquier distinción legal que directa o indirectamente pueda perjudicar a los hijos no biológicos o extramatrimoniales debe considerarse inconstitucional por infringir la prohibición de discriminación por razón de nacimiento del art. 14 CE (SSTC 46/1999, de 22 de marzo, 200/2001, de 4 de octubre, SSTC 154/2006, de 22 de mayo).

Otro aspecto previo ineludible consistirá en el análisis terminológico de familia monoparental y, en concreto, se expondrá el debate habido en la doctrina sobre la idoneidad de esta noción como categoría social destinataria de políticas públicas.

El problema radica no tanto en la inexistencia de una definición unitaria como en el de la comprensión dentro de un mismo término de formas de convivencia familiar muy diversas. En este sentido, las rupturas matrimoniales que se han convertido en la principal causa de monoparentalidad conviven con perfiles de monoparentalidad más clásicos como los de las madres jóvenes solteras o viudas. A la vez aparecen nuevas vías de acceso a la monoparentalidad como son la maternidad o paternidad asumida de forma voluntaria por mujeres y hombres solos mediante el recurso a la adopción o a técnicas de reproducción asistida. La frecuencia de la monoparentalidad también ha aumentado pues cada vez es más probable que las personas a lo largo de su trayectoria vital pasen por fases de monoparentalidad y estas situaciones tienen carácter transitorio o temporal<sup>1</sup>.

Como veremos, la pluralidad y el dinamismo de las relaciones familiares dificultan la posibilidad de aglutinar bajo una misma definición a las distintas realidades en las que hay un único progenitor responsable de la crianza y cuidado de sus hijo/os (cuando no también de otros familiares dependientes).

En relación a este punto, un aspecto clave de nuestro trabajo trata sobre la idoneidad de trasladar esta categoría social al plano legal, tarea que como veremos no está exenta de dificultades. Conviene tener en cuenta que pese a la evolución normativa y los avances conseguidos, la legislación estatal no refleja en su regulación actual la pluralidad de modelos familiares existentes, y de esto es un claro ejemplo la falta de reconocimiento suficiente de las familias monoparentales; modelos familiares que por otra parte cada vez están más presentes en nuestra sociedad y que conviven con el modelo clásico de familia biparental con hijos.

---

<sup>1</sup> CABRÉ, A., Reflexiones sobre los cambios demográficos recientes en relación con las políticas públicas referidas a las familias, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 1, 2009, p. 165.

Ya se avanza aquí que en el ordenamiento estatal español no hay un tratamiento global e integrado para las familias monoparentales lo que se explica en gran medida por la inexistencia en España del diseño y planificación de una política familiar articulada y coherente. En lo que respecta a la definición legal de familia, en ocasiones la solución dada por el legislador corre por los estrechos cauces del estado civil de las personas titulares del hogar familiar cuando las realidades familiares que se regulan son mucho más variadas y complejas<sup>2</sup>. Se tratan de nociones legales muy restrictivas que dejan fuera de su ámbito las situaciones de monoparentalidad fácticas motivadas por la ausencia prolongada de uno de los progenitores (situaciones de hospitalización, encarcelamiento, migratorias, etc.). Es verdad que el legislador ha regulado tradicionalmente situaciones de monoparentalidad como es la protección frente a la viudedad u orfandad sin que las haya calificado expresamente como tales. También es cierto que en la actualidad las normas que tienen como finalidad proteger a las familias con hijos se rigen por las relaciones paterno-filiales dejando al margen la existencia o no de vínculo matrimonial entre los progenitores. En definitiva, será conveniente analizar y clasificar, sin ánimo de ser exhaustivos, las principales nociones legales referidas a este tipo de familias.

Obviamente las familias monoparentales se benefician de políticas sociales dirigidas a amplias capas de población y tienen naturaleza muy heterogénea, entre otras, las políticas activas de empleo, incluidas las de formación continua y de formación profesional, las políticas de vivienda y las de conciliación y de escolarización de niños en edad preescolar. Tomando como referencia las políticas legislativas llevadas a cabo en Europa y en otros estados miembros con políticas familiares más consolidadas se observa que estos países han optado por

---

<sup>2</sup> Cfr. ALMEDA SAMARANCH, E. (coord.), "Pensiones de supervivencia y familias monoparentales encabezadas por mujeres: perfiles, dinámicas e impactos. Un estudio teórico-empírico comparado en el marco de la UE". <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/113295.pdf>. [consulta enero 2011]. Vid. también sobre esta cuestión, CHAMBAZ, C.; MARTIN, C., "Lone parents, employment and social policy in France: lessons from a family-friendly policy", *Lone Parents, Employment and Social Policy. Cross-national comparisons*, MILLAR, J.; ROWLINGSON, K.,(eds.) , The Policy Press, 2001, p. 129.

integrar este tipo de familias dentro de programas y políticas más amplias. Salvo alguna mejora o medida aislada a favor de las familias monoparentales, no se puede hablar en términos generales de políticas específicas y “ad hoc” para este tipo de familias en los ordenamientos europeos de nuestro entorno.

Varios informes<sup>3</sup> sobre la situación de las familias monoparentales en Europa coinciden en apreciar la dificultad de hallar un espacio común en las políticas sociales de los distintos países europeos en relación a los hogares monoparentales. Igualmente recomiendan a la Unión Europea que no prevea soluciones uniformes para todos los países a la hora de adoptar criterios para las políticas dirigidas a estas familias dada la diversidad de contextos sociales y políticos.

Ahora bien, los criterios de oportunidad política mencionados no contradicen para nada el hecho que las familias monoparentales tengan una serie de necesidades más acuciantes en relación a otras estructuras familiares ni tampoco que los poderes públicos deban tenerlas en cuenta a la hora de diseñar y planificar las distintas políticas aun cuando éstas tengan vocación universal. Sabemos por las estadísticas que las familias monoparentales están sometidas a un mayor riesgo de pobreza y que se ven afectadas en mayor proporción que las familias biparentales a situaciones de exclusión social entendida ésta no sólo en una estricta dimensión pecuniaria sino también desde una perspectiva más amplia de dificultad en el acceso o privación de derechos básicos como, por ejemplo, la educación o la vivienda. Es evidente que este tipo de familias deben ser tomadas en consideración a la hora de abordar las políticas de inclusión social. De hecho las políticas coordinadas europeas de lucha contra la exclusión social y la pobreza infantil mencionan la problemática de este tipo de familias aunque no contemplan medidas específicas para éstas<sup>4</sup>. No hay que olvidar que España es uno de los

---

<sup>3</sup> AAVV. “Study on Poverty and Social Exclusion among Lone-Parent Households”, European Commission, Directorate-General of Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, feb. 2007, p. 15-16. ROLL, JO: *Lone parent families in Europe. Report to the European Comission*, 1992.

<sup>4</sup> En el 2006 la Comisión Europea lanzó una estrategia en defensa del los derechos de la infancia donde se asume el compromiso de respetar la Convención de Naciones Unidas de Derecho de los

países europeos con la tasa más elevada de pobreza infantil con un 24,4% en 2008<sup>5</sup>.

Además de una mayor propensión a la exclusión social de este tipo de familias su elevada feminización es una característica presente en todos los países europeos donde el porcentaje de madres solas se sitúa entre el 80 y el 90%. En una realidad donde los titulares de los hogares monoparentales son abrumadoramente mujeres el rasgo de género emerge como un punto de vista necesario a la hora de analizar las distintas medidas<sup>6</sup>. Son las mujeres mayoritariamente quienes asumen diariamente la tensión entre atender a sus hijos adecuadamente y aportar ingresos suficientes para el mantenimiento familiar lo que acentúa las dificultades para integrarse en el mercado de trabajo, además ocasionar posibles problemas de salud derivados del estrés. Las familias monoparentales en este caso no son una excepción sino un ejemplo del actual contexto social y cultural de reparto de roles sociales entre mujeres y hombres.

Es justo en este contexto donde debe analizarse la incidencia de las políticas públicas en el reparto de las responsabilidades sociales ligadas al cuidado de hijos entre hombres y mujeres y cuál es el grado de asunción colectiva de este tipo de responsabilidades. Los gobiernos tienen un amplio campo de decisión política en relación a los derechos de conciliación, la corresponsabilidad en el reparto de los tiempos entre los miembros de la pareja, la inserción laboral de las madres, el reparto de responsabilidades familiares en caso de rupturas matrimoniales y las garantías y el alcance de la obligación de alimentos, entre otros aspectos.

Ante la cuestión de cómo debe conjugarse los cuidados familiares de los padres solos con las políticas inclusivas en el mercado de trabajo. La Unión Europea

---

niños así como los *Objetivos del Desarrollo del Milenio*. *Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia* (COM (2006) 367 final).

<sup>5</sup> Cfr. Vid. el informe sobre España en la Alianza Europea para las Familias. European Alliance for Families. Country Profiles. [http://ec.europa.eu/employment\\_social/emplweb/families/index.cfm?langId=en&id=4](http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/families/index.cfm?langId=en&id=4) [enero 2011]

<sup>6</sup> El colectivo de madres solas también se cita en los planes de igualdad europeos. Vid. el Informe del Parlamento Europeo sobre el plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010, (2006/2132(INI)),

dentro de los objetivos planteados en Lisboa de elevar la tasa de actividad considera recomienda como prioridad política la inserción laboral de las mujeres incluidas las madres solas. Estas directrices prefieren fomentar la actividad laboral de las madres en vez de proveer ayudas económicas para facilitar que los padres sólo puedan atender a sus hijos sin verse impelidos a aceptar una oferta de trabajo. Este cambio de óptica en las políticas hacia las familias monoparentales se experimentó en Inglaterra<sup>7</sup> (el llamado New Deal for Lone Parents Families) con la introducción en 1988 de una serie de prestaciones destinadas a complementar los salarios bajos de las familias trabajadoras y a incentivar económicamente a los padres que pasasen de una dedicación laboral de tipo parcial a completa. Y una perspectiva parecida se ha introducido recientemente en Francia con la supresión de la controvertida *Allocation pour pères isolés* (API) creada en los años 70 que permitía a los padres solos asumir de forma temporal el cuidado de los hijos personal<sup>8</sup>. Desde el 1 junio de 2009 la API y la *Revenue Minimum d'Insertion* han sido reemplazadas por la *Revenue de Solidarité Active* que pretende reforzar los estímulos para que los beneficiarios de la prestación trabajen y prevé algunas mejoras en supuestos de monoparentalidad.

Fomentar la participación laboral de las madres solas supone diseñar políticas que faciliten dicha incorporación mediante medidas formativas, de orientación en la búsqueda de empleo, etc. El problema está en que si el Estado no provee ningún tipo de apoyo en materia de conciliación o algún tipo de ayuda económica la madre puede hallarse dentro de la categoría de “trabajadora pobre” y a la vez tener problemas acuciantes para compatibilizar su trabajo con el cuidado de los hijos.

---

<sup>7</sup> Cfr. FORD, R.; MILLAR, J., *Private lives and public responses: lone parenthood and future policy*, Policy Studies Institute, 1998, p. 13.

<sup>8</sup> LETABLIER, M.T., EYDOUX, A., *Familles monoparentales en France*, Centre d'Etudes d'Emploi, Rapport de Recherche, junio 2007, núm. 36, p.58. Vid. también sobre las críticas vertidas al API y las opciones de reforma planteadas por sucesivos gobiernos franceses: CHAMBAZ, C.; MARTIN, C., “Lone parents, employment and social policy in France: lessons from a family-friendly policy”, *Lone Parents, Employment and Social Policy. Cross-national comparisons*, MILLAR, J.; ROWLINGSON, K., (eds.), The Policy Press, 2001, p. 130 y ss.

El núcleo del proyecto consiste en estudiar de forma transversal las distintas prestaciones económicas de la Seguridad Social a efectos de evaluar el tratamiento legal que se otorga a este tipo de familias. La pregunta que nos formulamos es si dentro de las normas generales destinadas a todas las familias y sobretodo las que inciden en mayor medida en éstas- prestaciones familiares, subsidios de maternidad o paternidad, la pensión de viudedad u orfandad y las no contributivas- el tratamiento de la familia monoparental tiene suficiente cobertura. O si, por el contrario, la práctica invisibilidad que muestra el ordenamiento jurídico español con esta categoría perjudica a este tipo de familias al producirse una “discriminación por indiferenciación” en tanto que reciben un tratamiento igual ante necesidades distintas de la clásica familia conformada por ambos progenitores.

Hay que tener en cuenta que el sistema español de Seguridad Social ha evolucionado hacia el reconocimiento oficial de familias de nuevas realidades familiares pero sigue adoptando como modelo básico de referencia a la familia biparental ligada al estatus matrimonial. Es innegable, por otro lado, que la consolidación del proceso de individualización de derechos sitúa al individuo como beneficiario independientemente de su estado civil y de que conviva o no en familia.

Existen necesidades comunes para todo tipo de familias monoparentales independientemente de su estatus socioeconómico esencialmente las relativas al apoyo en el cuidado de los hijos y a los problemas para compaginar dichas tareas con el trabajo. Ahora bien, dentro de la diversidad de situaciones de monoparentalidad, nosotros atenderemos especialmente a los colectivos de padres solos- mujeres en su mayoría- que al margen de su estado civil, que se hallen en riesgo de exclusión social, entendida como privación de bienes y derechos básicos.

Desde el punto de vista normativo nos planteamos si además de subsanar posibles cuestiones discriminatorias sería posible justificar medidas de acciones positivas que facilitasen a las madres su inserción social y laboral.

La propia Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres permite la adopción de medidas positivas para dar respuesta a situaciones “patentes de desigualdad de hecho” lo que legitimaría la adopción por parte de los poderes públicos de medidas o programas específicos para estas familias siempre que éstas fuesen “razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido” (art. 11). La Ley Orgánica menciona entre los colectivos considerados en situación de especial vulnerabilidad a las viudas y a las mujeres víctimas de violencia de género (art. 14.6). Mediante ciertas medidas de acción positiva se pueden mejorar la igualdad de oportunidades en este sentido hay normativas autonómicas que dan preferencia a las familias monoparentales para acceder a una vivienda de protección social o a una plaza escolar. Tampoco hay que olvidar que las mujeres titulares de hogares monoparentales que sean inmigrantes pobres, gitanas se les une otros factores de desventaja en lo que se ha llamado situaciones de discriminación múltiple.

Es conveniente, por último, comparar el tratamiento legal que se hace a las familias monoparentales en relación con otras familias que se consideran socialmente vulnerables como es el caso de las familias numerosas, sin perjuicio que el rasgo de monoparentalidad pueda coincidir también en ellas.

## **II. LA SITUACIÓN SOCIAL DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES**

### **1.- Breve perfil sociodemográfico de las familias monoparentales en Europa y Español**

El número de hogares monoparentales ha crecido de forma constante en toda Europa debido al aumento de divorcios y a las uniones no matrimoniales. Este es un dato que se refleja en todas estadísticas aunque éstas demuestran una gran disparidad entre países en cuanto a la importancia de la presencia de éstas. Así en la última Encuesta del Panel de Hogares de la Unión Europea que data de 1996, el 12% de los hogares con niños menores de 25 años eran familias monoparentales. Pasada más de una década, en el informe demográfico del 2008

presentado por la Comisión Europea las familias monoparentales representaban el 14% del total de hogares europeos con hijos<sup>9</sup>.

Si se examinan los datos por países las cifras son muy variadas. Mientras en España, Italia y Grecia el porcentaje se hallaba entre un 5 a un 7% en países como Finlandia o Inglaterra se alcanzaba respectivamente un 19% y un 22% del total de familias con hijos.

A la hora de explicar la disparidad de cifras son determinantes los factores culturales, sociales y políticos de cada país. Aunque cabe añadir otra dificultad en el estudio de estos datos: a efectos estadísticas no hay una noción unitaria de familia monoparental. No existe, entre otras variables, un criterio uniforme a la hora de determinar qué se entiende por hijo dependiente tomando como referencia la edad, por ejemplo.

Según datos del INE<sup>10</sup> en el 2008, 136.000 hogares estaban encabezados por adultos con niños de hasta 13 años lo que supone un porcentaje del 4,5% del total de hogares con niños, uno de los más bajos de Europa. Sin duda que el hecho que estas estadísticas sólo computen los hogares independientes y que la edad del niño sea sólo hasta 13 años reduce significativamente su cómputo<sup>11</sup>. Aún así al igual que el resto de países europeos en España el número de familias monoparentales ha ido creciendo de forma sostenida debido al aumento del número de separaciones y divorcios. Las familias monoparentales que tienen su origen en una ruptura matrimonial o de pareja son las predominantes mientras que el número de familias supervivientes a uno de los progenitores se ha estancado y desde hace años ha dejado de ser la vía principal de acceso a la monoparentalidad.

---

<sup>9</sup> Cfr. "Demography Report 2008: Meeting Social Needs in an Ageing Society", Commission of the European Communities, SEC (2008), 2911.

<sup>10</sup> Fuente Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Población Activa [consulta enero 2011].

<sup>11</sup> Cfr. FERNÁNDEZ CORDÓN, J.A., TOBÍO SOLER, C., "Las familias monoparentales en España", *Revista Internacional de Sociología*, núm. 83, 1998, p.66.

La distinción que hace el Panel de Hogares entre familias simples y compuestas tiene especial incidencia en los países del sur de Europa donde los vínculos de solidaridad familiar son más fuertes<sup>12</sup> y donde un porcentaje significativo de familias monoparentales comparte la vivienda con otros familiares, lo que ocurre con más frecuencia en el caso de madres jóvenes solteras<sup>13</sup>. De sumarse en España los hogares compuestos se estima que el número de familias monoparentales alcanzaría el 9% del total.

Si atendemos al dato de si las personas de referencia en estos hogares son mujeres y hombres, pese al aumento generalizado del número de hombres que asumen solos el cuidado de sus hijos las cifras siguen siendo irrelevantes<sup>14</sup>. En cambio, la fuerte feminización de este tipo de familias es una característica común y compartida en todos los países europeos: son las mujeres entre un 80 y un 90% quienes encabezan este tipo de hogares.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse debido a las dificultades que tienen las madres solas a la hora de conciliar la vida familiar y laboral, la tasa de personas activas es más elevada entre éstas que el resto de madres con hijos a cargo. En 1996 la tasa de actividad de las madres solas en Europa era del 68% frente a un 61% del resto de población. En Europa un 59% de padres solos tienen un empleo retribuido y un tercio de ellos está desempleado. Igualmente existen divergencia según países pues hay estados miembros donde el porcentaje de padres solos que trabaja no alcanzan el 50% (España, Irlanda y Reino Unido) mientras que en otros la tasa es espectacular y sobrepasa el 70% (Francia, Austria, Portugal,

---

<sup>12</sup> Los datos expuestos sobre el Panel de Hogares de la Unión Europea han sido extraídos del análisis expuesto por CHAMBAZ, C., "Lone-parent Families in Europe: A Variety of Economic and Social Circumstances", *Social Policy and Administration*, vol. 35, núm. 6, diciembre de 2001, p. 659.

<sup>13</sup> Vid. sobre la distinción entre familia monoparental, hogar monoparental y núcleo familiar monoparental en ALMEDA, E. y FLAQUER, L., "Las familias monoparentales en España: un enfoque crítico", *Revista Internacional de Sociología*, núm. 11, 1995, p. 26.

<sup>14</sup> Cfr. ALMEDA SAMARANCH, E., *Polítiques de suport a les famílies monoparentals*, Documents de Reflexió Estratègica, Generalitat de Catalunya, 2003, p. 15.

Dinamarca). Un dato interesante a destacar es que la gran mayoría de los padres solos que trabajan lo hacen a tiempo completo.

En cuanto al nivel de vida de los hogares monoparentales, entendido como el total de ingresos asignado a cada miembro del hogar, se sitúa hasta un 23% por debajo del resto de hogares con niños y un 27% por debajo del total de población. Ahora bien, la brecha en relación al nivel de vida varía mucho según países de manera que la más elevada se presenta en Reino Unido mientras que en otros países la diferencia es casi inexistente como ocurre en Luxemburgo, Austria y Grecia (93%). Las diferencias no son relevantes, en cambio, cuando se compara con familias en las que sólo hay una persona empleada.

Una de cada cuatro hogares de familias monoparentales en Europa es pobre, entendiendo como pobres aquellos hogares cuyos ingresos son inferiores a la mitad de las rentas medias de un país. En este sentido la tasa de pobreza dobla al porcentaje que corresponde al total de hogares (11%). En esta situación se hallan sobrerrepresentadas las madres solteras, seguidas de las madres divorciadas. Por otra parte, según datos de la Comisión Europea un tercio de las familias monoparentales se halla en riesgo de pobreza comparado con el 18% de toda la población<sup>15</sup>.

## **2.- Principales situaciones de necesidad derivadas de las situaciones de monoparentalidad**

De la existencia de un solo progenitor al frente del hogar se derivan una serie de necesidades que si bien son compartidas con el resto de familias se presentan en estos casos de manera más intensa.

Los estudios y documentos sobre exclusión social señalan a las familias monoparentales junto a los hogares unipersonales y a las familias numerosas

---

<sup>15</sup> En el caso de familias numerosas el riesgo de pobreza alcanza un 24%. Cfr. "Demography Report 2008: Meeting Social Needs in an Ageing Society", Commission of the European Communities, SEC (2008), 2911.

como uno los colectivos “*más vulnerables a la situación de pobreza*”<sup>16</sup>. Como señala el CES<sup>17</sup> “*convivir con un solo progenitor, en el seno de un hogar monoparental, incrementa también considerablemente el riesgo de pobreza infantil, especialmente en situaciones de «baja intensidad laboral» (desempleo, trabajo a tiempo parcial, discontinuidad del empleo, etc.) del progenitor con el que conviven, normalmente la madre*”.

Son situaciones en la que normalmente la persona titular del hogar familiar carece de cualificación profesional y accede a trabajos precarios en condiciones de inestabilidad, sueldos bajos o con condiciones laborales excesivamente flexibles, por ejemplo, en materia de jornada.

Las familias monoparentales de promedio tienen un nivel de vida de vida más bajo que el resto de familias y esto tiene su origen en su propia estructura familiar. La crianza de un hijo conlleva una serie de gastos fijos (en alojamiento, guarderías, etc) que inciden en mayor medida en la economía familiar cuando deben ser asumidos principalmente por un solo progenitor. Con ocasión de una ruptura matrimonial o de pareja el desdoblamiento de hogares comporta a su vez un aumento de gastos que no se ven compensados con un incremento de recursos. Como ya hemos expuesto en el planteamiento del trabajo, el perfil de familia monoparental en el que concentraremos nuestra atención es aquel que está en situación de riesgo de exclusión social por la carencia de un trabajo digno, una vivienda o el derecho a la educación.

La situación de carestía economía puede darse en situaciones de monoparentalidad originaria en las que no hay otro progenitor conocido el supuesto más habitual sería el de las madres solteras en que el padre no ha reconocido de la paternidad. Dicha carestía económica puede ser también

---

<sup>16</sup> Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social del Reino de España 2008-2010. Gobierno de España. Ministerio de Educación, Política Social y Deporte. <http://www.mepsyd.es/dctm/mepsyd/politica-social/inclusion-social/2009-1-pnain-2008-10-anexo-i-diagnostico-situacion.pdf?documentId=0901e72b8003c913>

<sup>17</sup> *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España, 2007*. Consejo Económico y Social, p.552. <http://www.ces.es>

sobrevenida a raíz el abandono, la muerte o la separación o divorcio del otro progenitor. No hay que olvidar, que salvo en caso de fallecimiento, en el resto de supuestos la normativa civil mantiene las obligaciones de alimentos inherentes a la patria potestad para los hijos con derecho a ellos(arts. 93, 110, 142 del Código Civil). Prestaremos mayor atención a los supuestos de separación o divorcio en que el cónyuge no custodio no puede hacer frente o incumple con el pago de la pensión compensatorio o, en su caso, de alimentos. La pobreza debe medirse en el sentido multidimensional de exclusión social es decir no sólo se mide por la carencia de ingresos sino por el grado de privación en el acceso a bienes y derecho disponibles en la sociedad como son el acceso a la educación, a una vivienda digna y suficientemente equipada, a los servicios de salud, a bienes culturales, a un trabajo digno, etc<sup>18</sup>.

Ahora bien, dada la heterogeneidad que se deriva de las situaciones de monoparentalidad la propia estructura familiar en sí probablemente no es el único factor que incide para determinar el grado de pobreza. Otros factores inciden de forma importantes en la situación socioeconómica de este tipo de familias como son el género, la edad del titular del hogar y su nivel de formación.

Un ejemplo de ellos es el colectivo de las madres solas inmigrantes están expuestas en mayor medida a situaciones de exclusión social. En muchas ocasiones se da la siguiente paradoja: muchas de estas mujeres se encargan de cuidar hijos o personas mayores de familias españolas mientras que mantienen a sus hijos que se han quedado en el país de origen, o está pendiente su reagrupación familiar. En el caso de que convivan con sus hijos en España los problemas derivados de la conciliación de los tiempos se agudizan pues estas mujeres carecen de las redes básicas de solidaridad familiar en el país de destino.

La otra gran problemática se refiere a las dificultades que tienen para compatibilizar la actividad profesional con la de los cuidados familiares. Esta doble

---

<sup>18</sup> Vid. una definición de pobreza multidimensional en el programa de acción de la Cumbre Mundial de Naciones Unidas sobre desarrollo social de 1995 (Capítulo II). [http://www.un.org/esa/socdev/wssd/pgme\\_action\\_intro.html](http://www.un.org/esa/socdev/wssd/pgme_action_intro.html)

actividad a la que está abocado el único responsable del hogar dificulta su permanencia en el mercado de trabajo así como el desarrollo progresivo de su carrera profesional y la posibilidad de obtener ingresos suficientes para la unidad familiar. Los responsables de estas familias tienen que afrontar fuertes tensiones para poder atender de forma debida esta doble dedicación ante la falta de tiempo. Precisamente la carencia de tiempo puede originar problemas de salud, situaciones de estrés y de agotamiento.

El hecho que sean mayoritariamente madres solas comporta sumar a la situación descrita las problemáticas más comunes de la participación de la mujer en el mercado laboral como son la mayor concentración de mujeres en sectores con mayor precariedad laboral y salarios más bajo a la vez que cuestiones discriminatorias como son, por ejemplo, las diferencias retributivas. La desregulación laboral y la flexibilidad de la jornada laboral dificultan a las madres solas compatibilizar la actividad profesional con el cuidado de los hijos. Esta situación se hace más aguda en las monoparentalidad en sentido estricto donde no existe otro progenitor que atienda los hijos

El sistema estatal de Seguridad Social prevé unas prestaciones familiares insuficientes en su cuantía y que, dado el bajo umbral de recursos que fija la ley, solo protege a las situaciones de marginalidad. Otras vías de protección para las familias monoparentales carentes de recursos son las prestaciones asistenciales de desempleo y las rentas mínimas de inserción que regulan las Comunidades Autónomas.

España es uno de los países menos generosos de Europa en materia de financiación pública a las familias. El gasto público en prestaciones familiares representa sólo el 1,2% del PIB, muy por debajo de la media europea del 2%<sup>19</sup>. Además de las prestaciones económicas, las mejoras de infraestructuras y servicios pueden resultar más efectivas a la hora de mejorar las oportunidades

---

<sup>19</sup> Cfr. Vid. el informe sobre España en la Alianza Europea para las Familias. European Alliance for Families. Country Profiles. [http://ec.europa.eu/employment\\_social/emplweb/families/index.cfm?langId=en&id=4](http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/families/index.cfm?langId=en&id=4) [enero 2011]

vitales de estas familias. El grado de bienestar más elevado de las familias monoparentales se experimenta en países como Suecia, Dinamarca o Finlandia con una sólida política de igualdad de oportunidades para las mujeres y en el que el Estado ofrece servicios de cuidados de niños pequeños o personas dependientes mediante una amplia oferta de guarderías, centros u otros servicios de atención a personas dependientes<sup>20</sup>. España no llega a los objetivos fijados para el 2010 el consejo de Barcelona de escolarizar el 33% de los niños menores de 3 años. En España a través del programa educa3 el Gobierno ha creado nuevas plazas educación infantil si bien en el 2007 la tasa de escolarización de niños menores de tres años era del 17,4%<sup>21</sup>. En España el recurso a cuidados de tipo informal y sobretudo a la solidaridad intrafamiliar es clave sólo así puede explicarse que las mujeres españolas con hijos mantengan una tasa de actividad elevada en relación con otros países europeos teniendo en cuenta la insuficiencia de los apoyos públicos, ya sea en ayudas familiares y/o de guarderías para niños menores de tres años.

Estos ejemplos son muestra del interés creciente por parte del legislador por cubrir carencias que inciden en las familias monoparentales. Ahora bien, también ponen en evidencia que dicha protección carece de una lógica unitaria pues se prevé para supuestos puntuales y en legislaciones sectoriales.

### **III. LA NOCIÓN DE FAMILIA MONOPARENTAL Y SU DIFÍCIL TRASLACIÓN NORMATIVA. SU PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

#### **1.- La noción de monoparentalidad como categoría social y su difícil traslación normativa**

---

<sup>20</sup> Sobre este punto, vid. REINHARD, J. en el capítulo sobre “Las políticas de protección de las familias monoparentales en Europa: experiencias comparadas”.

<sup>21</sup> No obstante el Ministerio de Educación aporta otras cifras y en caso de computar la oferta de centros públicos y privados que no dependen de administraciones educativas el cómputo es del 27% en 2006. Cfr. *Análisis de algunos de los temas más importantes del sistema educativo a la luz de los objetivos de 2010*, Informe del Ministerio de Educación 2007-2008, <http://www.mec.es/cesces/informe-2007-2008/datos/indice.pdf>. [consulta enero 2011]

En los años setenta emergió la monoparentalidad como fenómeno sociológico coincidiendo con un aumento considerable del número de divorcios de manera que este tipo de familias comenzaron a ser objeto de estudio y de atención por parte de los poderes públicos. Por primera vez algunos gobiernos como el de Reino Unido<sup>22</sup> y Francia<sup>23</sup> asumían una visión global entorno a las necesidades sociales de estas familias y emprendían reformas para paliar los problemas más frecuentes que les afectaban. No es casual la visualización de este tipo de familias en esos años pues coincide con un momento de cambio en la emancipación social y económica de las mujeres y con un aumento del número de personas divorciadas. En este sentido, las viudas dejaron de ser un el grupo monoparental predominante para pasar a un primer lugar los hogares con niños encabezados predominantemente por mujeres separadas.

El termino familia monoparental, pues, tiene un origen sociológico y abarca una diversidad de situaciones tanto si atendemos a las causas que la originan como a los diferentes planteamientos de convivencia que presentan<sup>24</sup>. Las vías de entrada más comunes a la monoparentalidad en España son las separaciones o divorcios, la viudedad y la maternidad en solitario. Pero también la monoparentalidad se presenta en situaciones de violencia de género o en caso de adopción en solitario. En los últimos años ha habido un incremento de formas voluntarias de monoparentalidad como es el caso de las mujeres sin pareja que recurren a la inseminación que en España son alrededor de un tercio de las solicitantes

---

<sup>22</sup> En 1974 el gobierno laborista inglés constituyó una Comisión sobre familias monoparentales y le encargó un informe sobre la situación social y económica de este tipo de familias. El llamado informe Finer propuso medidas socialmente ambiciosas, entre ellas, la creación de una red de servicios de guarderías o de prestaciones asistenciales específicas para este tipo de familias. Cfr. SCHLESSINGER, B., "One parent families in Britain", *The Family Coordinator*, Vol. 26 ,1977, p. 139.; MARSDEN,D., "One parent families", *British Journal of Law and Society*, vol.1, núm. 2, 1974, p. 175.

<sup>23</sup> LETABLIER, M.T., EYDOUX,A., *Familles monoparentales en France*, Centre d'Etudes d'Emploi, Rapport de Recherche, junio 2007, núm. 36, p.26

<sup>24</sup> Cfr. BARRÓN LÓPEZ, S., "Familias monoparentales: un ejercicio de clarificación conceptual y sociológica", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 40, 2002, p.23. Vid. también RODRÍGUEZ SUMAZA, C.; LUENGO RODRÍGUEZ, T., "Un análisis del concepto de familia monoparentala partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales", *Papers*, núm. 69, 2003.

Se presentan, pues, perfiles distintos de monoparentalidad pues la realidad de una madre joven soltera no es la misma que la de una mujer divorciada que trabaja y tiene estudios, por ejemplo. Probablemente el perfil que responde a una menor vulnerabilidad social es el de los padres o madres separados divorciados que no tienen la custodia de los hijos pero que ejercen sus derechos en tanto progenitores. En estos casos el problema más acuciante desde el punto de vista de la protección social se presenta cuando los padres o las madres separados o divorciados no quieren o no pueden hacer frente a sus obligaciones de alimentos.

El hecho de que la monoparentalidad esté presente en situaciones tan diversas ha llevado a plantear a muchos autores la cuestión de la idoneidad de la monoparentalidad como categoría unitaria. Incluso en algunos países donde hay políticas familiares más específicas se ha prevenido sobre los posibles estigmas que puede ocasionar dicha etiqueta<sup>25</sup>. Se trataría de evitar, por ejemplo, las connotaciones negativas ocasionadas por la falta de un referente masculino en la educación de los hijos pero también el riesgo de victimización de este tipo de unidades familiares.

En todo caso no hay una definición unitaria a nivel europeo de lo que se entiende por familia monoparental. Las estadísticas de los países europeos no concuerdan de manera que, como veremos resulta difícil medir la incidencia de este tipo de situaciones.

Tampoco hay una única terminología para mencionar este tipo de familias ya que se puede hacer referencia no sólo a familias monoparentales, sino también a padres y madres solos. En Alemania por ejemplo se hace referencia a "Alleinerziehende" es decir a quien educa o cría a los hijos en solitario. Con esta denominación se pone el acento en la persona que toma las decisiones y asume la responsabilidad de la educación del hijo y no tanto en la existencia o el reconocimiento jurídico de otro progenitor.

---

<sup>25</sup> AAVV. "Study on Poverty and Social Exclusion among Lone-Parent Households", European Commission, Directorate-General of Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, feb. 2007.

Se trata de una terminología que no es pacífica. Por ejemplo en Francia algunas asociaciones de padres la han criticado pues entiende que se le excluye del papel de padre. En cambio, en otras ocasiones se adoptado, incluso institucionalmente<sup>26</sup>, un nuevo término el de monomarentalidad para hacer referencia a las familias encabezadas sólo por madres.

El crecimiento de las rupturas de pareja, la creación de familias recompuestas así como el aumento del número de hijos crecidos fuera del matrimonio incrementa las situaciones transitorias de monoparentalidad. El hecho de cuidar solos a los hijos es en todo caso una situación temporal o transitoria en la biografía de los cuidadores y que tiene un carácter dinámico de manera que dicha situación termina cuando las personas comparten de nuevo su vida con otra pareja o cuando los hijos se emancipan. Es por ello que las políticas públicas dirigidas a las familias monoparentales deben tener necesariamente carácter temporal.

Se trata igualmente de una realidad familiar acoge planteamientos de convivencia muy distintos y que muchas veces no tienen trascendencia jurídica de manera que existen desajustes entre la realidad de y el presupuesto normativo previsto. Estas situaciones de facto se dan en caso de largas ausencia de uno de los miembros de pareja por razón de internamiento en centro penitenciaria, hospitalario, etc. o bien cuando sencillamente éstas viven separadas<sup>27</sup>.

Estudios de la Comisión Europea definen las familias monoparentales como la formada por un progenitor que, sin convivir con su cónyuge ni cohabitando con otras personas, convive al menos con un hijo o hija dependiente y soltero<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup>Resolución de 29 de abril de 2008 del Instituto de la Mujer (BOE de 19 de mayo de 2008). Dicha resolución define la familia monoparental como la considerará familia monomarental la formada por una mujer que tenga a su cuidado menores de 21 años o mayores con discapacidad que no obtengan ingresos de cualquier naturaleza superiores al 75% del Salario Mínimo Interprofesional vigente en el momento de publicación de esta Resolución.

<sup>27</sup> ALMEDA SAMARANCH, E. (dir.), Pensiones de supervivencia y familias monoparentales, proyecto de investigación financiado por la Secretaria de Estado de la Seguridad Social, 2008, <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/113295.pdf>, p. 50.

<sup>28</sup> ROLL, JO: *Lone parent families in Europe. Report to the European Comission*, 1992, p. 12.

Son inagotables las nociones de familia monoparental que ha aportado la doctrina, en síntesis creemos que de ellas se pueden extraer dos notas<sup>29</sup>:

1) Existencia de un único progenitor responsable. Una sola persona, ya sea en su condición de progenitor o tutor, asume las tareas de cuidado y el soporte emocional o afectivo de los hijos así como las decisiones cotidianas que afectan a su educación y crianza. En las familias monoparentales en las que se da una crisis matrimonial o de pareja la responsabilidad la detenta quien tiene la custodia y convive con los hijos. Como se señala más adelante<sup>30</sup>, se tratan de situaciones en las que existe una monoparentalidad de facto pero en la que jurídicamente existen dos progenitores con obligaciones hacia los hijos. De hecho cuando las normas conceden derechos en virtud de la relación paterno-filial el trato es igual independientemente de que los progenitores se hallen casados o separados de manera que los padres separados o divorciados tienen derecho los mismos derechos de conciliación que si estuviesen casados.

Esta acepción nos permite, además, adoptar una visión amplia de las diversas manifestaciones de familias monoparentales y a la vez tiene una ventaja operativa clara pues atiende a las circunstancias materiales del cuidado más que a los elementos formales como son el estado civil de la persona de referencia. Igualmente implica incluir dentro de la categoría de las familias monoparentales a las familias recompuestas o las que conviven con otras unidades familiares (hogares familiares complejos) siempre que haya una única persona responsable de sus hijos o menores adoptados o acogidos.

Resulta más dudoso que la custodia compartida pueda aceptarse como situación de monoparentalidad. En estos casos, obviamente los padres no conviven juntos pero los hijos comunes sí que lo hacen forma alternativa con cada uno de ellos.

---

<sup>29</sup> Asumimos la noción provista por VELA SÁNCHEZ, A.J., "Propuestas para una protección integral de las familias monoparentales", *Revista La Ley*, núm. 6382, 2005, p. 3.

<sup>30</sup> Vid. NAVARRO MICHEL, M., en el capítulo sobre "La protección económica de la crisis matrimonial. medidas legislativas en Cataluña y en España".

De ahí que algún autor haya llegado a hablar en estos casos de la existencia de dos familias monoparentales<sup>31</sup>.

2) Tener hijos o familiares dependientes a cargo. La situación de dependencia puede derivar de circunstancias personales – por ejemplo cuando los hijos son menores de edad o tienen una discapacidad- como de una situación de dependencia económica. Más adelante se comentará que el legislador no ha optado por una única edad normativa a partir de la cual legalmente se pueda presumir que existe dependencia económica aunque en muchas ocasiones la referencia elegida es la mayoría de edad. El criterio de la mayoría de edad no parece razonable ni realista teniendo en cuenta la tardía incorporación de los jóvenes españoles al mercado de trabajo y la continuidad a esa edad de los ciclos formativos superiores. A los 18 años no disminuyen, ni mucho menos, los gastos para atender a las necesidades vitales de los hijos<sup>32</sup>.

## **2.- Su difícil traslación como categoría jurídica.**

La noción de familia monoparental tiene mayor arraigo sociológico que jurídico pues el concepto de monoparentalidad ha tenido una aparición tardía en la legislación española. El legislador estatal ha detallado en muy pocas ocasiones qué entiende por familia monoparental. A veces ha adoptado una noción amplia como la del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, sobre el plan de vivienda 2009-2012 que incluye, entre las personas beneficiarias con derecho preferente a las familias monoparentales y entiende que lo son las constituidas por un padre o una madre que viven juntos (artículo 1).

En muchas ocasiones el legislador enumera las distintas situaciones de monoparentalidad sin aludir expresamente a la monoparentalidad. Así ocurre con la legislación fiscal que en la ley de impuestos de la renta para las personas físicas

---

<sup>31</sup> Cfr. VELA SÁNCHEZ, A.J., “Propuestas..”, op. cit., p. 6.

<sup>32</sup> Vid. sobre la falta de coherencia en la normativa a la hora de fijar una edad a partir de la cual un persona ya no es dependientemente económicamente de sus padres en el capítulo de NAVARRO MICHEL, “La protección económica de la crisis matrimonial. medidas legislativas en Cataluña y en España”.

reconoce como unidad familiar *“los casos de separación legal o cuando no existiera vínculo matrimonial, la formada por el padre o la madre y todos los hijos que convivan con uno y otro y que reúnan los requisitos a que se refiere la regla 1 de este artículo...(menores o mayores de edad discapacitados)”* (Ley 35/2006.....)<sup>33</sup>

En cambio legislación estatal de Seguridad Social entiende por la familia monoparental *“la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia”* (arts. 133 septies, 185.1 LGSS).

Las dos mejoras previstas en la acción protectora para las familias monoparentales – que, como veremos, son financieramente irrelevantes- parecen tener justificación en la mayor carga económica que supone asumir la carga familiar en solitario. La noción empleada habla de un único progenitor y la duda radica en saber si tal afirmación debe entenderse en sentido estricto, es decir, para los supuestos en que no hay dos progenitores o bien se aplica a situaciones de ruptura matrimonial en la que hay de facto un progenitor pero jurídicamente hay dos. Llama la atención que en la noción de monoparentalidad que emplea la LGSS hable de de un sustentador único de la familia. Surge la pregunta entonces de cómo juega la aportación del pago de alimentos por parte del padre que no tiene su guarda y custodia<sup>34</sup>. Esta expresión de “único sustentador” parece comprender también los casos de ruptura matrimonial en que hay impago de alimentos por parte del progenitor no custodio.

La Administración de la Seguridad Social se ha decantado por la primera interpretación más restrictiva de manera que no se concederá la prestación *“cuando se constate la existencia de dos progenitores, aunque no convivan y*

---

<sup>33</sup> El Reglamento del Impuesto de la Renta de Personas Físicas prevé el cálculo de retenciones cuando se trate de *“contribuyente soltero, divorciado o separado legalmente, sin descendientes o con ascendientes a su cargo...”*(art. 81.1.3 b))

<sup>34</sup> Sobre este mismo punto GARCÍA PAREDES, M.L., “Nuevas formas de familia y crisis matrimoniales. Problemas de protección social”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 152,2008, p. 130Cfr..

*aunque uno de ellos carezca de ingresos*<sup>35</sup>. Esta interpretación se confirma en la práctica si se examinan los documentos que debe aportar la persona interesada para acreditar la situación de monoparentalidad se le pide que traiga *“libro de familia en el que conste un solo progenitor o, en el caso de que consten dos progenitores, partida de defunción de uno de ellos o resolución judicial en la que se declare el abandono de la familia por parte del otro progenitor”*<sup>36</sup>. No comprende, pues en ningún caso las situaciones en que hay otro progenitor salvo en el supuesto de reconocimiento judicial de abandono.

Según la interpretación del INSS *“es irrelevante, a efectos de la consideración de familia monoparental, el hecho de que el progenitor único y el hijo convivan con otras personas, salvo que se trate del cónyuge o de la pareja de hecho del progenitor debidamente acreditada”*<sup>37</sup>.

Se trata de una definición estricta<sup>38</sup> y poco acorde con la realidad social dado el elevado número de familias monoparentales que provienen de una ruptura matrimonial y las dificultades económicas que han de hacer frente en caso de que sean escasas las cuantías pagadas por alimentos o bien que el cónyuge no custodio no cumpla con sus obligaciones.

Una vez más, al igual que ha pasado con las parejas de hecho o con las familias homoparentales, las normas autonómicas se han adelantado a la estatal en el reconocimiento de las nuevas necesidades derivadas de planteamientos diversos de convivencia. Un ejemplo de norma que atiende a una acepción más material y próxima a las distintas realidades familiares es la legislación catalana sobre protección de las familias.

---

<sup>35</sup> *“Aclaraciones sobre el concepto de familia monoparental”*, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídico, Instituto Nacional de Seguridad Social, 30 de noviembre de 2007 (material multicopiado).

<sup>36</sup> <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/113145.pdf>. [consulta enero 2011]

<sup>37</sup> *“Aclaraciones sobre el concepto de familia monoparental”*, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídico, Instituto Nacional de Seguridad Social, 30 de noviembre de 2007 (material multicopiado).

<sup>38</sup> Curiosamente en el régimen de prestaciones familiares por hijo a cargo no se computan los pagos en concepto de alimentos aportado a la unidad familiar por parte del cónyuge no conviviente.

La ley catalana 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, contempla la protección específica de las familias numerosas, las monoparentales y las que tienen a personas en situación de dependencia. Como estudiaremos más adelante el reglamento<sup>39</sup> que desarrolla dicha norma ha reconocido por primera vez el título de familia monoparental al que se asocian ciertas ventajas en temas de ayudas familiares, viviendas, transportes. .. etc. Se definen las familias monoparentales como las formadas por uno o más hijo que conviven y dependen económicamente de una sola persona. Se entienden que son hijos dependientes los menores de 21 años o hasta 25 años si continúan los estudios y los hijos discapacitados independientemente de su edad. Además se consideran familias monoparentales las encabezadas por una persona progenitora que tiene la guarda y custodia de los hijos pero no percibe la pensión de alimentos establecida judicialmente o bien la cuantía es inferior al mínimo vital por hijos que establece la legislación catalana. Igual reconocimiento tienen las personas con hijos a cargo que haya sufrido violencia de género.

Hasta aquí los requisitos son iguales a otras normas estatales pero vemos que la norma catalana adopta una noción de familia más próxima a la realidad. En primer lugar, porque admite como familias monoparentales las situaciones en que el padre o la madre viva con otras personas con las que no tienen relación matrimonial o unión estable. Es importante esta observación que hace la norma para muchas familias monoparentales que no constituyen hogares propios o independientes sino que, por ejemplo, conviven con los ascendientes. Esto hace que estas realidades queden camufladas por las instituciones. Igualmente la norma ha tenido en cuenta la relación de parejas de hecho para excluir la monoparentalidad. Tampoco el estado civil del progenitor impide reconocer familias monoparentales de facto de manera que personas casadas pueden ser titular de un hogar monoparental. Tal como reconoce el Decreto se trata de familias en las que una de las personas progenitoras convivientes hayan estado

---

<sup>39</sup> Decreto 151/2009, de 29 de diciembre, de desarrollo parcial de la ley 18/2003, de 4 de julio.

en situación de privación de libertad, hospitalización u otras causas similares durante un periodo igual o superior a un año.

Creemos que una solución pragmática cara a la traslación jurídica de la noción de familias monoparentales será la de atender a la finalidad de la norma concreta.

En relación al perfil de familia monoparental con pocos recursos es necesario que las normas asistenciales o de Seguridad Social que protejan económicamente a la familia acepten la diversidad de modelos familiares independientemente de la causa o el origen que la motivó y detecten las nuevas necesidades sociales de manera que la legislación se aproxime más a las situaciones de convivencia fáctica.

### **3.- La protección legal de la monoparentalidad en el ordenamiento jurídico español.**

La evolución cultural y social de las relaciones familiares ha comportado a su vez cambios en su acepción normativa de manera que ha ido incorporando en su regulación otras realidades familiares distinta de la matrimonial. Como es sabido durante la etapa de Franco algunas realidades familiares por razones culturales y religiosas se habían ignorado o bien directamente prohibido por la ley como es el caso de los hijos habidos fuera del matrimonio o bien las separaciones y divorcios.

En todo caso las distintas situaciones de monoparentalidad no reciben la misma intensidad protectora. La viudedad ha sido un riesgo social tradicionalmente cubierto por la Seguridad Social y, en cambio, sólo hasta hace unos pocos años los poderes públicos han considerado una situación susceptible de ser protegida la carencia de ingresos provocada por el abandono familiar o el impago de pensiones en situaciones de ruptura matrimonial. La asunción de una respuesta colectiva ante problemas derivados de las crisis matrimoniales somete a debate del papel que juega la responsabilidad de los particulares y la del Estado así como el carácter subsidiario de su intervención. Si bien hoy en día ciertas iniciativas de apoyo a familias que han padecido ruptura matrimoniales rompe con la idea que se trataba de asuntos privados en los cuales los poderes públicos no debían

inmiscuirse y más cuando está en juego situaciones de pobreza infantil. Esta evolución en el tratamiento de los problemas riesgos ligados a las rupturas matrimoniales va en paralelo con un proceso de desculpabilización de este tipo de procesos.

En la actualidad la legislación española contempla y permite nuevas formas de monoparentalidad como es la maternidad y paternidad en solitario y voluntaria ya sea mediante técnicas de reproducción asistida o la adopción. Así, la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, señala que la madre “podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”. Igualmente las normas civiles de adopción permiten que la adopción a hombres y mujeres independientemente de su estado civil (art. 235-30, *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, falta referencia Código Civil*)-

Del mismo modo a partir de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, las distintas manifestaciones de violencia de género son reguladas por esta legislación específica que aspira a otorgar una protección integral a las víctimas por lo que este tipo de familias monoparentales reciben un tratamiento legal específico distinto del resto de familias.

Cada vez con mayor frecuencia los legisladores han optado por desligar la protección del estado civil y ahondar en la individualización de forma que los destinatarios de las prestaciones y ayudas son los individuos independientemente de su estado civil y de que convivan o no con otras personas. De hecho en algunos países se han acometido reformas que han suprimido la pensión de viudedad y han creado a cambio nuevas prestaciones dirigidas a familias monoparentales sea cual sea su origen.

Así mismo la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres contempla colectivos de mujeres que se hallan en situación de especial vulnerabilidad y que son objeto de múltiples discriminaciones. Destaca el

legislador, entre otras, a las mujeres viudas y víctimas de violencia de género *“para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva”* (art. 14.6).

En este sentido, dentro del plan integral mencionado merece una valoración positiva la propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales consistente en un Programa de Apoyo a las familias monoparentales encuadradas dentro del Programa de Apoyo a las familias en situaciones especiales<sup>40</sup>.

Si bien en la actualidad no es posible hablar de facto de la existencia de una política específica y con carácter unitario de apoyo a los hogares monoparentales. Falta, pues, la adopción de un planteamiento transversal de todas las políticas que trate de forma integral los problemas que atañen a este tipo de familias.

La familia monoparental como colectivo destinatario de normas aparece en contadas ocasiones en la legislación estatal y siempre se hace en normativa sectorial como por ejemplo en los planes estatales de vivienda<sup>41</sup>. Excepcionalmente la Ley 40 /2003 de protección de las familias numerosas que equipara a este tipo de familias las compuestas por un padre o una madre con dos hijos cuando haya fallecido el otro progenitor o bien cuando uno de los hijos sea discapacitado. Las Leyes de Presupuestos para los años 2008, 2009 y 2010<sup>42</sup> ordenan que se produzcan las pertinentes reformas legales para equiparar a las familias monoparentales con dos hijos con las familias numerosas pero a fechas actuales no se han llevado a cabo tales cambios. Sobre esta futura regulación creemos que el legislador debería tener en cuenta la posibilidad de que una misma familia tenga la condición de numerosa y monoparental en cuyo caso se debería reforzar la protección.

---

<sup>40</sup> Guía Laboral y de Asuntos Sociales, 2004. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>41</sup> Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, sobre el plan de vivienda 2009-2012

<sup>42</sup> Disposición adicional sexagésima octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

En la normativa de Seguridad Social la ley 35/2007 ha reconocido una nueva prestación familiar de pago único por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas. Por su parte la Ley de presupuestos para 2009 ha alargado la duración del subsidio no contributivo de maternidad 14 días más en los supuestos, entre otros, de familias monoparentales<sup>43</sup>. Se trata, por lo demás, de dos mejoras puntuales para las familias monoparentales que tienen una importancia cuantitativa y financiera residual.

Por contraste las normativas autonómicas contemplan más frecuentemente a las familias monoparentales como destinatarias de políticas sociales. Esta constatación encuentra explicación en que son las Comunidades Autónomas las que detentan competencias en materia de asistencia social, educación y vivienda. Algunas iniciativas normativas incluyen de acceso a ventajas en materia de vivienda, de escolarización de educación infantil, etc. También existen normas, como la catalana, que regulan la renta mínima de inserción contemplan expresamente las nuevas necesidades originadas por el incremento de rupturas de parejas con hijos. En catalán la norma de renta mínima de inserción prevé un complemento económico específico para las situaciones de monoparentalidad. Con la atención específica a este tipo de familias esta normativa responde a la finalidad de las normas asistenciales de orientar su acción hacia nuevas situaciones de necesidad. De hecho el 75 % de los receptores de estas ayudas en Cataluña son familias monoparentales.

Como sabemos la concesión de estas prestaciones se vincula al seguimiento de unos itinerarios de inserción laboral y social y persiguen, con mayor o menor éxito, la integración de los beneficiarios de este tipo de ayudas, en la línea con otras experiencias europeas y las recomendaciones europeas en políticas de inclusión social y en empleo.

---

<sup>43</sup> Art. 133 septies LGSS reformado por la Ley 2/2008 de 23 de diciembre.

#### **IV. LAS POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES EN EUROPA: EXPERIENCIAS COMPARADAS<sup>44</sup>**

##### **1.- Introducción**

El aumento del número de familias monoparentales es un fenómeno que se registra en todos los países industrializados. Mientras hace unas décadas el fallecimiento de la madre durante el parto fue una causa principal de monoparentalidad felizmente en nuestros días este motivo juega un papel irrelevante. La emancipación de la mujer, la (demandada) movilidad de los trabajadores y el acceso fácil a un divorcio son aspectos que han provocado la inestabilidad de las familias.

En los años 60 y 70 del siglo pasado casi todos los estados europeos cambiaron su legislación de derecho de familia. Se admitió el divorcio, hasta entonces desconocido en muchos países europeos, entre otros en España, Italia y Portugal. En otros países, como Alemania, Suiza, Países Bajos o Inglaterra se cambiaron las leyes para facilitar el divorcio. Sobre todo la transición del principio de culpa a un principio de mutua responsabilidad para el fracaso del matrimonio mejoraba la situación legal de las esposas, en particular la posición de la mujer. Antes de estas reformas una mujer sin recursos financieros suficientes quedaba dependiente de la benevolencia del marido. Si la mujer era “culpable” del fin del matrimonio, perdía casi todos los derechos a prestaciones económicas. El marido no tenía la obligación de pagar alimentos. Además, los derechos a prestaciones sociales se ligaban a la existencia del matrimonio. Por eso, en aquellos tiempos muchas mujeres solo podían elegir entre permanecer en un matrimonio insatisfactorio o vivir libre pero en pobreza. La abolición del principio de la culpabilidad con las reformas del derecho de familia eliminó este vínculo entre la conducta durante el matrimonio y las consecuencias financieras. Era objetivo principal de estas

---

<sup>44</sup> Prof. Dr. Hans-Joachim Reinhard, Instituto Max-Planck de Derecho Social Extranjero e Internacional, Munich

reformas reducir el riesgo financiero de un divorcio para las mujeres. Además, en todos los países europeos la sociedad ha cambiado y hoy día un divorcio no es una vergüenza para las mujeres. Es un derecho y muchos de ellas lo invocan. Son mujeres en su mayoría las que piden el divorcio.

Las reformas del derecho de la familia se han concentrado en las consecuencias financieras de la ruptura del lazo matrimonial. En la teoría, todo funciona y favorece a las mujeres. En la práctica, dentro de poco muchas mujeres deben notar que la realidad diaria no sigue siempre la legislación favorable. Todas las reformas de derecho de la familia han partido del hecho de que el matrimonio vivía en una situación financiera con recursos suficientes. Después del divorcio se nota que los recursos no bastan para mantener dos hogares separados. A pesar de una participación creciente de las mujeres en el mercado de trabajo, todavía es el varón quien gana el salario superior. Y a pesar de que el papel de los padres en la educación de los hijos ha crecido, todavía en la mayoría de los casos son las mujeres las que cuidan a los niños. Aunque todas las reformas en el siglo pasado hablaron de una reforma del derecho de la “familia” en realidad no tomaron en cuenta la “familia”. Con el enfoque de mejorar los derechos de la mujer los protagonistas de las reformas ha olvidado u omitido que un divorcio no solo separa la pareja sino también divide la familia biparental en una familia monoparental y un adulto soltero. Muchos de los problemas que tienen las familias monoparentales resultan del hecho que las reformas han promovido y facilitado la formación de las familias monoparentales pero no han dado medidas adecuadas para manejar la nueva situación.

Aun cuando las reformas han pensado en familias monoparentales la realidad frecuentemente no se corresponde con la teoría: El cuidado de un hijo común del matrimonio autoriza al pago de alimentos y a una red de guarderías que garantice la acogida de los pequeños. En la práctica no es así. En casi todos los países europeos las consecuencias de la ruptura del lazo matrimonial causan los problemas que ya se han revelado en otras partes del estudio: el pago tardío o

insuficiente de alimentos, la escasez de plazas en instituciones de guardería y la dificultad de conciliar la vida familiar y la vida laboral.

Los problemas mencionados no solo afectan a los divorciados sino al resto de familias monoparentales independientemente del origen de su situación. Se puede añadir dos grupos. En primer lugar son las viudas y los viudos. Sin embargo, el estado de viudedad es una monoparentalidad “legal” y aceptada. La muerte de la pareja y de la madre o del padre es lamentable. Es bien entendido que en tal situación del destino el sobreviviente necesita y merece apoyo. Por eso, desde que se instauraron los sistemas de la seguridad social en los países europeos se reconocen pensiones de supervivencia para la pareja y pensiones de orfandad para los hijos<sup>45</sup>. La familia monoparental que sobrevive a la persona fallecida no debe sufrir penurias financieras. Por lo menos, eso es la intención del legislador. Sin embargo, muchas veces las prestaciones no bastan para emprender una vida autónoma.

Hay otro grupo importante de familias monoparentales. Son las familias monoparentales en las que el adulto no tiene una relación directa con el otro progenitor. Mientras que en los casos de divorcio o de viudedad a veces ocurre que el hijo vive con el padreen estos casos es casi siempre la madre quien tiene la sola responsabilidad. Varios hechos pueden causar esta situación. La dificultad es que ni siquiera existe otro adulto para resolver los problemas financieros.

#### I. La heterogeneidad de las familias monoparentales y sus distintas necesidades

Las causas de la formación de una familia monoparental son múltiples y también lo son sus necesidades. No existe una familia monoparental como “muestra” a la que las políticas sociales pueden desarrollar y aplicar una protección social que sea idónea para todas familias monoparentales. Cada familia monoparental tiene sus necesidades individuales. Siendo eso así, las políticas de protección social

---

<sup>45</sup> Para una visión conjunta de las prestaciones de supervivencia véanse las tablas de MISSOC [http://ec.europa.eu/employment\\_social/missoc/db/public/compareTables.doc](http://ec.europa.eu/employment_social/missoc/db/public/compareTables.doc) [última consulta enero de 2011]

son muy divergentes.<sup>46</sup> En muchos países hay una serie de programas y medidas diferenciados para ayudar a las familias monoparentales. En ningún caso se trata de una política general y coherente para las familias monoparentales. Muchas veces, la política de protección social de las familias monoparentales forma parte de la política para todas las familias. Además, un tratamiento especial y preferente de las familias monoparentales corre el riesgo de discriminar a otras familias.

También la diferenciación entre familias monoparentales y otras familias puede causar el peligro del efecto de arrastre, es decir que la familia monoparental quiera quedar en su situación para obtener unos beneficios adicionales. Fuera de eso, el desarrollo de la sociedad ha mostrado que algunos de los problemas de las familias monoparentales son igualmente los problemas de familias biparentales: la escasez de los recursos financieros o la carencia de guarderías. En este contexto no es sorprendente que haya pocas medidas y disposiciones legales que se apliquen meramente a familias monoparentales.

## **2- Las políticas de protección de las familias monoparentales a nivel europeo<sup>47</sup>**

La situación de las familias monoparentales es un tema que preocupa a la Unión Europea. Varios informes han descrito intensamente las circunstancias de la vida de las familias monoparentales. Los resultados cumplen con las expectativas. En la mayoría de los casos la cabeza de la familia monoparental es una mujer. El riesgo de pobreza es más grande que en otras familias. Se reconoce que la familia monoparental es más vulnerable que la familia completa. Los informes se limitan a la descripción de la situación precaria y al estudio de las estadísticas.<sup>48</sup> Sin

---

<sup>46</sup> DAVID, Olivier et. al., Les familles monoparentales – Perspectives internationales, Dossier d'étude N° 42, Université Rennes 2, mars 2003;

<sup>47</sup> DAVID, Olivier et. al., Les familles monoparentales en Europe, Dossier d'étude N° 54, Université Rennes 2, mars 2004

<sup>48</sup> Para los datos los más recientes véanse ATKINSEN, Anthony B./ MARLIER, Eric, Income and Living Conditions in Europe, EUROSTAT, statisticalbooks, Luxembourg, Publication Office of the European Union 2010, [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY\\_OFFPUB/KS-31-10-555/EN/KS-31-10-555-EN.PDF](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-31-10-555/EN/KS-31-10-555-EN.PDF) [última consulta enero de 2011]

embargo, se percataron que no se pueden resolver los problemas con una política uniforme. Además, las autoridades tenían la impresión de que los problemas de las familias monoparentales no son tanto los problemas de la familia como sobre todo los problemas de la cabeza de la familia. Como la cabeza de la familia es en casi todos los casos una mujer, el problema es femenino. Por eso la Unión Europea no ha adoptado una política específica para familias monoparentales. Es la estrategia de la Unión Europea de facilitar la participación de la mujer en el mercado de trabajo. En el año 2000, los líderes europeos adoptaron la estrategia de Lisboa. Este documento formuló objetivos para más empleo en la Unión Europea. En uno de estos objetivos se planteó crear más empleo para las mujeres dentro de diez años. Se quería alcanzar una tasa de empleo femenino de 60 por ciento en el año 2010. El objetivo fue muy ambicioso. Ya en el año 2005 se dieron cuenta que no sería posible de cumplir los objetivos con las medidas existentes. A pesar de eso se afirmaron la voluntad de poner dichos objetivos en práctica. Ahora, en el año 2010 se debe admitir que no han logrado de cumplir con todas las cifras fijadas una década atrás. No obstante, en todos los países europeos ha subido la tasa de la participación femenina en el mercado de trabajo. Los países nórdicos como Suecia y Finlandia superan las cifras. Estos países son también los estados miembros donde el peligro de pobreza para las familias monoparentales es menor en relación con el sur del continente. Allá, la tasa de empleo femenino es tradicionalmente baja y su crecimiento era más débil que en el norte. Así, la participación de las mujeres en el mercado de trabajo es una medida indirecta para evitar o al menos aliviar en parte situaciones precarias de las familias monoparentales. El trabajo no solo hace a la mujer independiente frente pagos inseguros del ex-marido. Igualmente los hijos benefician de la independencia financiera de su progenitor. Un efecto adicional es que la mujer adquiere derechos en el sistema de la seguridad social, concretamente un derecho a una pensión de jubilación que le permitirá vivir en dignidad en la edad avanzada. No se perpetúa la dependencia financiera de la mujer cuando los hijos adultos abandonasen la casa.

Sin embargo, esta estrategia de la participación elevada de las mujeres en el mercado de trabajo no funciona si no se pueda conciliar el trabajo con la vida familiar. Otra estrategia política importante a nivel europeo fue desarrollada en la cumbre de Barcelona en el año 2002. En esta cumbre se formularon objetivos para el cuidado de los niños. Según estos objetivos de Barcelona, hasta el año 2010 al menos 90 por ciento de los niños entre 3 años y la edad en la que empieza la escuela obligatoria deben tener acceso a una guardería adecuada. Para los menores de 3 años se fijaron una cuota mínima de 33 por ciento. No se toma en cuenta el cuidado por familiares, vecinos y otras personas sin formación profesional para el cuidado de niños. En el año 2008 un estudio investigó el cumplimiento de los objetivos de Barcelona. Para el grupo de los mayores de 3 años la mitad de los estados miembros cumplió con los objetivos o estaba en buen camino. Para el grupo de menores de 3 años solo 5 estados miembros cumplieran los objetivos y otros 5 estados miembros se aproximaron el objetivo. En los países restantes la falta de instituciones fue enorme.<sup>49</sup>Fuera de eso, lamentablemente los porcentajes no reflejan los detalles de los servicios, a saber el horario de apertura, la calidad del equipo, costes etc. No obstante, la Comisión quiere ayudar los estados miembros en avanzar y lograr los objetivos. En el período de 2007 – 2013 la Comisión intenta de subvencionar guarderías con 500 millones de euros. El estudio ha relevado que hay un impacto directo entre la tasa de empleo y la disponibilidad de servicios para el cuidado de niños. No es sorprendente que en estados miembros con una buena oferta de servicios de cuidado para los niños la posición de las familias monoparentales cambie. Aunque la estrategia forma parte de las políticas europeas de igualdad entre hombres y mujeres el aumento del número de guarderías y otros servicios de cuidado de niños es un paso importante para mejorar la situación de las familias monoparentales. En la política de la Unión Europea la conciliación del trabajo con la vida familiar tiene un papel importante y

---

<sup>49</sup>

ya hay resultados muy positivos.<sup>50</sup> Pero es un proceso largo y duro hasta alcanzar una equiparación de las familias monoparentales. Sobre todo es un proceso que incumbe a los estados miembros. La Unión Europea no tiene competencias en el ámbito de la protección social de las familias. A los ojos de los críticos y críticas, las políticas aún son insuficientes para las familias en general.<sup>51</sup> Y con mayor razón se juzgan inadecuadas para las familias monoparentales.

En resumen, se puede constatar que a nivel europeo no existe una política específica para las familias monoparentales. No se han adoptado directivas coercitivas para los estados miembros de legislar en favor de las familias monoparentales. El enfoque de la política social de la Unión Europea es la igualdad de hombres y mujeres en el mercado laboral y la conciliación del trabajo con la vida familiar. Estos asuntos afectan a todas las familias y son independientes de su forma de composición individual. Sin embargo, hay una opinión unánime de que todas las medidas adoptadas en el ámbito de la política de protección social deben tener en cuenta las necesidades de los grupos más vulnerables en la sociedad. Es obvio que algunas de las medidas de protección social favorecen más a las familias monoparentales sin denominarlas explícitamente como tales. Un buen ejemplo para esta denominación “falsa” es la pensión de supervivencia ya mencionada. Aunque la monoparentalidad es un requisito imprescindible para obtener esta prestación en ningún país se la clasifica como prestación específica para familias monoparentales.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> EUROSTAT, Reconciliation of between work, private and family life in the European Union, 2009 edition, [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY\\_OFFPUB/KS-78-09-908/EN/KS-78-09-908-EN.PDF](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-78-09-908/EN/KS-78-09-908-EN.PDF) [última consulta enero de 2011]

<sup>51</sup> WALL, Karin, LEITÃO, Mafalda, RAMOS, Vascos, Critical review on research on Families and Family Policies in Europe, Conference Report, September 2010, [http://ec.europa.eu/employment\\_social/emplweb/families/admintool/userfiles/file/WP2\\_Critical\\_Review\\_Conference\\_Report%5B1%5D.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/families/admintool/userfiles/file/WP2_Critical_Review_Conference_Report%5B1%5D.pdf) [última consulta enero de 2011]

<sup>52</sup> Como ejemplo puede servir el informe del Ministerio alemán de Familia, Mayores, Mujeres y Juventud que elaboró un catálogo de prestaciones dedicadas a familias monoparentales. La lista comprende unas prestaciones generales para todas las familias pero no menciona pensiones de supervivencia, BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, Dossier, Vereinbarkeit von Familie und Beruf für Alleinerziehende, Basel/Berlín Marzo 2009.

### **3.- Las políticas de protección de las familias monoparentales en algunos estados miembros**

Incumbe a los estados miembros de la Unión Europea legislar en el ámbito de la protección social de la familia. La carencia de directrices o disposiciones obligatorias a nivel europeo permite a los estados miembros adoptar medidas diferentes. Históricamente, las políticas para las familias son muy divergentes. Cada país tiene su tradición que no se puede tirar por la borda. Además, el tema de la protección de las familias es un tema muy emocional. Afecta aspectos demográficos, la promoción de la fertilidad y sobretodo el conflicto sobre el papel de hombres y mujeres en la sociedad. En una sociedad tradicional es la mujer quien cuida a los hijos. Siempre hay voces conservadoras que quieren mantener esta tradición y advierten que un cuidado institucional perjudicaría a los niños. Fuerzas progresistas demandan un cuidado profesional y permanente sin costes. Opiniones intermedias discuten sobre las soluciones a escoger. Los interesados deben tener la posibilidad de elegir entre guardería y cuidado en casa. Prefieren situar el enfoque en el pago de recursos adicionales para las familias. Así, la política de protección de las familias tiene una relación intensa con la política de igualdad. No es por casualidad que algunos países promuevan más la posición de la mujer y no se dediquen tan intensamente a la protección de familias monoparentales.

En algunos países, los gastos públicos por hijos son muy elevados. Sin embargo, eso no quiere decir que sus efectos y el bienestar de los hijos estén también a un nivel muy alto.



### 3.1.- Alemania<sup>54</sup>

Alemania es un país donde se puede estudiar dos concepciones o políticas muy distintas. Como es conocido, durante el período de la separación del país que duró unos cuarenta años convivieron dos modelos dispares. En la R.D.A. el modelo socialista exigía el trabajo de toda la población independientemente del género. La tasa de participación de las mujeres fue muy elevada y casi equivalía la tasa de los hombres. El estado socialista tenía un interés político de facilitar la reconciliación del trabajo con la vida familiar. Todas las empresas tenían la obligación de mantener guarderías con horarios de apertura adaptados a las horas de trabajo. En caso de enfermedad del niño el padre o la madre tenían el derecho de quedarse en casa por un tiempo amplio. Aún más, el salario era igual para ambos sexos. A pesar de que la tasa de divorcios era más alta que en el oeste del país la situación precaria de las familias monoparentales no era un tema relevante. Los resultados de esta política todavía son visibles después de veinte años de reunificación. Las pensiones jubilación de las mujeres que habían trabajado en la R.D.A. superan con mucho las pensiones de sus compañeras en el oeste. Esta situación va a desaparecer dentro de los próximos años. Por razones políticas, en el proceso de reunificación del país no se han mantenido las estructuras de organización. Muchas empresas tuvieron que cerrar sus puertas y con eso muchas guarderías se han desvanecido. Por otro lado, se pagan las mismas prestaciones sociales en todo el país, concretamente la prestación por hijos que es una de las prestaciones más altas de este tipo en la Unión Europea.

<sup>53</sup> OECD, Doing Better for Children, 1 Sep 2009, [http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/doing-better-for-children\\_9789264059344-en](http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/doing-better-for-children_9789264059344-en) [última consulta enero de 2011]

<sup>54</sup> Agradezco mi colega Eva-MariaHohnerlein para sus informaciones valiosas.

Hoy en día, en Alemania hay una gran variedad de prestaciones para las familias. Un informe del Ministerio de Familia, Mayores, Mujeres y Juventud menciona 148 prestaciones o programas diferentes para las familias y nueve prestaciones para matrimonios. En 2008, el volumen financiero alcanzó 187 mil millones de euros.<sup>55</sup> Esta suma enorme es sumamente engañosa pues gran parte del dinero se dedica a prestaciones en relación a un matrimonio, por ejemplo, el seguro de enfermedad sin costes para parejas sin salario o con ingresos bajos. Otro puesto importante es el “splitting” de la base imponible. Esta medida del derecho tributario beneficia los matrimonios y desfavorece, como se va a explicar abajo, a las familias monoparentales. Si se deducen todos los efectos favorables para matrimonios quedan solo 47 mil millones de euros para los programas asignados para las familias. Muchas de las 148 prestaciones mencionadas tienen una importancia menor y una financiación marginal. Queda una docena de prestaciones para familias que absorbe la parte principal del dinero.

Durante muchos años la protección social de las familias había sido un tema marginal en el debate política. Alrededor del año 1985 hubo un cambio. Se cambió la denominación “compensación por cargas familiares” por el nuevo término “compensación para el rendimiento de las familias”. Con este cambio por primera vez el estado reconoció públicamente los servicios sociales otorgados dentro de la familia de las que disfrutaba la sociedad entera. En estos tiempos empezaba la protección específica de las familias con hijos jóvenes o recién nacidos. Se implementó un período de excedencia laboral para el cuidado del hijo. Paso a paso se extendió el período de excedencia a tres años con un subsidio pagado durante por lo menos un año y medio desde el parto. Este período de excedencia no fue limitado a mujeres pero menos de 2 por ciento de los padres solicitaron el permiso de su empleador. Otra crítica fue que no se pagaban el subsidio durante el período completo. Además, el subsidio fue un importe a tanto alzado que no

---

<sup>55</sup> BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, Familienreport 2010, p. 119ss., <http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/familienreport-2010,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf> [última consulta enero de 2011]

reflejaba el salario anterior. Por eso, no era tan atractivo para personas con salarios altos quedarse en casa para cuidar a los niños.

En los años siguientes el Tribunal Constitucional de la República Federal pronunció unas sentencias en favor de las familias. Demandó al legislador otorgar a las familias recursos suficientes para vivir. La corte reclamó un cambio en el sistema de las prestaciones por hijos a cargo y el reconocimiento del trabajo familiar y los gastos soportados por los padres en los ámbitos de los impuestos sobre la renta y de la seguridad social. Es obvio que esta jurisprudencia fue favorable para las familias. Una consecuencia negativa de las sentencias estaba en el hecho que se perpetuaba una política que se concentraba en el pago de prestaciones económicas y que desatendía otros aspectos como el cuidado profesional.

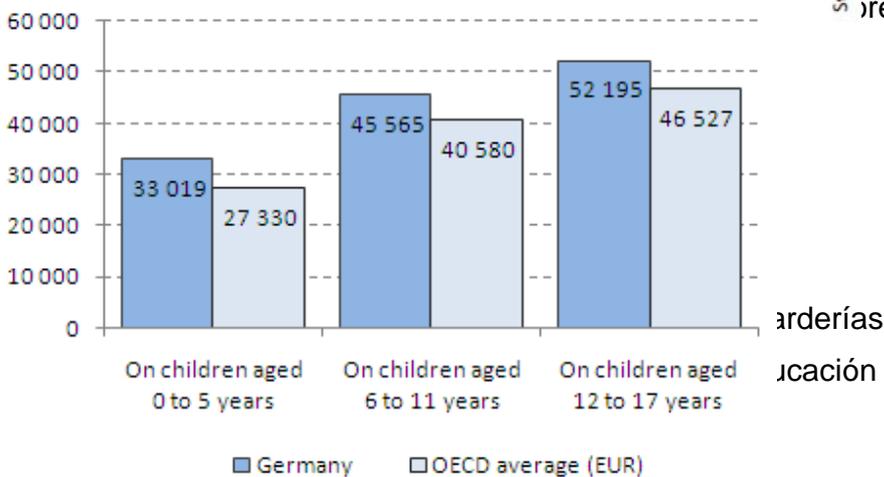
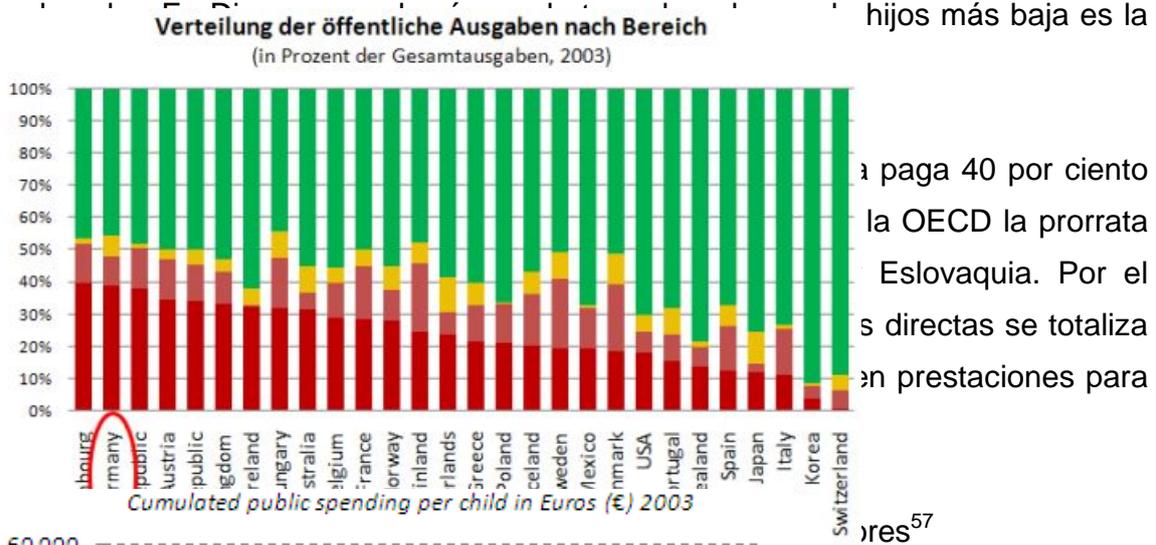
Con la reunificación del país se aplicó el sistema legal y la protección social del oeste al este. Se manifestó el deseo de terminar con los tiempos pasados y las ideas socialistas. Pero al poco tiempo muchas personas, en particular las mujeres, se dieron cuenta que el pago de dinero no resuelve el problema de conciliar el trabajo en el mercado laboral con la vida familiar y el trabajo no remunerado en la familia. Empezó un debate sobre el asunto. El resultado de esta discusión fue un nuevo cambio en la política de protección de las familias. Desde el año 1995 cada hijo mayor de tres años tiene un derecho subjetivo a un puesto en una guardería profesional.<sup>56</sup> A pesar de una ampliación de la oferta, en las grandes ciudades el número de puestos disponibles no puede satisfacer la demanda. Por eso, en el año 2005 el legislador ha añadido que tengan preferencia en el derecho a la educación los hijos cuyos trabajen o estén buscando trabajo. No se podía imponer la propuesta de incluir expresamente a los hijos de familias monoparentales como grupo preferente. No obstante, en la práctica con frecuencia son los hijos de familias monoparentales quienes tienen la preferencia a los puestos de guardería. La razón por dicha preferencia es un cambio legislativo en las prestaciones de desempleo que tuvo lugar en el mismo año 2005. En la legislación anterior el

---

<sup>56</sup> Art. 24 SGB VIII

cuidado a un hijo fue una causa suficiente para rechazar una oferta de trabajo. En la legislación actual los parados tienen que aceptar todo tipos de trabajo independientemente de su formación profesional. La ley solo excluye de esta dura exigencia a las personas que cuidan a menores de tres años. A partir del tercer cumpleaños el progenitor tiene la obligación de trabajar. En el pasado, muchas veces los parados alegaban su falta de disponibilidad por razones de cuidado. La nueva legislación no solo da una preferencia a este grupo de parados. Además la oficina de empleo tiene el deber legal de ayudar al solicitante en la búsqueda de un puesto de guardería. Con esta medida se espera evitar situaciones precarias para las familias monoparentales. El dilema de la cuestión es el hecho que la mayoría de las guarderías no abren antes de las ocho de la mañana y cierre sus puertas a la una. Con este horario rígido es difícil encontrar un puesto de trabajo adecuado. Queda la tarea de crear más puestos de guardería para todo el día con horarios adaptados a las necesidades del mercado laboral. Además, las instituciones cobran mucho por el servicio. Corresponde a la libre decisión del gestor decidir una reducción de las tarifas para familias monoparentales. Mientras que la situación ha mejorado para los hijos menores de 6 años, la situación todavía es insatisfactoria para los escolares. Tradicionalmente la escuela empieza a las ocho de la mañana y cierre para los pequeños a las doce. No es habitual que se ofrezcan almuerzos en la escuela ni siquiera para las clases avanzadas que terminan a la una o a las dos. Este horario y la carencia de un cuidado fiable por la tarde complican las circunstancias de vida para las familias monoparentales. Esa una tendencia reciente que las escuelas empiecen a preparar comidas y a extender el horario por la tarde. Este desarrollo es, por un lado, el resultado del debate continuo sobre la conciliación de la vida laboral y la vida familiar. Por otro lado, es la consecuencia de una política de empleo que trata de “activar” la gente para el mercado laboral.

Alemania es un país donde se gastan entre 10 y 20 por ciento más de dinero para educación, servicios y transferencias financieras que en otros países de la OECD. No obstante, un niño de cada seis vive en pobreza relativa (es decir con menos de 50 por ciento de los ingresos promedios). En la OECD la media es sólo de un niño



A continuación se explicarán las medidas principales de protección de las familias. Algunas de estas medidas existen en forma parecida en otros países miembros y pueden servir como muestra de las actividades políticas en el ámbito de la protección de familias.

- a) Prestación por hijo a cargo (Kindergeld) y deducción de la base imponible para hijos a cargo (Kinderfreibetrag)

Esta prestación es la más conocida y absorbe gran parte del presupuesto dedicado a prestaciones familiares. La educación y la alimentación de los hijos

<sup>57</sup>OECD, Doing Better for Children, 1 Sep 2009, [http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/doing-better-for-children\\_9789264059344-en;\\_country\\_highlights\\_Germany](http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/doing-better-for-children_9789264059344-en;_country_highlights_Germany), <http://www.oecd.org/dataoecd/20/45/43590066.pdf>. [última consulta enero de 2011]

tienen un precio muy alto. Según los cálculos de expertos los gastos por un hijo hasta la mayoría de edad equivalen a los costes para un piso o una pequeña casa. Se puede dudar de estas cifras pero es claro que la financiación de los hijos puede suponer un problema y ser un obstáculo para las familias. En Alemania la prestación por hijo a cargo existe desde el año 1954. La función principal es el alivio financiero de los padres. A partir del año 1996 se integró la prestación en el sistema del impuesto sobre la renta. El cambio fue necesario porque el Tribunal Constitucional exigió que el mínimo vital de los hijos a cargo quedase exento de impuestos. Con el nuevo sistema se paga mensualmente parte de este mínimo vital. Al fin del año, Hacienda compara si el pago o la deducción por hijo hubiese sido más favorable para los padres. La deducción de la base imponible por cada hijo es de 5.808 euros. La deducción es más favorable para familias con ingresos altos. Así, la mayoría de las familias monoparentales no se ve beneficiada de la deducción.

El pago es universal y no depende de los ingresos de los padres. A partir de enero 2010 el importe mensual alcanza los 184 euros para el primer y el segundo hijo respectivamente. Para el tercer hijo se pagan 195 euros y para el cuarto y los hijos siguientes 215 euros para cada uno. No hay pagos extras para familias monoparentales más se puede desviar el pago si el beneficiario no cumple con sus obligaciones de pagar alimentos.

La prestación termina con el 18º aniversario del hijo. Si el hijo no tiene empleo se extiende hasta los 21 años, en caso de formación (por ejemplo, los estudios en la universidad) hasta los 25 años. No hay un límite de edad para hijos con discapacidad. Los hijos mayores de 18 años no deben tener ingresos anuales que excedan de 8.004 euros. El problema de esta regla es que no hay una reducción parcial. El importe es un límite absoluto. Se pierde todo el derecho a prestaciones si los ingresos exceden unos pocos céntimos del límite legal.

- b) Prestación adicional por hijo a cargo para familias con ingresos bajos (Kinderzuschlag)

Esta prestación fue implantada en el año 2005 con las reformas de las prestaciones de desempleo. En Alemania, hay muchas familias cuyos ingresos de trabajo no bastan para los gastos diarios de la vida. La existencia de hijos hace empobrecer a los padres. Sin hijos los ingresos de trabajo podrían ser suficientes para los padres. Esta situación afecta frecuentemente a las familias monoparentales.

El motivo de esta prestación es evitar la caída de la familia en el marco de la asistencia social solo por tener hijos. La prestación adicional debe satisfacer, junto con la prestación universal para los hijos a cargo, las necesidades vitales de los hijos. Desde una reforma en el año 2004, el nivel mínimo es fijado a 900 euros para una familia con dos padres y a 600 euros para las familias monoparentales. El pago mensual depende de los ingresos de los padres. El importe máximo alcanza 140 euros. Los límites de edad son los mismos que los límites para la prestación universal por hijo a cargo.

c) Prestación por cuidado de hijos durante la excedencia laboral (Elterngeld und Elternzeit)

En el año 2007 una nueva prestación ha reemplazado la prestación introducida en el año 1986 para las familias jóvenes tomando a la legislación sueca por modelo.<sup>58</sup>

Como se ha descrito arriba, la prestación derogada consistía en un importe a tanto alzado sin relación con el salario anterior. Después de la reforma, el período de excedencia laboral máximo es de tres años. Según el nuevo concepto, se calcula el subsidio en un 67 por ciento del salario anterior si la madre o el padre interrumpen o reduce su actividad laboral. Se permiten una actividad laboral hasta 30 horas por semana. El tope máximo de la prestación es de 1.800 euros mensuales. Para los padres que tengan ingresos inferiores a los 1.000 euros, el

---

<sup>58</sup> PROGNOSE AG, Elterngeld und Elternzeit (föräldraförskring och föräldraledighet) – Ein Erfahrungsbericht aus Schweden – Schlussfolgerungen für Deutschland, Studie erstellt im Auftrag des BMFSFJ, Basel enero 2005, <http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung2/Pdf-Anlagen/erfahrungsbericht-schweden-elterngeld-elternzeit.property=pdf,bereich=,rwb=true.pdf> [última consulta enero de 2011]

porcentaje de sustitución del salario se aumenta hasta 100 por ciento. En todos los casos se otorga una prestación mensual mínima de 300 euros. También tienen derecho a la prestación mínima las personas que no hayan trabajado en el momento del nacimiento del hijo.

Hay un complemento del subsidio cuando ya viven otros hijos en la familia. El complemento es del 10 por ciento del subsidio con un mínimo de 75 euros al mes. El período de pago depende del número de hijos en la familia. Con dos hijos se paga el complemento hasta que el hijo mayor tenga 3 años. Con tres y más hijos se paga el complemento al subsidio hasta que por lo menos dos hijos son menores de 6 años.

Se concede el subsidio para 12 meses. Para favorecer el cuidado del hijo por los hombres se extiende el período de pago a 14 meses si ambos progenitores interrumpen o reducen su actividad laboral. Los dos progenitores pueden dividir los 14 meses libremente entre sí pero es imprescindible que el otro padre interrumpa o reduce su actividad laboral por un mínimo de 2 meses. Está permitido que ambos padres permanezcan simultáneamente en casa y consuman el período máximo concedido con la doble prestación. También es posible de extender el período hasta 24 meses o 28 meses respectivamente con un subsidio reducido a la mitad del importe.

Para las familias monoparentales se conceden los 14 meses completos. También se conceden 14 meses si el otro padre objetivamente no puede cuidar al hijo (por ejemplo por enfermedad grave, minusvalía, encarcelamiento).

Las primeras evaluaciones han relevado que el porcentaje de hombres que cuidan al hijo ha aumentado y alcanza unos 20 por ciento. Sin embargo, la mayoría de los padres se limita a los dos meses indispensables para cobrar el subsidio.

d) El pago adelantado de alimentos (Unterhaltsvorschuss)

En el año 1980 la ley del pago adelantado de alimentos entró en vigor. Es una ley que se aplica típicamente a familias monoparentales.<sup>59</sup> El objetivo de la ley es asegurar la situación financiera de la familia si el progenitor ausente no paga los alimentos en su plazo debido. El beneficiario de la prestación no es el adulto sino el hijo al que el padre debe el pago de alimentos.

Aunque baja el número de hijos en Alemania aumenta la cifra de hijos que tienen derecho a las prestaciones. En 2010 benefició a medio millón de hijos. Muchos de los padres no tienen recursos suficientes para pagar los alimentos. En 1998, 4172 personas fueron condenadas por vulnerar sus obligaciones alimentarias. En 2006 solo fueron 3.256 condenados.<sup>60</sup>

Se concede también la prestación si el padre ha fallecido, está fuera del país o es desconocido. El hijo no tiene derecho a la prestación si los padres conviven. El hijo tampoco tiene derecho si la madre (o en su caso el padre) no colabora con las autoridades administrativas en la búsqueda del otro progenitor o en la investigación de su residencia.

El importe de la prestación depende de la edad del hijo. En el año 2010 se pagaron 133 euros para hijos menores de 5 años y 180 euros para los hijos mayores. Se deducen los alimentos pagados y en caso del padre fallecido el importe de la pensión de orfandad.

La ley tiene dos desventajas: la prestación no se otorga para hijos mayores de 11 años y 72 meses son el plazo máximo del pago. Las autoridades administrativas pueden reclamar los importes otorgados a la persona que debía los alimentos. Si el hijo quiere reclamar alimentos superiores al mínimo la madre (o en su caso el padre) tiene derecho a servicios de orientación y de asistencia por la oficina de

---

<sup>59</sup> Hay sistemas parecidos en otros países, p. ej. Luxemburgo, Austria con problemas similares. En Austria en enero 2010 se facilitaron el acceso al pago adelantado de alimentos, <http://www.alleinerziehend.net/artikel295.html> [última consulta enero de 2011]

<sup>60</sup> <http://www.alleinerziehend.net/artikel337.html> [última consulta enero de 2011]

protección de menores (Jugendamt). También la oficina puede reclamar los alimentos ante el juzgado en nombre del menor.

e) Las pensiones de supervivencia(Hinterbliebenenrenten)

Las pensiones de supervivencia son las prestaciones más típicas y más antiguas para las familias monoparentales. En Alemania, la abolición de la pensión de viudedad ha sido varias veces objeto del debate político. Se remite al país vecino Dinamarca y a Suecia donde la pensión de viudedad ya no existe desde hace unos años. Las últimas reformas han agravado los requisitos para tener derecho a la prestación y han reducido el porcentaje de 60 por ciento de la pensión del fallecido a 55 por ciento. Además, se ha ampliado la lista de ingresos del beneficiario que se toman en cuenta. Por compensación, se pagan un complemento a la pensión de viudedad si el viudo o la viuda cuida a un hijo menor. Esta medida favorece a las familias monoparentales. Hay propuestas de reducir aún más el porcentaje fijo de la pensión de viudedad y aumentar el porcentaje variable para el cuidado del hijo lo que beneficiaría adultos solteros con hijos. También sería una medida favorable para familias monoparentales de aumentar la pensión de orfandad que actualmente supone 10 por ciento o 20 por ciento respectivamente en el caso de dos padres fallecidos.

Las pensiones de viudedad son vinculadas a un matrimonio formal preexistente. La mera convivencia no abre en ningún caso el derecho a la prestación, ni siquiera cuando los padres hubiesen convivido mucho tiempo y tuviesen un hijo común. Como en estos tiempos muchas parejas no se casan formalmente muchas familias monoparentales no disfrutan de una pensión de sobrevivencia.

f) La pensión de cuidado del hijo (Erziehungsrente)

Esta prestación existe desde el año 1977 y se aplica meramente a familias monoparentales. Es el equivalente a la pensión de supervivencia para parejas divorciadas. En el año 1977, el legislador reformó la ley de divorcio. En este contexto cambió las prestaciones de la seguridad social para los divorciados. En la legislación anterior había existido una pensión de viudedad para las viudas divorciadas como todavía es el caso en otros países (por ejemplo en Austria). Un

requisito adicional había sido que el ex-marido pagase alimentos. Cuando eso no fue así la viuda no recibía nada. En caso de nuevo matrimonio perdía sus derechos.

Con la reforma se instauró la división de derechos a la pensión de jubilación adquiridos durante el matrimonio (Versorgungsausgleich). Se suman los derechos adquiridos de ambos cónyuges en el sistema de la seguridad social. Entonces se dividen la suma por dos. El cónyuge con los derechos más altos tiene que transferir la diferencia sobresaliente a la cuenta del otro cónyuge. Con este proceso el beneficiario adquiere derechos propios en el sistema de la seguridad social. Sus derechos se aumentan y el importe de la pensión de jubilación sube mientras que el monto de la pensión del otro cónyuge bajará. El procedimiento es muy parecido a la división de una cuenta bancaria.

En cambio, el cónyuge beneficiado perderá todos los derechos a una pensión de viudedad. Sin embargo, si el ex-cónyuge fallece no queda nadie a pagar los alimentos. En este caso, la prestación de la pensión de cuidado del hijo sustituye el pago de alimentos. A diferencia de la pensión de viudedad no se toma en cuenta la base reguladora correspondiente al fallecido sino la que corresponde al cónyuge sobreviviente. El porcentaje de la pensión de cuidado del hijo equivale a una pensión de invalidez y será pagado hasta la mayoría de edad del hijo. Se aplican las mismas reglas para deducir ingresos del beneficiario como en la pensión de viudedad.

g) La prestación de desempleo (Arbeitslosengeld)

El porcentaje de la prestación contributiva de desempleo varía según las cargas familiares. Un parado sin cargas familiares recibe 60 por ciento de su salario neto anterior para un año como máximo. Un parado con hijos a cargo tiene derecho a un porcentaje de 67 por ciento. No importa si es casado o vive en una familia monoparental. Tampoco importa el número de hijos, hecho desfavorable para familias numerosas.

h) El subsidio de desempleo (Grundsicherung für Arbeitsuchende)

Las reformas del año 2005 recortaron drásticamente el período de pago de la prestación contributiva. Después de un año la prestación se agota y comienza el pago de un subsidio no contributivo. El importe fijo alcanza 364 euros. Para los hijos a cargo se pagan un suplemento (Sozialgeld). Este suplemento oscila entre 60 por ciento para los hijos hasta los 14 años y 80 por ciento para los hijos hasta 15 años. Para las familias monoparentales está previsto un suplemento adicional (Mehrbedarf) del 36 por ciento para un hijo menor de 7 años o para dos o tres hijos menores de 16 años. Con cuatro o cinco hijos se aplica un porcentaje de 12 por ciento hasta un máximo de 60 por ciento. Las mismas reglas se aplican en el sistema de asistencia social.

Actualmente, hay un debate sobre la protección social de los hijos en el ámbito del subsidio de desempleo. En febrero 2010 el Tribunal Constitucional de la República Federal declaró como inconstitucional la manera de fijar las prestaciones para los hijos. A pesar de que el Tribunal Constitucional ha dado al legislador un plazo hasta finales del año 2010 los políticos todavía no han logrado un acuerdo sobre el asunto y la ley de reforma no pudo entrar en vigor. Lo único que es seguro es el pago de prestaciones adicionales a los hijos para actividades de formación (por ejemplo, aprender un instrumento) o deportivos.

i) Prestación para el cuidado del hijo en caso de enfermedad (Krankengeld)

La enfermedad de un hijo puede crear problemas de organización para los padres. La mayoría de las enfermedades infantiles no requiere una estancia en un hospital sino un cuidado en casa. En 1974 entró en vigor una disposición que permite a los padres quedar en casa cobrando un subsidio (Krankengeld) que alcanza el 70 por ciento del salario bruto. Un requisito es que no haya otra persona en el hogar que pueda cuidar del hijo. Además, el hijo debe tener una edad inferior a los 12 años. Por cada año natural y por cada hijo está permitida una excedencia de 10 días, para familias monoparentales de 20 días. En total un padre tiene derecho a una excedencia pagada de 25 días por año natural, en familias monoparentales de 50 días como máximo.

j) Ayuda para el cuidado del hijo en caso de enfermedad del padre (Haushaltshilfe)

Padres hospitalizados o con una enfermedad grave tienen el derecho a una ayuda para mantener el hogar. Son requisitos que no haya otra persona disponible y que el hijo sea menor de 12 años o discapacitado.

k) Subsidio de vivienda (Wohngeld)

En el año 2007 unas 167.000 personas en familias monoparentales cobraron el subsidio de vivienda. La prestación depende de los ingresos brutos de los que se deducen algunos importes exentos. Para las familias monoparentales hay un importe exento adicional de 600 euros por cada hijo si el adulto trabaja o está en formación profesional.

l) Ayuda económica para el cuidado del hijo en caso de formación profesional

Desde setiembre de 2008 los padres solteros de una familia monoparental pueden obtener una ayuda económica de 113 euros durante una formación profesional en cursos de perfeccionamiento. Esta ayuda mejora el acceso a una formación adicional y podría ser útil para encontrar un nuevo puesto de trabajo.

m) Ayudas económicas para el cuidado del hijo en caso de aprendizaje o estudio

Las personas que han comenzado una formación y conviven con un hijo menor de diez años pueden reclamar una prestación adicional de 113 euros por el primer hijo y de 85 euros por cada hijo adicional.

Fuera de eso, se asumen los gastos mensuales para una guardería por cada hijo que necesita cuidado hasta un importe de 130 euros.

n) Ayudas fiscales en el marco del impuesto sobre la renta

Los padres que trabajan pueden deducir de la base imponible  $\frac{2}{3}$  de los gastos para una guardería hasta un límite de 4.000 euros anuales. Esta medida se aplica para hijos desde la fecha del nacimiento hasta 14 años. Sin embargo, la deducción no favorece mucho a las familias monoparentales. La tasa de impuestos sobre la renta es una tasa progresiva, es decir no crece al mismo ritmo y no crece linealmente. Es más alta para los ingresos altos. Como las familias monoparentales en general tienen ingresos más bajos el efecto fiscal de la deducción es menos positivo para ellas.

Más aún, el “splitting” ya mencionado arriba desfavorece a las familias monoparentales. Supongamos que el cónyuge de una pareja gana 50.000 euros. El otro cónyuge no trabaja. Se divide el salario por dos y aplican la tasa más baja de 25.000 €. En una familia monoparental con los mismos ingresos de 50.000 euros se aplican la tasa más alta para 50.000 euros. Por lo tanto, hay un debate político de abolir el “splitting” para los matrimonios e implementar un splitting para familias teniendo en cuenta el número de hijos.<sup>61</sup> Hay modelos en los países vecinos como Austria y Francia.

#### o) Ayudas fiscales a familias monoparentales

Hay una deducción especial del impuesto sobre la renta para familias monoparentales. No se otorga la prestación si vive otra persona adulta en el hogar. Esta otra persona puede ser también un hijo mayor. En este caso el padre pierde la ventaja fiscal.

#### 1. Francia<sup>62</sup>

En Francia, la política de la protección de las familias tiene una tradición larga y ya empezó al fin de la primera guerra mundial. Una oferta amplia de diversas formas subsidiadas de guardería combinada con prestaciones económicas distintas enfocadas hacia familias numerosas permite conciliar el trabajo con la vida familiar. Francia tiene una de las tasas las más elevadas de fertilidad y un alto nivel de participación de la mujer en el mercado de trabajo. A parte de eso la tasa de pobreza de los hijos es la más baja en la Unión Europea.<sup>63</sup> La tasa de

---

<sup>61</sup> BERGS et al., Reformoptionen der Familienbesteuerung; Aufkommens-, Verteilungs- und Arbeitsangebotseffekte; Finanzwissenschaftliche Diskussionsbeiträge Nr. 06-8, Universität Köln 2006

<sup>62</sup> CHARDON, Olivier, Les familles monoparentales, Paris 2008

<sup>63</sup> 17,4 por ciento en Francia, 20,3 por ciento en la Unión Europea, EUROPEAN ALLIANCE FOR FAMILIES; Country profile France, [http://ec.europa.eu/employment\\_social/emplweb/families/index.cfm](http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/families/index.cfm) [última consulta enero de 2011]

transferencias financieras es más alta que el promedio europeo y alcanza el 2,5 por ciento del PIB.

Hay un subsidio de vivienda para las familias que depende de los gastos y alcanza unos 210 euros mensuales. Se pagan 894 euros para el parto de un hijo y la excedencia laboral para la madre con salario íntegro es de 16 semanas (26 semanas a partir de tercer hijo y hasta 34 semanas para partos múltiples).

Desde el año 1994 se han extendido el permiso de paternidad hasta 3 años con un pago mensual hasta 513 euros. La prestación económica por hijo a cargo oscila entre 124 euros para el primero y segundo hijo, 282 euros para los tres hijos. Para hijos adicionales se pagan 159 euros para cada uno. Además, hay un subsidio familiar que depende de los ingresos de la familia.

En el sistema de la seguridad social la madre (y desde 2010 también el padre) disfrute de una bonificación extra de 8 trimestres (2 años) como período de afiliación. Por consecuencia, la pensión de jubilación se aumenta. Además, se pagan un suplemento de 10 por ciento a partir del tercer hijo.

Las deducciones en el impuesto sobre la renta son muy favorables para familias, sobre todo para las familias numerosas. A diferencia de Alemania hay un “splitting” para familias. Con esta medida se reduce el cargo fiscal de las familias y en particular de las familias monoparentales a las que se aplican un factor de 1,5 en el splitting.

Hay una gran diversidad de opciones de guarderías. Se crearon las primeras instituciones en el año 1881, una época en la que otros países ni siquiera pensaban en alguna forma de guardería. A partir de los dos años, los hijos tienen el derecho de acceso a una guardería (école maternelle) que es gratuito. Casi todos los niños a partir de tres años acuden a una guardería. Las guarderías tienen horarios flexibles de las 7 de la mañana hasta las 6 ó 7 de la tarde. Hasta 2012, el gobierno francés quiere invertir 1500 miles de millones y crear unos

200.000 puestos adicionales para satisfacer la demanda en París y en unas regiones rurales. El junio 2010 se promulgó una nueva ley que permite a las guarderías de formar asociaciones para que ofrezcan mejores horarios para los padres. También hay programas de acogimiento en la tarde y durante las vacaciones escolares. Una página web<sup>64</sup> creada en mayo 2009 informa a los padres de todas las ayudas, servicios y novedades disponibles.

Para mejorar la movilidad de las familias se puede obtener una “Tarjeta de familia” de 19 euros que da lugar a reducciones considerables para viajar en los trenes de la SNCF.

Hasta finales del año 2008 había existido una prestación específica para familias monoparentales (allocation de parentisolé – API). Esta prestación fue relativamente generosa y se pagaba hasta el tercer aniversario del hijo. Desde el 1 de enero 2009 la renta de solidaridad activa (Revenue de solidarité activa – RSA)<sup>65</sup> reemplaza la API.<sup>66</sup> Se otorgan la prestación a personas con o sin trabajo. Las mujeres embarazadas o personas con hijos a cargo tienen derecho a esta prestación. Para personas sin hijos es exigida una edad mínima de 25 años.<sup>67</sup> La RSA garantiza un ingreso mínimo mensual que es calculado con la fórmula siguiente:

$$\text{RSA} = (\text{importe a tanto alzado} + 62 \text{ por ciento del salario del hogar}) - (\text{ingresos del hogar} + \text{subsidio de vivienda})$$

El importe a tanto alzado depende de la composición del hogar y el número de hijos.

Importe a tanto alzado

Número de hijos   Soltero   Pareja

---

<sup>64</sup> mon-enfant.fr

<sup>65</sup> Décret n° 2009-404 du 15 avril 2009 relatif au revenu de solidarité active

<sup>66</sup> CAF, REVENU DE SOLIDARITE ACTIVE (Rsa), <http://www.caf.fr/wps/portal/particuliers/catalogue/metropole/api> [última consulta enero de 2011]

<sup>67</sup> Personas menores de 25 años sin hijos pueden reclamar esta prestación si habían trabajado al menos dos años en los últimos tres años.

### Importe a tanto alzado

Número de hijos	Soltero	Pareja
0	466,99 €	700,49 €
1	700,49 €* 840,59 €	
2	840,59 €* 980,69 €	
Por cada hijo más	186,80 €* 186,80 €	

\* El importe puede ser aumentado para familias monoparentales con hijo menor de tres años.

Se toman en cuenta todos los ingresos del hogar y se deducen el subsidio de vivienda con un importe a tanto alzado:

- **56,04 €** para una persona soltera
- **112,08 €** para dos personas
- **138,70 €** para tres personas o más

Ejemplo para una familia monoparental con un hijo de 6 años, un salario de 300 € y una prestación por hijos a cargo de 87,14 euros:

$$Rsa = [701,89 + (300 * 62\%)] - (300 + 87,14 + 112,08)$$

$$Rsa = 388,67 \text{ €}$$

A las personas que sólo cobran el importe a tanto alzado se les paga una paga de navidad.

Los beneficiarios tienen derecho a la integración en el mercado laboral. Tienen la obligación de aceptar un puesto de trabajo ofrecido por la oficina de trabajo. En caso de que el beneficiario rechace dos veces la prestación ésta quedará en

suspension. Los empleadores pueden reclamar subvenciones salariales cuando empleen padres de familias monoparentales.<sup>68</sup>

### 3.2- Reino Unido<sup>69</sup>

Comparado con el resto de Europa el reino Unido tiene gastos muy bajos para prestaciones a las familias en relación con el PIB.<sup>70</sup> El porcentaje de niños en situación de pobreza es elevado.<sup>71</sup> Como respuesta el Reino Unido quiere aumentar la tasa de empleo y reducir la pobreza de los hogares. La ley de cuidados de hijos de 2006 (ChildCareAct 2006) demanda de las autoridades locales en Inglaterra que aseguren los suficientes puestos de guardería. Los Sure Start Children's Centers (Centros Infantiles para un Inicio Seguro) forman parte de esta estrategia. En estos centros se provee servicios para menores de cinco años.

Se ofrecen servicios de apoyo a las familias, tratamiento médico, consejos, servicios de formación y empleo. En el convenio de coalición entre los partidos gobernantes se acordó concentrar estos centros en la intervención temprana en las familias más necesitadas. En Inglaterra a finales de julio de 2010 operaban 3.633 centros. Atendían a más de 2,9 millones hijos menores de 5 años y sus familias. Hay en total 3633, de ellos la mitad (1.88 centros) sólo atienden a un tercera parte de las regiones desfavorecidas.

Se pagan un Sure Start Maternity Grant de £ 500 (600 euros) por hijo a familias con ingresos bajos. Desde abril de 2011 solo se paga para el primer hijo.

---

<sup>68</sup> Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Vereinbarkeit von Familie und Beruf für Alleinerziehende (nota 52) p. 57

<sup>69</sup> 24 por ciento (UE: 20 por ciento), EUROPEAN ALLIANCE FOR FAMILIES; Country profile United Kingdom, [http://ec.europa.eu/employment\\_social/emplweb/families/index.cfm](http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/families/index.cfm) [última consulta enero de 2011]

<sup>70</sup> 1,5% del PIB (UE: 2 por ciento)

<sup>71</sup> UNICEF, Child poverty in perspective, An overview of child well-being in rich countries, UNICEF Report Card 7, 2007, [http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/rc7\\_eng.pdf](http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/rc7_eng.pdf) [última consulta enero de 2011]

Las prestaciones por hijo a cargo oscilan entre £ 20,30 semanales para el hijo primero y £ 13,40 por semana para los demás hijos. Las edades límites son 16 ó 20 (hijo en formación).

Unos seis millones benefician de los suplementos para familias que trabajan (Working Tax Credits) y de los suplementos para los hijos (Child Tax Credit – CTC). La prestación alcanza de promedio £ 4.100 anuales. A partir de abril 2011 se van a reducir las prestaciones para hogares con ingresos superiores a £ 40.000 aumentando al mismo tiempo las prestaciones para los hogares con ingresos bajos. Más cambios están previstos para los años 2012-13.

Desde 1998 existe un programa de inserción en el mercado de trabajo de personas que se benefician del Income Support (Apoyo de Ingresos Bajos). El New Deal for Lone Family Parents – NDLP (Nuevo Acuerdo para Familias Monoparentales)<sup>72</sup> dirigida a las familias monoparentales. La participación en el programa es libre. Los participantes tienen una persona de contacto asignada que elabora soluciones individuales.<sup>73</sup> Hubo dos evaluaciones positivas. Revelaron que beneficiaban más a las personas que habían cobrado prestaciones durante períodos largos.<sup>74</sup> Más de un millón padres de familias monoparentales han participado en el programa. 663.000 de ellos encontraron un trabajo y 58 por ciento encontraron un trabajo fijo. Los presupuestos anuales del programa alcanzan unos £ 40 millones euros.

---

<sup>72</sup> EVANS, Martin et. al., New Deal for Lone Parents: Second Synthesis Report of the National Evaluation, Prepared for Department for Work and Pensions. Interviews and Working Families Tax Credit: A review of impacts, Department for Work and Pensions, London 2003; LESSOF, Carli, New Deal for Lone Parents Evaluation: Findings from the Quantitative Survey, National Centre for Social Research, DWP Research Report WAE147, 2003

<sup>73</sup> DINGELDEY, Irene, Wohlfahrtsstaatlicher Wandel zwischen Arbeitszwang und Befähigung: Eine vergleichende Analyse aktivierender Arbeitsmarktpolitik in Deutschland, Dänemark und Großbritannien, in: Berliner Journal für Soziologie 2007, 17 (2), p. 189-209.

<sup>74</sup> DALTON, Peter et al., The econometric evaluation of the New Deal for Lone Parents, Department for Work and Pensions, Research Report No. 356, London 2006; CEBULLA, Andrea et al., The new Deal for Lone Parents, Lone Parent Work focused, 2008

Con nuevas medidas se trata de animar a los padres de familias monoparentales para buscar empleo. Desde noviembre de 2008 la prestación del Income Support fue limitada a las familias monoparentales con hijos menores de 12 años. En octubre de 2009 la edad fue limitada a 10 años y en octubre de 2010 a 7 años.

A partir de abril 2011 se van a implementar un nuevo permiso de excedencia para los padres. El padre tiene derecho a una excedencia adicional si la madre ha retornado al trabajo. La excedencia es pagada si el padre la toma antes de hubiera agotado el período pagado de 39 semanas para la madre. Así está permitido desmembrar el período de excedencia pagada.

El permiso de maternidad es muy generoso y dura 52 semanas independientemente de las horas trabajadas anteriormente. Se paga el 90 por ciento del salario durante 6 semanas, en las 33 semanas siguientes el importe inferior entre el 90 por ciento del salario y un importe a tanto alzado de £ 124,88. Los padres tienen derecho a un permiso de paternidad pagado de dos semanas y a un permiso de paternidad no pagado de 13 semanas hasta que el hijo alcance 5 años.

### **3.3.- Irlanda<sup>75</sup>**

Las prestaciones económicas por hijos exceden del promedio de la Unión Europea.<sup>76</sup> No obstante, la pobreza es más elevada. En particular, en familias monoparentales el riesgo de empobrecer es enorme (36,4 por ciento en 2008).

Según un informe de la OECD, Irlanda tiene costes altos destinados para guardería. La caída pronunciada de prestaciones para la mujer soltera cuando se incorpore al trabajo no es un incentivo para ellas. La OECD recomendó al gobierno irlandés manejar el problema.<sup>77</sup> Desde 2005, Irlanda tiene un Ministerio

---

<sup>75</sup> EUROPEAN ALLIANCE FOR FAMILIES; Country profile Ireland, [http://ec.europa.eu/employment\\_social/emplweb/families/index.cfm](http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/families/index.cfm) [última consulta enero de 2011]

<sup>76</sup> 2,6 por ciento del PIB (UE: 2,0 por ciento)

<sup>77</sup> OECD, Economic Survey of Ireland 2006, publicado el 2 de marzo 2006, chapter 6, [http://www.oecd.org/document/48/0,3343,en\\_2649\\_34569\\_36157872\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/48/0,3343,en_2649_34569_36157872_1_1_1_1,00.html) [última consulta enero de 2011]

para Hijos y estadesarrollando un [NationalAction Plan for Social Inclusion 2007-2016 \(Plan Nacional de Acción para Inclusión Social 2007-2016\)](#).

[La prestación por hijos a cargo alcanza 150 euros por los dos primeros hijos y aumenta por cada hijo adicional o en caso de partos múltiples.](#)

Irlanda es uno de los pocos países que mantiene una prestación denominada específicamente “prestación para familias monoparentales”. La One Parent Family Payment – OFP (Pago para Familias con Un Padre) está previsto para hombres y mujeres que cuiden sólo a los hijos. En caso de divorcio o separación el progenitor tiene que reclamar alimentos al otro padre sin éxito. El hijo debe ser un menor de 18 años o tener entre 18 y 22 años y estar en formación o estudio.

El límite de ingresos es fijado a 425 euros o menos. El solicitante tiene que comprobar recursos insuficientes y no debe convivir con otro cónyuge. En caso de encarcelamiento la pena del otro cónyuge tiene que exceder seis meses. Se deducen de los ingresos los gastos para la vivienda con 95,23 euros semanales. Si el solicitante trabaja recibe un estímulo fiscal en el impuesto sobre la renta.

Los importes para el año 2011 son los siguientes:

<b>One-ParentFamilyPayment</b>	<b>Importe semanal (máximo)</b>
Tasa personal (menos de 66 años)	€188
Hijo dependiente	€29,80

Para calcular los ingresos está exento el salario 146,50 euros. El solicitante tiene derecho a la prestación en su totalidad. Del salario entre 146,50 euros y 425 euros semanales se toman en cuenta la mitad y se otorga una prestación reducida.

Ambos padres tienen derecho a una excedencia no pagada de 14 semanas a disfrutar hasta el 8º aniversario del hijo.

En enero 2010, un año gratuito en guarderías para niños entre tres años y tres meses y cuatro años y seis meses ([Early Childhood Care and Education](#) - ECCE) fue aprobado. De enero a agosto de 2010 unos 53.000 hijos (83 por cientos de los niños con derecho) participaron en el programa.

## 2. Países Bajos<sup>78</sup>

Según UNICEF<sup>79</sup>, en los Países Bajos (y Suecia) los hijos son los más felices del mundo y la tasa de fertilidad (1,77 hijo por mujer) excede el promedio de la Unión Europea. Los gastos para prestaciones familiares son relativamente bajos pero hay una gran flexibilidad en el horario de trabajo y conceden excedencias generosas. El pago de las excedencias es reglado en convenios colectivos más no todos de ellos prevean una prestación. El 52 por ciento de los hombres solicitan la excedencia paterna. El 77,9 por ciento de todas las madres con hijos menores de seis años trabaja y la tasa de empleo femenino sólo es superior en Dinamarca. El estado ha hecho muchos esfuerzos por garantizar la conciliación del trabajo con la vida familiar. Entre otras medidas, la Ley de Cuidado de Hijos de 2005 permite horarios más flexibles de las guarderías y ofrece ayudas para los gastos.

Las prestaciones por hijo a cargo oscilan entre 63,40 euros para hijos menores de seis años y 90,57 euros para jóvenes entre 12 y 17 años.

Desde 2009, una disposición interesante es la implantación obligatoria de un plan de educación en procesos de divorcio. Las parejas tienen que fijar como manejar la educación y el cuidado del hijo después del divorcio.

---

<sup>78</sup> EUROPEAN ALLIANCE FOR FAMILIES; Country profile Netherland, [http://ec.europa.eu/employment\\_social/emplweb/families/index.cfm](http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/families/index.cfm) [última consulta enero de 2011]

<sup>79</sup> UNICEF, Child poverty in perspective, An overview of child well-being in rich countries, UNICEF Report Card 7, 2007, [http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/rc7\\_eng.pdf](http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/rc7_eng.pdf) [última consulta enero de 2011]

### 3.4.- Dinamarca<sup>80</sup>

Los elementos principales de la política danesa para apoyar a las familias es una mezcla de horarios flexibles de trabajo, guarderías suficientes en todas las regiones, una excedencia laboral extendida y prestaciones individuales generosas. Estas condiciones favorables se expresa en una igualdad de sexos en el mercado de trabajo. Dinamarca tiene la tasa más alta de participación de mujeres en el mercado de trabajo (el 74,3 por ciento que es sólo el 5 por ciento menos que los hombres). Por otro lado, la tasa de fertilidad que estaba en 1,89 por mujer en el año 2008 excede el promedio europeo.

Ambos sexos trabajan menos horas por semana que empleados en otros países.<sup>81</sup> Por eso, la diferencia entre el trabajo de los hombres y las mujeres no es tan significativo como en otros estados miembros. La tasa de participación de mujeres con hijos menores de seis años en el mercado laboral alcanza el 77 por ciento, poco menos que tiene el líder Suecia. Hombres y mujeres se benefician de formas de trabajo flexible. En el año 2009 un 37,1 por ciento de las mujeres y un 14,3 por ciento de los hombres trabajaban tiempo parcial.<sup>82</sup> La diferencia de los salarios entre los sexos equivale a un 17 por ciento, el promedio europeo. Desde el año 2002 la ley prohíbe el despido en el caso de que el trabajador reclame trabajo a tiempo parcial.

Las reglas para la excedencia laboral son muy favorables. Los padres pueden solicitar una excedencia de un año y algunos de ellos tienen según los convenios colectivos un derecho a una remuneración del cien por ciento durante todo el tiempo. Casi todos los padres utilizan su derecho a un permiso paternal de dos semanas después del parto.

---

<sup>80</sup> EUROPEAN ALLIANCE FOR FAMILIES; Country profile Denmark, [http://ec.europa.eu/employment\\_social/emplweb/families/index.cfm](http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/families/index.cfm) [última consulta enero de 2011]

<sup>81</sup> 32,1 y 37,9 horas respectivamente (UE: 37,5 y 44,1 horas)

<sup>82</sup> UE: 31,5 por ciento y 8,3 por ciento

En el año 2008 unos 73 por ciento de los hijos menores de tres años y 96 por ciento de los hijos entre tres y seis años acudieron a una guardería, la mayoría de ellos (65 por ciento y 83 por ciento) 30 horas por semana. Estas cifras superan por mucho los objetivos de Barcelona y el promedio europeo de 28 por ciento y 83 por ciento, respectivamente.

Además, en 2007 los gastos para familias alcanzaron 13,7 por ciento del PIB danés, más que en cualquier otro estado miembro. Una gran parte (3,6 por ciento del PIB) se destina a prestaciones sin examinar los recursos del solicitante.

La prestación por hijo a cargo oscila entre 1.408 DKK (189 euros) mensuales para hijos menores de dos años y 880 DKK (118 euros) para hijos entre siete y diecisiete años. En caso de partos múltiples se pagan una prestación trimestral adicional de 2.006 DKK (269 euros) hasta el 7º aniversario del hijo. También hay una prestación única de 46.214 DKK (6.203 euros) en unas formas de adopción.

En 2008, el porcentaje de 9,1 por ciento de hijos en pobreza era la más baja de la Unión Europea y Dinamarca estaba según UNICEF entre los tres primeros países con el máximo bienestar de los hijos.

La mejor reconciliación de vida laboral y vida familiar esta continuando en la agenda del gobierno. En 2005, fue creada una comisión para vida familiar y laboral. Unas de las propuestas ya se transformaron en leyes, entre otros la promoción de abuelos voluntarios y la introducción de un “Premio de Balance” para empleadores que dan buen camino a la reconciliación de vida laboral y familiar.

#### **4.- Conclusiones**

Los ejemplos de los países descritos demuestran que en todos los países hay una variedad de prestaciones y medidas en las políticas de protección de hijos. Sin embargo, hay pocas medidas específicas para familias monoparentales. Prestaciones específicas son las pensiones de supervivencia que no obstante no se considere como típico en el pensamiento común. Otra medida particular para familias monoparentales es adelantar el pago de alimentos. Existen disposiciones

similares en algunos países. Vistos los períodos limitados y las restricciones en los importes pagados se revela a ser una medida muy débil.

La mayoría de las políticas no distingue entre familias biparentales y familias monoparentales. Quieren promover todas las familias, tal vez excepcionalmente con unas preferencias para las necesidades específicas de familias monoparentales. La comparación revela que no son los países con muchas prestaciones económicas que alcanzan los primeros rangos en la estadística del bienestar de los hijos sino aquellos países que ofrecen mejores posibilidades de conciliar las demandas del mercado laboral con la vida de la familia.<sup>83</sup> Esta política se corresponde con la observación de que en muchos casos no es tanto la situación financiera que afecta la familia monoparental sino la falta de posibilidades de escapar de esta situación. Más y mejores guarderías y más puestos cualificados para las cabezas de las familias monoparentales sobre todo para las mujeres<sup>84</sup> y un salario igual<sup>85</sup> parecen ser buenas políticas para la protección de las familias monoparentales como demuestran los ejemplos de los países nórdicos.

## ***V. LA PROTECCIÓN ECONÓMICA DE LA CRISIS MATRIMONIAL. MEDIDAS LEGISLATIVAS EN CATALUÑA Y EN ESPAÑA<sup>86</sup>***

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la familia monoparental derivada de la crisis matrimonial, concretamente, de las consecuencias económicas de la

---

<sup>83</sup> PLANTEGA, Janneke / REMERY, Chantal, Flexible working time arrangements and gender equality - A comparative review of 30 European countries, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010

<sup>84</sup> CORSI, Marcella / LODOVICI, Manuela Samek in collaboration with: Angela Cipollone, Carlo D'Ippoliti, Silvia Sansonetti, Gender mainstreaming active inclusion policies - Final synthesis report, EGGSI coordinating team, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010; KULL, Silke / RIEDMÜLLER, Barbara, Auf dem Weg zu einer Arbeitsmarktbürgerin? Neue Konzepte der Arbeitsmarktpolitik am Beispiel alleinerziehender Frauen, Nerlin: edition stigma 2007

<sup>85</sup> FOUBERT, Petra Foubert, The Gender Pay Gap in Europe, from a Legal Perspective, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010

<sup>86</sup> Dra. Mónica Navarro Michel. Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona

crisis matrimonial y las medidas adoptadas por el ordenamiento jurídico español y el catalán para minimizar el impacto negativo que el incumplimiento del pago de ciertas pensiones conlleva para los hijos y/o el cónyuge o excónyuge acreedor. La primera parte de este estudio presenta las consecuencias económicas de la crisis matrimonial; la segunda se centra en los fondos de garantía de pago de alimentos, recientemente creados en España y Cataluña, y su funcionamiento, señalando las similitudes o diferencias entre ambos. La tercera parte del trabajo trata de las respuestas que otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno han dado al problema del incumplimiento de pago de pensiones. Algunos han previsto fondos de garantía del pago de alimentos, y resulta oportuna la comparación con los nuestros, para ver si algunas de las medidas extranjeras resultan más eficientes (o no); otros han previsto sistemas de gestión del cobro que han de facilitar el pago de las pensiones, y aún otros se centran en sanciones. Finalmente, como no podía ser de otra manera, se presentan algunas conclusiones, a modo de resumen.

Este estudio se centra en el Derecho español y el catalán, sin perjuicio de las oportunas referencias a otras legislaciones autonómicas. En Cataluña, las referencias se harán, en materia de Derecho de la persona y la familia, al Libro II del Código civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio, porque a pesar de que en el momento de escribir estas líneas aún no es derecho aplicable, su próxima entrada en vigor (el 1 de enero de 2011) aconseja hacer referencia ya a esta nueva legislación.

## **1. La protección económica de la crisis matrimonial**

### **1.1.- Introducción.**

#### ***1.1.1.- La familia monoparental derivada de la crisis matrimonial.***

La familia monoparental ha existido siempre, tradicionalmente vinculada a una situación no deseada: la mujer (generalmente adolescente) que quedaba embarazada, el progenitor viudo que quedaba al cuidado de los hijos. En los

últimos años los supuestos de monoparentalidad han aumentado considerablemente, y cabría distinguir entre monoparentalidad de origen o sobrevenida. En el primer caso cabe incluir aquellos supuestos en que una persona inicia un proyecto parental en solitario, sea acudiendo a la adopción<sup>87</sup>, sea a las técnicas de reproducción asistida<sup>88</sup>; en el segundo, a aquellas situaciones en que la monoparentalidad es el fracaso de una parentalidad conjunta, tras la crisis matrimonial o, en caso de parejas de hecho, tras la ruptura de la convivencia. La pareja de hecho, si se rompe, también dará lugar a una situación de monoparentalidad, cuando sólo uno de los progenitores se haga cargo, de hecho, de los hijos, por lo que muchas de las cosas que aquí se digan sobre la crisis matrimonial se aplicarán también a las parejas de hecho.

En todo caso, y sea cual sea el supuesto que tratemos, la familia monoparental se caracteriza por ciertos elementos, que son: la responsabilidad unipersonal de un progenitor, la dependencia de los hijos, y el mayor riesgo de pobreza o exclusión social. Cabe detenerse en alguna de estas características:

a) Responsabilidad unipersonal.

Lo que caracteriza la familia monoparental es precisamente que sólo uno de los progenitores se hace cargo de los hijos, mientras que el otro se desentiende de ellos. A diferencia de otros supuestos de monoparentalidad, en que sólo existe un progenitor (sea desde el inicio, sea sobrevenidamente por muerte) en los casos de la crisis matrimonial o separación de la pareja de hecho, existen dos progenitores, pero el incumplimiento por parte de uno de ellos de las obligaciones propias

---

<sup>87</sup> Art. 175.4 CC. No deja de ser curioso que la redacción del precepto parte de la adopción en solitario como regla, no como excepción: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges”.

<sup>88</sup> La Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida permite la maternidad en solitario en el artículo 6.1: “Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley”. Ya era así en la primera Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

genera el supuesto de monoparentalidad, pues la responsabilidad recae sólo sobre uno de ellos<sup>89</sup>.

Tras la crisis matrimonial, cuando sólo un progenitor asume las obligaciones respecto de los hijos, estamos ante supuestos de monoparentalidad de hecho, pero biparentalidad de derecho. Jurídicamente existen dos progenitores; en la práctica, sólo uno de ellos cumple sus obligaciones con respecto de los hijos. Son supuestos respecto a los que no podemos hablar de *single parent*, sino de *lone parent*.

Como es sabido, tradicionalmente, tras la crisis matrimonial, la guarda y custodia de los menores se atribuye a uno de los progenitores, y el otro tendrá un derecho llamado tradicionalmente “de visitas”. Las obligaciones de los padres respecto a sus hijos no varían en función de los vínculos entre los progenitores. Como dice el artículo 92 CC, “la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.

Procede analizar como el supuesto de la custodia compartida influye o puede influir en la situación de monoparentalidad. Como es sabido, el artículo 92.5 CC hace referencia a la posibilidad de atribuir el ejercicio compartido de la guarda y custodia. Más que compartida, lo que ocurre en estos casos es que los períodos de tiempo con los que el menor está con cada progenitor son alternativos, sea por semanas o por meses. Algunas comunidades autónomas han optado por considerar la custodia compartida una medida de carácter preferente<sup>90</sup>, con la idea de que la crisis matrimonial no ha de influir en la relación de los padres con sus hijos y que éste es el sistema que mejor atiende al interés del menor.

---

<sup>89</sup> En realidad, también caben supuestos de monoparentalidad de hecho dentro del contexto matrimonial, como cuando uno de los progenitores no puede hacerse cargo de los hijos menores por estar hospitalizado durante largo tiempo, o preso, supuestos éstos que no serán analizados aquí.

<sup>90</sup> Cataluña (artículo 233-8.1 CCCat) y Aragón (Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres).

Con independencia de la consideración que nos merezca la custodia compartida, procede aquí ver qué incidencia tendrá en la consideración de monoparentalidad. ¿Elimina esta situación la monoparentalidad? ¿O se producen dos situaciones de monoparentalidad? Para Vela Sánchez<sup>91</sup>, la custodia compartida dará lugar a la existencia de familias monoparentales “binucleares” o “bifocales”, cada una de las cuales debería poder acceder a los servicios y ejercitar los derechos correspondientes a este tipo familiar. No estoy tan segura. La custodia compartida es una situación de monoparentalidad a tiempo parcial, pero en principio, si ninguno de los progenitores incumple sus obligaciones y cada progenitor respeta los tiempos asignados, tal vez sería razonable que las posibles ayudas a las familias monoparentales se deban repartir entre estas dos “familias”.

b) Dependencia de los hijos.

¿En qué momento se produce la independencia de los hijos? ¿Con la mayoría de edad, (momento en que adquiere la plena capacidad de obrar) o con la independencia económica y real? Si aquel criterio (jurídico) no es suficiente, por poco realista, cabe preguntarse cuándo se produce esa emancipación efectiva, y si hay que tener en cuenta las posibilidades objetivas de cada hijo en concreto (en función de las circunstancias de cada caso), o si es preferible sentar un criterio objetivo (en función de la edad del hijo).

Si miramos la normativa específica en otros ámbitos, vemos que los criterios que se manejan son variados. Así, en la normativa de prestaciones de la Seguridad Social, se reconoce el derecho a cobrar la pensión de orfandad para los menores hasta los 18 años, edad que se eleva hasta los 22 años si el hijo no realiza un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o incluso 24 años si la orfandad es absoluta<sup>92</sup>; la prestación por desempleo tiene en cuenta los hijos a cargo hasta los 26 años. El Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, sobre renta básica de

---

<sup>91</sup> Vela Sánchez, *Las familias monoparentales: su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial: hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Comares, Granada, 2006, p. 12.

<sup>92</sup> Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social, artículo 175.

emancipación de los jóvenes, en su Exposición de motivos reconoce que el acceso a una vivienda de alquiler para jóvenes sólo puede solicitarse a partir de los 22 años y únicamente hasta los 30 años, edad en la que, en realidad, se emancipa la media de los españoles<sup>93</sup>.

Desde el punto de vista del Derecho civil, los progenitores están obligados a pagar una pensión alimenticia para sus hijos que no se extingue con la mayoría de edad, sino que se prolonga hasta que se tenga la posibilidad real, eficaz y concreta de ejercer una profesión, oficio o industria<sup>94</sup>. Las sentencias que establecen una pensión alimenticia para los hijos mayores en un proceso de crisis matrimonial fijan a veces una edad, que oscila entre los 23 y los 28 años, o bien conceden un tiempo determinada para cursar estudios, para acabarlos, o para buscar y encontrar trabajo.

El artículo 142 CC señala que los alimentos comprenden la educación e instrucción del alimentista “mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”. En Cataluña, el artículo 237-1 CCCat dispone que los alimentos incluye los gastos de formación si el alimentista es menor de edad, y “la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular”. Vela Sánchez<sup>95</sup> propone los 26 años como límite de edad de dependencia económica, siempre que se justifique carencia de recursos económicos para independizarse<sup>96</sup>.

c) Mayor riesgo de pobreza y exclusión social.

---

<sup>93</sup> Las mujeres a los 28 años, los hombres a los 30, especifica la Exposición de motivos.

<sup>94</sup> No exento de críticas. Rams Albesa, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV. Familia, de Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echevarría, Rivero Hernández y Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2008, p. 101, apunta que la jurisprudencia “tiende a una expansión temporal de este deber [de alimentos] ciertamente preocupante”.

<sup>95</sup> Vela Sánchez, *Las familias monoparentales*, p. 17.

<sup>96</sup> Vela Sánchez, *Las familias monoparentales*, p. 17, especifica que se entiende insuficiencia de recursos cuando los ingresos que obtiene cada hijo en el cómputo anual sean inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional.

Múltiples estudios demuestran que la mujer, cuando se separa o divorcia, generalmente pasa a una situación económica peor y esto desemboca en una situación de riesgo de pobreza y/o de exclusión social. Estos dos conceptos, aunque parecidos, no son idénticos y conviene distinguir. La pobreza es una situación que tiene en cuenta puramente datos económicos, carestía de medios. La exclusión social es algo más, y supone dificultad de acceso a los servicios públicos, desconocimiento de la posibilidad de acceder a ayudas y complementos económicos, lo cual supone una merma o privación de oportunidades no sólo económicas, sino sociales. En este apartado poco tengo que añadir, y me remito a los estudios sociológicos que existen sobre esta materia<sup>97</sup>.

### ***1.1.2. El encaje de la familia monoparental en la Constitución española.***

La Constitución menciona a la familia en el artículo 39, al decir que “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. En el inciso tercero obliga a prestar asistencia a los hijos “habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. La protección que se asegura a la familia es un principio cuyo reconocimiento y respeto, según el artículo 53.3 CE “informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Supone un programa para el legislador, cuya infracción no puede ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pues el artículo 39 CE no está en la sección primera del capítulo segundo, dedicado a los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Una de las primeras cuestiones que tradicionalmente ha suscitado este precepto es averiguar a qué familia se refiere el precepto constitucional. Y aunque se ha mantenido que el artículo 39.1 CE contempla a la familia matrimonial, no es ésta la única que recibe protección constitucional. La Constitución española no menciona expresamente a la familia monoparental, pero la referencia del artículo 39 y la

---

<sup>97</sup> Estudios sociológicos.

garantía a la protección de las madres “cualquiera que sea su estado civil” reconoce la realidad de la familia monoparental. Conforme al artículo 39.2 CE los hijos son iguales ante la ley, procedan o no de parejas casadas, se conozca o no al padre, etc., igualdad que también deriva del artículo 14 CE que prohíbe la discriminación por razón de nacimiento.

El grado de protección de las familias puede ser distinto, como lo es su estatuto legal, con el solo límite de la equiparación entre los hijos, cuya condición matrimonial o no matrimonial no podría ser determinante de un nivel distinto de protección. Como dice Rams Albesa<sup>98</sup>, “la trascendencia del artículo 39.1 CE no consiste en equiparar los distintos tipos de familia, sino en admitir que grupos no matrimoniales pueden ser dignos de una protección adecuada a su naturaleza y objeto de regulación jurídica específica.”

Para adecuar la legislación civil al mandato constitucional, se promulgó la Ley de 13 de mayo de 1981, que modificó el articulado del Código civil en lo relativo a la filiación (principio de igualdad de los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio), la patria potestad (actuación conjunta de los padres, y siempre en interés de los hijos, superando así viejos moldes autoritarios) y el régimen económico del matrimonio (coparticipación de los cónyuges e independencia patrimonial).

La familia monoparental ha existido siempre (madres solteras, viudas) aunque el concepto incluye ahora realidades que antes no se consideraban como tales, bien por la necesidad de protección (madres separadas o divorciadas), o bien por la imposibilidad de ciertos supuestos hace unas décadas (mujeres que acceden en solitario a las técnicas de reproducción asistida).

En Cataluña, encontramos varios preceptos dedicados a la protección de la familia en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. En el capítulo I del Título I,

---

<sup>98</sup> Rams Albesa, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV. Familia, de Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echevarría, Rivero Hernández y Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2008, p. 12.

donde se encuentran los derechos y deberes del ámbito civil y social, el artículo 16 menciona los derechos en el ámbito de las familias: “Todas las personas tienen derecho, de acuerdo con los requisitos establecidos por la ley, a recibir prestaciones sociales y ayudas públicas para atender las cargas familiares”. En el capítulo V, que sienta los principios rectores, el artículo 40 señala la protección de las personas y de las familias. En el segundo apartado del artículo 40 establece que “los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las distintas modalidades de familia previstas en las leyes, como estructura básica y factor de cohesión social y como primer núcleo de convivencia de las personas”. En especial, se menciona la protección de los niños contra toda forma de explotación, “y de la pobreza y sus efectos” (artículo 40.3 EAC 2006).

El CCCat sí contempla expresamente y sin ambages la realidad heterogénea del hecho familiar. En el artículo 231-1.1 dispone que “la familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes”. Por tanto, recoge tres realidades sociales igualmente válidas y que el Derecho debe tener en cuenta: la familia matrimonial, la derivada de la pareja de hecho y la familia monoparental.

Cataluña fue la primera comunidad autónoma en dotar de regulación jurídica a las parejas de hecho, aunque sin equipararlas a la familia matrimonial. Es significativo recordar, a estos efectos, que la aprobación del Código de Familia<sup>99</sup> y la Ley de Unión Estables de Parejas<sup>100</sup> tuvo lugar en dos leyes consecutivas, para evitar dar entrada a las parejas de hecho en el código que regulaba la familia. Ahora el CCCat las regula en un capítulo a continuación de la realidad matrimonial, en el mismo cuerpo legislativo, poniendo fin así al tratamiento separado dado anteriormente<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> Aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia.

<sup>100</sup> Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja.

<sup>101</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

El segundo párrafo del artículo 231.1 CCCat hace una referencia a las familias reconstituidas, al decir que “Se reconocen como miembros de la familia, con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas.”

Podemos deducir, por tanto, que el legislador catalán ha sido más sensible a la pluralidad de realidades familiares que existen. Ahora bien, dicho esto, que es innegable, el CCCat regula la familia matrimonial, la no matrimonial e incluso contiene algunas disposiciones dedicadas a la familia recompuesta o reconstituida, pero no contiene una regulación específica para la familia monoparental. Por tanto, la legislación civil contempla expresamente la familia monoparental como una forma de familia, pero sin definirla ni dedicarle una regulación específica.

## **1.2.- Medidas económicas derivadas de la crisis matrimonial.**

Todo proceso de separación judicial, nulidad o divorcio termina con unas medidas, sean personales, sean económicas, para regular las consecuencias de la crisis matrimonial. En este trabajo me centraré particularmente en las económicas, aunque no es posible excluir toda mención a las estrictamente personales, pues éstas influyen en aquellas. He de advertir que no voy a tratar de todas las medidas económicas, sino sólo de aquellas que conllevan el pago de ciertas pensiones o prestaciones económicas. Ello excluye incluir la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar<sup>102</sup>, pues aunque es evidente que tiene un contenido patrimonial, y que influye en la determinación y cuantificación de las pensiones que correspondan, pero no será objeto de análisis individualizado. Teniendo en cuenta estas puntualizaciones, las medidas a adoptar son fundamentalmente, las siguientes:

---

<sup>102</sup> Según criterios establecidos en el artículo 96 CC o, en Cataluña, en el artículo 233-20 CCCat.

### ***2.1. La extinción del régimen económico matrimonial. En particular, la compensación económica por razón del trabajo en el régimen de separación de bienes.***

Tras la extinción del régimen económico matrimonial (por separación, divorcio o fallecimiento de uno de los cónyuges, o modificación del régimen económico matrimonial), procede la liquidación del mismo. Esta liquidación (que no supone división o partición de bienes, pues no se disuelve una comunidad de bienes) implica proceder a reintegros y reembolsos de aquellas cantidades que uno debe al otro por contribuciones no pagadas a las cargas del matrimonio y que fueran suplidas por el otro, gastos de uno abonados por el otro, etc. Según el artículo 1438 CC el levantamiento de las cargas familiares se hará según convenio, y a falta del mismo se hará “proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos”. En Cataluña, el artículo 231-6 CCCcat dispone igualmente que la contribución a los gastos familiares se hará en la forma pactada, pero a falta de pacto, será “en proporción a sus ingresos y, si éstos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios”. Para ambos cuerpos legislativos, la aportación al trabajo doméstico es una forma de contribución a los gastos familiares. No es este el lugar para presentar los diversos regímenes y sus reglas de liquidación, pues aquí interesa únicamente la compensación económica por razón del trabajo en el régimen de separación de bienes.

Una de las reglas que permite “suavizar” la estricta separación de bienes es la compensación por razón del trabajo. En el CC, existe una referencia escueta en el artículo 1438, “el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”. Cuando la colaboración de un cónyuge excede del ámbito doméstico, y se centra en la profesión o negocio

del que es titular el otro, la doctrina entiende que es aplicable el precepto por analogía<sup>103</sup>.

La nueva regulación catalana contiene una regulación mucho más detallada, en los artículos 232-5 a 232-11 CCCat<sup>104</sup>, sustituyendo al artículo 41 CF. Uno de los cónyuges puede tener derecho a una compensación económica por razón del trabajo cuando

a) haya trabajado para la casa sustancialmente más que el otro (232-5.1 CCCat) o haya trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente (232-5.2 CCCat),

b) siempre que el otro haya “obtenido un incremento patrimonial superior” (232-5.1 CCCat).

Cabe encontrar el fundamento de esta compensación económica en la evitación del enriquecimiento injusto, pues uno se ha beneficiado del trabajo del otro (el artículo 41 CF mencionaba expresamente esa idea de enriquecimiento injusto). Es cierto que el trabajo para la casa es una forma de contribución a los gastos familiares (el artículo 231-6 CCC menciona el trabajo para la casa, no el trabajo para el otro<sup>105</sup>), por lo que habrá que analizar en qué medida se ha de computar como contribución a los gastos familiares, y en qué medida se ha de compensar esa “sobrecontribución”. El precepto dice claramente que sólo procede cuando un cónyuge ha trabajado para la casa *sustancialmente* más que el otro. Lo que no cabe es computar el mismo concepto a dos categorías distintas, pues se trata de evitar la duplicidad contable.

Si uno ha trabajado en el negocio del otro sin retribución (o con retribución insuficiente), se ha producido un enriquecimiento injusto y ello justifica la compensación. El enriquecimiento se produce porque el trabajo que beneficia al

---

<sup>103</sup> Rams Albesa, *op.cit.*, p. 264.

<sup>104</sup> Las parejas de hecho también podrían pedir, en su caso, una compensación por razón del trabajo en el momento de la ruptura, como indica el artículo 234-9 CCCat.

<sup>105</sup> A diferencia de antiguo 5 CF. El artículo 1438 CC no menciona, ya hemos visto, la contribución profesional no retribuida.

cónyuge deudor (ganancia por no haber pagado un salario al cónyuge), le enriquece. Como en el régimen de separación de bienes el otro no participa en esos beneficios, procede la compensación o restitución.

Pero para poder obtener una compensación económica no es suficiente con haber realizado ese trabajo sino que, además, se ha de producir, en el momento de la extinción del régimen, un incremento patrimonial superior por parte del cónyuge que se ha beneficiado de ese trabajo. La mención al “incremento patrimonial superior” introduce un elemento distorsionador en este panorama. En realidad, ya lo introducía el artículo 41 CF al hablar de “desigualdad entre patrimonios” en el momento de la extinción del régimen, expresiones éstas que son similares en el sentido que la desigualdad de patrimonios resulta concretada en la redacción actual con un incremento patrimonial superior por parte del que se ha beneficiado de ese trabajo. La distorsión aparece porque si el trabajo para la casa o para el otro se tiene que compensar para evitar el enriquecimiento injusto, la igualdad o desigualdad de patrimonios de los cónyuges debería ser irrelevante. Pero este requisito legal implica que por mucha que haya sido la dedicación a la casa o al otro, si el deudor no tiene un mayor incremento patrimonial, o si sus patrimonios son similares, resulta que no procede la compensación.

La idea de desigualdad de patrimonios es incongruente con la de separación de bienes, porque los patrimonios no han de ser iguales ni desiguales al extinguirse este régimen. Si uno trabaja para el otro se le ha de retribuir por el valor de mercado del salario, no en relación con los beneficios obtenidos por el otro. El derecho de compensación supone inicialmente introducir un factor correctivo de la separación de bienes en protección del más débil, cuyo fundamento cabe encontrar en ideas de justicia y de buena fe. Pero la referencia al incremento patrimonial supone introducir por la puerta falsa un régimen comunitario, con la inexistencia de la seguridad de conocer, en el momento de la celebración, la proporción de la participación en las ganancias. Si la idea central es la desigualdad patrimonial (el “incremento patrimonial superior” en la redacción

actual), se otorga a un cónyuge una participación en los beneficios obtenidos por el otro durante el matrimonio.

La compensación económica por razón del trabajo es, pues una norma de mitigación del régimen de separación, otorgando al cónyuge que no ha obtenido una remuneración suficiente por su trabajo una participación en el beneficio de quien se ha enriquecido con esta actividad. No se paga por el trabajo, sino que ese trabajo concede una participación en la ganancia del otro. Ello lleva a la doctrina a hablar de una cierta incoherencia interna<sup>106</sup>, o desnaturalización del régimen económico de separación de bienes para aproximarlo efectivamente al régimen de participación<sup>107</sup>. Junto a estas ideas sobre la naturaleza de la compensación económica por razón del trabajo (insisto, función restitutoria por el enriquecimiento injusto, o función participativa) aún existe una tercera interpretación que considera que la norma introduce una función indemnizatoria de la pérdida de los costes de oportunidad sufridas por el cónyuge que se ha dedicado a la casa<sup>108</sup>. Esas pérdidas se concretan en la pérdida de formación académica o profesional, de promoción laboral, o cualquier otra oportunidad. El debate, de momento, sigue abierto, aunque la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha decantado por considerar que la compensación económica es un instrumento de participación en las ganancias.

En todo caso, para valorar la desigualdad patrimonial se han de comparar los patrimonios en el momento de la extinción del régimen, aunque la compensación no es necesariamente la cifra de la desigualdad. ¿Cómo se calcula ese

---

<sup>106</sup> Según Para Martín, “El derecho de compensación económica por razón de trabajo”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1999, nº 2, pp. 313-350, p. 331, la compensación económica es perfectamente compatible con el régimen de separación de bienes si se ignora el presupuesto de la desigualdad económica. Más reciente, véase Ferrer Riba, “Separació de béns i compensacions en la crisi familiar”, en *Nous reptes del Dret de Família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa (2004)*. Documenta Universitaria, Girona, 20005, pp. 77-94, en p. 80.

<sup>107</sup> Solé Resina, “La compensació econòmica per raó de treball en el regim de separació de béns”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2001-3, pp. 661-689, en p. 668.

<sup>108</sup> Roca Trías, en Puig Ferriol y Roca Trías, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. II, *Dret de la persona i dret de família*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 423.

“incremento patrimonial superior”? El artículo 232-6 CCCat contiene unas reglas de cálculo. Se tiene en cuenta el patrimonio de cada uno de los cónyuges (integrado por los bienes que tenga en el momento de la extinción del régimen, deducidas las cargas y las obligaciones). Se añade el valor de los bienes dispuestos a título gratuito, calculado en el momento de su transmisión, excluidas las donaciones hechas a los hijos comunes y las liberalidades de uso. Se descuenta, por un lado, el valor de los bienes que tenía al comenzar el régimen, siempre que aún los conserve en el momento de extinción del régimen, deducidas las cargas, y por otro el valor de los bienes adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen y las indemnizaciones por daños personales (salvo el lucro cesante durante el tiempo de convivencia). Las atribuciones patrimoniales que el cónyuge deudor haya hecho al cónyuge acreedor durante la vigencia del régimen se imputan a la compensación por el valor que tienen en el momento de la extinción del régimen.

Establecida la existencia de un incremento patrimonial superior por parte del cónyuge que se ha beneficiado del trabajo del otro, se procede a calcular la cuantía de la compensación. Existen unos criterios legales que se han de tener en cuenta para hacer esa valoración, contenidos en el artículo 232-5.3 CCCat, como son la duración e intensidad de la dedicación, los años de convivencia, y, en caso del trabajo doméstico, si ha incluido la crianza de hijos o atención personal de otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges. Estos criterios legales, sin embargo, no disminuyen la dificultad de cuantificación de la compensación.

La cuantía de la compensación económica por razón del trabajo tiene un límite económico, ya que el artículo 232-5.4 CCCat impone como límite máximo la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada de acuerdo con las reglas establecidas por el artículo 232-6, ya vistas. Sin embargo, este límite no es absoluto y puede ser superado, ya que el precepto también señala que “si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial puede incrementar esta cuantía.”

### **1.2.2. La pensión de alimentos para los hijos.**

Todo progenitor está obligado a alimentar a sus hijos, deber que en principio deriva de la patria potestad, pues el artículo 154 CC establece que entre los deberes de esta potestad se encuentra “alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”, pero este deber corresponde cumplirlo a los padres, aunque no tengan la patria potestad (artículo 110 CC). El artículo 92 CC señala que “la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”, “no alteran” dice el artículo 233-8.1 CCCat. Cuando los progenitores se separan o rompen el vínculo matrimonial, habrá que ver cómo cada uno de los progenitores contribuye a la satisfacción de esos alimentos (artículo 93 CC), lo cual se traduce en que el progenitor no custodio deberá pagar una pensión alimenticia para los hijos.

Los alimentos que el artículo 93 CC menciona como debidos a los hijos deben entenderse en relación con el artículo 142 CC, que fija el contenido de la prestación alimenticia. Concretamente, incluye “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”<sup>109</sup>. De manera similar en Cataluña, aunque con algún matiz. El artículo 237-1 CCCat señala que el contenido de los alimentos es todo lo “indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma.”

---

<sup>109</sup> El precepto menciona también “los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”, pero pueden incluirse dentro del concepto más genérico de asistencia médica.

En principio, los progenitores podrán fijar la cuantía de la pensión alimenticia de mutuo acuerdo, que el juez homologará salvo que resulte dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (artículo 90 CC). A falta de acuerdo, el juez determinará la cuantía de la pensión alimenticia teniendo en cuenta las necesidades de los hijos, los recursos de cada uno de los progenitores, la valoración económica de las tareas de guarda y custodia, la atribución del uso de la vivienda familiar (que es contribución a los gastos familiares), etc. También se tendrá en cuenta la posición social de la familia anterior a la crisis matrimonial<sup>110</sup>, lo cual puede determinar que ciertos gastos resulten ordinarios para algunas familias pudientes pero extraordinarios para otras<sup>111</sup>.

La situación de los hijos mayores de edad que continúan viviendo en el domicilio familiar por carecer de recursos económicos para independizarse genera un debate teórico en torno a su configuración. Resulta evidente que a los hijos mayores de edad no se les va a privar de una pensión alimenticia mientras sigan dependiendo de sus padres, el problema es más de fundamentación jurídica que de existencia o no de la obligación. Una opción sería incluir estos gastos dentro de las cargas familiares; otra opción será considerarlos como alimentos entre parientes, y aún cabría una tercera opción, que sería otorgarle una naturaleza propia. Ciertamente, cuando el hijo cumple dieciocho años la patria potestad se extingue (artículo 314 CC) y por tanto las obligaciones que de ella se derivan. Pero sigue incólume la obligación de alimentos derivada de la relación de filiación, regulada en los artículos 142 y siguientes CC. Eso sí, para evitar tener que acudir a un proceso judicial distinto de alimentos, el artículo 93 CC contiene un segundo párrafo<sup>112</sup> en el que se prevé que “si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución [de la crisis matrimonial], fijará los alimentos que sean

---

<sup>110</sup> Lázaro Palau, *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 31.

<sup>111</sup> Pensemos por ejemplo, en las clases de idiomas, las actividades deportivas o musicales, etc.

<sup>112</sup> Introducido por Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

debidos conforme a los artículo 142 y siguientes de este Código”, por razones de economía procesal.

La custodia compartida no es incompatible con la existencia de una pensión alimenticia por el progenitor más solvente<sup>113</sup>. En principio, cada progenitor soportará y sufragará los gastos de manutención generados durante el período de tiempo en que los hijos permanezcan con él. En cuanto a los demás gastos ordinarios pueden ser satisfechos por mitad, o calcular un porcentaje de contribución, y si uno de los progenitores está en situación de precariedad económica, podrá solicitar una pensión alimenticia para los hijos a pagar por el otro progenitor. Para el Derecho catalán el artículo 233-10.3 CCCat apunta que “La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente.”

### **1.2.3. La pensión de alimentos para el cónyuge.**

Durante la vigencia del matrimonio existe entre los cónyuges deberes de ayuda y socorro mutuo (artículos 67 y 68 CC, 231-2.1 CCCat), que incluye una obligación de alimentos, y constituye una de las cargas matrimoniales<sup>114</sup>. Cuando sobreviene la crisis matrimonial y la pareja se separa judicialmente ese deber de socorro mutuo se reduce a un deber de alimentos<sup>115</sup>. Es más, los cónyuges son los primeros sujetos obligados a dar alimentos, y se les debe demandar preferentemente, antes que a otros parientes en línea recta o a los hermanos (artículo 144 CC, artículo 237-6 CCCat). Esta obligación existe mientras haya matrimonio, aunque no haya convivencia. Por tanto, el cónyuge separado judicialmente o de hecho podrá solicitar una pensión alimenticia en caso de necesidad, pero ya no tendrá derecho a exigir esa pensión tras la nulidad o el

<sup>113</sup> Idem, Lázaro Palau, *op.cit.*, p. 94.

<sup>114</sup> Artículo 1318, 1362 y 1438 CC. Para el derecho catalán, artículo 231-5 CCCat.

<sup>115</sup> Moreno Mozo, *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada, 2008, p. 44.

divorcio. Porque la separación supone una relajación del vínculo matrimonial, que se mantiene (artículo 83 CC), mientras que el divorcio supone disolución de ese vínculo matrimonial (artículo 85 CC), y la nulidad matrimonial conlleva no sólo la ruptura del vínculo, sino la declaración de que el vínculo es inválido y no ha existido nunca (salvo los efectos del matrimonio putativo, artículo 79 CC). Tras el divorcio o la nulidad matrimonial, los excónyuges pasan a ser, desde el punto de vista de la pensión alimenticia, extraños, pues nada justifica la solidaridad familiar entre ellos. Expresamente señala que el divorcio y la nulidad extinguen el derecho de alimentos el artículo 237-13.1.b) CCCat.

La pensión alimenticia se pagará en función de las necesidades del alimentista y el caudal o medios del alimentante (artículo 146 CC, 237-9 CCCat), y podrán ser modificados siempre que disminuya la fortuna de éste o aumenten las necesidades de aquel (artículo 147 CC, 237-9.2 CCCat). Hay que tener en cuenta que la falta de aplicación al trabajo es causa de extinción de la obligación legal de alimentos (artículo 152 CC, 237-4 CCCat).

#### **1.2.4. La pensión compensatoria.**

El cónyuge cuya situación económica resulte más perjudicada tras la ruptura de la convivencia tiene derecho a solicitar al otro una prestación compensatoria (artículo 97 CC, y artículos 233-14 y siguientes CCCat). Para que surja este derecho es necesario que se produzca un desequilibrio económico tanto de un cónyuge respecto al otro como respecto a la situación anterior a la ruptura. Podrá reclamar una pensión compensatoria el cónyuge que pasa a peor situación económica de la que disfrutaba durante el matrimonio, y de la que sigue disfrutando su consorte. Luego si ambos pasan a peor situación económica o ambos mantienen una situación económica similar (lo que ocurrirá con mayor frecuencia, por ser cada

vez más los matrimonios en los que ambos realizan un trabajo remunerado, y por ser de menor duración), no habrá nada que pedir<sup>116</sup>.

Esta prestación no es de carácter necesario. Quien la reclama debe probar que la separación o el divorcio le ha supuesto un empeoramiento o desequilibrio económico negativo en relación al nivel de vida del que disfrutaba durante su matrimonio, y que conserva su cónyuge o excónyuge. Esta pensión se debe solicitar en el primer proceso matrimonial, sea la separación o el divorcio, pero si no se solicita en el momento oportuno, no podrá reclamarlo después. Así lo dice expresamente, para el Derecho catalán, el artículo 233-14.1 CCCat. Y es que el derecho a la compensación lo produce la ruptura de la convivencia. En caso de nulidad, tiene derecho a la prestación sólo el cónyuge de buena fe (artículo 98 CC, artículo 233-14.1 CCCat).

La legislación catalana prefiere hablar de “prestación compensatoria”, ya que, como se puede pagar en bienes o en dinero o en forma de pensión (artículo 233-17 CCCat), la referencia a “pensión compensatoria” incluye sólo una modalidad de pago, mientras que la “prestación compensatoria” es una expresión más adecuada porque incluye otras modalidades de cumplimiento. El CC admite que el pago de la compensación “podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única” (artículo 97 CC) desde la reforma introducida en el 2005<sup>117</sup>.

Para determinar la cuantía y la duración de la pensión o la prestación compensatoria, las leyes establecen unos criterios a tener en cuenta. El artículo 97 CC menciona:

- a) los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges,

---

<sup>116</sup> El Preámbulo del CCCat señala que “Ciertamente, muchos divorcios afectan a matrimonios de duración media bastante breve y a personas relativamente jóvenes, por lo que, en general, o bien ambos pierden de forma parecida o bien la convivencia conyugal no ha comprometido irremediabilmente las oportunidades económicas de ninguno de ellos.”

<sup>117</sup> Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

- b) la edad y el estado de salud,
- c) la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo,
- d) la dedicación pasada y futura a la familia,
- e) la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge,
- f) la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal,
- g) la pérdida eventual de un derecho de pensión,
- h) el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge,
- i) cualquier circunstancia relevante.

Según el artículo 233-15 CCCat, son

- a) la posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta, en su caso, la compensación económica por razón de trabajo o las previsibles atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial,
- b) la realización de tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante la convivencia, si eso ha reducido la capacidad de uno de los cónyuges para obtener ingresos,
- c) las perspectivas económicas previsibles de los cónyuges, teniendo en cuenta su edad y estado de salud, y la forma en que se atribuye la guarda de los hijos comunes,
- d) la duración de la convivencia,
- e) los nuevos gastos familiares del deudor, en su caso.

Se ha discutido si esta pensión compensatoria tiene o no naturaleza alimenticia, decantándose la doctrina mayoritaria<sup>118</sup> por la negativa. Las diferencias principales son las que siguen:

---

<sup>118</sup> Rams Albesa, *op.cit.*, p. 105; Roca Trias, *Institucions, op.cit.*, p. 539.

- a) Fundamento. El presupuesto esencial de la obligación de alimentos es la necesidad económica; el de la pensión compensatoria es el desequilibrio económico<sup>119</sup>.
- b) Criterios de cuantificación económica. La obligación de alimentos se calcula en función de las necesidades del alimentista y los medios económicos del obligado (artículo 146 CC, 237-9.1 CCCat); la pensión compensatoria se calcula teniendo en cuenta otros criterios (artículo 97 CC, o 233-15 CCCat).
- c) Características de la obligación. La obligación de alimentos es personalísima, y por tanto es irrenunciable, intransmisible, y no pueden ser objeto de compensación<sup>120</sup> (artículo 152 CC, 237-12.1 CCCat) En cambio, la pensión compensatoria no es una obligación personalísima, con las consecuencias que ello tiene.
- d) Momento de reclamación.
- e) Causas de extinción. También difieren. La obligación alimenticia cesa con la muerte del obligado (artículo 150 CC, 237-13.1 CCCat), mientras que la pensión compensatoria no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor (artículo 101 CC, 233-14.2 CCCat). Para las otras causas de extinción, me remito a los artículos 152 CC o 237-13 (para los alimentos) y 101 CC o 233-19 CCCat (para la compensación).

La pensión compensatoria no tiene, pues, naturaleza alimenticia, y así lo ha declarado, además, para el Derecho español, la reciente STS de 9 de febrero de 2010 (RJ 526), que, con carácter de doctrina jurisprudencial de interés casacional, ha señalado que “el desequilibrio que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento de divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin

---

<sup>119</sup> Sobre esto hay acuerdo doctrinal, aunque Ferrer Riba, *op.cit.*, p. 78, señala que a pesar de ese fundamento distinto, la diferencia es sólo de grado. Es natural, dice, que los alimentos entre cónyuges queden funcionalmente absorbidos por la pensión, sin ser objeto de pronunciamiento separado.

<sup>120</sup> Aunque sí en relación con las pensiones alimenticias atrasadas (artículo 151.2 CC 237-12.2 CCCat).

que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria”. Porque una de las cuestiones que más debate ha generado es si la pensión alimenticia acordada en la sentencia de separación judicial se puede transformar en una pensión compensatoria en el proceso de divorcio subsiguiente<sup>121</sup>. Y los pronunciamientos distintos de la jurisprudencia de las audiencias deben ahora tener la solución vista: no es posible, por el distinto fundamento de ambas instituciones.

Esta sentencia reitera la STS de 19 de enero de 2010 (RJ 417), al decir que la pensión compensatoria “no es un derecho de alimentos, sino que está basado en la existencia de desequilibrio vinculado a ruptura, por lo que debe demostrarse este elemento y es irrelevante la concurrencia de necesidad”<sup>122</sup>.

### **1.3. Consecuencias del incumplimiento.**

Como en todo supuesto de incumplimiento de una obligación de pago de cuantía dineraria, el acreedor puede solicitar la ejecución forzosa de la sentencia que acuerda las medidas que luego se incumplen, siguiendo la vía de apremio habitual. Cabe puntualizar o recordar algunas cuestiones.

#### **1.3.1. En general.**

Por un lado, el artículo 776.1 LEC dispone que el incumplimiento reiterado de las obligaciones de pago de cantidad por parte del cónyuge o progenitor permite al juez imponerle multas coercitivas, sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas. Para determinar la cuantía de

---

<sup>121</sup> Consideraba que sí Ragel Sánchez, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 219; Martínez Rodríguez, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Editorial La Ley, Madrid, 2002, p. 342.

<sup>122</sup> Para un comentario de esta sentencia, véase Moreno Velasco, “La relación de causalidad matrimonio-desequilibrio en la pensión compensatoria”, *Diario La Ley*, 2 diciembre 2010.

esas multas, el artículo 711 LEC dispone que “las multas mensuales podrán ascender a un 20% del precio o valor y la multa única al 50% de dicho precio o valor”.

Por otro lado, la inembargabilidad del salario, sueldo, pensión o retribución que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional<sup>123</sup>, garantía establecida en el artículo 607 LEC, no es aplicable cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a sus hijos (artículo 608 LEC). En estos casos, el tribunal fijará la cantidad que puede ser embargada.

### **1.3.2. Consecuencias civiles.**

El incumplimiento de la obligación de alimentos es causa de revocación de donaciones. El artículo 648.3 CC considera causa de ingratitud “si le deniega indebidamente los alimentos”. Lo mismo ocurre en Cataluña (artículo 531-15 CCCat).

Es también justa causa para desheredar a los padres “haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo” (artículo 854.2 CC). El cónyuge también puede desheredar al cónyuge por este motivo (artículo 855.3 CC). En sentido similar, el artículo 451-17 CCCat.

Es motivo de pérdida de su correlativo derecho de alimentos, por lo que si un progenitor incumple su obligación de pago de pensión alimenticia, después no podrá reclamar a ese hijo una pensión alimenticia, llegado el caso (artículo 152.4 CC).

---

<sup>123</sup> Cabe recordar que el salario mínimo interprofesional establecido para 2010 es de 633,30 euros al mes.

El incumplimiento grave o reiterado podría ser causa de limitación o suspensión del derecho de visitas (artículo 94 CC), y podría llegar a ser causa de privación de la patria potestad, pero sólo en los casos más graves (artículo 170 CC y 236-6 CCCat).

En Cataluña, además, se ha configurado una hipoteca legal en garantía de pensiones compensatorias (artículo 569-36 CCCat) o de alimentos (artículo 569-37 CCCat), también aplicable a la compensación económica por razón del trabajo si se ha aplazado su pago (artículo 569-36.8 CCCat). Esta hipoteca legal no la establece directamente la ley, sino que concede un derecho a exigir su constitución (art. 158 LH), siguiendo el procedimiento de constitución del artículo 165 LH. Una vez constituidas e inscritas, las hipotecas legales producen los mismos efectos que las voluntarias (art. 161 y 164 LH), sin más especialidades que las establecidas expresamente en la legislación hipotecaria (art. 163 LH).

### **1.3.3. Consecuencias penales.**

El artículo 227 CP impone la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana a quien “dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos”.

Este precepto ha sido criticado por varios motivos. Por un lado, por reinstaurar la “prisión por deudas”<sup>124</sup>, por otro, por no respetar el principio de intervención mínima del Derecho penal. Es cierto que se acude al Derecho penal ante la

---

<sup>124</sup> El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, establece en su artículo 11 que “nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”. Cabe puntualizar que en el tema que nos ocupa, el incumplimiento no lo es de una obligación contractual, sino legal, pues la obligación de alimentos viene establecida por ley.

insuficiencia de otras ramas del ordenamiento jurídico de solucionar la cuestión del impago, y aún hay que ver si el Derecho penal está en mejores condiciones de asegurar dicho cumplimiento. Ciertamente, la condena del deudor renuente conlleva también la condena al pago de las cuantías adeudadas, pues como señala el precepto en su tercer párrafo, “la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”.

De todos modos, la condena principal, de arresto, no se impondrá de modo automático, a pesar de que la lectura del precepto pudiera dar a entender otra cosa. Será necesario tener en cuenta dos elementos más. El primero, la situación de necesidad en que han de quedar el cónyuge o excónyuge y los hijos. Lo importante no es sólo el incumplimiento dentro de los plazos establecidos, que resultan más estrictos que en la regulación anterior<sup>125</sup>, sino que dicho incumplimiento ponga en peligro significativo los bienes esenciales del cónyuge o del hijo, que queden en situación de necesidad. Se trata de tener en cuenta no sólo el incumplimiento *per se*, sino sobre todo las consecuencias de ese incumplimiento. Si los beneficiarios disponen de medios bastantes para la subsistencia, el incumplimiento no será típico<sup>126</sup>. El segundo, que como todo delito de comportamiento omisivo, sólo lo puede cometer quien omite la conducta debida pudiendo hacerlo. Luego quien carece efectivamente de medios para hacer frente a la resolución judicial que acuerda una prestación económica en caso de separación, nulidad o divorcio, no comete el presente delito<sup>127</sup>.

## **2.- El fondo de garantía del pago de alimentos**

---

<sup>125</sup> Tres meses seguidos o seis alternos exigidos por el artículo 487 ACP.

<sup>126</sup> Prats Canut, *Comentario al artículo 227*, en “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, de Quintero Olivares (dir) y Valle Muñiz (coord), Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 425-428, en p. 427.

<sup>127</sup> Prats Canut, *op.cit.*, *loc.cit.*

## **2.1 Introducción.**

Todas estas medidas frente al incumplimiento, sean civiles o penales, presentadas en el epígrafe anterior, han tenido un papel disuasorio insignificante para evitar el incumplimiento de las pensiones. Para intentar hacer frente a este problema, cuando el impago conlleva una situación de precariedad económica para el acreedor (generalmente, madre e hijos), se ha creado un fondo de garantía del pago de las pensiones por el que el Estado asume el pago anticipado de esas pensiones, para después reclamárselas al verdadero deudor<sup>128</sup>.

Este fondo de garantía ha sido adoptado por otros países europeos de nuestro entorno, adaptando las recomendaciones europeas. En efecto, siguiendo la Recomendación 869 (1979) del Consejo de Europa relativa al pago por parte del Estado de anticipos sobre las cantidades debidas a título de obligación alimentaria para los hijos menores de edad, el Consejo de ministros de los Estados miembros elaboró una Recomendación R (82) 2, relativa al pago por parte del Estado de anticipos sobre los alimentos debidos a los hijos menores, adoptada el 4 de febrero de 1982. En esta segunda parte del trabajo se presenta los dos fondos existentes en España, el español y el catalán, y lo que sigue será una comparación de ambos, así como su adecuación a esas recomendaciones.

### **2.1.1. Legislación estatal y autonómica.**

Existe una normativa estatal de regulación del fondo, y una regulación autonómica en Valencia y Cataluña. Otras comunidades autónomas (Andalucía<sup>129</sup>, País

---

<sup>128</sup> Azagra Malo, "El fondo de garantía del pago de alimentos", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2008, nº 4, pp. 1-16, p. 7, puntualiza que se trata en realidad de un fondo de pagos adelantados, no de fondos de garantía. Los fondos de garantía constituyen el último resorte de protección cuando otros mecanismos de gestión de riesgos no alcanzan a compensar un determinado daño; los fondos de pagos adelantados responden a la necesidad de compensar a las víctimas en el ínterin entre la demanda y la efectiva compensación en fase de ejecución de sentencia.

<sup>129</sup> La Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género dispone en su disposición transitoria única que "la Junta de Andalucía reglamentará el Fondo de Garantía de Pensiones en el marco de sus competencias".

Vasco<sup>130</sup>), tienen algunas disposiciones que se refieren al fondo de garantía del pago de alimentos, autorizando al gobierno a crear un fondo, pero aún no existe regulación detallada en ese sentido.

#### 1.1.1. Normativa estatal.

En España, el compromiso de creación del fondo de garantía del pago de pensiones surgió a partir de la Ley Orgánica 1/2004, 28 diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, cuya disposición adicional 19<sup>a</sup> establecía que “El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura de dichos supuestos y que, en todo caso, tendrá en cuenta las circunstancias de las víctimas de violencia de género”. Este compromiso fue reiterado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, en el disposición adicional única<sup>131</sup>.

La Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 creó el fondo de garantía y lo dotó con 10 millones de euros (Disposición Adicional 53<sup>a</sup>).

---

<sup>130</sup> Ley 19/2008, de 29 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2009. En la disposición adicional octava “autoriza al Gobierno a que proceda a la creación de un fondo, con su correspondiente dotación presupuestaria, destinado a garantizar, mediante un sistema de anticipos a cuenta, el pago de pensiones compensatorias y alimenticias reconocidas a favor del cónyuge y de los hijos menores de edad en convenios judicialmente aprobados o resolución judicial, en los supuestos de nulidad matrimonial, separación legal, divorcio, extinción de la pareja de hecho por ruptura, o procesos de filiación o de alimentos.”

<sup>131</sup> La única diferencia es que no menciona las circunstancias específicas de la violencia de género. Textualmente, “**El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura de dichos supuestos**”

La Ley Orgánica 3/3007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres habilitó expresamente al Gobierno para regular el Fondo (Disposición Transitoria 11ª), y en cumplimiento del mandato se aprobó el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos. El objetivo de la ley es cubrir el impago de las pensiones alimenticias, cuando comporte una situación de precariedad económica en la familia.

#### 1.1.2. Valencia

La primera comunidad autónoma que creó un fondo de garantía del pago de pensiones fue la comunidad valenciana, mediante el Decreto 3/2003, de 21 de enero, del Fondo de Garantía de Pensiones por Alimentos. Cabe destacar algunas cuestiones de esta regulación.

Su finalidad es garantizar a los hijos la percepción de aquellas cantidades que, en concepto de pensión por alimentos, haya reconocido en su favor una resolución judicial en procesos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio, o de ruptura de la convivencia familiar, en caso de incumplimiento de la obligación de pago de dichas cantidades por el progenitor obligado a ello, y sean reclamados en vía judicial (artículo 1.1). Se trata de un anticipo por un importe máximo equivalente a la pensión determinada por el juez, impagada y reclamada su ejecución en vía judicial, “entretanto no se produzca la finalización judicial relativa a la ejecución forzosa del impago” (artículo 1.3).

Los beneficiarios serán los hijos menores de edad empadronados en la Comunidad valenciana al menos un año antes de la fecha de solicitud del anticipo (artículo 2.1), aunque también podrán solicitar la inclusión de beneficiarios en el Fondo los hijos mayores de edad, y los progenitores o tutores a cuyo cargo estén los menores o mayores incapacitados (artículo 2.2).

El artículo 3 establece los requisitos para acceder al fondo: a) tener el derecho a la percepción de una pensión por alimentos, reconocida en una resolución judicial

susceptible de ejecución, aunque sea provisional; b) haber sido admitida por el juez la ejecución forzosa de la resolución judicial correspondiente por impago de pensión alimenticia, y c) que la unidad familiar a la que pertenezca el beneficiario carezca de medios de subsistencia o éstos sean insuficientes. A los efectos de este decreto, se consideran insuficientes los ingresos que, por todos los conceptos, no superen la suma de los mínimos personales y familiares que, para cada anualidad, establecen las normas reguladoras del IRPF, correspondientes a los beneficiarios y, en su caso, al progenitor a cuyo cargo se encuentren.

La disposición adicional segunda obliga a la Generalitat Valenciana a suscribir los oportunos acuerdos con entidades financieras, que serán las encargadas de anticipar a los beneficiarios las cantidades determinadas por el Fondo. La disposición final primera autoriza a modificaciones técnicas para la dotación del presupuesto anual en los capítulos 3 y 9 de la sección 19ª. No parece, sin embargo, que el fondo esté en funcionamiento, posiblemente por falta de dotación presupuestaria.

### 1.1.3. Cataluña.

La Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, dispuso en su artículo 44 la necesidad de creación, por parte del Gobierno catalán, de un fondo de garantía para cubrir el impago de las pensiones alimenticias y el impago de las pensiones compensatorias, cuando su incumplimiento lleve a una situación de precariedad económica. Siete años después el gobierno catalán cumplió el mandato mediante la aprobación del Decreto 123/2010, de 7 de septiembre, de regulación del fondo de garantía de pensiones y prestaciones. Esta disposición entrará en vigor el 1 de mayo de 2011 (disposición final tercera). Y lo primero que cabe destacar de esta regulación, que lo distingue no sólo de la española sino de otras leyes similares en el entorno europeo, es que además de cubrir las pensiones alimenticias impagadas, cubre el impago de las pensiones compensatorias.

Parece oportuno recordar que la Ley catalana 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista configura la violencia económica

como una de las formas en que puede manifestarse la violencia machista, junto a la violencia física, la psicológica, y la sexual. El artículo 4.1.d) considera violencia económica “la privación intencionada y no justificada de recursos para el bienestar físico o psicológico de una mujer y, si procede, de sus hijas o hijos, y la limitación en la disposición de los recursos propios o compartidos en el ámbito familiar o de pareja.”

### **2.1.2. Solidaridad familiar versus solidaridad estatal.**

Una de las primeras cuestiones que suscita el fondo de garantía es, precisamente, si el Estado debería intervenir en un problema que parece, inicialmente, un problema entre particulares. En efecto, ¿se debe solucionar un problema privado con fondos públicos? Cada vez que existe un problema de cobro de una obligación, ¿se puede llamar a la puerta de Estado para que lo haga efectivo?

Cuando una persona está en una situación de necesidad económica, que no puede solucionar por sí mismo, entra en juego la solidaridad familiar, y ahí están las legislaciones para regular la obligación de alimentos, ya vista. Pero el Estado social también juega un papel importante, reconocido por la Constitución española. Ahí están los artículos 41, 49 y 50 CE, que establecen que los poderes públicos deben mantener un sistema de régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garanticen la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad (artículo 41 CE), políticas de protección y servicios sociales específicamente dedicados a los disminuidos psíquicos y físicos (artículo 49 CE) y a los ciudadanos de la tercera edad (artículo 50 CE). Para la relaciones paterno filiales, el artículo 39 CE establece con carácter general que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (apartado primero), y concretamente la protección integral de los hijos y de las madres (apartado segundo). Por otra parte, el tercer apartado del precepto señala que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos, siempre con independencia de su filiación. La obligación pública coexiste con las obligaciones

personales derivadas de vínculos familiares y cabe analizar cómo se articulan ambas obligaciones, porque en este punto, la Constitución nada prejuzga<sup>132</sup>.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989<sup>133</sup>, establece en su artículo 18.1 que “incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”. El artículo 27.2 reitera esa responsabilidad, al decir que “a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”. Por tanto, para la Asamblea General de las Naciones Unidas parece claro que los primeros obligados son los padres, no el Estado que, en su caso, puede intervenir subsidiariamente, al decir en el artículo 27.3 que “los Estados partes (...) adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres (...) a dar efectividad a este derecho. En concreto, el artículo 27.4 establece que “los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres y otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera del niño resida en un Estado diferente de aquél en que resida el niño, los Estados parte promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como también la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.”<sup>134</sup>

Por tanto, resulta indudable que el primer obligado al pago de la pensión de alimentos de los hijos es, sin duda, el progenitor. Sólo subsidiariamente se puede

---

<sup>132</sup> Cfr. RIBOT IGUALADA, J., *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 45.

<sup>133</sup> Publicada en el BOE de 31 de diciembre de 1990.

<sup>134</sup> En este sentido se han aprobado el Convenio de la Haya sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores, de 15 de abril de 1958, y el Convenio de la Laya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 2 de octubre de 1973.

llamar a la solidaridad estatal, cuando la familiar resulta insuficiente<sup>135</sup>. Y en este contexto cabe entender la regulación de los fondos de garantía del pago de alimentos<sup>136</sup>. Y esta solidaridad social no impide al Estado recuperar lo pagado, cuando existe una persona especialmente obligada al pago de esas cantidades, porque en definitiva, la intervención estatal es, y debe ser, subsidiaria.

## **2.2. Beneficiarios.**

### **2.2.1. España.**

Podrán ser beneficiarios del anticipo a cargo del fondo estatal, según el RD 1618/2007, los menores de edad (artículo 4) y los mayores de edad con un grado de discapacidad igual o superior al 65% (disposición adicional primera), titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado que formen parte de una unidad familiar cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente y por todos sus conceptos, no superen los límites que se establecen en el artículo 6 de este Real Decreto.

En cuanto a los requisitos de nacionalidad y/o residencia que deben reunir los beneficiarios, se adopta un criterio de atribución mixto de nacionalidad y residencia, distinguiéndose según sean o no ciudadanos europeos. El artículo 4 dispone que pueden ser españoles, nacionales de Estados miembros de la Unión Europea residentes en España, o extranjeros (no nacionales de una Estado

---

<sup>135</sup> Ribot Igualada, *op.cit.*, p. 180, cuestiona la conveniencia de la subsidiariedad de la protección social. Para Roca Trias, *op.cit.*, p. 244, la discusión carece de contenido porque los dos tipos de solidaridad tienen fundamentos y finalidades muy diferentes, aunque en la realidad se interfieren, ya que ambos tienden a establecer soluciones para el mismo supuesto, es decir, el estado de necesidad.

<sup>136</sup> Criticado por Arroyo i Amayuelas, "Los fondos de garantía del pago de pensiones de alimentos: ¿públicos o privados?", *Revista de Derecho Privado*, 2004, nº 3, pp. 209-234, p. 212, por falta de realismo: es una solución económicamente inviable.

miembro de la Unión Europea). En este último caso, deben cumplir unos requisitos adicionales:

- a) Residir legalmente en España y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del anticipo. Para los menores de cinco años estos periodos de residencia se exigirán a quien ejerza su guarda y custodia.

No obstante, si el titular de la guarda y custodia fuera español bastará con que el menor resida legalmente en España al tiempo de solicitar el anticipo, sin necesidad de acreditar ningún periodo previo de residencia.

- b) Ser nacionales de otro Estado que, de acuerdo con lo que se disponga en los tratados, acuerdos o convenios internacionales o en virtud de reciprocidad tácita o expresa, reconozca anticipos análogos a los españoles en su territorio.

Dispone el tercer apartado del artículo 4 que se entenderá que residen legalmente en España los extranjeros que permanezcan en su territorio en alguna de las situaciones de residencia legal previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

### **2.2.2. Cataluña.**

Según el artículo 4 del Decreto 123/2010, "Pueden ser beneficiarias del Fondo de garantía de pensiones alimenticias y/o compensatorias las personas beneficiarias y sus hijas e hijos menores de edad o mayores de edad con un grado igual o superior al 65% de discapacidad, que sufran un incumplimiento de la ejecución judicial de pago de las pensiones mencionadas que comporte una situación de precariedad económica." Como la regulación catalana permite acceder al Fondo no sólo en caso de impago de pensiones alimenticias, sino también en caso de impago de pensiones compensatorias, el beneficiario, además de los hijos, puede ser el cónyuge o excónyuge.

Las personas beneficiarias deben cumplir los requisitos señalados en el artículo 4.2 Decreto 123/2010, y en lo que hace referencia a la nacionalidad y/o residencia, se exige que el beneficiario “a) Residir legalmente en Cataluña y haberlo hecho durante cinco años, dos de los cuales deben ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, salvo las personas regresadas, que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 6 de la Ley 25/2002, de 25 de noviembre, de medidas de apoyo al regreso de los catalanes emigrados, a quienes no se exige el período mínimo de residencia<sup>137</sup>. Las personas beneficiarias deben vivir de manera efectiva e ininterrumpida en Cataluña. Esta situación no se considera interrumpida por ausencias inferiores a 90 días durante el año natural de disfrute de la prestación, contados desde la fecha de los efectos económicos de ésta.”

## **2.3. Requisitos económicos de acceso al fondo de garantía**

### **2.3.1. España.**

El artículo 6 de la regulación estatal establece los requisitos económicos de acceso al fondo de garantía: “Los recursos e ingresos económicos de la Unidad familiar, computados anualmente, no podrán superar la cantidad resultante de multiplicar la cuantía anual del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), vigente en el momento de la solicitud del anticipo, por el coeficiente que corresponda en función del número de hijos e hijas menores que integran la Unidad familiar. Dicho coeficiente será 1,5 si sólo hubiera un hijo, y se

---

<sup>137</sup> Según el artículo 3 de la Ley 25/2002, tienen la condición de regresado a) las personas a las que se refiere el artículo 4.a y b de la Ley 18/1996, de 27 de diciembre, de relaciones con las comunidades catalanas del exterior, y b) las personas que tienen permiso de residencia y que, a pesar de no disponer de la nacionalidad española, son descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad de catalanes que en su momento tuvieron vecindad administrativa en Cataluña. El artículo 4 de la Ley 18/1996 se refiere, en la letra a) “a las personas residentes fuera del territorio de Cataluña, sus cónyuges y descendientes, a los que se refiere el artículo 6 del Estatuto de Autonomía de Cataluña [de 1979], así como las personas que son miembros de una unión estable de pareja con personas residentes fuera del territorio de Cataluña”, y en la letra b) a “las personas nacidas en Cataluña que fueron evacuadas o bien tuvieron que exiliarse por razones políticas y que mantienen su residencia en el extranjero”.

incrementará en 0,25 por cada hijo, de forma que el coeficiente será 1,75 si hubiera dos hijos en la unidad familiar, 2 si hubiera tres hijos, y así sucesivamente.”

Si el IPREM para el año 2010 es de 6.390,13 euros anuales<sup>138</sup>, podemos ver que

1 hijo	1,5 x IPREM	9.585,19 euros
2 hijos	1,75 x IPREM	11.182,72 euros
3 hijos	2 x IPREM	12.780,26 euros
4 hijos	2,25 x IPREM	14.377,79 euros
Etc		

El artículo 5 define lo que debe entenderse por unidad familiar a los efectos previstos en este Real Decreto, que es la “unidad familiar exclusivamente la formada por el padre o la madre y aquellos hijos e hijas menores de edad, titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado, que se encuentren a su cargo. También se considerará Unidad familiar a estos efectos la formada por los menores contemplados en el párrafo anterior y la persona física que los tenga a su cargo por tener atribuida su guarda y custodia.”

Las reglas para el cómputo de los recursos y los ingresos están en el artículo 7: “1. A los efectos de lo establecido en los artículos 4 y 6 se considerarán las rentas o ingresos computables de la unidad familiar. A estos efectos, tienen la consideración de rentas o ingresos computables los rendimientos del trabajo, del capital y de actividades económicas de los que disponga anualmente la unidad familiar. Asimismo, se computará el saldo neto de ganancias y pérdidas patrimoniales obtenidos en el ejercicio por todos los miembros de la unidad familiar. 2. Se consideran rendimientos del trabajo las retribuciones, tanto dinerarias como en especie, que deriven del trabajo personal prestado en el

---

<sup>138</sup> Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2010. El IPREM mensual es de 532,51 euros y el anual 6.390,13 euros (disposición adicional decimonovena).

ámbito de una relación laboral o estatutaria por cuenta ajena por todos los miembros de la unidad familiar. En particular, se incluirán, además de las prestaciones reconocidas por los regímenes de previsión social, financiados con cargo a recursos públicos o privados, los rendimientos calificados como derivados del trabajo por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. 3. Como rendimientos del capital se computará la totalidad de los ingresos, dinerarios o en especie, que provengan de elementos patrimoniales, bienes o derechos cuya titularidad corresponda a alguno de los miembros de la unidad familiar y no se hallen afectos al ejercicio de actividades económicas. Tratándose de elementos patrimoniales, excluida en todo caso la vivienda habitual de la Unidad familiar, que no sean productores de rendimientos de esta naturaleza, la imputación de los rendimientos correspondientes a los mismos se efectuará conforme a las normas establecidas en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. 4. Los rendimientos derivados del ejercicio de actividades económicas se computarán de acuerdo con las normas y reglas establecidas al efecto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para el método de determinación del rendimiento neto que resulte aplicable. 5. El saldo neto de las ganancias y pérdidas patrimoniales será el resultado de integrar y compensar entre sí, en los términos establecidos en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las ganancias y pérdidas patrimoniales obtenidas en el ejercicio por los miembros de la unidad familiar. 6. Para el cómputo anual de los recursos e ingresos económicos de la Unidad familiar se tendrán en cuenta aquellos de que disponga o se prevea que va a disponer en el año natural en el que se solicite el anticipo.

### **2.3.2. Cataluña.**

Para poder acceder al Fondo, deben cumplir una serie de requisitos económicos, fijados en el artículo 4.2.d) Decreto 123/2010. La persona beneficiaria debe tener unos ingresos inferiores a 1,5 veces el indicador de renta de suficiencia de Cataluña (IRSC). Teniendo en cuenta que el IRSC mensual para el año 2010 es

de 569,12 euros al mes<sup>139</sup>, 1,5 veces ese indicador, da un total de 853,68 euros al mes. Si nos fijamos en el indicador anual, teniendo en cuenta que el IRSC para el año 2010 es de 7.967,73 euros al mes, resulta que la persona beneficiaria no podrá tener unos ingresos superiores a 11.951,59 euros al año. Estas cuantías son bajas, pero algo más altas que los mínimos estatales, por lo que si nos fijamos sólo en este criterio económico, más personas podrán beneficiarse del fondo catalán que del español.

A esta limitación se aplicará un incremento de 0,3 (o sea, 2.390,31 euros al año) por cada carga familiar acreditada. A los efectos de esta ley, la carga familiar requiere convivencia con la persona beneficiaria y tendrán esta consideración:

- a) Hijos o hijas menores, e hijos o hijas mayores de edad si tienen reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 65%.
- b) Hijos o hijas mayores de edad hasta 21 años y que sus ingresos no sean superiores al IRSC anual vigente en el momento de la solicitud.
- c) Personas mayores de 65 años dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad y que tienen ingresos iguales o inferiores al IRSC anual vigente en el momento de la solicitud.

Es interesante destacar, y resulta en este sentido acertado, tener en cuenta a efectos de fijar los mínimos económicos las cargas familiares que existen, como pueden ser los otros hijos a cargo, o personas mayores a cargo del beneficiario, pues aunque la pensión fijada (cuyo incumplimiento permite, en su caso, acceder al Fondo) no les haya tenido en cuenta, sí son una carga familiar para el cónyuge o ex cónyuge cuyo patrimonio se tiene en cuenta para concederle un anticipo o no.

## **2.4. Procedimiento.**

### **2.4.1. España.**

---

<sup>139</sup> Ley 25/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat de Cataluña para 2010.

Para poder reclamar al fondo de garantía el pago de las pensiones impagadas, es necesario presentar una documentación que acredite que el beneficiario cumple los requisitos de acceso, sean los económicos, que deben concurrir en todo caso, sean los específicos de cada caso (edad del beneficiario, discapacidad en grado igual o superior al 65%, residencia en España durante los plazos exigidos, etc).

Además, el artículo 14 del Real Decreto 1618/2007 exige aportar

a) Testimonio de la resolución judicial que reconozca el derecho a alimentos, así como testimonio de haber instado su ejecución.

b) Certificación expedida por el Secretario Judicial que acredite el resultado infructuoso de la ejecución, al no haberse obtenido el pago de los alimentos ni haberse trabado embargo sobre bienes propiedad del ejecutado.

El expediente deberá ser resuelto por la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, de forma motivada (artículo 17.1). El plazo máximo para resolver y notificar al solicitante la resolución será de tres meses, contado desde la entrada de la solicitud en cualquiera de los registros del Ministerio de Economía y Hacienda (artículo 17.2). Transcurridos los plazos establecidos en el apartado anterior sin que se haya notificado resolución expresa, la solicitud se podrá entender estimada (artículo 17.3). La concesión del pago del anticipo se comunicará también al obligado al pago de los alimentos, en el plazo de diez días a partir de la fecha de la emisión de la resolución de reconocimiento (artículo 17.4).

El Real Decreto 1618/2007 prevé un procedimiento de urgencia para aquellos casos en que los beneficiarios se encuentren en una situación de urgente necesidad económica. Según el artículo 16.2, “se considerará, a estos efectos, que existe situación de urgente necesidad cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando los recursos e ingresos económicos de la unidad familiar no superen el límite que corresponda con arreglo al artículo 6 del presente real decreto reducido en 0,5 puntos el coeficiente.

b) Cuando la persona que ostente la guarda y custodia del menor sea víctima de violencia de género, en los términos previstos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género.”

La especialidad en este caso de urgencia reside, por un lado, en que exime acreditar la dificultad para el cobro de la pensión pues, en este caso, resulta bastante “el testimonio de haber instado la ejecución judicial de la resolución que reconoció el derecho a alimentos y el transcurso de dos meses desde que se instó dicha ejecución, sin haber obtenido su pago conforme a la declaración del solicitante” (artículo 16.3), y por otro, en el menor plazo para la resolución del expediente, que será de dos meses en lugar de tres, contado igualmente desde la entrada de la solicitud en cualquiera de los registros del Ministerio de Economía y Hacienda (artículo 17.2).

#### **2.4.2. Cataluña.**

El artículo 4.2 Decreto 123/2010 exige “b) Disponer de una resolución judicial, dictada por la jurisdicción competente dentro del territorio del Estado, que reconozca el derecho a percibir una pensión de alimentos y/o compensatoria. Si la resolución ha sido dictada por juzgados o tribunales extranjeros, se deben aplicar los convenios internacionales vigentes en la materia o, en otro caso, la resolución de un juez o tribunal del Estado que ordene el cumplimiento. c) Haber instado a la ejecución judicial de sus derechos y que se haya producido el incumplimiento de la persona obligada a satisfacerlos.”

Para acreditar el derecho a la pensión, y su incumplimiento, se deben aportar los siguientes documentos:

a) La resolución judicial que reconozca el derecho de la persona solicitante o de los menores a percibir una pensión de alimentos y/o compensatoria (artículo 6.1.c) Decreto 123/2010).

- b) Demanda ejecutiva y correspondiente resolución judicial que despache la ejecución contra la persona obligada al cumplimiento de abonar la pensión de alimentos y/o compensatoria. (artículo 6.1.d)
- c) Certificado del secretario o secretaria judicial que confirme el impago (artículo 6.1.e) en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de la ejecutoria judicial, siempre que la causa de la falta de cobro no sea imputable a la persona beneficiaria (artículo 5.1)

Artículo 5.1 “El derecho de las personas beneficiarias del Fondo a percibir la prestación nace en el momento en el que, interpuesta la demanda ejecutiva del pago de la deuda judicialmente reconocido, éste no se ha podido cobrar

5.2 La correspondiente acreditación se hará a través del certificado del secretario judicial.”

La entidad gestora deberá resolver las solicitudes en un plazo máximo de seis meses; agotado este plazo sin resolución se entenderá que la solicitud se ha desestimado (artículo 10.1).

Expresamente se menciona la necesidad de respetar el trámite de audiencia del deudor, al decir el artículo 10.2 que “la entidad gestora competente, una vez comprobada la documentación presentada e instruido el expediente, en el que se deberá dar audiencia a la persona deudora del crédito judicialmente reconocido en un plazo máximo de diez días, notificará la resolución a la persona solicitante, en los términos establecidos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.”

## **2.5. Determinación y efectos de los anticipos mensuales.**

### **2.5.1. España.**

La cuantía máxima del anticipo será de 100 euros al mes por cada beneficiario, salvo que la resolución judicial fije una cantidad mensual inferior en cuyo caso la

cuantía del anticipo será la fijada por dicha resolución judicial (artículo 8). Si la Unidad familiar estuviera integrada por varios beneficiarios este límite operará para cada uno de ellos.

Según el artículo 9, “el plazo máximo de percepción de los anticipos reconocidos a cada beneficiario será de dieciocho meses, ya se perciba el anticipo de forma continua o discontinua.” No se entiende muy bien el porqué de esta limitación temporal (salvo motivos presupuestarios evidentes), pues debería extinguirse por las mismas causas establecidas para la extinción de la pensión de alimentos.

El artículo 10 trata de la efectividad y el pago, al decir que “Los efectos económicos del anticipo se producirán a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que se hubiese presentado la solicitud. El pago se efectuará por mensualidades vencidas y lo percibirá quien tenga la guarda y custodia del menor beneficiario.”

Por su parte, el artículo 11 establece la incompatibilidad del cobro del anticipo con otras prestaciones: “La percepción del anticipo regulado en este real decreto será incompatible con la de otras prestaciones o ayudas de la misma naturaleza y finalidad reconocidas por las distintas Administraciones Públicas, debiendo optar el miembro de la Unidad familiar que tenga la guarda y custodia del menor beneficiario por una de ellas.”

## **5.2. Cataluña.**

Una vez reconocido el derecho a recibir anticipos del Fondo, hay que tener en cuenta que “el Fondo de garantía cubrirá el importe mensual establecido judicialmente por cada una de las pensiones impagadas, siempre que éste no sea superior al 50% del IRSC mensual vigente en el momento de la presentación de la solicitud. En los casos en los que el importe de las pensiones sea superior, el Fondo cubrirá la cantidad correspondiente al 50% del IRSC mensual vigente, en los términos establecidos en el artículo 14” (artículo 7 Decreto 123/2010). Por

tanto, la cuantía máxima será de 284,5 euros al mes (teniendo en cuenta ese IRSC 2010, fijado en 569 euros mensuales).

El plazo máximo de percepción y disfrute del anticipo será de 18 meses (pagados de forma continua o discontinua), según el artículo 8. Los efectos económicos se producirán desde la fecha de presentación de la solicitud, y el pago se hará mensualmente por transferencia bancaria en la cuenta facilitada por la persona solicitante (artículo 9).

A la resolución que reconozca el derecho a percibir la prestación en concepto de pensión alimenticia en favor de menores o de mayores con discapacidad se deducirá el importe reconocido por el Fondo de garantía del pago de alimentos de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.3 de este Decreto (artículo 14). De manera que, en este caso, el importe máximo del anticipo no podrá superar el importe resultante de la diferencia entre el 50% del IRSC mensual y el importe del Fondo de garantía del pago de alimentos de la Administración General del Estado. Según el artículo 14.2, la Administración de la Generalitat no se hará cargo de los importes derivados de las prestaciones en concepto de pensión alimenticia, previstas por cualquier otra administración pública, a las que hayan tenido, tengan o puedan tener derecho las personas beneficiarias, y que sigan cumpliendo los requisitos.

## **2.6. Mecanismo para recuperar el pago anticipado.**

Como el Estado no asume directamente el pago de las pensiones alimenticias sino que opera como garante del pago anticipado de las pensiones en caso de incumplimiento del deudor, una vez abonadas esas pensiones, reclamará al deudor el pago. Pero ¿qué puede reclamar? ¿La cuantía desembolsada, o la cuantía realmente debida por el deudor? Hay que recordar que la cuantía que el Estado paga como anticipo tiene un máximo, y es posible que el Estado anticipe menos de lo realmente debido. En principio, cuando se produce el pago por

tercero, éste tendrá una acción de reembolso<sup>140</sup>, teniendo, pues, un crédito equivalente exacto a la prestación ejecutada (artículo 1158 CC). La subrogación en el crédito del alimentista no es un efecto automático del pago realizado por tercero, sino que tal subrogación ha de estar prevista, pues no se puede presumir (artículo 1209 CC). Si existe subrogación del tercero, al ocupar la misma posición jurídica que el acreedor-alimentista, podrá reclamar el crédito originario, con independencia de que hubiese satisfecho una cuantía menor<sup>141</sup>. El anticipo pagado por el Estado no tiene efectos liberatorios para el deudor, que sigue teniendo un crédito frente al alimentante por el resto de la deuda no cubierta.

### **2.6.1. España.**

En España, se establece expresamente el efecto de la subrogación, pues el artículo 24.1 permite al Estado subrogarse “de pleno derecho, hasta el total importe de los pagos satisfechos al interesado, en los derechos que asisten al mismo frente al obligado al pago de alimentos, teniendo dicho importe la consideración de derecho de naturaleza pública, y su cobranza se efectuará de acuerdo con lo previsto en la Ley General Presupuestaria. Su recaudación en periodo ejecutivo se realizará mediante el procedimiento administrativo de apremio.” La subrogación transforma la naturaleza de la obligación en una obligación pública, que puede recaudarse por la vía administrativa de apremio (artículo 24.1 Real Decreto 1618/2007), siendo de aplicación el Reglamento general de recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, artículo 70 y siguientes. La Administración pública, por tanto, no ejerce su acción en las mismas condiciones que los particulares, sino de un modo privilegiado. Por un lado, se transforma la naturaleza pública del derecho; por otro, goza de medios

---

<sup>140</sup> Este es el efecto general del pago por tercero. Cfr. Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, Civitas, Madrid, 2008, p. 486.

<sup>141</sup> Y si el obligado opone alguna excepción al alimentista (causa de desheredación, por ejemplo) también podrá oponerla al tercero que se subroga en el crédito de aquel, como recuerda Egea Fernández, “La acció de repetició contra el deutor dels aliments. Solidaritat familiar i prestacions assistencials públiques”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1997-3, pp. 617-653, p. 645.

idóneos para el cobro (procedimiento administrativo de apremio en período ejecutivo).

Dicho artículo 24.1 es copia literal de la disposición final quinta de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, que trata del fondo de garantía del pago de alimentos. Pero esta Ley 41/2007 añade también que “los créditos públicos por reembolsos contra el obligado al pago de alimentos gozarán de preferencia sobre los créditos derivados de obligaciones alimenticias por períodos anteriores a los que cubra el anticipo (...) así como a las cantidades que se generen como consecuencia de su realización.”

Si el Estado se subroga en la posición del acreedor, los beneficiarios renuncian a cobrar del obligado la cuantía que ha adelantado el Fondo, aunque no renuncian a cobrar la diferencia (si la deuda alimenticia era superior a los 100 euros mensuales, cuantía máxima que puede adelantar el fondo). En realidad, no es tanto que renuncien a cobrar del deudor por la cuantía anticipada, sino que ha habido una subrogación subjetiva (el acreedor ahora pasa a ser el Estado). Pero es una subrogación un tanto especial porque, como hemos visto, la naturaleza de la obligación pasa a ser pública (luego no es la misma obligación, sino otra distinta) y además tiene una preferencia en el cobro respecto de otros créditos alimenticios. Por tanto, no se puede decir que se produce sólo una novación modificativa subjetiva, sino que se produce un cambio sustancial también en la obligación misma.

El artículo 24.2 dispone que el fondo procederá a la liquidación de las cantidades adeudadas al Estado por el obligado al pago de alimentos; será notificada al obligado, que deberá ingresarla en el Tesoro Público en los plazos previstos por el artículo 62.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria<sup>142</sup>. Las

---

<sup>142</sup> Dispone en precepto que “2. En el caso de deudas tributarias resultantes de liquidaciones practicadas por la Administración, el pago en período voluntario deberá hacerse en los siguientes

liquidaciones que no hayan sido satisfechas en período voluntario serán recaudadas en período ejecutivo por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

### **2.6.2. Cataluña.**

El CCCat, en el artículo 237-11, especifica que el tercero (“sea entidad pública o privada o cualquier otra persona que preste alimentos”) tiene derecho a subrogarse en los derechos del alimentista contra el deudor<sup>143</sup>. Pero la regulación catalana del fondo de garantía no prevé el mecanismo de la subrogación, sino que se centra en el derecho de repetición. Por un lado, el Fondo iniciará de oficio el procedimiento de liquidación de la deuda “por el mismo importe del anticipo contra la persona deudora” (artículo 12.1 Decreto 123/2010). Se trata de un proceso de reintegro de la deuda, que se abre dando un período para el pago voluntario<sup>144</sup>, tras el cual iniciará el período ejecutivo por la vía de apremio, y contará con la ayuda de la Agencia Tributaria de Cataluña para la gestión de la recaudación (artículo 12.3)<sup>145</sup>.

Pero no se produce un efecto subrogatorio, pues esta vía ejecutiva no sustituye a la persona beneficiaria en la reclamación frente al verdadero deudor, pues ésta tiene “la obligación de continuar los trámites del procedimiento de ejecución del

---

plazos: a) Si la notificación de la liquidación se realiza entre los días uno y 15 de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 20 del mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente. b) Si la notificación de la liquidación se realiza entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día cinco del segundo mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.”

<sup>143</sup> Como ya hiciera el artículo 269.1 CF.

<sup>144</sup> El pago voluntario se hará mediante el ingreso en la cuenta de ingresos restringidos que tenga el órgano encargado de la gestión del Fondo de pensiones y prestaciones.

<sup>145</sup> De conformidad con lo que se prevé en el artículo 2.1.b) de la Ley 7/2007, de 17 de julio, de la Agencia Tributaria de Cataluña. A estos efectos, el artículo 12.3 Decreto 123/2010 dispone una obligación de colaboración e información: el órgano gestor del Fondo debe dar traslado a la Agencia de la resolución de liquidación de la deuda con el resto de datos necesarios para la exacción ejecutiva de las prestaciones del Fondo.

título judicial que reconoce el derecho a percibir la pensión de alimentos y la pensión compensatoria” (artículo 13). No parece que éste sea el mecanismo más efectivo para cobrar la deuda. Si la acreedora inicial de la obligación no es sustituida por el Fondo, sino que está obligada a continuar con el coste que conlleva el proceso judicial, ello conlleva unos gastos (no olvidemos, abogado y procurador), que pueden ser obviados (no olvidemos la situación de precariedad económica en que se encuentra la acreedora, que justifica el acceso a los anticipos), sobre todo cuando el propio Estado tiene un mecanismo más efectivo para ese proceso ejecutivo.

Continuado el proceso judicial por parte de la alimentista, si se obtiene el cobro de las pensiones impagadas, “la persona beneficiaria del Fondo tiene la obligación de devolver las cantidades cobradas con cargo al Fondo” (artículo 13 Decreto 123/2010). Eso sí, en ese proceso judicial ejecutivo (acreedor inicial, deudor incumplidor) la Administración de la Generalitat en función del derecho de repetición que le asiste “puede personarse como parte en los procesos judiciales de ejecución derivados del impago de la pensión de alimentos y/o compensatoria” (artículo 15). La regulación catalana, por tanto, no contempla el fenómeno de la subrogación, sino que regula el derecho de repetición que tiene la Administración una vez ha pagado el Fondo.

Parece que la legislación estatal y la catalana han optado por dos modelos distintos. Según el modelo español, el Estado se subroga y en su caso, entrega la cantidad no cubierta por el anticipo al deudor inicial; el Estado asume el riesgo de la falta de cobro. Según el modelo catalán, el deudor inicial debe continuar con el proceso ejecutivo contra el acreedor incumplidor, y si cobra, devolver el anticipo al fondo. Porque el fondo catalán sólo tiene una acción de reembolso contra el deudor incumplidor. Este modelo catalán resulta igualmente sorprendente porque se aparta de la legislación civil catalana.

### **3. Otras posibles respuestas jurídicas.**

### 3.1. Países con fondos de garantía.

Existen otros países europeos que cuentan con fondos de garantía de anticipo de pensiones alimenticias. Cabe citar, en este sentido, Austria<sup>146</sup> (1976), Alemania<sup>147</sup> (1979), Dinamarca<sup>148</sup> (1986), Portugal<sup>149</sup> (1998), Bélgica<sup>150</sup> (2003). En general puede decirse que en todos ellos, el Estado anticipa las pensiones alimenticias de los menores en caso de incumplimiento del deudor, siempre que la ejecución no haya tenido éxito<sup>151</sup>. Debo insistir: no incluye el pago de pensiones alimenticias al cónyuge ni el pago de prestaciones compensatorias.

Respecto a todos ellos, el Reglamento (CE) nº 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, señala que los anticipos de pensiones alimenticias son anticipos recuperables, destinados a compensar la omisión de alguno de los padres de cumplir su obligación de sustento del propio hijo, por lo que no deben considerarse una prestación directa procedente del apoyo colectivo a favor de la protección de las familias.

En otros países, como en Suecia<sup>152</sup> (1996) o Finlandia<sup>153</sup> (1998) el Estado paga directamente la pensión alimenticia, que después exige al progenitor no custodio,

---

<sup>146</sup> Ley para la concesión de pagos avanzados de pensiones alimenticias para los menores, aprobada el 20 de mayo de 1976, modificada en 1980 y en 1985.

<sup>147</sup> Ley de anticipos de pensiones alimenticias de 23 de julio de 1979, reformada en 1989 y 1991.

<sup>148</sup> Ley nº765, de 11 de septiembre de 2002, establece el anticipo de la ayuda para la pensión de hijos menores, que modifica la Ley nº 350, de 4 de junio de 1986, de subsidios y pagos avanzados a hijos menores de edad.

<sup>149</sup> Ley 75/1998, de 19 de noviembre, sobre la garantía de alimentos para menores.

<sup>150</sup> Ley de 21 de febrero de 2003 crea un servicio de créditos alimentarios en el servicio público federal.

<sup>151</sup> En Austria, además, cuando sea previsible que no lo tenga. Cfr. Kriegler, "Austria", en *Family Law in Europe*, Hamilton y Perry (editores), 2ª edición, Butterworths Lexis-Nexis, 2002, pp. 1-32, en p. 29-30.

<sup>152</sup> Ley de pensiones alimenticias de 1996.

<sup>153</sup> Ley sobre garantía de alimentos para la infancia de 1998.

si este está en condiciones de hacer frente al pago. Así, en Suecia, el Estado paga unos 126 euros para los hijos menores hasta los 21 años, si no ha acabado su educación, y después solicita el reembolso al progenitor no custodio. El progenitor custodio ni siquiera tiene que acudir a un proceso judicial para solicitar la fijación de una pensión alimenticia para los hijos, salvo que pretenda reclamar más de esos 126 euros al mes por hijo.

La ley alemana es aplicable a los menores en edad preescolar que convivan con sólo uno de sus progenitores y se encuentre en una situación que el progenitor que ha de prestar alimentos se desentienda de su obligación, bien porque no los paga, total o parcialmente, bien porque no está en situación de pagarlos de forma regular de forma suficiente. Además, la ley recoge el supuesto en que el progenitor que conviva con el menor en edad preescolar esté fuertemente endeudado y por eso no pueda atender adecuadamente a la guarda del hijo. La ley garantiza un importe mínimo tipificado en concepto de pensión alimenticia para los hijos menores extramatrimoniales, los huérfanos y los hijos matrimoniales de divorciados, así como para los hijos de padres separados durante largas temporadas, en concepto de prestación social pública. Este importe se presta al progenitor custodio, y es subsidiaria del cumplimiento de la obligación civil de alimentos que corresponda al otro progenitor.

Esta prestación social (que no son propiamente alimentos) se concede hasta que el menor llegue a los 12 años, por un máximo de 72 mensualidades. La cantidad de la prestación pública de alimentos se regula en el artículo 2 UVG. Esta norma a su vez se remite a las previsiones sobre mínimo sustento en la obligación de alimentos de hijos menores de edad conforme (*Mindestunterhalt*) el Código Civil alemán (artículo 1612 a I BGB). El mínimo vital alcanza para el primer tramo de edad (menores de 6 años) los 281€ y para el segundo tramo (entre 6 y 12 años) los 322€. Según la UVG debe detrarse de la prestación pública de alimentos el importe del *Kindergeld* previsto para el primer hijo (para el 2009, 164€).

Igualmente deben deducirse los pagos hechos por el padre así como la prestación por orfandad del hijo. Cuando el progenitor que cuida sólo el menor se casa o vive

en pareja pierde el derecho a la prestación aunque el hijo no siga recibiendo ningún derecho de alimentos de su progenitor e independientemente de si el nuevo padrastro/madrastra puede o no sufragar los gastos.

### **3.2. Países que ayudan a gestionar el cobro de la pensión alimenticia para los hijos, sin pago de anticipos.**

#### **3.2.1. Inglaterra.**

La *Child Support Act* de 1991<sup>154</sup> establece que la solicitud de una pensión de alimentos para los hijos menores (*child maintenance*) tras la separación, el divorcio o la crisis de la pareja de hecho se puede hacer directamente a la *Child Support Agency*. Los progenitores pueden llegar a un acuerdo sobre la cuantía de la pensión alimenticia para los hijos, pero a falta de acuerdo, será determinada por la *Child Support Agency*. Esta agencia es responsable de la valoración<sup>155</sup>, el cobro y la ejecución de la pensión alimenticia.

Los tribunales de justicia en Inglaterra mantienen una competencia residual en relación con la pensión alimenticia para los hijos en los siguientes casos:

- a) Cuando los hijos no “cualifican” como hijos, lo cual ocurre en los siguientes casos: cuando se trata de menores entre 16 y 18 años (salvo si reciben una educación no avanzada) y los hijos de más de 19 años que continúan estudios.
- b) Si el hijo, el progenitor custodio y el progenitor deudor no residen habitualmente en el Reino Unido.
- c) Cuando el progenitor custodio solicita una mayor pensión alimenticia de la que le correspondería teniendo en cuenta la aplicación de la valoración

---

<sup>154</sup> Modificada por la *Child Maintenance and Other Payments Act* 2008.

<sup>155</sup> Existen unas tablas de valoración de la pensión alimenticia. Pueden consultarse online <http://www.csa.gov.uk/en/PDF/leaflets/new/CSL303.pdf>. (última consulta diciembre 2010).

hecha por la *Child Support Agency*. Ello puede ocurrir si el deudor tiene una posición holgada económicamente.

- d) Cuando el progenitor custodio solicita la cobertura de ciertos gastos adicionales relacionados con la educación del menor.
- e) Cuando el progenitor custodio solicita la cobertura de gastos adicionales para el hijo discapacitado.

El pago de la pensión alimenticia, una vez fijada, se puede hacer al progenitor custodio o a través de la *Child Support Agency*.<sup>156</sup> En caso de impago, la *Child Support Agency* reclamará el cumplimiento del pago de la pensión. Si existe una causa justificada (pérdida de trabajo, empeoramiento de las circunstancias económicas) se puede negociar una nueva cuantía, pero si no existe una causa justificada, y el deudor no procede al pago en el plazo de una semana desde el requerimiento hecho por la *Child Support Agency*, ésta procede al embargo del salario del deudor, para lo que tiene competencia sin necesidad de acudir a un proceso judicial<sup>157</sup>. También puede proceder al embargo de cuentas corrientes. Sólo si el incumplimiento persiste, la *Child Support Agency* iniciará un procedimiento de ejecución por la vía judicial, para proceder a la venta de propiedades del deudor

### **3.2.2. Québec.**

En Canadá, los gobiernos territoriales han asumido responsabilidad en la gestión del cobro de la pensión alimenticia para los hijos, de manera que el progenitor custodio no se ve en la necesidad de iniciar un proceso de ejecución de la deuda. Además existen *guidelines* para calcular la cuantía de la pensión alimenticia, de manera que resulta fácilmente predecible y justa<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> Puede verse las modalidades de pago en el dossier preparado por la propia *Child Support Agency*. <http://www.csa.gov.uk/en/PDF/leaflets/new/CSL305.pdf>. (última consulta diciembre 2010).

<sup>157</sup> Sección 31 *Child Support Act* 1991.

<sup>158</sup> Véase <http://www.justice.gc.ca/eng/pi/fcy-fea/lib-bib/legis/fcsg-lfpae/index.html>. (última consulta diciembre 2010).

Si nos fijamos en el Québec, la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*, en vigor desde 1996<sup>159</sup>, trata de asegurar la ejecución de la sentencia que reconoce el crédito de alimentos al cónyuge o excónyuge o a los hijos, sean mayores o menores de edad, mediante un sistema de percepción estatal automática del importe. El Ministerio de Finanzas exige el pago de la pensión y después lo entrega al acreedor, dos veces al mes. El fondo de pensiones alimenticias, que depende del Ministerio de Finanzas, gestiona las sumas, tanto las percibidas en concepto de pensiones como las sumas que pueden ser adelantadas por el Ministerio. La percepción se puede hacer de dos formas. En primer lugar, se procederá al pago directo a través del sistema de retención de sueldos o salarios, o cuentas corrientes. Subsidiariamente se procederá a la recaudación pública, como si fuera un impuesto.

El Estado no avanza, en general, cantidad alguna, aunque excepcionalmente se admite el avance de un máximo de tres meses, por un importe no superior a 1.500 \$, y sólo cuando tiene la seguridad de que va a poder recuperar esas cantidades, pues el deudor está esperando a que le sean ingresadas las rentas a que tiene derecho. En el Quebec, por tanto, el Estado no sule el pago de la deuda, sino que sólo funciona como intermediario. Hay que tener en cuenta que la ley no prevé subrogación alguna en los derechos del acreedor.

### **3.3. Otras medidas sancionadoras.**

En Canadá, por ejemplo, el deudor que incumple con la obligación de pago de la pensión alimenticia puede ver cómo la validez de su permiso de conducir queda

---

<sup>159</sup> Entre nosotros han estudiado el sistema quebequés Campuzano Tomé, “El impago de pensiones alimenticias. La creación de un fondo de garantía como solución al problema”, *Revista de Derecho Privado*, 2001, pp. 234-242, y Arroyo i Amayuelas, *op.cit.*, p. 220 y siguientes, a quienes sigo en estas líneas.

suspendida<sup>160</sup>. A pesar de todo, los problemas de incumplimiento en Canadá persisten<sup>161</sup>.

En EEUU varios estados deniegan o suspenden la validez de licencias de armas, de caza o incluso licencias profesionales. Si el incumplimiento supera los 2500 \$ se puede incluso denegar la expedición o renovación del pasaporte (*Passport Denial Program, United States Administration for Children and Families*).

Recientemente se ha declarado la constitucionalidad de estas medidas que afectan al pasaporte<sup>162</sup>.

### **3.4. Mecanismos de Derecho privado.**

En el Quebec coexisten medidas de Derecho público con las de Derecho privado. Cabe resaltar la fiducia de constitución judicial, introducida por la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires* de 1995. La fiducia es un patrimonio afectado a un fin (en nuestro caso, el pago de pensiones acordadas judicialmente) sin personalidad jurídica y sin titularidad alguna. La fiducia supone un capital inmovilizado con designación de beneficiarios y un administrador fiduciario para el pago periódico de rentas en concepto de alimentos. El tribunal, tras fijar la pensión que corresponda a los hijos y, en su caso, al cónyuge, ordena constituir la fiducia con una cantidad determinada que, junto con los frutos y rentas producidas por el capital, deberá servir para pagar las pensiones sucesivas. Esta fiducia judicial es la única admitida por el derecho del Québec<sup>163</sup>, aunque hay que precisar que no es el juez quien crea la fiducia, sino que el juez ordena al deudor de alimentos constituir la fiducia, siendo un acto negocial debido.

---

<sup>160</sup> Véase, por ejemplo, la *Family Responsibility and Support Arrears Enforcement Act* de Ontario, 1996.

<sup>161</sup> Bailey, "Canada: Reform, not Revolution", en *The International Survey of Family Law*, Atkin (editor), Jordan Publishing, Bristol, 2009, pp. 139-156, en p. 147.

<sup>162</sup> Cfr. *Risenhoover v Washington* (2008), y *Borracchini v. Jones* (2009)

<sup>163</sup> Cfr. artículo 1262 Código civil de Québec.

Una de las ventajas de esta fiducia es que el cobro no depende de los avatares o circunstancias personales de deudor, de manera que, una vez establecida la fiducia, poco importa que éste devenga insolvente o abandone el país<sup>164</sup>. La constitución de una fiducia nada tiene que ver con las tradicionales garantías propias del Derecho civil para asegurar el pago, pues no es una garantía de pago, sino una forma de pago de la pensión. Arroyo i Amayuelas<sup>165</sup> defiende la potenciación de la creación de un fondo privado (de financiación) de las rentas, frente al fondo público de garantía.

#### **4. Conclusiones**

El incumplimiento de las pensiones alimenticias fijadas en la resolución judicial que pone fin a un proceso judicial derivado de la crisis familiar es un problema creciente y acuciante para los acreedores, si no tienen otros medios económicos con los que satisfacer sus necesidades. Este impago puede ser involuntario, por imposibilidad real del deudor de hacer frente a esa pensión (por haberse quedado en el paro o estar en peor situación económica que en que se fijó la cuantía de la pensión), o voluntario. Aquel problema exige que se solicite la modificación de la resolución judicial, pero éste, del impago voluntario, es un problema estadísticamente frecuente y preocupante.

Los mecanismos judiciales que existen para imponer el pago de la deuda al deudor que incumple voluntariamente han mostrado su ineficacia o insuficiencia. Mientras tanto, para evitar el problema de situación de precariedad económica en que se puede encontrar la madre (supuesto estadísticamente más frecuente) que tiene a su cargo menores, se han creado los fondos de garantía de anticipos del pago de la pensión alimenticia.

---

<sup>164</sup> Arroyo i Amayuelas, *op.cit.*, p. 224.

<sup>165</sup> Arroyo i Amayuelas, *op.cit.*, p. 232.

Estos fondos puede ser una solución para intentar paliar el problema de precariedad económica en que se encuentra el acreedor y sus hijos, pero la necesidad misma de su creación parece la consagración o reconocimiento del fracaso de los mecanismos judiciales conocidos para imponer el pago de una deuda al deudor que incumple voluntariamente. Dado lo reciente de las regulación española (la valenciana no parece que se aplique todavía, la catalana aún no ha entrado en vigor), es aún demasiado pronto para sacar conclusiones sobre su aplicación. Pero de los 10 millones de euros destinados al fondo a cargo de los presupuestos del Estado, la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, encargada de la gestión del fondo estatal, señala que el gasto en el año 2008 fue de 351.526 euros<sup>166</sup>. Las condiciones económicas tan estrictas que se exigen puede ser uno de los motivos que dificultan el poder acogerse al fondo, y no se puede alegar que no hay presupuesto, porque sí lo hay. Ni cobran todos, ni se cobra todo. En efecto, todas las personas que necesitarían cobrar el anticipo no lo hacen, por los requisitos de acceso al fondo son muy estrictos; por otra parte, no se cobra la totalidad del crédito.

Una de las cuestiones criticables de los fondos son las cuantías insignificantes que se fijan, sobre todo si lo comparamos con la de otros países europeos que cuentan con fondos de garantía de avance de las pensiones alimenticias, así como la duración tan reducida (18 meses), cuando en otros países o bien no tiene una duración limitada, o bien está referida a la edad del hijo.

De la regulación catalana sorprenden, fundamentalmente, dos cosas. La primera, que pueden ser beneficiarios los cónyuges o excónyuges, no sólo para avances sobre la pensión alimenticia propia, sino también por la prestación compensatoria. Ningún otro país europeo permite la reclamación por el impago de la pensión compensatoria, que ya hemos visto no tiene naturaleza alimenticia. La segunda, que el fondo, una vez ha adelantado el pago de las cantidades, no tiene acción de subrogación frente al verdadero obligado, sino sólo una acción de reembolso. Por

---

<sup>166</sup> De prensa, *El País*, 8 de junio de 2009.

tanto, la acreedora sigue con la obligación de continuar el proceso judicial de ejecución de deuda, con los costes que ello supone, y asume los riesgos del impago. La finalidad de ayuda que representa el fondo se aseguraría si el fondo catalán tuviese una acción de subrogación. Teniendo en cuenta, además, que el Estado dispone de medios más eficaces para conseguir el pago, y siendo que la legislación catalana ha previsto tradicionalmente la acción subrogatoria, no se entiende porqué ahora la regulación del fondo catalán la omite.

## **VI. LA PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES POR EL SISTEMA ESPAÑOL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

El régimen de la Seguridad Social no prevé la situación de monoparentalidad como riesgo social susceptible de ser una situación protegida por sí misma. Con la excepción de la Ley 35/2007 ya comentada que prevé mejoras puntuales en dos prestaciones, la legislación de Seguridad Social no regula mejoras en las prestaciones para aquellos progenitores que se hagan cargo de sus hijos en solitario.

En general, los padres solos reciben la misma protección que el resto de familias en tanto que el factor relevante es la cualidad materno/paterno filial independientemente del estado civil<sup>167</sup>.

En la actualidad, las normas de Seguridad Social tampoco establecen diferencias según el tipo de filiación de manera que se equipara la filiación biológica a la adoptiva. Este reconocimiento no se extiende a los menores acogidos si bien el régimen actual de los subsidios de maternidad y paternidad reconoce los supuestos de acogida.

La Seguridad Social ha adaptado las prestaciones ligadas a los derechos de conciliación a las últimas reformas laborales en materia de permisos laborales, reducciones de jornada, excedencias, etc, de manera que se ha ampliado

---

<sup>167</sup> GOÑI SEIN, J.,L., “La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer”, *Temas Laborales*, núm. 82, 2005, p.18.

progresivamente el ámbito de cobertura y se ha flexibilizado las condiciones de su ejercicio. En todo caso sólo son beneficiarios de los subsidios de maternidad y paternidad los padres que trabajan y no se conciben como prestaciones universales. Tampoco tienen carácter universal las prestaciones familiares económicas previstas por el sistema estatal de Seguridad Social pues se acceso está sometido al requisito de carencia de rentas.

Por otro lado, no se prevé prestación económica alguna que provea ingresos para las personas que soliciten excedencia o reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares dependientes al margen del beneficio consistente en la concesión de períodos de cotización ficticios. El apoyo por parte de la Seguridad Social al ejercicio de los derechos de conciliación es pues claramente insuficiente.

La óptica de promover la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado de los hijos también ha aportado novedades en la acción protectora de la Seguridad Social tanto en el régimen del subsidio de maternidad como, claro está en la creación del permiso de paternidad. El padre y la madre divorciados podrán beneficiarse de estos derechos. En el caso de que se traten de madres o padres solteros o viudos/viudas el principio de corresponsabilidad no resulta viable. Pero en todo caso mantenemos que, en interés del menor estas mejoras que de ser incorporadas no les pueden ser negadas a los padres solos quienes precisamente parten de la situación de desventaja en cuanto a la posibilidad de compartir la tarea del cuidado de los hijos. Creemos, en este sentido, que los padres solos deberían beneficiarse de la prestación de paternidad pues de lo contrario resultan perjudicados los hijos de este tipo de familias respecto de las biparentales.

También creemos, como expondremos más adelante, que en el caso de madres/solas debería abrirse la posibilidad de compartir el permiso de maternidad con otros familiares que asumieran el cuidado de los hijos como abuelos, hermanos, etc.

La pensión de viudedad cubre tanto la situación de monoparentalidad provocada por la propia la muerte del cónyuge o pareja de hecho como las situaciones

anteriores ruptura matrimonial<sup>168</sup>. Veremos en el apartado dedicado a la viudedad que pese a la ampliación de la protección a las parejas de hecho de facto son muchas las parejas que conviven maritalmente que quedan fuera de la protección debido a los requisitos sumamente exigentes que exige la LGSS para determinar la existencia de pareja de hecho a lo que se suma como requisito la exigencia de previa dependencia económica de la pareja superviviente.

Tampoco se concede la pensión de viudedad en caso de padres solteros que no conviven como pareja pero sí causa la pensión de orfandad. La razón para denegar esta prestación al otro progenitor es evidente porque no estamos ante una pareja. El progenitor que fallezca causará, sin embargo, pensiones de orfandad para sus hijos. Sin embargo, en estos casos la familia sobreviviente constituida por el progenitor custodio con sus descendientes no recibe la misma protección- al igual que las uniones no matrimoniales que no reúnen los requisitos legales- que la familia constituida por el cónyuge y sus descendencia. Esta situación ha sido reparada gracias a la doctrina establecida por la STC 154/2006, de 22 de mayo, que comentaremos más adelante que ha obligado al Gobierno a equiparar con la orfandad absoluta a aquellos huérfanos que a la muerte de uno de sus progenitores no exista un beneficiario de la pensión de viudedad<sup>169</sup>.

En todo caso, para evitar estos huecos de protección sería recomendable seguir iniciativas de otros países que han reformulado la pensión de viudedad para proteger, aunque sea de forma temporal o transitoria, a las situaciones de monoparentalidad. Esta regulación debería asumir el objetivo prioritario de reducir las situaciones de pobreza infantil protegiendo, por ejemplo, las situaciones de desamparo de menores cuando hayan sido objeto de abandono por uno o dos de sus progenitores y no se hallen en situación de acogimiento.

---

<sup>168</sup> GOÑI SEIN, J.,L., op.cit., p.22.

<sup>169</sup> RD 296/2009, de 6 de marzo

Las prestaciones no contributivas no tienen en cuenta en la valoración de la necesidad el hecho de la monoparentalidad, tampoco para determinar la cuantía como veremos al abordar las prestaciones no contributivas.

### ***Pensiones mínimas y protección de la monoparentalidad***

Los complementos por mínimos de las pensiones mejoran las cuantías de las pensiones contributivas (jubilación, incapacidad permanente, viudedad, orfandad y a favor de familiares) hasta completar el mínimo que fija cada año la Ley de Presupuestos. Se trata de un mecanismo de solidaridad que corrige la contributividad estricta y que beneficia a pensionistas que no han cotizado lo suficiente para acceder a la cuantía mínima legal y que no disponen de ingresos suficientes. El complemento por mínimos es incompatible con la percepción por parte del pensionista de rendimientos de trabajo o de capital que superen una determinada cuantía (para el 2011, de 6923,90€)<sup>170</sup>.

Este complemento sólo beneficia a beneficiarios de pensión contributiva y por tanto atendiendo a su ámbito subjetivo se trata de una prestación contributiva. Pero también comparte rasgos asistenciales pues el complemento se reconoce a quienes no tengan ingresos suficientes y garantiza un importe mínimo uniforme cuya determinación variará según el tipo de pensión y en función de determinados factores como la edad, existencia o no de cónyuge a cargo o bien de cargas familiares, grado de discapacidad, etc<sup>171</sup>.

Las mujeres son las beneficiarias en mayor medida que los hombres de estos complementos por mínimos. Así, en el 2009, el 62% de las pensiones con complementos por mínimos era cobrado por mujeres mientras que el número de pensionistas que son mujeres sólo representan el 48% del total. El hecho que las

---

<sup>170</sup> Real Decreto 1794/2010, de 30 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2011 (BOE de 31 de diciembre).

<sup>171</sup> El legislador ha empleado el criterio de la fuente de financiación para calificar una prestación de contributiva o asistencial y ha considerado que el complemento para mínimos tiene carácter asistencial y debe, por tanto, ser financiada por los presupuestos en vez de por las cotizaciones (art. 86.2 LGSS)

mujeres cobren pensiones más bajas que los hombres explica que ellas sean en mucha mayor proporción que los hombres beneficiarias de dichos complementos. Sin duda un factor que facilita el acceso a las mujeres a estos complementos es que el límite de ingresos no se aplique a la unidad de convivencia como ocurre, por ejemplo, en las prestaciones no contributivas, sino exclusivamente a los ingresos del pensionista.

A la hora de cuantificar los importes de las pensiones mínimas de jubilación tradicionalmente el legislador ha creado distintas categorías atendiendo a la edad del beneficiario y el hecho que tenga o no cónyuge a cargo. En las pensiones por incapacidad permanente las cuantías mínimas eran distintas según el grado de la discapacidad y también según hubiese o no cónyuge a cargo. Por tanto, en la determinación de la cuantía mínima de estas pensiones no se toma en consideración la existencia de hijos a cargo o de familiares dependientes.

Desde la ley 40/2007 (disp. adic. 24<sup>a</sup>) el legislador ha introducido una nueva categoría, la de hogar unipersonal, para cuantificar el complemento por pensión mínima. Esta norma prevé que en los cuatro años siguientes se reconozcan mayores incrementos que al resto de pensionistas a las personas *“que tengan que hacer frente al mantenimiento del hogar”*<sup>172</sup>. Con esta iniciativa el legislador ha querido incidir en la realidad de las mujeres mayores que viven solas sin recursos suficientes y que son exponentes del fenómeno de feminización de pobreza. No se entiende por qué el legislador no prevé una cuantía superior cuando los pensionistas tengan hijos o personas dependientes a su cargo

En el caso de las pensiones mínimas de viudedad, por el contrario, la existencia de cargas familiares sí que da lugar a una categoría propia. Se entiende que existen dichas cargas familiares cuando los pensionistas convivan *“con hijos menores de 26 años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, dividida por el número de miembros que la componen, no supere en cómputo anual el 75 por 100 del Salario*

---

<sup>172</sup> LETABLIER, M.T.; EYDOUX,A., *Familles monoparentales en France*, Centre d'Etudes d'Emploi, Rapport de Recherche, junio 2007, núm. 36, p.26

*Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias”(art. 8.2 del RD 1647/1997, de 31 de octubre).*

La pensión mínima que se fija para las personas con cargas familiares da lugar a un importe más elevado que el resto de pensiones de viudedad de manera que cobran 300 euros más que la pensión mínima de viudedad más baja prevista para beneficiarios menores de 60 años. Desde 1997 la cuantía que cobran estos pensionista se ha ido incrementando hasta ser coincidente con el importe previsto para los beneficiarios pensiones mínimas de jubilación para menores de 65 años ( art. 8 RD 1647/1997, de 31 de octubre).

## **VII. LAS PENSIONES DE VIUEDAD Y ORFANDAD**

### **1. La adecuación de la pensión de viudedad a otras realidades familiares: la inclusión de las parejas de hecho en la reforma de 2007**

La pensión de viudedad cubre tanto la situación de monoparentalidad provocada por la propia la muerte del cónyuge o pareja de hecho como las situaciones en que ya existía una previa ruptura matrimonial<sup>173</sup>. Obviamente sólo existirán situaciones de monoparentalidad en la medida que la persona que ha enviudado tenga hijos a cargo. Por ello, en el análisis de qué situaciones de monoparentalidad ampara el actual régimen de la pensión de viudedad y cuál es el grado de cobertura doy prioridad a la existencia de hijos a cargo en el momento del fallecimiento. Es necesario revisar brevemente el tránsito del régimen jurídico de la pensión para adecuarse nuevas realidades familiares deteniéndonos en la última ampliación subjetiva de protección de las uniones no matrimoniales.

La única situación a proteger por la pensión de viudedad era el matrimonio entre hombre y mujer para toda la vida lo que dejaba fuera de su ámbito protector a otras realidades familiares también amparadas por la Constitución.

Sucesivas reformas legales han ido en la dirección de ampliar el ámbito de subjetivo de los beneficiarios adaptándolo a otras formas familiares. Así un primer

---

<sup>173</sup> Cfr. GOÑI SEIN, J., op.cit., pág. 31.

paso se dio en 1981 con la ley del divorcio que introdujo el derecho a pensión del excónyuge eliminando cualquier elemento de culpabilidad, posteriormente con la posibilidad de que las personas de la tercera edad puedan mantener la pensión de viudedad tras un posterior matrimonio en circunstancias de precariedad económica (2001)<sup>174</sup>, el reconocimiento de los matrimonios homosexuales (2005) y, por último, la ampliación de la protección a las parejas de hecho ya mencionada (2007).

Asumiendo este enfoque, interesa examinar dos novedades importantes de la reforma introducida por la ley 40/2007, de 13 de julio de 2006 que plasmó el contenido del Acuerdo Social de 13 de julio firmado por el Gobierno, Sindicatos y patronal.

Una primera es el reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho y otra segunda novedad, introducida a iniciativa del legislador pues no se preveía en el pacto suscrito por los agentes sociales, consiste en restringir el derecho a la pensión del ex cónyuge a los supuestos en que cobrase pensión compensatoria del causante en el momento del fallecimiento.

El reconocimiento de la pensión de viudedad a las formas de convivencia estable fuera del matrimonio es una respuesta tardía a una demanda social creciente de la que ya se habían hecho eco la mayoría de las normativas autonómicas reconociéndoles un marco jurídico equiparable al del matrimonio.

En todo caso, esta diferencia de trato normativo entre una pareja u otra según medie o no la celebración del matrimonio había sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional en muchas ocasiones (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, 29/1991, de 14 de febrero, 66/1994, de 28 de febrero o 39/1998, de 17 de febrero) sobre la base de los siguientes argumentos: a) la exclusión del miembro superviviente de la pareja de hecho de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad no vulneraba el derecho al libre desarrollo de la personalidad previsto en el art. 10 CE pues el legislador no limitaba o impedía la convivencia

---

<sup>174</sup> Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre (BOE de 31 de diciembre)

more uxorio ni tampoco imponía la celebración del matrimonio, b) tampoco tal distinción legal infringía el derecho a la protección a la familia del art. 39 CE ya que la medida afectaba a los integrantes de una unión estable de convivencia pero no a su condición de padres pues la Constitución protege a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (art.39.2 CE); c) la vinculación de una serie de derechos al matrimonio, institución prevista en el art. 32 CE, era una diferencia de trato que no podía considerarse discriminatoria o arbitraria. A estos argumentos el Tribunal Constitucional añadía el de la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y el razonamiento tantas veces esgrimido del amplio margen de libertad de la que dispone el legislador a la hora de configurar el sistema de la Seguridad Social en atención a las “circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales” (STC 184/1990, de 15 de noviembre).

El Tribunal Constitucional- tal como señala el voto particular del magistrado Lopéz Guerra- se abstiene de aplicar el criterio de la proporcionalidad en este enjuiciamiento del derecho a la igualdad y más concretamente, de examinar si atendiendo a la finalidad de la norma el vínculo matrimonial como criterio de distinción era proporcional en relación a los perjuicios causados, es decir la denegación de la pensión de viudedad. Dicha denegación excede del principio de proporcionalidad desde el momento que el legislador excluye del beneficio de la pensión de viudedad a todas las parejas de hecho sin atender al mandato de protección de las situación de necesidad que contiene el art. 41 CE ni tampoco al de protección de todo tipo de familias por parte de los poderes públicos<sup>175</sup>.

Sólo los requisitos del sujeto causante son comunes a todas las prestaciones de muerte y supervivencia que se resumen en el caso de trabajador en que éste se halle en situación de alta o asimilada en el momento del hecho causante- salvo que reúna quince años cotizados- y que en caso de muerte por enfermedad

---

<sup>175</sup> Son muchos los estudios y trabajos críticos con esta doctrina del Tribunal Constitucional. Vid. recientemente en relación con la pensión de viudedad: MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/200: ¿una equiparación inviable?”, *Aranzadi Social*, núm. 17/2009, p.13.

común reúna quinientos días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante (art. 174 LGSS). No se exige, pues, período de cotización cuando la muerte se deba a accidente, laboral o no, o a enfermedad profesional.

A quien tiene la condición de cónyuge superviviente no se le exige, en cambio, ningún requisito adicional para ser beneficiario. En la concesión de la pensión no son relevantes la situación de dependencia económica respecto del cónyuge fallecido, el nivel de rentas o la existencia de hijos o familiares a cargo, por ejemplo. Excepcionalmente a partir de la Ley 40/2007, en caso de muerte tenga su origen enfermedad común sobrevenida antes del matrimonio se requiere que *“el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha de fallecimiento o, alternativamente la existencia de hijos comunes”* (art. 174.1 LGSS). Este plazo no se exige cuando quien enviuda acredite un período de convivencia con el causante que sumado a la duración de matrimonio supere en su totalidad los dos años. Si el cónyuge no superviviente no se halla en ninguna de estas circunstancias tendrá derecho a la prestación temporal de viudedad calculada del mismo modo de la pensión pero con una duración de dos años. Vemos que el legislador presume matrimonio de conveniencia en estos casos y la sospecha de fraude sólo puede ser rebatida si se dan las circunstancias señaladas.

A continuación expondré las principales características de la pensión de viudedad para miembros de las parejas de hecho prestando especial atención al tratamiento que se da a la existencia de hijos a cargo. Ya se avanza que este régimen obedece a una lógica de protección completamente distinta si se compara con la aplicada al matrimonio pues por primera vez el derecho a la pensión se vincula a la existencia de desequilibrio económico o a la situación de necesidad a raíz del fallecimiento. En toda su regulación se proyecta la sombra de la sospecha del fraude cara a la existencia este tipo de familias y que plantea problemas de constitucionalidad y de seguridad jurídica. No es de extrañar la abundante litigiosidad que han dado lugar estas nuevas previsiones sobretodo en relación a situaciones de transitoriedad cuyo contenido no analizaremos aquí (disp. adic. 3ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre).

Cara a ser beneficiario de la pensión de viudedad la LGSS define qué relaciones deben ser calificadas como parejas de hecho. La ley considera 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”* (art. 174.3 LGSS).

Además la existencia de la pareja de hecho deberá acreditarse la constitución legal de la pareja no matrimonial *“mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamiento 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 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 conforme a lo que establezca su legislación específica”*. Esta previsión tiene alcance supletorio para aquellas Comunidades que tengan Derecho Civil propio de manera que habrá que atenerse a la normativa autonómica sobre parejas de hecho en cuestión. La regulación de la constitución legal de las parejas de hecho se deja en manos o bien de la ley estatal o bien de las distintas normativas autonómicas lo que provocará un elevado grado de inseguridad jurídica<sup>176</sup>.

Los criterios empleados por la LGSS para determinar la existencia de pareja de hecho son, en resumidas cuentas, los siguientes: que los miembros de la pareja

---

<sup>176</sup> Así para MARTÍNEZ ABASCAL esta previsión plantea problemas de constitucionalidad tanto desde la perspectiva competencial, pues las CCAA entrarían a regular aspectos básicos del la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE) y esta regulación afectaría el mandato de igualdad territorial del art. 149.1.1 CE. Vid. con más detalle en MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., op.cit., p. 16.

puedan celebrar matrimonio sin impedimento legal alguno, que hayan convivido de forma notoria y estable con carácter inmediato al fallecimiento y que tal convivencia haya tenido una duración mínima de cinco años ininterrumpidos y, por último, que la pareja se haya constituido formalmente como tal, ya sea mediante inscripción en un registro de parejas de hecho o bien mediante documento público notarial, con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

Los criterios empleados son tremendamente exigentes pues no sólo se han de demostrar cinco años de convivencia sino también que la formalización de la relación se haya producido dos años antes del fallecimiento. A la vez, dichos períodos se han aplicado de forma inmediata sin que se hayan introducido períodos transitorios hasta cumplimentar su estricta exigencia.

Llama la atención que en ningún momento se haya tomado en consideración para apreciar la pareja de hecho que existan hijos que convivan y estén a cargo de la pareja. En mi opinión, la existencia de hijos en común que conviviesen y estuviesen a cargo de la pareja en el momento del fallecimiento del causante debería ser criterio suficiente para apreciar la existencia de pareja de hecho de manera que de concurrir esta circunstancia no debería exigirse ningún período de convivencia previo<sup>177</sup>.

Igualmente debería apreciarse pareja de hecho en caso de familias recompuestas siempre que se pruebe que ambos miembros de la pareja convivían y se hacían cargo de los hijos aportados por uno de ellos.

A diferencia del régimen aplicable al matrimonio en el caso de la pareja de hecho la dependencia económica o la falta de recursos no se presume por el mero del hecho del fallecimiento sino que debe ser probada por el beneficiario. Junto a los requisitos que han de concurrir en la determinación de la pareja de hecho el

---

<sup>177</sup> Así lo han entendido las leyes autonómicas de parejas de hecho que han exigido un período de convivencia de la pareja para considerarla como tal: así, por ejemplo, en Cataluña la ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil, relativo a la persona y a la familia (que sustituye a la anterior Ley 10/1998, de 15 de julio, de unión de parejas estables).

legislador añade otros de carácter económico de manera que para causar la pensión la pareja de hecho debe acreditar *“que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por 100 de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por 100 en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad”*.

Por tanto, las parejas que hayan convivido de hecho con el causante tendrán derecho a la pensión siempre que, teniendo hijos con derecho a prestación orfandad, los ingresos aportados a la unión no matrimonial durante el año natural anterior no superasen la mitad de la suma de los suyos y los del causante. En cambio de no existir hijos la aportación no puede superar la cuarta parte del total de ingresos de la pareja. Con esta regla se pretende demostrar el desequilibrio económico producido por la muerte de la persona causante pues existía una dependencia económica de los familiares supervivientes respecto de los ingresos de la persona fallecida. Pero en ningún caso esta regla determina situación real de necesidad pues este caso se puede dar en parejas con un alto nivel económico<sup>178</sup>.

En todo caso la pareja sobreviviente tendrá derecho a la pensión *“cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará 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”*.

Este límite de ingresos se inscribe más en la línea de una prestación asistencial que de una prestación contributiva. Por lo demás, el límite de ingresos será exigible durante todo el período de percepción aunque no parece que la superación del límite de ingresos por parte del beneficiario sea causa de extinción

---

178Cfr. MENENDEZ SEBASTIÁN, P., “La pensión de viudedad entre la contributividad automática y la asistencialidad contributiva”, *Justicia Laboral*, núm. 41, 2010, p. 17.

de la pensión. La nueva redacción del art. 174.4 LGSS menciona solamente como causa de extinción, salvo excepciones reglamentarias, la celebración de nuevo matrimonio y la constitución de la pareja de hecho.

La pareja de hecho sobreviviente con hijos a cargo sólo podrá acceder a la pensión si su aportación a la unidad familiar no sobrepasaba la mitad de ingresos. El hecho que el viudo/a tenga que asumir las cargas familiares en solitario no es motivo por sí solo suficiente para acceder a la pensión. Será necesario que concurra la dependencia económica o bien que no se alcance un nivel de recursos verdaderamente bajo. Creemos que el requisito de dependencia económica sólo se debería exigir en su caso a la pareja sobreviviente sin hijos pero cuando existen hijos a cargo la vía de acceso a la pensión es excesivamente restrictiva teniendo en cuenta los gastos que comporta asumir en solitario la educación y crianza de los hijos.

El legislador ha creado dos regímenes de acceso a la pensión de viudedad totalmente distintos según haya o no vínculo matrimonial. Me sumo a la opinión de otros autores<sup>179</sup> que creen que este trato desigual no tiene justificación objetiva y razonable y vulnera el principio de igualdad pues el legislador, a diferencia de los matrimonios, deniega el acceso a la protección a muchas parejas de hecho pese a que concurren idénticas situaciones de necesidad en ambos casos (art. 41 CE) y que son familias susceptibles de ser protegidas por los poderes públicos (art. 39 CE)

Por lo que respecta a los ex-cónyuges supervivientes se les exige dependencia económica de la persona fallecida aunque expresada de forma muy reduccionista pues tal dependencia sólo se puede manifestarse en forma de cobro de pensión compensatoria por parte del cónyuge histórico. La nueva redacción del art. 174 LGSS sólo reconoce como beneficiarios a las persona divorciadas o separadas judicialmente que al tiempo del fallecimiento del causante no sean acreedoras de la pensión compensatoria prevista en el art. 97 CC o bien, en caso de nulidad matrimonial de la indemnización prevista en el art. 98 del Código Civil).

---

<sup>179</sup> Vid. por todos MARTINEZ ABASCAL, V.A., “Las parejas de hecho...”, op.cit., p. 17.

La introducción de este requisito tan estricto deja fuera a muchas personas potencialmente beneficiarias de la pensión de viudedad y ha dado lugar, coincidiendo con su entrada en vigor, a abundante litigiosidad y a disparidad de pareceres<sup>180</sup>.

La pensión de viudedad se concibe en estos supuestos como una prestación sustitutoria de una renta cuya función es compensar el desequilibrio económico entre los cónyuges como consecuencia de la ruptura matrimonial. Esta figura está prevista para los cónyuges, casi todas mujeres que se han hecho cargo de las tareas no remunerada y que no han realizado, o lo han hecho muy marginalmente, actividad profesional. La pensión puede tener su origen el un pacto introducido por las partes en el convenio regulador o bien por decisión judicial a instancia de parte.

La exigencia que el fallecimiento del causante de lugar a la extinción del pago de la pensión compensatoria excluye de la protección de la pensión de viudedad aquellos casos en que se pactó una pensión compensatoria de carácter temporal o bien se optó por sustituir dicha pensión por la liquidación de un bien con ocasión de la ruptura matrimonial, por ejemplo. La pensión de viudedad viene a sustituir una figura que, a diferencia de la obligación de alimentos, tiene carácter dispositivo y rogatorio de manera que sólo se podrá exigir si ha habido acuerdo entre las partes o una de ellas la ha reclamado judicialmente. En muchas ocasiones la pensión compensatoria no se solicitó por la falta de capacidad económica del posible deudor pues se trata de una figura que no como fin cubrir situaciones de necesidad como ocurre con las obligaciones de alimentos sino que está pensada para matrimonios con rentas altas. Pero también hay que considerar las circunstancias concurrentes y el momento emocional vivido en el momento de la separación. Así los primeros pronunciamientos en aplicación de esta reforma

---

<sup>180</sup> Inicialmente algunos pronunciamientos entendieron que la nueva regla no introducía un requisito de acceso a la pensión para los excónyuges sino que declaraba la incompatibilidad del cobro de la pensión compensatoria con la pensión de viudedad cuando coincidía en una misma persona la condición de acreedor de la pensión y causante de la prestación, vid. al respecto la SJS de 28 de agosto de 2008).

han matizado la exclusión de los excónyuges en los casos en que hubo violencia de género con ocasión del divorcio<sup>181</sup>.

Atendiendo a esta doctrina, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, ha reconocido el derecho a la pensión a las personas víctimas de la violencia de género que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, puedan acreditar que en el momento de la separación judicial o el divorcio eran víctimas de este tipo de violencia por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. La plasmación del desequilibrio económico a través de la pensión compensatoria es en todo caso una fórmula poco satisfactoria pues “ni están todos lo que son ni son todos lo que están”. Probablemente el legislador debería atender a otros criterios como son la duración del matrimonio, el tiempo que ha pasado desde el fallecimiento a la separación, la edad del excónyuge superviviente y, en su caso, la existencia de hijos a cargo para evitar así situaciones de injusticia social pues aunque tienen derecho a la pensión de orfandad no son éstas cuantías suficientes.

Algunos autores<sup>182</sup> han alegado como motivo de inconstitucionalidad la ausencia de adopción de medidas transitorias ya que la reforma se aplica a separaciones y divorcios anteriores a la entrada en vigor de la norma vulnera la garantía de irretroactividad en el tiempo de la aplicación de las normas restrictivas (art. 9.3 CE). Precisamente para atemperar estos efectos negativos, el legislador, casi un año más tarde de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 ha introducido una nueva disposición transitoria en la LGSS que no aplica el requisito de ser acreedor de la pensión compensatoria a aquellas separaciones judiciales o divorcios que se hayan producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007 cuando se reúnan una serie de requisitos<sup>183</sup> y siempre que el fallecimiento del causante se produzca antes o durante el año 2009 (Disp. transit. Decimoctava LGSS).

---

<sup>181</sup> Vid. por ejemplo la SSTSJ/Cantabria de 22 de enero de 2009 (RJ 2009/278), de 15 de marzo de 2010 (JUR 2010\358287); de 19 de abril de 2010 (JUR 2010\357271).

<sup>182</sup> Cfr. PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup> A., “La pensión compensatoria y la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, núm. 21/2009, p. 5

<sup>183</sup> Concretamente que entre la fecha de divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad no hayan transcurrido más de diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además

Las reglas para determinar la pensión del excónyuge contienen una limitación importante a partir de la Ley 26/2009: la pensión de viudedad no puede superar la cuantía fijada como pensión compensatoria. Obsérvese cómo se mimetiza la prestación pública que llega a ser coincidente con la cuantía de pensión fijada privadamente por los cónyuges o, en su caso, por el juez. Con esta previsión el legislador ha querido evitar que la pensión superase la renta sustituida en caso de que se hubiese fijado una pensión compensatoria casi testimonial<sup>184</sup>. En todo caso, si la persona beneficiaria no supera el límite de rentas correspondientes puede tener derecho a un complemento por mínimos de la pensión, calculada conforme a la doctrina del Tribunal Supremo en proporción al tiempo convivido<sup>185</sup>.

La persona excónyuge del causante no podrá acceder a la pensión o bien si ya es beneficiaria perderá el derecho si contrae matrimonio o constituye pareja de hecho en los términos del art. 174.3 LGSS.

En los supuestos de concurrencia con otros beneficiarios la pensión se dividirá entre éstos en proporción al tiempo de convivencia- curiosamente no se especifica que sea la matrimonial- con la novedad de que se garantiza al cónyuge o pareja de hecho que conviva en ese momento con el causante el 40% de la pensión.

La ruptura de la pareja de hecho no ocasiona para las exparejas, en cambio, el derecho a la pensión por viudedad. De nuevo el legislador se aleja de la lógica

---

concurra en el beneficiario algunas de las condiciones siguientes: a) la existencia de hijos comunes en el matrimonio, b) que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha de fallecimiento del causante de la pensión.

<sup>184</sup> Cfr. 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", *Aranzadi Social* núm. 1/2010, p. 6.

<sup>185</sup> La distribución de la pensión de viudedad entre varios beneficiarios se fija en atención a las reglas fijadas por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina por la STS de 21 de marzo de 1995 (RJ 1995\2171), según la cual el excónyuge sólo tiene derecho por previsión legal a la parte proporcional de la pensión en función del tiempo de convivencia matrimonial pero no concurre en la distribución de la pensión con el cónyuge beneficiario único titular de la pensión y, por tanto, único con derecho a acrecimiento de la cuantía en caso de que dejase de existir el excónyuge beneficiario. Esta regla de reparto basada en el tiempo de convivencia se aplica también para determinar el complemento por mínimos de la pensión concurra o no un viudo/a beneficiaria, STSS de 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994\7256); de 17 de septiembre de 2008 (RJ 2008/7213).

protectora ante situaciones de necesidad pues aunque no exista normativa estatal que regule la pensión compensatoria para las parejas de hecho es evidente que de la ruptura de convivencia de la pareja de hecho puede derivarse un desequilibrio económico para uno de los miembros de la pareja en los mismos términos que en las uniones matrimoniales. Por ello los Tribunales del orden civil reconocen indemnizaciones por compensación a la otra persona miembro de la pareja en caso de ruptura de convivencia ya sea por la vía del enriquecimiento injusto, por aplicación analógica del art. 97 Cc o por el criterio la responsabilidad civil extracontractual<sup>186</sup>. Ello sin perjuicio de la posibilidad que tienen las partes de pactar libremente dicha compensación en caso de ruptura.

Las nuevas condiciones de acceso del excónyuge exigen, pues, la existencia de desequilibrio económico motivado por la ruptura matrimonial y materializado a través del cobro de la pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante. Este nuevo criterio para otorgar la pensión es más restrictivo pero no se reorienta a situaciones de necesidad: la pensión compensatoria puede establecerse en rupturas matrimoniales en los que ambas partes tienen rentas altas. Por el contrario en caso de poca capacidad económica del matrimonio no se pactará esta compensación tras su separación o divorcio pese a que exista dicho desequilibrio y la persona excónyuge se halle en situación de necesidad.

## **2. El planteamiento de futuras reformas de la pensión de viudedad y el papel social de la mujer**

La pensión de viudedad es la prestación de la Seguridad que tras la aprobación de la Constitución ha experimentado un mayor desajuste con la realidad social que regula al haber sido forjada sobre un modelo de familia y sobre un papel de la mujer en la sociedad que ya han dejado de ser los predominantes. La participación creciente de la mujer en las actividades remuneradas, el cambio habido en sus

---

<sup>186</sup> El criterio de aplicación legal ha sido muy debatido en la jurisprudencia con continuos cambios de criterio. El Tribunal Supremo en casación civil cambió su doctrina anterior y mantiene la aplicación al caso individual del principio general de enriquecimiento injusto en vez del criterio de aplicación analógica de la pensión compensatoria del art. 97 Cc. Que venía reconociendo hasta entonces el propio Tribunal Supremo (STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7148)).

expectativas vitales así como en los planteamientos familiares han puesto en cuestión la configuración del régimen legal de la pensión de viudedad.

En la medida que la mayoría de personas beneficiarias de esta pensión son mujeres dado su mayor esperanza de vida y que en los rasgos configuradores de la protección tenga un papel determinante la asignación de roles sociales a mujeres y hombres será conveniente analizar la pensión desde la perspectiva género.

Esta prestación inicialmente fue concebida tanto en el ordenamiento español como en otros de nuestro entorno con el objeto de cubrir las necesidades de la mujer que se había dedicado gran parte o toda su vida a atender a los hijos y a las tareas del hogar y que tras la muerte del marido único proveedor de ingresos en la familia quedaba como norma general en situación de desamparo. En palabras del Convenio núm. 102 de la OIT sobre norma mínima de Seguridad Social (1952) la *“contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia”* (art. 60).

En coherencia con esta visión paternalista, la regulación establecía condiciones de acceso más gravosas para el viudo que sólo podía beneficiarse de la pensión en caso de que no estuviese en condiciones de poder trabajar. En año 1983, el Tribunal Constitucional (SSTC 103/1983, de 22 de noviembre y 104/1983, de 23 de noviembre) declaró inconstitucional esta regulación por discriminatoria para el hombre e igualó las condiciones de acceso a la pensión para los viudos. Fue una decisión importante que ejemplifica a la perfección la concepción formal y bilateral del derecho a la igualdad característica de aquella etapa de la jurisprudencia constitucional<sup>187</sup>. De ahí que el Tribunal Constitucional descartase la posibilidad de legitimar el trato legal desigual en base a la situación de infraprotección de la mujer frente a la Seguridad Social. Sin embargo, fue una resolución importante - aunque no innovadora pues ya existían precedentes en la jurisprudencia de otros

---

<sup>187</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “.:” Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1993, T.I, pág.20.

Tribunales Constitucionales europeos- en cuanto que transformó la naturaleza protectora de la pensión pues ya no se circunscribía a a la realidad sociológica descrita sino que se extendía a todos los viudos la mayoría de ellos no dependientes económicamente de sus esposas<sup>188</sup>. Esta modificación tuvo, por otra parte, efectos positivos para las mujeres pues con ello se dotaba de igual valor a las cotizaciones de la esposa fallecida que a las del hombre lo que venía a reconocer la faceta de la mujer como trabajador y no sólo como ama de casa.

Más allá de esta polémica, la controversia y el debate en torno a la pensión de viudedad sigue girando sobre cuál es el papel que debe jugar la protección económica de la mujer por parte de la Seguridad Social. El carácter de derecho derivado de esta pensión es contrario a la tendencia cada vez mayor a una individualización de los derechos y, en consecuencia, a la idea de que la mujer debe acceder por derecho propio a la protección social<sup>189</sup>. La necesidad social que venía a cubrir ha dejado de ser la predominante para las mujeres españolas que se incorporaron al mercado de trabajo de forma mayoritaria a partir de la década de los ochenta. Dicha incorporación ha ido creciendo de forma constante como prueba que en 2010 la tasa de actividad de las mujeres españolas en la franja de edad entre 25 y 55 años alcanza el 77,90% y que no se percibe un descenso notable de la actividad por razón del estado civil. Esta proporción continúa siendo notablemente inferior que la de los hombres en la misma franja de edad (92,54%) pero se corresponde con la media de la Unión Europea.

Ahora bien, estas cifras contrastan con el porcentaje de mujeres mayores de 55 años que están activas en el mercado de trabajo, verdaderamente baja comparándola con la de otros países ya que a penas alcanza el 48%. En España por razones históricas, la gran mayoría de mujeres que en la actualidad alcanzan la edad de jubilación no han generado pensiones por derecho propio sino que son

---

<sup>188</sup> Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F., "La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas para su reforma", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, p.13

<sup>189</sup> Cfr. BROCAS, A.M., "L'individualisation des droits sociaux", *Recherches et Previsions*, núm. 55, 1999, p.12.

titulares de pensiones de viudedad o bien acceden a las pensiones no contributivas de vejez.

La necesidad de renovación pensión de viudedad se ha debatido en nuestro país así como en la mayoría de países de nuestro entorno que han emprendido reformas de alcance diverso pero en su mayoría de signo restrictivo.

La mayoría de reformas llevadas a cabo en otros países europeos han endurecido las condiciones de acceso a la pensión o bien han limitado su duración. En la mayoría de legislaciones europeas la prestación no se concede de forma automática con la muerte del causante sino que se condiciona a que la persona que enviude se halle en situación de necesidad y/o que tengan responsabilidades familiares.

Otros países han emprendido reformas más radicales sustituyendo la tradicional pensión de viudedad por otras que protejan a los padres/madres que críen a sus hijos solos como es el caso de Australia o bien el caso de Dinamarca que suprimió esta prestación pero introdujo una pensión de vejez anticipada condicionada a la carencia de ingresos suficientes para las personas- hombres y mujeres- entre 50 y 67 años de edad<sup>190</sup>.

Los informes parlamentarios que desarrollan los Pactos de Toledo de 2003 y 2010 ponen de manifiesto la necesidad de corregir la disfuncionalidades que se observan en la actualidad lógica protectora de la pensión. Así en el año 2003 la Comisión del Pacto de Toledo señaló la necesidad de reforzar la protección en el caso de viudas a cargo y mujeres mayores de 65 años cuando la careciesen de ingresos suficientes y la pensión de viudedad constituyese la principal fuente de ingresos. La propuesta realizada en 2010 plantea una reforma en profundidad de la pensión de manera que los parlamentarios plantean la posibilidad de que el legislador adopta criterios específicos de acceso como la “edad, renta, hijos o compatibilidades” mantendiéndose el carácter contributivo de la pensión.

---

<sup>190</sup> *Social Security and Social Protection: Equality of Treatment between Men and Women*, 21-25 november 1994, International Labour Organization, TMESSEE/1994.

Por su parte, el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social que acordó el Gobierno con las partes sociales, y que inspiró la reforma de 2007, habla de reconducir la finalidad protectora de la pensión de viudedad a *“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”*. En ningún momento las partes sociales hacen referencia a la cobertura de situación de necesidad sino a la existencia de dependencia económica, es decir, a que el fallecimiento del causante produzca un desequilibrio económico en la economía familiar independientemente del nivel de rentas de la familia.

El propio Acuerdo prevé la “reformulación” amplia de la pensión de viudedad para aquellos nacidos con posterioridad a uno de enero de 1967 tras la realización de un estudio y futura negociación de las partes sociales. Son muchas las incógnitas abiertas en cuanto al alcance que habrá de tener tal reformulación. Entre otras cuestiones, cabe preguntarse si la pensión de viudedad seguirá funcionando como hasta ahora como una renta sustitutiva de ingresos con una tasa de sustitución baja, si esta función sustitutiva se va a condicionar a la existencia de un desequilibrio económico o bien si tal reformulación va a ser planteada en términos más radicales y la pensión va a garantizar unos ingresos mínimos ante situaciones constatadas de necesidad<sup>191</sup>.

En la línea con reformas recientes y con la intención de las partes sociales de que en el futuro la pensión de viudedad sustituya las rentas del causante que contribuía efectivamente al sostenimiento de las cargas familiares es del todo probable que el legislador derogue la presunción automática de situación de necesidad por el mero fallecimiento del cónyuge. Los requisitos de dependencia económica o de insuficiencia de ingresos que se exige a las parejas de hecho para acceder a la pensión de viudedad podrían extenderse a los viudos/viudas nacidos

---

<sup>191</sup> Vid sobre los planteamientos propuestos por la doctrina en relación a la futura configuración de la pensión de viudedad son múltiples, PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J., “Doctrina constitucional y evolución de la cobertura de la pensión de viudedad en España”, *Relaciones Laborales*, núm. 6 2010, p. 27.

en la década de los sesenta aunque de seguir esta vía sería recomendable que se tuviesen en cuenta otros elementos que acentúan la situación que de concurrir acentuarían su situación de necesidad como son la edad, la discapacidad o la existencia de hijos a cargo<sup>192</sup>. De ser así se realizaría una uniformización a la baja de los dos regímenes.

A la espera de esta futura reforma el régimen de la pensión de viudedad ha experimentado hasta ahora modificaciones puntuales de carácter parcial que, en mi opinión, han ahondado más en la falta de coherencia interna de esta prestación ya que se mezclan rasgos típicamente contributivos con los asistenciales y sobretudo, porque se regula un régimen totalmente distinto según sean los viudos/as los beneficiarios o bien los miembros supervivientes de las parejas de hecho..

Queda pendiente todavía un replanteamiento más global respecto de la necesidad de otorgar protección suficiente a las mujeres que enviudan dentro de un contexto de feminización de la pobreza. Sobre este último punto aunque algunas reformas han incrementado las cuantías de las pensiones<sup>193</sup>, dichas cuantías son las más bajas de media del sistema lo que no contribuye erradicar el fenómeno de la feminización de la pobreza para las mujeres mayores. En los pactos del Toledo de 1995 todos los políticos recomendaron reforzar la solidaridad aumentando las pensiones de viudedad de menores ingresos (recomendación núm. 12).

En cuanto a la existencia de hijos es cierto que los huérfanos tienen derecho a la pensión de orfandad cuyo pago es asignado al otro progenitor hasta que éstos cumplan la mayoría de edad pero debería de incrementarse la pensión en caso de que la persona superviviente tenga hijos a cargo. Se prevé también que en

---

<sup>192</sup> Factores en la asignación de la pensiones que son recogidos mayoritariamente en los regímenes de pensión de viudedad de países europeos de nuestro entorno. Vid. un estudio comparado en OJEDA AVILÉS, A., "Reformulación de la pensión de viudedad", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, p. 333 y ss.

<sup>193</sup> Así, ha habido aumentos en el complemento de la pensión mínima para las viudas con cargas familiares que se ha equiparado a las pensiones mínimas de jubilación para menores de 65 años y, por otra parte se ha aumentado el porcentaje aplicable a la base reguladora del que ha pasado del 45% al 52%.

determinadas circunstancias- cuando cónyuge superviviente tiene cargas familiares, carece de rentas suficientes y la pensión de viudedad constituye su fuente principal de ingresos- la persona que enviuda tendrá derecho a un 70% de la pensión en vez del 52%. Aunque si descendemos al detalle de esta regulación finalmente la mayoría de personas que se hallen en las circunstancias descritas no cobrarán ese porcentaje del 70% porque se fija un importe máximo: la pensión de viudedad no puede superar el resultado de sumar al límite de ingresos del complemento para las pensiones el importe de la pensión mínima de viudedad para cargas familiares. En caso contrario la cuantía de la pensión de viudedad se reduce a fin de no superar dicho límite (art. 31 RD 3158/1966, de 23 de diciembre, conforme a redacción dada por el Real Decreto 1465/2001). Por otro lado, en ningún caso el legislador tiene en cuenta la existencia de familiares dependientes<sup>194</sup>.

La suma de la pensión de viudedad y las de orfandad causadas por una misma persona no pueden superar el 100% de la base reguladora. Desde el 2007 la LGSS permite rebasar este límite cuando el porcentaje a aplicar a la pensión de viudedad sea el 70% *“si bien, en ningún caso, la suma de las pensiones de orfandad podrá superar el 48% de la base reguladora”*(art.179.4 LGSS).

Las principales críticas que se hacen al régimen de la pensión de viudedad es que puede dar lugar en algunos casos a situaciones de sobreprotección cuando el cónyuge sobreviviente cobra rentas muy altas pero que en la mayoría de situaciones está destinada a cubrir la pérdida de ingresos que contribuían de forma efectiva a la economía familiar que se resiente con este hecho. En todo caso, la pensión de viudedad no sigue una lógica de protección de situaciones de necesidad pues no cubre a todas las situaciones de monoparentalidad derivadas de fallecimiento ya sea porque deben cumplirse una serie de requisitos contributivos o profesionales o bien por la estricta concepción de pareja de hecho que fija la ley. Sería recomendable que España adoptase en el futuro la línea

---

<sup>194</sup> Cfr. LÓPEZ LÓPEZ, J., “Conciliación y sistemas de Seguridad Social y dependencia (2006): la corresponsabilidad desde la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 1, 2008, p.85.

seguida en reformas implantadas en otros países de transformar la pensión de viudedad en una prestación que cubriese las situaciones de monoparentalidad sobrevinida en que concurriese situación de necesidad aunque se tratase de una prestación temporal que facilitase a los familiares sobrevivientes el tránsito de situación familiar a otra. Este apoyo debería facilitar también la integración laboral de las viudas con hijos que han estado distanciadas del mercado de trabajo lo que implican la adopción de una serie de medidas van más allá de la prestación económica (participación en cursos de formación, facilidades de intermediación laboral, atención preferente en servicios de atención a hijos y familiares dependientes, etc.)<sup>195</sup>.

Por último no está demás recordar que cualquier reforma de la pensión debe tener en cuenta muy especialmente cuál va ser su impacto de género que conllevará y, cómo va a quedar en términos globales la protección económica de la mujer y si ello puede contribuir a que la distancia del nivel de protección en la vejez se haga más grande entre hombres y mujeres. Cabe recordar que pese a los progresivos avances de la mujer no está garantizada una equiparación con el hombre en parte por las asunciones de rol social y a la vez por situaciones de discriminación salarial en el mercado de trabajo. Es más la tendencia a reforzar la contributividad del sistema legal de pensiones supone expulsar a muchas mujeres de ciertos beneficios de la protección- lo que podríamos denominar núcleo duro de la protección contributiva- sin que se hayan previsto compensaciones que suavicen este refuerzo de la contributividad más allá de las mejoras en la protección de la pensión mínima y el reconocimiento ficticio de cotizaciones en situaciones de excedencia.

### **3. La pensión de orfandad**

Son beneficiarios de la pensión de orfandad cada uno de los hijos del causante, en régimen de igualdad y cualquier que sea la naturaleza de la filiación, siempre que al fallecer éste sean menores de edad o bien, sin que se fije tal límite de edad cuando

---

<sup>195</sup> Cfr. LÓPEZ LÓPEZ, J., op. cit., p.95.

tengan reducida su capacidad laboral en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (arts 175 LGSS y 9.1 RD 1647/1997, de 31 de octubre).

Los huérfanos pueden beneficiarse de esta pensión hasta los 22 años de edad o bien hasta los 24 en caso de que sean huérfanos absolutos o que presenten una discapacidad en un grado igual o superior al 33%. A partir de la mayoría de edad el cobro de la pensión se condiciona a que la persona huérfana no reciba ingresos profesionales en cómputo anual superiores al SMI. En caso de que la persona huérfana realizase una actividad profesional cuyos ingresos sobrepasasen el límite señalado la pensión de orfandad quedará en suspenso mientras que subsista dicha situación.

También pueden beneficiarse de la pensión los hijos aportados al matrimonio por el cónyuge sobreviviente cuando cumplan los siguientes requisitos: que el matrimonio se hubiera celebrado dos años antes del fallecimiento del causante, hubieran convivido a sus expensas y además no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil (art. 9.3 RD 16447/1997).

Merece hacer algunas observaciones respecto al ámbito subjetivo de protección y los requisitos para acceder a la pensión de orfandad. En primer lugar, la orfandad es una situación protegida por una prestación contributiva por lo que no protege toda situación de necesidad que se presente a los hijos derivada de la muerte de uno o de ambos progenitores. Por mucho que los requisitos profesionales y contributivos hayan sido flexibilizados por las últimas reformas estas prestaciones se causan sólo si la persona fallecida trabajaba y cumplía los requisitos contributivos. Las prestaciones no contributivas estatales tampoco prevén protección para los supuestos que por razón de marginalidad o exclusión social los progenitores fallecidos no realizaban actividad profesional encuadrable en la Seguridad Social. En estos casos que dan lugar a situaciones de pobreza infantil serán las Comunidades Autónomas serán la que en su caso puedan cubrir los huecos en la protección de la Seguridad Social. Precisamente la Comisión del Pacto de Toledo propone que se cree una nueva pensión no contributiva de

orfandad con el objeto de cubrir algunas de las lagunas de la protección no contributiva.

Las edades que son susceptibles de ser protegidas no reflejan la edad real de independencia económica de los jóvenes españoles. Significativamente las normas de Seguridad Social consideran como cargas familiares los hijos hasta los 26 años, lo que demuestra una falta de coherencia respecto a cuál es la edad susceptible de ser protegida por las normas de la Seguridad Social.

### **3.1. La protección de la orfandad por la Seguridad Social en caso de hijos de pareja de hecho**

Cabe recordar que el art. 39.2 CE prohíbe la discriminación por razón de estado civil y por razón de filiación. En coherencia con este mandato, el régimen de la pensión de orfandad considera relevante la relación paterno-filial y no, en cambio el estado civil de los padres. El régimen legal exige la filiación legal, sea biológica o adoptiva y no acoge otras situaciones como el acogimiento aunque tenga carácter preadoptivo o permanente (vid. sobre la constitucionalidad de esta exclusión en un caso de acogimiento familiar permanente por parte de los abuelos en la STS de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004\8008))

El art. 175 LGSS prevé también igualdad de trato independientemente del origen de la filiación. Sin embargo, la equiparación entre hijos adoptivos y biológicos se produjo tardíamente. Así, el Tribunal Constitucional declaró nula por vulneración de los arts. 14 CE y 39. 2 CE la norma de la Ley de Clases Pasivas del Estado (Real Decreto Legislativo 670/1987) que exigía para causar la pensión de orfandad que la adopción se hubiese llevado a cabo dos años antes de la muerte del causante (STC 46/1999, de 22 de marzo)).

Recientemente se ha planteado ante los Tribunales las diferencias de protección existentes entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Obviamente los hijos de parejas de hecho acceden en igualdad de condiciones que los hijos matrimoniales a la pensión de orfandad. Ahora bien las familias con hijos que sobreviven al causante no reciben el mismo trato desde la Seguridad Social según haya

mediado o no el matrimonio. La adopción de esta perspectiva sitúa el foco de atención en la cobertura de las necesidades del hijo tras el fallecimiento de uno de los padres, existe o no matrimonio. Los recursos ante los Tribunales Superiores de Justicia en los que se solicitaba derecho a acrecimiento de la cuantía de la pensión de viudedad para los huérfanos de familias no matrimoniales dieron lugar a fallos contradictorios por parte de los Tribunales Superiores de Justicia. El Tribunal Supremo en unificación de doctrina denegó el acrecimiento de la pensión a los hijos huérfanos de uno de los miembros de la pareja de hecho fundamentando su decisión en que la legislación art. 17.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967) sólo contemplaba tal acrecimiento en los supuestos de orfandad absoluta, es decir, cuando no sobreviviese ninguno de los dos progenitores y que de tal situación se derivaba una situación más grave que la del hijo de la madre soltera que vive (STS de 23 de febrero de 1994 (RJ 1994\5343)).

Esta doctrina del Tribunal Supremo ha sido corregida por el Tribunal Constitucional (SSTC 154/2006, de 22 de mayo y 200/2001, de 4 de octubre) que aprecia en esta interpretación discriminación indirecta por razón de filiación de los hijos no matrimoniales siendo el término de comparación los hijos matrimoniales cuyas familias tienen derecho a todas las prestaciones previstas por la LGSS por fallecimiento del causante y que atienden, en consecuencia a las necesidades familiares.

El Tribunal Constitucional realiza una interpretación más respetuosa<sup>196</sup> con el mandato de protección integral de los hijos independientemente de su filiación y con la salvaguarda del principio de proporcionalidad entre la medida y la finalidad pretendida (arts. 39.2 y 14 CE).

El RD 296/2009 ha modificado el régimen del derecho a incremento de la pensión de orfandad y de las indemnizaciones especiales a tanto alzado de manera que menciona expresamente el hecho que a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad (art. 38 D 3158/1966, de 23 de diciembre).

---

<sup>196</sup> Asumida en posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo (SSTS de 9 de junio de 2008 (RJ 2008\4226), de 24 de septiembre de 2008 (RJ 2008\5658)).

Se trata de una reforma importante que intenta cubrir los déficits de protección que tienen los hijos huérfanos de miembros de parejas de hecho pues en caso de fallecimiento de uno de los progenitores a ésta familia sólo se les asignaba las prestaciones de orfandad sin que tuviesen derecho a acrecimiento de la pensión pese a tratarse de situaciones de necesidad equiparables a la situación de las familias con hijos matrimoniales existiendo un agravio comparativo en cuanto a con los hijos matrimoniales. Este acrecimiento resulta igualmente aplicable en los casos en que los progenitores no eran pareja y vivían separados.

Como ya hemos señalado se exige una la relación filial con el causante no se exige convivencia con éste ni que el hijo viva su cargo, basta con que el hijo haya sido reconocido por el causante y se deriven, en consecuencia de tal parentesco obligaciones de alimento.

Cuando el hijo es huérfano de un sólo progenitor conocido se asimila su situación a la del huérfano absoluto (art. 38 D 3158/1966, de 23 de diciembre). Se trata de una asimilación que se da normalmente en las familias monoparentales de madres solteras y que es conforme con el mandato de protección integral de los hijos.

#### ***VIII. PRESTACIONES LIGADAS A DERECHOS DE CONCILIACIÓN: MATERNIDAD, PATERNIDAD Y CUIDADOS DE MENORES HOSPITALIZADOS POR ENFERMEDAD GRAVE***

##### **1. La evolución de las políticas normativas del permiso de maternidad y paternidad**

Las prestaciones de maternidad y paternidad, al igual que otras prestaciones ligadas al ejercicio de derechos de conciliación, son prestaciones que tienen como objeto proteger económicamente a los padres trabajadores que disfrutan de un período de descanso laboral para el cuidado de los hijos o, en su caso, de familiares dependientes. El disfrute de dicho permiso es incompatible con la dedicación profesional a tiempo completo o parcial.

Las condiciones de acceso a estos permisos- y, en su caso, a las prestaciones- no distingue según el origen matrimonial o no de los hijos ni tampoco en relación al estado civil de los cónyuges. Teniendo en cuenta que no existen discriminaciones directas en esta legislación por dichos motivos, el análisis de la prestación lo enfocaremos desde la perspectiva de las necesidades específicas de las familias monoparentales y más concretamente, examinaremos si la legislación de Seguridad Social ha tomado en consideración otras realidades familiares.

Es conveniente también realizar un análisis desde esta prestación desde la perspectiva de género y, en concreto, de cuáles son las facilidades y ventajas concedidas para que las mujeres que ejercen estos derechos no encuentren obstáculos en su carrera profesional. Dadas las mayores dificultades de conciliación que plantean las situaciones de monoparentalidad es importante un planteamiento flexible en la regulación de los permisos atendiendo a las necesidades de la persona trabajadora

En cuanto a la promoción de un reparto equilibrado del cuidado de los hijos entre mujeres y hombres ya avanzamos que las soluciones serán distintas según se trate de familias monoparentales en sentido estricto donde sólo hay una madre o padre solteros que se haga cargo de los hijos o bien en el caso de que haya dos progenitores independientemente de su estado civil (solteros, divorciados, etc.). En este último caso los padres convivan o no con los hijos son titulares de los derechos de conciliación previstos en las mismas condiciones que los progenitores casados.

## **2. La extensión del ámbito protección: un recorrido por las principales reformas**

El permiso de maternidad ha ido adaptándose a las nuevas realidades familiares y necesidades sociales a través de las sucesivas reformas. Junto a la finalidad clásica de protección de salud de la madre y el recién nacido el legislador ha incorporado otros criterios o principios que guían su régimen legal como son la igualdad de oportunidades para las mujeres en el empleo y la mejor adaptación de

las obligaciones laborales a la vida familiar y laboral en clave de corresponsabilidad.

No fue hasta 1994 que las normas de Seguridad Social regularon de forma separada la contingencia de maternidad de la protección por enfermedad pues hasta entonces la primera se consideraba una alteración de la salud y ambas situaciones compartían un régimen unitario en cuanto requisitos de acceso a la prestación, cuantía de la prestación, etc. Se observa un largo recorrido desde el primer Estatuto de los Trabajadores donde sólo se contemplaba la maternidad biológica y no se preveía la participación del padre hasta el régimen actual pues las reformas posteriores han incidido en la ampliación de las situaciones protegidas extendiéndolas a nuevas realidades familiares (con la inclusión de la maternidad adoptiva y el acogimiento y la equiparación de los progenitores heterosexuales con los homosexuales); en una mayor flexibilidad en el uso y disfrute del permiso (por ejemplo, estableciendo la posibilidad de disfrute simultáneo de ambos padres del permiso y de acogerse a un disfrute a tiempo parcial del permiso ) y en una mayor participación del padre en el cuidado de los hijos durante el permiso aunque siempre a opción de la madre quien es la titular del derecho en los casos de maternidad biológica(sobre todo al permitir la posibilidad de que el padre a opción de la madre pudiese disfrutar de hasta diez semanas de permiso frente a las cuatro de la regulación anterior).

A la vez las reformas laborales y de Seguridad Social han facilitado el acceso a la prestación económica, han ampliado la duración del permiso en ciertos supuestos y han mejorado su cuantía. Resumimos brevemente este proceso expansivo, siguiendo la trayectoria cronológica de una serie de reformas legales que han incidido de forma importante en la extensión de la protección de la maternidad en clave de conciliación e igualdad de oportunidades.

La Ley 3/1989, de 3 de marzo, amplió de 14 a 16 semanas el permiso de maternidad, estableció las seis semanas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre en aplicación del Convenio 103 OIT e introdujo la posibilidad de que la madre cediese al padre el disfrute de hasta cuatro semanas

del permiso. Además reconoció el derecho de los padres adoptantes a disfrutar de este permiso si bien la duración era más limitada que en la maternidad biológica y variaba en atención a la edad del hijo. Por lo demás, para las excedencias por cuidado de hijo estableció la reserva de puesto de trabajo durante el primer año de la excedencia.

La Ley 4/1995, de 23 de marzo, extendió el derecho reserva de puesto de trabajo a todo el período de excedencia por cuidado de hijos e igualmente introdujo reducciones de la cotización para los contratos celebrados con las personas que cubriesen los puestos vacantes con motivo de excedencia.

Ley 42/1994, de 30 de diciembre, elevó la cuantía del subsidio de maternidad del 75% al 100% de la BR y reconoció la prestación por maternidad con la misma extensión y cobertura para todas los regímenes de la Seguridad Social.

Un avance importante se dio con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral que contempla fines de política legislativa más amplios. Se trata de la primera norma dedicada a los derechos conciliación de la vida familiar y laboral y que tuvo como principal función transponer en el ordenamiento español el contenido de las Directivas 92/85/CE sobre seguridad y salud de la trabajadora embarazada y la 96/34/CE sobre permisos parentales. La nueva ley introdujo mejoras en el régimen de permisos, excedencias y reducciones de jornadas vinculados a las responsabilidades familiares de los trabajadores. A destacar en la protección por maternidad la posibilidad de que el padre disfrute de hasta un máximo diez semanas del permiso cedido por la madre y que ambos padres lo puedan hacer de forma simultánea si así lo desean. Incluso reguló por primera vez la posibilidad de que el permiso se disfrutase a tiempo parcial combinándolo con la actividad profesional, previo acuerdo de la persona trabajador con el empresario. Se amplió el permiso por maternidad en dos semanas más por cada hijo en caso de parto múltiple y se reconoce la misma duración del permiso para los supuestos de adopción y acogimiento de menores de hasta seis años o mayores de dicha edad en casos excepcionales (que sean discapacitados o tengan especiales dificultades de inserción). Por otro lado, la ley

39/1999 amplió el derecho a la reducción de jornadas y excedencia a los trabajadores que tuviesen que ocuparse de familiares dependientes. Otra novedad importante fue la inclusión del permiso por riesgo durante el embarazo cuanto existiese un riesgo derivado del trabajo para la salud de la madre y el hijo y no fuese posible objetiva y razonablemente cambiar de funciones a la madre, el permiso se cubría con la prestación de la Seguridad Social.

La ley 39/1999 fue valorada positivamente por los iuslaboralistas dada su pretensión de mejorar la adaptación de las obligaciones laborales a las responsabilidades familiares facilitando un reparto más igualitario de los tiempos dedicados a tareas no remuneradas entre mujeres y hombres. Sin embargo la doctrina<sup>197</sup> calificó la reforma de insuficiente para hacer frente a la grave problemática de discriminación laboral de la mujer derivada de la asunción de la doble jornada familiar y laboral. Las críticas más habituales a la norma eran que ésta no acompañaba estas medidas de ningún apoyo económico con nuevas prestaciones y sobre todo que pese a estar dirigida formalmente tanto a mujeres como hombres, no incorporaba ninguna medida para corregir la óptica mucho arraigada socialmente de que era la mujer la que tenía que asumir las tareas no remuneradas sólo aportando como única solución su separación temporal del mercado del trabajo. Por otra parte, se criticó el que la ley no hubiese hecho una transposición completa de lo previsto en las Directivas 92/85/CE y 96/34/CE al no haber previsto tampoco la contingencia de riesgo durante la lactancia y haber reducido el reconocimiento de permisos previstos en la Directiva por situaciones familiares de fuerza mayor.

La Ley Orgánica 3/2007, de 3 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres desarrolla un marco normativo-conceptual del derecho a la igualdad de

---

<sup>197</sup> Cfr. BALLESTER PASTOR, M.A.: *La ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, ed. Tirant lo Blanch, 2000; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I,II y III)”, *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 17, 18,19, 1999; PÉREZ DEL RÍO, M<sup>a</sup>. T.: “Los derechos de conciliación establecidos en la ley 39/1999: derechos de interrupción o reducción de la actividad laboral para atender a las responsabilidades familiares”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 4, 2000, p. 22-31.

manera que reconoce entre sus principios básicos la asunción colectiva por parte de la sociedad de la maternidad y la noción de corresponsabilidad entendida como el reparto equilibrado entre hombres y mujeres de las responsabilidades familiares. En materia de permisos, excedencias y reducción de jornadas por razones personales y familiares la Ley Orgánica de Igualdad contempla muchas novedades, incluyendo dos nuevos permisos, el de paternidad y el de riesgo durante la lactancia natural.

La LO 3/2007 ha introducido novedades importantes en materia de protección por maternidad que consisten en la ampliación de la protección a los supuestos de acogimiento simple, el aumento de la duración del permiso de maternidad para ciertos supuestos concretos y que el padre pueda acceder al disfrute del permiso si la madre trabajador no tiene derecho al descanso o bien fallece. Facilita el acceso de la prestación al eliminar la exigencia de haber cotizado a las madres trabajadoras menores de 21 años y flexibilizar el cumplimiento de este requisito. Introduce un subsidio no contributivo para las madres que no hayan cotizado suficiente para acceder al no contributivo que cubre las seis semanas de descanso obligatorio.

A lo anterior se añade que la Ley Orgánica ha introducido un uso más flexible de los permisos y excedencias para favorecer la gestión del tiempo del por parte de los trabajadores beneficiarios la autogestión del tiempo por parte de los padres. Un ejemplo en destacar sería el reconocimiento legal de la posibilidad por parte de la trabajadora de acumular en días cumplidos el derecho de reducción de jornada por lactancia (arte. 37.4 ET).

Comentaré a continuación los rasgos más básicos del régimen del subsidio contributivo centrándome en aspectos que benefician en mayor medida a los titulares de los hogares monoparentales como son el ámbito subjetivo de la prestación, la flexibilidad en el uso del permiso, la protección económica y las posibilidades de acceso del padre.

### **3. Situaciones protegidas y ámbito subjetivo de protección**

Las situaciones amparadas por el subsidio por maternidad en España son la maternidad biológica, la adopción y el acogimiento que se regulan en el Estatuto de los Trabajadores (arts. 45.1 d) y 48.4) ET y en Estatuto Básico de la Función Pública (art. 49). El acogimiento familiar comprende sus tres modalidades permanente, preadoptiva o simple-siempre que en este último caso dure un año- y puede tener carácter provisional. Los niños adoptados o acogidos han de ser menores de seis años a no ser que tengan una discapacidad o bien que por sus circunstancias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar en cuyo caso la edad se amplía hasta la mayoría de edad.

Son las normas laborales- y en su caso las de la función pública- las que regulan las situaciones que dan lugar al consiguiente permiso y prevén su duración. De hecho las normas de Seguridad Social se remiten a las laborales para determinar las contingencias protegidas su duración y las posibilidades de distribución del permiso entre los padres, adoptantes o acogedores. Pese a esta simbiosis es importante matizar que si bien todo trabajador tiene derecho a la suspensión del contrato derivada un permiso por razón de maternidad, adopción o acogimiento, este permiso no se acompaña automáticamente de un reconocimiento de la prestación pues la persona trabajadora deberá cumplir con los requisitos exigidos por las normas de Seguridad Social.

La protección por maternidad se reconoce en los mismos términos y en las mismas condiciones a todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, sea cual sea el régimen de la Seguridad Social en el que estén encuadrados (Disp. Adic. 11 bis LGSS). Se exige, sin embargo, un requisito adicional para los trabajadores por cuenta propia y las trabajadoras del Régimen Especial de Empleadas de Hogar consistente en estar al corriente del pago de las cuotas.

Las personas cubiertas por el subsidio de maternidad son todas aquellas que forman parte de todos los colectivos profesionales integrados en la Seguridad Social y dicha protección se concede en condiciones de igualdad para unos y otros. En todo caso, el carácter profesional de la protección por maternidad se

mantiene fiel a sus raíces históricas, de manera que se concibe como un permiso para el trabajador por cuenta ajena o bien una interrupción de la actividad profesional en el caso del trabajo autónomo. En este sentido, aunque la Ley Orgánica de Igualdad ha introducido un subsidio de carácter no contributivo para las madres que no hayan cotizado lo suficiente sigue tratándose de una protección de carácter profesional y carece del rasgo de la universalidad Y ello es así porque se mantiene como requisito de acceso al subsidio hallarse de alta o en situación asimilada al alta en le momento del hecho causante. No sería suficiente par acceder a la prestación el hecho que la trabajadora estuviese buscando trabajo y se hallase inscrita en la Oficina de empleo pues la norma exige además el cobro de la prestación por desempleo de tipo contributivo<sup>198</sup>.

Me sumo a la propuesta hecha por varios autores de introducir una prestación universal de maternidad, tanto para las madres empleadas como para las que no trabajen, durante el período de descanso obligatorio de las seis semanas, lo que estaría plenamente justificado por razones de salud de la madre<sup>199</sup>.

En realidad, ni siquiera todas las personas activas profesionalmente están cubiertas por el subsidio de maternidad: ciertas profesionales liberales cuyo ejercicio exige colegiación obligatoria disponen de mutualidades de previsión social que tradicionalmente han actuado de forma alternativa a la Seguridad Social pública. Estas situaciones han pasado a ser excepcionales con la actual normativa<sup>200</sup> que prescribe que quienes ejerzan por cuenta propia profesiones liberales de colegiación obligatoria deben, salvo excepciones<sup>201</sup>, darse de alta en

---

<sup>198</sup> En situación de desempleo el reglamento sólo prevé como situación asimilada al alta el cobro de la prestación por desempleo contributiva en el momento del hecho causante (art. 4 RD 295/2009, de 6 de marzo). No se asimila al alta, pues, el periodo de percepción del subsidio de desempleo con carácter asistencial.

<sup>199</sup> Vid. TORTUERO PLAZA, J.L., *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, ed. Civitas, 2006, p. 70.

<sup>200</sup> Disposición adicional decimoquinta de la ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, en la redacción dada a la misma por el artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

<sup>201</sup> Vid. sobre las excepciones que permiten la opción voluntaria por la Mutualidad de Previsión Social en TEJERINA ALONSO, J. I., "La Seguridad Social de los profesionales colegiados", *Revista Actuarios*, núm. 22, mayo/junio 2004. <http://www.actuarios.org/espa/revista22/ss.htm>.

el Régimen de Autónomos de la Seguridad Social. Con esta previsión muchas profesionales liberales que antes no recibían cobertura de la Seguridad Social ante la contingencia de maternidad pasarán con su integración en el sistema público a tener derecho a este tipo de protección. Además, a partir de la nueva regulación del subsidio de maternidad introducido por la Ley Orgánica de Igualdad también se permite el acceso al padre de forma autónoma en los casos en que la madre no tenga derecho a un descanso con prestaciones derivado del desempeño de su actividad profesional.

#### **4. Condiciones de acceso, duración y cobertura económica de las prestaciones por maternidad**

Para acceder al subsidio contributivo de maternidad se exigen dos requisitos típicamente contributivos. El primero es que la persona trabajadora deba hallarse en alta o en situación asimilada al alta en el momento del inicio del descanso (art. 133 ter LGSS). La lista de situaciones asimiladas es amplia si bien el RD 295/2009 ha corregido la jurisprudencia que asimilaba al alta las situaciones de cobro de desempleo que no fuese contributivo.

Con anterioridad a la reforma de la LO 3/2007 todos los beneficiarios debían haber cotizado 180 días en los cinco años anteriores al hecho causante. Este requisito ha sido flexibilizado de forma importante por la Ley Orgánica de Igualdad de manera que la exigencia de períodos cotizados exigibles variará según la edad de la madre al inicio del descanso (para el resto de beneficiarios que no sean la madre biológica el momento en que se determinará la edad será el parto o la resolución judicial o administrativa de adopción y acogimiento).

Cuando se trata de personas menores de 21 años no se exige período cotizado. La exención del requisito del período cotizado no tiene un impacto cuantitativamente importante si tenemos en cuenta que en el 2009 la edad media de la maternidad de las mujeres española era de 31 años<sup>202</sup>. Sí que la elección de

---

<sup>202</sup> Fuente: <http://www.ine.es> [consulta enero 2011]

este tramo de edad puede beneficiar a las mujeres más jóvenes que no tienen experiencia laboral suficiente para reunir el tiempo cotizado y, en concreto, puede permitir el acceso al colectivo de madres solteras jóvenes que trabajen. Si los beneficiarios tienen entre 21 y 26 años deberán haber cotizado 90 días en los 7 años anteriores al hecho causante o bien 180 días en toda su vida laboral. En cambio para los beneficiarios mayores de 26 años los períodos cotizados serán de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o bien que se acrediten 360 días cotizados a lo largo de la vida laboral.

Pese a esta flexibilización de requisitos, a las personas que trabajan a tiempo parcial se les aplica unas reglas distintas para determinar el período mínimo de cotización, basadas en el cálculo de los días teóricos de cotización. Estas reglas que atiende al número de horas cotizadas para conformar el denominado día teórico de cotización exigen que las trabajadoras a tiempo parcial - mujeres en su mayoría- coticen por un período de tiempo más largo que los trabajadores a tiempo completo para cumplir con el período mínimo de cotización. En orden a atemperar este rigor el reglamento que regula la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial recoge el incremento del lapso de tiempo exigible para reunir las cotizaciones en la misma proporción “en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual” correspondiente (art. 3.1 RD 1131/2002, de 31 de octubre). Por ello debe ser bienvenida la ampliación a siete años en vez de cinco del período de carencia específica así como la alternativa de buscar hacia atrás en toda la carrera laboral los 360 días. Ahora bien, hubiese sido más razonable eliminar esta fórmula de cálculo del período mínimo de cotización que introduce un perjuicio desproporcionado especialmente para las trabajadoras que trabajan jornadas muy reducidas y en condiciones de trabajo muy precarias.

El art.133 sexies LGSS reconoce un subsidio no contributivo para las madres biológicas que no reúnan el período exigible de cotización durante los 42 días de descanso obligatorio. La duración de la prestación es de 14 días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementa en 14 días naturales cuando

se trata de familia numerosa, familia monoparental o en los supuestos de parto múltiple o cuando madre o hijo estén afectados de discapacidad en grado igual o superior al 65%. Este incremento en la duración que introdujo la Ley 35/2007 reconoce las mayores necesidades del tiempo para el cuidado de hijos que tiene la familia monoparental. En cambio la normativa del permiso de maternidad contributiva no amplía a las familias monoparentales la duración del permiso

En todo caso, con la previsión de una prestación no contributiva de maternidad la normativa española se adapta a las previsiones del Convenio núm. 183 de la OIT sobre maternidad que obliga a los estados firmantes a que otorguen prestaciones adecuadas de asistencia social a las mujeres trabajadoras que no reúnan los requisitos para acceder a una prestación contributiva (art. 6.6)<sup>203</sup>.

En cuanto a su duración el permiso es de dieciséis semanas si bien se amplía dos semanas más en caso de que el hijo tenga una discapacidad o bien si se trata de parto, adopción o acogimientos múltiples con dos semanas adicionales por cada hijo a partir del segundo. En el supuesto de hospitalización del hijo tras el parto el permiso puede alargarse hasta trece semanas adicionales.

La cuantía de la prestación por maternidad es el 100% de la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior a la baja (art. 133 quáter LGSS). Se garantiza así que la prestación sustituye casi en su integridad los ingresos profesionales anteriores a la maternidad si bien no se incluye en el cómputo de la base reguladora el complemento salarial por horas extras. Por otra parte, y siguiendo la lógica estrictamente contributiva de sustitución de ingresos de la prestación, en ningún caso el importe de ésta puede superar los ingresos profesionales sea cual sea su cuantía resultante pues no se aplica ningún complemento por mínimos como ocurre con las pensiones. Esta prestación, pues, tienen la tasa de sustitución más elevada de todas las prestaciones contributivas del sistema pero no garantiza, en todo caso, el principio de suficiencia.

---

<sup>203</sup> En todo caso, a fecha de enero de 2011 el Convenio núm. 183 no ha sido ratificado por España.

En el caso de la maternidad no contributiva la cuantía equivalente al 100% vigente salvo que de calcularse la base reguladora conforme a las reglas de la prestación contributiva el importe sea inferior a esa cifra en cuyo caso se estará a ésta (art. 133 septies LGSS) . Se trata de una determinación de la cuantía completamente extraña a la lógica asistencial ya que se aplicará las reglas de cálculo de la prestación contributiva siempre que sean inferiores al IPREM, cuantía de referencia que como sabemos es inferior al SMI.

### **5. Aspectos de flexibilidad en el uso del permiso**

Las sucesivas reformas del permiso de maternidad han introducido una mayor flexibilidad en su uso con el fin de que los padres puedan administrar mejor los tiempos de permiso y de trabajo ampliando así las posibilidades de conciliación. En cuanto a su duración ya hemos apuntado que el permiso de maternidad que tiene una duración de 16 semanas ininterrumpidas que se amplía en supuestos concretos: dos semanas adicionales por cada hijo a partir del segundo en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples, dos semanas en caso de discapacidad del hijo, menor adoptado o acogido. También para los casos de parto prematuro y hospitalización del neonato por un período superior a siete días el permiso se ampliará tantos días como el neonato se halle hospitalizado con un máximo de trece semanas adicionales.

Se observa que, cara a determinar la duración del permiso contributivo, el legislador no ha tomado en consideración la existencia de determinadas estructuras familiares de las que se presume una mayor necesidad de tiempo para el cuidado del hijo como son las familias numerosas o las monoparentales. Este tipo de unidades familiar sí que dan lugar a una ampliación del permiso de maternidad no contributiva como ya indicamos más arriba.

La flexibilidad en el régimen del permiso de maternidad se manifiesta esencialmente en cuanto a la elección del momento de inicio del descanso y las posibilidades de hacer uso del permiso a tiempo parcial.

En cuanto al inicio del descanso, cuando es maternidad biológica la madre tiene libertad para elegir el momento del inicio del descanso antes o después del parto si bien debe reservar como descanso obligatorio las seis semanas posteriores al parto siguiendo lo previsto en el Convenio núm. 103 de la OIT. El inicio del descanso en los supuestos de adopción o acogimiento tiene lugar a partir de la decisión judicial que constituye la adopción o de la resolución administrativa o judicial de acogimiento. Excepcionalmente los padres que realicen una adopción internacional y deban desplazarse al país de origen del adoptado podrán iniciar el descanso hasta cuatro semanas antes de la resolución que constituya la adopción.

## **6. La titularidad de la madre y las posibilidades de acceso del padre en caso de maternidad biológica**

En este apartado se examinarán cuáles son las opciones que tiene el padre- el otro progenitor en caso de parejas lesbianas- de disfrutar del permiso de maternidad biológica. Se trata de un aspecto importante al examinar la prestación desde una perspectiva de género pues con ello el legislador ofrece las opciones que tienen los progenitores de participar en el reparto de las obligaciones familiares y marca el sentido de las políticas de conciliación como instrumento de fomento de la igualdad de oportunidades.

En caso de parto la madre detenta la titularidad de la prestación de manera que el disfrute del otro progenitor se condiciona a que la madre en el inicio del descanso ceda parte del disfrute al padre. Siempre que ambos progenitores trabajen, la madre podrá ceder al padre en el momento del inicio del descanso la posibilidad de disfrutar del permiso hasta un máximo de diez semanas ininterrumpidas. Estas diez semanas las pueden disfrutar ambos progenitores de forma sucesiva o compartida con la madre.

En cambio, en los casos de adopción y acogimiento familiar ambos progenitores, siempre que los dos trabajen, detentan la titularidad individual y autónoma sobre el permiso de maternidad. En estos casos los padres pueden disfrutar del permiso de forma compartida con plena libertad para fijar acuerdos siempre que lo hagan de

forma ininterrumpida. Además el otro progenitor puede acceder al permiso aunque la madre no tenga derecho al mismo.

Con carácter general el acceso del padre al permiso de maternidad biológica se condiciona al cumplimiento de dos requisitos: ambos padres deben trabajar lo que implica que para que pueda acceder el padre la madre debe realizar una actividad profesional y, en segundo lugar, debe concurrir la voluntad de la madre en ceder el ejercicio del derecho.

La exigencia de que ambos padres trabajen sólo se excepciona en caso de fallecimiento de la madre circunstancia en la que el padre pasa a ser titular del permiso y ello independientemente de que la madre hubiese trabajado o no. Como se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones el requisito de que ambos padres trabajen reproduce una visión clásica de género pues no permite al padre disfrutar del permiso en caso que la mujer realizase otro tipo de actividades formativas, por ejemplo. Esta limitación es contraria a la finalidad de fomentar el cuidado del menor ni el reparto de responsabilidad en el cuidado del hijo entre los padres.

Por lo demás, el complejo mecanismo de cesión del derecho ha dado pie a no pocas dificultades para que pueda acceder el padre al permiso como se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia social. En un recorrido por la doctrina de los Tribunales de lo social se aprecia las numerosas trabas puestas al padre para acceder a los permisos por maternidad: algunas son de tipo formal como es el momento en que debe ejercerse la opción por parte de las madres y otras tratan de la negativa por parte del INSS a que pueda el padre disfrutar del permiso cuando la madre no está dada de alta en la Seguridad Social. En el caso de las profesiones liberales la respuesta de los Tribunales ha sido negativa sobre la base de que la madre al no estar integrada en el sistema de la Seguridad Social no era titular del derecho y no podía, en consecuencia, cederlo. Esta doctrina habrá de cambiar necesariamente con la reforma introducida por la Ley Orgánica de Igualdad.

Menos justificación desde el punto de vista constitucional y legal tiene la doctrina que ha sido mantenida por el Tribunal Supremo y que ha sido seguida mayoritariamente por los Tribunales Superiores de Justicia que no considera válida la cesión cuando la madre era trabajadora por cuenta propia. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que esta doctrina que no permite acceder al padre al permiso de maternidad cuando la madre es trabajadora autónoma debe considerarse discriminatoria por razón de sexo y contraria a la Directiva 76/207, de 9 de febrero (Asunto Roca Álvarez, STJCE de 30 de septiembre de 2010).

El reglamento regula también la posibilidad de que la opción sea revocada por la madre cuando sobreviniesen hechos *“que hagan inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación u otras causas análogas”* (art. 8).

Respecto a la participación del padre en el permiso de maternidad la Ley Orgánica de Igualdad ha introducido nuevos supuestos en relación con la normativa anterior. En primer lugar, el Estatuto de los Trabajadores reconoce por vez primera que cuando la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones el otro progenitor tendrá derecho a suspender el contrato por el período que le hubiera correspondido a la madre. Se trata de una novedad que permite acceder al padre al permiso de maternidad aunque la madre no se halle dentro del ámbito de protección de la Seguridad Social. El nuevo reglamento RD 295/2009, de 6 de marzo, aunque con una redacción confusa y poco clara desarrolla esta nueva previsión de manera que el padre podrá acceder siempre que la Mutuality de Previsión Social en la que estuviese inscrita la madre no ofreciese cobertura por maternidad (art. 3).

En segundo lugar, la nueva regulación corrige la prohibición de que el padre pudiese disfrutar de la parte del permiso correspondiente si en el momento de hacer el descanso efectivo la incorporación al trabajo de la madre supusiese un riesgo para su salud. Me sumo a las críticas que tan merecidamente habían realizado algunos autores sobre la falta de lógica de esta previsión desde el punto

de vista de la protección del recién nacido así como del reparto equilibrado de los cuidados familiares pues debía ser la propia madre con problemas de salud la que hubiese de hacerse cargo del recién nacido. La Ley Orgánica de Igualdad ha modificado esta regla tan polémica estableciendo, *“el otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal”*.

Se mantiene el supuesto de la normativa anterior que reconoce el acceso al permiso del padre cuando la madre no tenga derecho suficiente período de cotización. En estos casos la nueva normativa prevé ahora para la madre un subsidio especial no contributivo para las seis semanas de descanso obligatorio pudiendo el padre disfrutar del resto del permiso.

Con todas estas novedades vemos que ya no resulta necesario que la madre esté dada de alta en la Seguridad Social para que pueda acceder el padre, siendo suficiente con que ésta desarrolle una actividad profesional.

En caso de fallecimiento de la madre lo que conduce a una situación de monoparentalidad sobrevenida se permite a partir de la LOI que el padre, reuniendo los requisitos, pueda acceder a la totalidad del permiso. Este es el único supuesto de maternidad biológica en que el padre puede disfrutar de un permiso independientemente de que la madre realice o no una actividad profesional. Por lo demás en caso de que fallezca el padre haciendo uso del permiso la madre *“podrá hacer uso del período de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente”* (art. 8.5 RD 295/2009).

En la práctica son pocos los padres que disfrutan de forma compartida con la madre del permiso de maternidad. Así en el 2009 sólo un 2,7% de los padres habían disfrutado este permiso. Estos datos pueden explicarse por múltiples motivos comenzando por los patrones culturales, muy presentes, en la sociedad sobre papel que deben asumir los padres y las madres respecto al cuidado de los hijos. Pero no cabe subestimar otros factores como son el distinto impacto que puede tener en la economía familiar o en la carrera profesional el hecho que sea la

mujer o el hombre el que disfrute de este tipo de permisos. La prestación de Seguridad Social reemplaza casi por completo el salario profesional pero no en su totalidad pues no se toman en consideración las horas extraordinarias. De seguir la estrategia del menor perjuicio económico probablemente será la mujer la que se acoja al permiso<sup>204</sup>. Igualmente en sectores profesionales muy competitivos o donde impera una cultura machista el ejercicio de este derecho por parte del padre puede suponerle una “mancha” en su trayectoria profesional y en sus perspectivas profesionales en la empresa.

A estos motivos hemos de sumar otro nada desdeñable: la escasa duración del permiso de maternidad para atender a las necesidades del recién nacido hace que tenga menos sentido el disfrute compartido del permiso, en claro contraste con otros países europeos donde la duración es mucho mayor. De ahí que la mayor implicación de la participación paterna deba acompañarse de medidas que amplíen el actual permiso de maternidad como es el nuevo permiso de paternidad.

En estas circunstancias, cualquiera de los dos progenitores de reunir los requisitos podrían acceder al permiso y al consiguiente subsidio independientemente de que otro progenitor trabaje o no.

Es obvio que la participación del padre en el permiso de maternidad sólo es aplicable a las familias monoparentales en que, pese a que haya sólo un progenitor que asuma la crianza de los hijos, haya otro progenitor con derechos y obligaciones.

Ahora bien, consideramos que el régimen español es poco flexible en este aspecto porque no admite la posibilidad de que sean los abuelos o bien otros miembros de la familia inmediata quienes puedan ocuparse del cuidado y educación de los niños si los padres así lo desean y siempre que sea por el bien del niño. En el régimen actual sólo pueden disfrutar del permiso por su condición de tutores aquellos familiares que tengan el hijo, sobrino, nieto, etc. en régimen de acogida pero que no pueden adoptarlo por razón de parentesco (art. 2.1 Real Decreto

---

<sup>204</sup> CABEZA PEREIRO, J., “¿En qué debe cambiar el Derecho español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre permiso parental?”, *Aranzadi Social*, núm. 6/2010, p. 12.

295/2009, de 6 de marzo). No se regula por tanto la posibilidad de que los progenitores puedan ceder su derecho a otros familiares.

El Comité Económico y Social Europeo<sup>205</sup> ha recomendado introducir esta previsión como fórmula de reducir el estrés de los progenitores que trabajan y de contribuir a la conciliación de la vida profesional con la vida privada o familiar. Esta solución sería especialmente beneficiosa para las familias monoparentales donde los problemas para compaginar ambas esferas son más acuciantes y, particularmente, para el caso de las madres solteras jóvenes. En Portugal, por ejemplo, se prevé la posibilidad de que los abuelos puedan acceder al permiso de maternidad en atención a una serie de supuestos como, por ejemplo, que el nieto viva con ellos y los padres sean menores de 16 años<sup>206</sup>.

En todo caso, también habría que cambiar el régimen actual en cuanto a su enfoque pues exige que ambos progenitores trabajen para acceder al disfrute del permiso. La exigencia de este requisito sitúa, a nuestro juicio, en segundo plano el interés del menor así como el reparto de las responsabilidades familiares entre los padres.

## **7. El permiso de paternidad**

El permiso de paternidad reconoce el derecho a que el trabajador disfrute voluntariamente de un permiso de 13 días ininterrumpidos en las mismas situaciones amparadas por el permiso de maternidad (art. 48 bis ET). En el supuesto de parto el beneficiario deberá ser el otro progenitor. Mientras que en caso de adopción o acogimiento *“el derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados”* pero siempre que éste no haya disfrutado en su totalidad del permiso de maternidad.

Los supuestos de parto, adopción o acogimientos múltiples dan lugar a dos días de permiso adicional por hijo a partir del segundo. La duración de la prestación se

---

<sup>205</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva que modifica la Directiva 92/85/CEE, COM (2008) 637 final.

<sup>206</sup> Decreto Ley núm. 91/2009, de 9 de abril, art. 21. <http://www.dre.pt> [consulta enero 2011]

ha ampliado en dos reformas posteriores a la creación del permiso. En primer lugar, la Ley 2/2008, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales para el Estado para 2010 amplió el permiso a 20 días en caso de tratarse familias numerosas o cuando uno de los miembros de la unidad familiar tuviese discapacidad. En caso de ser funcionario el Estatuto Básico del Empleado Público prevé un descanso laboral de 15 días (art. 49 c) ). Con carácter general, la Ley 2/2009, de 6 de octubre, ha ampliado la duración del permiso a cuatro semanas. La entrada en vigor de dicha ampliación estaba prevista para el 1 de enero de 2011 pero el Gobierno, justificándolo en motivos presupuestarios, ha aplazado la aplicación de esta medida hasta enero de 2012.

Se trata de un permiso autónomo en relación con el de maternidad que tiene carácter voluntario y que da lugar a un subsidio económico si se cumplen los requisitos de la legislación de la Seguridad Social. En concreto, se exige que la persona beneficiaria se halle en alta y afiliada en el momento del hecho causante y que reúna un período de cotización de 180 días, dentro de los siete años anteriores a la fecha del inicio del permiso o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral (art. 133 nonies LGSS).

Para determinar la cuantía del subsidio se aplican las mismas reglas que para el permiso de maternidad (art. 133 decies LGSS). El legislador ha regulado la determinación del momento del descanso con flexibilidad pues se admiten dos opciones: o bien el progenitor disfruta del descanso durante el permiso de maternidad de forma simultánea con la madre- una vez finalizado el permiso por nacimiento de hijo -o bien “inmediatamente después de finalizada dicha suspensión”: El disfrute debe hacerse sin interrupciones con la limitación que el inicio del descanso por parte del padre debe hacerse sin solución de continuidad una vez finalizado el permiso de maternidad. Por lo demás este permiso también puede disfrutarse a tiempo parcial siempre que no se reduzca el permiso más de un 50% y que medie previamente acuerdo con la persona empleadora.

La introducción del permiso de paternidad ha supuesto un avance en el reconocimiento del valor de la corresponsabilidad pues tiene una fuerza simbólica

muy importante a la hora de incentivar en los padres pautas de conducta de cuidado activo hacia los hijos. Desde su aprobación el permiso de paternidad ha sido solicitado por alrededor de un 80% de los padres lo que son cifras indicativas de que hay un grado elevado de aceptación de esta figura.

También en su momento la doctrina dio la bienvenida a la medida aunque valoración de ésta no ha estado exenta de críticas de peso. Algunas ya se pueden adivinar a primera vista pues el carácter voluntario del derecho deja amplio margen para que venzan inercias motivadas por pautas culturales y sociales contrarias muy arraigadas en España sobre los estereotipos sociales. La otra carencia evidente es su corta duración y más teniendo en cuenta que su ampliación ha sido aplazada en el tiempo por razones presupuestarias. Difícilmente aun si finalmente entra en vigor la ampliación esperada se pueden cambiar las dinámicas parentales en tan breve período de tiempo.

Ahora bien, son muchos los autores que critican esta medida porque no constituye una reserva o cuota obligatoria para el padre tal como se entiende en otras legislaciones más avanzadas en materia de corresponsabilidad y no transpone de forma adecuada la Directiva 96/34 sobre permiso parental que proclamó el carácter intransferible del permiso parental. Esta Directiva del 96 ha sido sustituida por la Directiva 2010/18/CEE, de 8 de marzo que recoge un nuevo Acuerdo marco sobre el permiso parental y que, además de ampliar de 3 a 4 meses la duración del permiso parental, mantiene la exigencia de que el permiso no sea transferible entre los progenitores. Es más la nueva redacción de la cláusula segunda de la Directiva precisa que “para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, al menos uno de los cuatro meses será intransferible”. Nos sumamos en este punto a las observaciones hechas por parte de la doctrina<sup>207</sup> de que tal reserva para el otro progenitor no se da en el caso de los permisos de paternidad por adopción o acogimiento pues en ningún momento la norma exige que una parte del tiempo se reserve al otro progenitor. Simplemente la norma no permite que pueda acceder al permiso de paternidad el progenitor que haya

---

<sup>207</sup> Por todos, CABEZA PEREIRO, J., op.cit., p. 7.

disfrutado en su totalidad del permiso de maternidad sin indicar una duración mínima. Con esta regla, pues, no se garantiza que haya una participación plena y equilibrada de los dos progenitores en el disfrute del permiso.

Por otro lado, tampoco en el caso de parto las nuevas reglas exigen que sea el padre quien se ocupe del hijo durante el tiempo descanso pues permite que el padre pueda, si así lo desea, disfrutar simultáneamente del permiso junto a la madre<sup>208</sup>. Son éstas, por tanto, reglas insuficientes para entender que la normativa española regula una reserva o cuota parte en la regulación de los permisos parentales.

Los titulares de un hogar monoparental en sentido estricto- es decir, cuando el hijo no haya sido reconocido, no exista otro progenitor o bien este haya abandonado sus obligaciones- no pueden beneficiarse de este permiso. Se trata de una diferencia de trato basada en el factor de biparentalidad que perjudica a otras realidades familiares distintas. Se trata de una situación discriminatoria si atendemos al bien jurídico esencial presente en estos permisos como es el cuidado de los hijos recién nacidos. Creemos que en estos casos, sí que debería preverse excepcionalmente que la persona titular del hogar familiar pudiese beneficiarse de este permiso además del permiso de maternidad o bien que esta persona pudiese delegar su uso en otro familiar próximo. Por lo demás, esta excepción está prevista en la propia Directiva 96/34/CEE cuando dice que los permisos son, “en principio”, intransferibles.

## **8. Prestación para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave**

En enero de 2011<sup>209</sup> entró en vigor una nueva prestación que cubre la reducción de cómo mínimo la mitad de la jornada solicitada por los padres o progenitores adoptantes/ acogedores (de carácter preadoptivo o permanente) para cuidar del

---

<sup>208</sup> Cfr. CABEZA PEREIRO, J., op. cit., p.9

<sup>209</sup> Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

menor a su cargo que esté hospitalizado por cáncer o enfermedad grave (art. 37.5 ET, art. 49 e) EBEP).

Se trata de situaciones en que la enfermedad del menor requiere de un ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. La reducción de jornada durará hasta que el menor cumpla los 18 años de edad y por Convenio Colectivo dicha reducción podrá acumularse por jornadas completas. La concesión del permiso requiere de un informe previo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la CCAA que corresponda.

Son posibles beneficiarios cualquiera de las personas trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia integradas en alguno de los regímenes de la Seguridad Social (disp. adic. 8ª LGSS). Para cobrar la prestación los progenitores han de cumplir los mismos requisitos que para la prestación de maternidad contributiva. Los padres cobrarán un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la incapacidad temporal por contingencias profesionales y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo que ha de ser como mínimo del 50%. Se observa que la base reguladora que se emplea para calcular esta prestación es la misma que la del subsidio por riesgo durante el embarazo, se trata una opción legislativa que merece un juicio positivo pues la prestación alcanza una tasa de sustitución muy próxima al salario real (art. 135 quáter LGSS).

A ambos progenitores se les va a exigir los requisitos por separado y en caso de que ambos pudiesen ser beneficiarios la prestación ésta sólo podrá ser reconocida a favor de uno de ellos. Por tanto sería posible que los dos disfruten del permiso pues se trata de un derecho que se detenta a título individual pero que sólo uno de ellos cobrará la prestación a elección de los interesados (art. 135 quáter LGSS).

Al margen de la valoración positiva que merece la oportunidad de esta medida, en relación a su régimen de aplicación se apuntadas unas primeras observaciones críticas. En primer lugar, la norma debería haber previsto este mismo permiso para cuidar también a otros familiares en la misma situación como, por ejemplo, a los padres.

La segunda observación puede extrapolarse a lo ya comentado del régimen del subsidio contributivo de maternidad en tanto que se exigen los mismos requisitos de carácter profesional-contributivo junto con el hecho que ambos padres trabajen, sobre este último punto me remito a las críticas ya hechas más arriba.

Llama la atención por otra parte que la norma no provea reglas de alternancia de los progenitores en el disfrute de la prestación y más teniendo en cuenta que se trata de una tarea de cuidados de larga duración. Creemos que esta previsión es necesaria para a posibilitar el reparto responsable de los cuidados entre los padres y esperemos que sea incluida en un posterior desarrollo reglamentario. Por otra parte, apunto la misma observación ya hecha para el resto de prestaciones ligadas al ejercicio del derecho de conciliación sobre la conveniencia de que puedan ser beneficiarios de la prestación otras personas designadas por los padres. En el caso de las familias con un único progenitor esta reforma debería efectuarse con mayor motivo.

## ***XI. MONOPARENTALIDAD Y PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS***

A finales de 1990 se instauraron en nuestro sistema de Seguridad Social unas nuevas prestaciones bajo la denominación de modalidad no contributiva de pensiones de jubilación y de invalidez; en gran medida tales pensiones venían a substituir a las pensiones asistenciales del Fondo de Asistencia Social que desde la ley de 21 de julio de 1960 se concedían por causa de vejez o de enfermedad, y a algunos de los subsidios instaurados tras la Ley 13/1982 de Integración Social de Minusválidos (LISMI). Una de las causas que impulsó al legislador a organizar y estimular tal sustitución de prestaciones fue el incremento vertiginoso de beneficiarios de las antiguas prestaciones<sup>210</sup> a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1986, que modificó el cómputo de los recursos económicos que podían impedir el acceso a dichas prestaciones asistenciales, sentenciando que tal cómputo debía referirse a la persona del beneficiario y no a

---

<sup>210</sup> Por ejemplo: Los subsidios LISMI de garantía de ingresos mínimos en cada uno de los cuatro años que van de 1985 a 1988 el número de beneficiarios de tal subsidio cada año era más del doble que el año anterior, siendo la evolución en dichos años la siguiente:  
7.405 —> 16.644 —> 44.635 —> 95.707.

su entorno familiar; por este motivo, el legislador de finales de siglo XX tomó la decisión de configurar las nuevas prestaciones de forma que se hallan vinculadas a la composición y situación familiar de forma indiscutible; no debe de extrañarnos que en el período 2004 a 2010 más de las dos terceras partes de las peticiones de pensión de jubilación que fueron denegadas lo fueran por causa de no reunir el requisito de carencia de recursos de la unidad económica familiar, que se instaura así como el más importante valladar a superar para el acceso a tales prestaciones<sup>211</sup>. Obviamente, si la composición familiar resulta relevante, las familias monoparentales van a hallarse en una situación singular en cuanto a su acceso a tales prestaciones, aunque debemos anticipar ya que en las distintas normas legales que regulan dichas prestaciones no existe referencia alguna explícita a las familias monoparentales.

Estas pensiones presentan unos rasgos peculiares en cuanto a la composición de las familias que merecen ser destacados, siendo el primero de ellos es su elevadísima feminización: el 72% de los beneficiarios del año 2010<sup>212</sup>. Esta dimensión de género coincide con el perfil asimismo abrumadoramente femenino de las familias monoparentales que ya ha sido puesto de relieve en el capítulo II de este informe, y la explicación al mismo radica, no tanto en la consabida mayor longevidad femenina<sup>213</sup>, sino en el hecho de que estas prestaciones tienen por beneficiario típico aquellas personas que no han cotizado suficientemente para cumplir con los requisitos mínimos para causar una pensión contributiva, y entre las generaciones que ya han cumplido la edad mínima para acceder a una pensión de jubilación era frecuente que las mujeres no cumplieran con el requisito de carencia mínima para causar una pensión contributiva de jubilación.

---

<sup>211</sup> Fuente: "Evolución de la gestión 2004-2010" documento disponible en la web del IMSERSO: <http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/evolges20042010.pdf> Última consulta de este enlace y de todos los que siguen en este capítulo: 13.04.2011.

<sup>212</sup> Fuente: IMSERSO, Perfil del pensionista de PNC (avance 2010), publicación periódica que segmenta las pensiones según territorio, edad, sexo, estado civil, grado de discapacidad, y estructura familiar, en [http://www.imserso.es/imserso\\_01/documentacion/estadisticas/pensiones\\_no\\_contributivas\\_jubilacion\\_invalidez/index.htm](http://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/estadisticas/pensiones_no_contributivas_jubilacion_invalidez/index.htm).

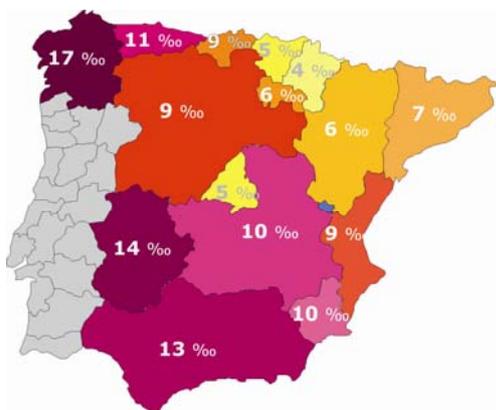
<sup>213</sup> Que es de unos 6 años actualmente en España. Es interesante la constatación de EUROSTAT de que en Europa, al margen de las diferencias entre países (oscila entre los 4 años en el Reino Unido y en Suecia y los 11 años en Lituania) la diferencia de esperanza de vida entre géneros tiende claramente a disminuir según los datos de los últimos dieciséis años. EUROPEAN COMMISSION "Demography Report" Eurostat, 2010 . Vid. P. 32 y ss. (<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/documents/Tab/report.pdf>)

Cuando uno se aproxima a los detalles cuantitativos de las pensiones no contributivas emerge una segunda característica que merece ser destacada: la importante disparidad regional existente en todas las cifras disponibles. Por ejemplo si contemplamos el estado civil de las beneficiarias de una pensión no contributiva de jubilación y comparamos los datos regionales podemos hallar diferencias como la siguiente:

JUBILACIÓN	Matrimonio	Viudedad	Divorcio/Solt.
Cataluña	26 %	57 %	18 %
Extremadura	74 %	7 %	19 %

Lo cual nos indica que estas prestaciones pueden jugar un rol tuitivo muy distinto en entornos de estructura social diversa.

Lo mismo deberemos concluir si examinamos las cifras del porcentaje de beneficiarios de estas pensiones en relación al conjunto global de pensionistas en las que apreciaremos asimismo notables diferencias regionales<sup>214</sup> que en ningún caso pueden servir para armar un discurso de agravios acerca de una carencia o exceso de protección, ya que una cifra baja de pensionistas en una región puede



responder a una mayor severidad en la baremación, concesión, o control regular de las prestaciones y de la continuidad en los requisitos, o bien algo muy distinto, como la presencia paralela de otros programas sociales de ámbito local o regional que sean más atractivos que estas pensiones y que hayan reducido el número de potenciales interesados en percibirlas. Nos limitamos a

constatar las notables diferencias regionales .

<sup>214</sup> Fuente: elaboración propia a partir de los datos del IMSERSO-Área de prestaciones económicas, la TGSS, más el Instituto Navarro de Bienestar Social, y el Depto. de Trabajo del gobierno vasco.

Cinco son los requisitos básicos y comunes para acceder a la modalidad no contributiva de pensiones: el residir en España de forma legal, haber residido durante 5 ó 10 años antes de poder causar tales pensiones, hallarse el beneficiario dentro de unos precisos límites de edad, carecer el beneficiario de rentas personales suficientes para su subsistencia, y que la unidad familiar carezca igualmente de rentas suficientes. Además de este último requisito, el que evalúa los medios económicos familiares, en el que aparece de forma evidente que la composición de la familia va a influir en el acceso al derecho prestacional, veremos que tal relación también se va a dar en la mayoría de los requisitos.

Veamos el primero de tales requisitos: el requisito de residencia. Más allá del principio general de territorialidad de nuestro sistema de protección social, concretamente se exige a quienes aspiren a una pensión no contributiva que residan en territorio español, que lo hayan hecho durante un cierto número de años inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión, y que conserven tal residencia en España durante todo el período de disfrute de la misma, según indican los apartados 1.b i 6 del art. 144 LGSS, añadiendo que tal residencia debe ser legal, calificativo éste que debe entenderse destinado sólo a los extranjeros, ya que los nacionales españoles nunca pueden hallarse en España en situación de estancia irregular dadas las garantías que emanan del art. 19 CE. De entrada parece que la residencia en España es independiente de la composición familiar, y así será para la inmensa mayoría de posibles beneficiarios: los nacidos en España, que han residido siempre aquí y no tienen ninguna intención de mudarse al extranjero, y éstos pueden pensar que el precepto carece de utilidad alguna, pero para los verdaderos destinatarios de la norma: los extranjeros y quienes hayan sido emigrantes, la composición familiar sí que va a incidir en el cumplimiento del requisito. En primer lugar, para la acreditación de la residencia exigida, ya que las familias monoparentales no podrán beneficiarse para ello de la conocida presunción contenida en el artículo 69 del Código Civil que establece que se presumirá, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos; en caso de dificultad para acreditar la residencia por parte de un pensionista que no haya sido diligente en su empadronamiento, quien convive con un cónyuge tiene

la oportunidad de sumar la residencia acreditada del cónyuge más la presunción de convivencia, y con ello acredita la suya, y el pensionista monoparental al carecer de cónyuge se hallará en desventaja ante una situación similar de residencia.

Seguidamente este posible pensionista inmigrante deberá acreditar que su residencia es legal, según alguna de las situaciones que la vigente Ley de Extranjería considera válidas para justificar la residencia en España. Para ello una de las instituciones importantes es la autorización de residencia por reagrupamiento familiar<sup>215</sup>. No existe unanimidad en las cifras dado que se trabaja con dos parámetros muy distintos uno sincrónico y el otro diacrónico: los extranjeros que se hallan realmente en España y que accedieron al país —en algún momento— en virtud de un reagrupamiento familiar aunque ahora dispongan de un permiso de residencia y trabajo por causa distinta, y los permisos oficiales que en este momento autorizan a residir por esta causa de reagrupamiento familiar; en cualquier caso las cifras son respetables: según la Encuesta Nacional de Inmigrantes de 2007<sup>216</sup> casi un millón y medio de inmigrantes (un 16,5% del total) habían llegado a nuestro país por esta vía legal de acceso, y es evidente que la familia monoparental tendrá más difícil acceder a un permiso de residencia, ante la ausencia de un cónyuge o progenitor que permita utilizar este instrumento jurídico para acceder a la residencia legal puesto que consiste precisamente que una persona residente puede solicitar que su cónyuge o sus descendientes se reagrupen con él en España.

---

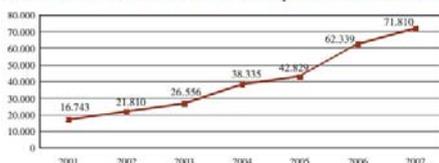
<sup>215</sup> Reagrupación familiar: es la situación temporal de residencia para los extranjeros que hayan sido autorizados a permanecer en España en virtud del derecho que se reconoce a los extranjeros residentes a acoger a sus familiares más directos. Los extranjeros podrán ejercer tal derecho a la reagrupación familiar cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial, salvo la posibilidad de reagruparse con sus ascendientes, que el artículo 17.1 d de la LOEX solamente reconoce a aquellos extranjeros que hayan adquirido la residencia de larga duración. Estas autorizaciones de residencia temporal por reagrupamiento familiar en términos generales no dan derecho a trabajar. No obstante, a partir de la reforma de la Ley Orgánica de Extranjería de 2009, la autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares cónyuges e hijos en edad laboral, habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo.

<sup>216</sup> Véase el documento completo en las páginas del Instituto Nacional de Estadística (se halla en trámite la edición 2010) : <http://www.ine.es/prodyser/pubweb/eni07/eni07.htm> y un análisis interesante a partir de tales datos en: PABLO VÁZQUEZ VEGA: Reagrupamiento Familiar de los Inmigrantes: efectos sobre la afiliación e incidencia en los gastos de protección social. Investigación financiada por el FIPROS-2007: <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/129736.pdf>



La mayor o menor dificultad para acreditar una residencia legal en España no finaliza sus efectos en la superación del requisito que acabamos de comentar, ya que a menudo tal acreditación no es sino el primer paso para obtener un estatus que permite acceder con la máxima plenitud de derechos a todas las prestaciones de protección social: este estatus óptimo es el acceso a la nacionalidad española. El Código Civil regula en su artículo 22 el acceso a la nacionalidad española por residencia que debe ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición

**Evolución de concesiones de nacionalidad por residencia 2001-2007**



durante un período que varía según los casos entre uno y diez años, y como podemos ver en el gráfico adjunto es una vía utilizada de forma creciente en los últimos años<sup>217</sup>. Si hemos visto que la familia monoparental tenía mayores

dificultades para acceder a la residencia legal en España, también tendrá mayores dificultades para acceder a la nacionalidad española por residencia; y dentro de esta posibilidad la mejor de ellas es cuando basta con la residencia de un año, supuesto al que se accede si además se dan otras circunstancias tales como llevar casado un año con un español o española sin estar separado ni legalmente ni de hecho, circunstancia que, obviamente, no pueden cumplir las familias monoparentales, que se ven así con menores posibilidades de acceder a la nacionalidad española, que a su vez facilita el acceso a las PNC y otras prestaciones de protección social.

La residencia que deben acreditar los pensionistas mientras perciban la prestación, y la residencia anterior durante varios años que deben acreditar los que aspiren a causar una de dichas pensiones tiene como característica que debe ser continuada e ininterrumpida. El reglamento de las pensiones no contributivas (RD 357/1991, de 15 de marzo) regula los supuestos en los que la ausencia

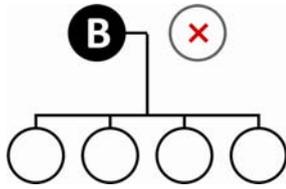
<sup>217</sup> Fuente: Ministerio de Trabajo e Inmigración, Observatorio Permanente de la Inmigración, boletín número 18: [http://extranjeros.mtin.es/es/InformacionEstadistica/Boletines/Archivos/Boletin\\_18.pdf](http://extranjeros.mtin.es/es/InformacionEstadistica/Boletines/Archivos/Boletin_18.pdf)

temporal del domicilio español no supone la pérdida de esta continuidad residencial; sin necesidad de hurgar en los recovecos de la configuración normativa de este requisito, fácilmente puede percibirse que ante una misma situación fáctica que precise de un desplazamiento prolongado, por ejemplo la atención a un familiar, la búsqueda de un trabajo, etc. la familia monoparental deberá afrontar tal situación con un adulto menos capaz de asumir tal desplazamiento, de forma que si en una familia biparental uno de los progenitores puede desplazarse y el otro puede preservar la residencia continuada, ello no deviene posible para una familia monoparental, por lo que cumplir con el requisito de residencia continuada es ligeramente más difícil para ella.

El siguiente requisito que podemos examinar desde el punto de vista de su relación con las familias monoparentales es la exigencia de que el beneficiario de la pensión carezca de rentas suficientes, tal como se formula en el primer párrafo del artículo 144.1.d LGSS, y se ha aplicado con rigor por la jurisprudencia. Este requisito impide que quien disponga por cualquier concepto unos ingresos equivalentes al importe de la pensión, no puede percibirla, ya que la misma se configura como diferencial en relación a un umbral de supervivencia determinado anualmente por la ley presupuestaria. Ninguna excepción o modulación se aplica en función de la situación familiar, por cuanto la contingencia protegida en las pensiones no contributivas son o bien la edad avanzada o bien un notable grado de minusvalía, pero no se tutela una genérica necesidad económica familiar que debe ser acogida mediante otros instrumentos jurídicos de protección social como pueden ser las rentas mínimas de inserción. Tal explicación, si bien es correcta técnicamente, y posiblemente existan fundadas razones para que sea así ocasiona situaciones chocantes. Así si contemplamos una familia en la que existan cuatro hijos menores de edad que deban ser alimentados<sup>218</sup>, si el progenitor que los tiene a su cargo y que además es anciano o seriamente discapacitado percibe rentas iguales al salario mínimo, no tendrá derecho a percibir estas pensiones no contributivas, puesto que aunque todos estaríamos de

---

<sup>218</sup> No es ninguna rareza: según el Instituto Nacional de Estadística, al iniciarse el año 2009 (últimos datos disponibles) en España había 1100 familias monoparentales con cuatro hijos, y 800 familias monoparentales con 5 o más hijos a su cargo.



acuerdo en que con 600 euros mensuales es muy difícil que puedan vivir cinco personas se consideran suficientes para que el beneficiario se halle por encima del umbral de supervivencia. Lo que nos interesa destacar ahora son dos cosas: a) la insensibilidad de estas pensiones a la realidad familiar: el pensionista que tenga unas rentas verá recortado o suprimido su acceso a una pensión independientemente de si vive sólo o de si tiene que mantener a una familia numerosa; y b) que dentro de esta insensibilidad a las necesidades económicas reales, una familia monoparental siempre estará en peor condición, ya que a igualdad de cargas familiares, cuando exista una pareja de progenitores su situación económica puede no ser muy boyante, pero habrá dos personas con capacidad para buscar y allegar recursos económicos.

El requisito de carecer de rentas suficientes tiene gran importancia en la dinámica real de las pensiones no contributivas, como lo demuestra el hecho de que es notablemente la primera causa de denegación de prestaciones, así como también es la primera causa de las extinciones por revisiones posteriores<sup>219</sup>. Tal requisito tiene dos facetas, o momentos de control: la primera la acabamos de comentar en el párrafo anterior, y la segunda consiste en que aunque el interesado carezca de recursos económicos, también la familia debe ser pobre de solemnidad para tener acceso a las pensiones de la modalidad no contributiva de jubilación o invalidez. El fundamento teórico de tal requisito que se ha ofrecido a menudo es que si se hallan presentes familiares cercanos, la Seguridad Social debe ser subsidiaria de la obligación familiar de proporcionarse mutuamente alimentos<sup>220</sup>; sin embargo,

<sup>219</sup> Causas de denegaciones: Edad=3%; Residencia=6%; Recursos económicos=73%; incompatibilidad=1%.  
Causas de revisiones: Residencia=1%; Recursos económicos=45%; Grado minusvalía=2%;  
Fallecimiento=38%; Otras=14%

Fuente: IMSERSO-Evolución de la gestión 2004-2010, (porcentajes redondeados a la unidad)  
<http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/evolges20042010.pdf>

<sup>220</sup> Dice así el Tribunal Supremo en la STS 19.12.2000 (Rec. 1044/2000): "tampoco se tiene derecho a pensión a pesar de no tener personalmente aquellas rentas mínimas, cuando se convive en una unidad económica formada por parientes próximos si dicha unidad económica alcanza un nivel de rentas determinado. De lo cual, cabe deducir que el Estado ha antepuesto la solidaridad familiar jurídicamente exigible ("ex" art. 143 del Código Civil), a la solidaridad social en la que el precepto legal se sustenta, como se desprende de aquel párrafo transcrito de la exposición de motivos de la Ley, y esta Sala ha reconocido en sentencias anteriores - SSTS 16-7-1994 (Rec.- 3129/1993) y 8-6-1995 Rec.- 3496/1994)".

puede apreciarse la debilidad o parcialidad de este argumento cuando constatamos que, a diferencia de otras legislaciones como la francesa, no existe ninguna obligación para los posibles pensionistas de haber intentado anteriormente a la solicitud de prestaciones sociales públicas la obtención de los fondos debidos por la solidaridad intrafamiliar del derecho de alimentos, ni tampoco el importe posible de la prestación se modula en cualquier caso trayendo las posibles obligaciones familiares de alimentos. La referencia a los obligados a prestar alimentos según el Código Civil se agota en la gran similitud — que no exactitud— entre la lista de obligados por el derecho civil de alimentos, que la forman el cónyuge, los ascendientes y descendientes, y —limitadamente— hermanos, y la lista de los que integran lo que se ha denominado unidad económica familiar a los exclusivos efectos de limitar o excluir la posibilidad de causar estas pensiones no contributivas: cónyuge y ascendientes y descendientes por consanguineidad hasta el segundo grado, siempre que convivan con el interesado.

En la configuración concreta del requisito de carecer de rentas suficientes, hay un elemento decisivo: la situación de convivencia, ya que —a diferencia del derecho civil de alimentos— únicamente se van a considerar las rentas de quienes convivan con el posible beneficiario de una pensión, por lo que vamos a aproximarnos a diversos aspectos de las relaciones entre la convivencia, las PNC, y las familias monoparentales. En primer lugar, sabemos que las familias monoparentales muchas veces tienen relación con situaciones de precariedad de convivencia, cuando la monoparentalidad se ha originado por hechos de abandono de familia, de fallecimiento, de violencia doméstica, etc. Si, como acabamos de ver, los principales requisitos para causar una pensión se configuran alrededor de situaciones de convivencia, quienes sufran alguna de estas situaciones de precariedad en la convivencia tendrán un doble problema: a la inestabilidad personal que supone la alteración de su estatus familiar se deberán añadir una mayor dificultad en sus medios de supervivencia, ya que en el mejor de los casos deberán afrontar demoras en la obtención de una pensión, porque el precio que se paga cuando uno se aparta de los paradigmas alrededor de los

cuales se ha construido una norma es la de tener que pleitear por una interpretación adaptada al caso atípico, y esto conlleva, costes aparte, una demora de entre cuatro y cinco años entre una solicitud y una sentencia de doctrina unificada, y tratándose de personas que se hallan alrededor del umbral de pobreza es un plazo angustioso; por ello es importante examinar hasta qué punto las nuevas realidades sociales chocan con los modelos que sirvieron para redactar las normas de protección social.

La Ley no elaboró una definición de lo que debía entenderse por convivencia, por lo que la doctrina y la jurisprudencia han perfilado progresivamente los elementos definitorios de la convivencia que la STS de 09.02.2005 (Rec. 6300/2003)<sup>221</sup> sintetizaba en tres puntos: a) que la convivencia tenga carácter familiar, b) que se produzca en un espacio físico propio de la vida en familia: un hogar, c) que exista dependencia o intercomunicación económica, precisando que ésta no desaparece por el alejamiento justificado y temporal del techo y mesa común.

Estas precisiones clarificaron algunas situaciones atípicas de convivencia: alejamiento de un progenitor por razones de trabajo (incluyendo la emigración a otro país o región), internamiento hospitalario o penitenciario, habitación en otra localidad por razón de estudios, etc. situaciones que no cabe considerar de familia monoparental según la Seguridad Social, pero que otras administraciones sí conceptúan como a tal para las prestaciones de su ámbito competencial<sup>222</sup>, pero siempre existen realidades sociales que evolucionan más rápidamente que las normas jurídicas, como veremos seguidamente.

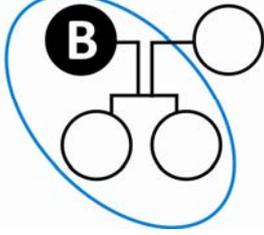
---

<sup>221</sup> La sentencia trataba de dilucidar si dos hermanos que se hallaban ingresados en una misma residencia, atendida por las religiosas de San Vicente de Paúl, debía considerarse que convivían en la misma unidad familiar a los efectos de considerar conjuntamente sus rentas económicas.

<sup>222</sup> La Generalitat de Catalunya incluye entre las familias monoparentales los supuestos en que la presencia de un progenitor es meramente nominal, como cuando no se percibe la pensión determinada judicialmente, o ésta es inferior al 50% de la renta de supervivencia, o cuando el otro progenitor se halla hospitalizado o encarcelado, etc.

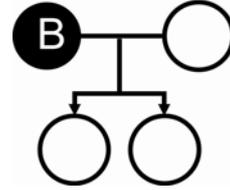
Unidad económica

t2

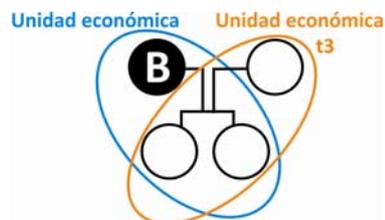


Imaginemos una familia compuesta por dos progenitores, y dos hijos; las cuatro personas convivían en un mismo domicilio, y uno de los progenitores era beneficiario de una pensión no contributiva; a esta situación inicial (Tiempo= t1) corresponde

t1



el esquema familiar adjunto. Sucede que un día los dos cónyuges de esta familia deciden divorciarse, y que la beneficiaria de la pensión sigue conviviendo con sus dos hijos, de forma que (en tiempo= t2) la unidad familiar del beneficiario de la pensión la forman de acuerdo con el art. 144.4 LGSS el propio beneficiario y los dos hijos del anterior matrimonio; sin embargo al excónyuge y progenitor no le satisface esta situación y solicita al juzgado la custodia compartida, lo que es no sólo una tendencia, sino incluso una opción prioritaria en algunos ordenamientos civiles<sup>223</sup> y el juzgado aprueba un convenio que en lo esencial dice<sup>224</sup>: “*Procede acordar un régimen de guarda y custodia compartida, por períodos alternos de seis días con cada progenitor [...] El tercero o cuarto día, de esos períodos de seis días, los hijos estarán con el progenitor al que no corresponda la guarda y custodia, desde la salida del colegio, donde lo recogerá hasta las 20,00 h en que los llevará al domicilio familiar [...] Asimismo en los períodos vacacionales, según el calendario oficial del Principado de Asturias, se distribuirán al 50% entre ambos progenitores. Eligiendo el padre los años pares y la madre los impares [...] Cada progenitor hará frente a los gastos ordinarios (ropa, comida, ocio) [...] Ambos progenitores abonarán al 50% los gastos extraordinarios [...] Se atribuye a la esposa el uso del Renault Megane y al esposo el Renault Scenic; cada cónyuge abonará los gastos derivados [...]*” Tras adoptar estas medidas, la situación económico-familiar (tiempo= t3) es como se esquematiza: existen dos unidades en las que los hijos conviven exactamente al 50%, y la pregunta de ¿con quién viven los hijos? es de difícil respuesta de acuerdo con las normas que han estructurado el acceso a estas pensiones en función de la convivencia familiar, sin que exista la posibilidad, como sí existe en el derecho civil francés, de la doble residencia, ni existe norma que autorice a inventar repartos proporcionales o



<sup>223</sup> El Código Civil de Catalunya, en sus artículos 233.8.1 y 233.10, otorga prioridad a la custodia compartida para mantener la corresponsabilidad de los progenitores mediante el ejercicio conjunto de sus responsabilidades, aunque el juez puede modificar este criterio. Recientemente (publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad Valenciana del día 05.04.2011, cuando esto se escribe aún se halla aún en *vacatio legis*) se ha aprobado en Valencia una Ley que regula las “relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, en la que de forma bastante detallada se da prioridad a la custodia compartida.

<sup>224</sup> Se trata de un supuesto real: Auto del juzgado de 1ª instancia de Gijón, de 22 de junio de 2010.

reglas de arbitraje; la única respuesta posible es que conviven en las dos unidades económico-familiares, aunque sea parcialmente, pero reconocer que se vive en dos familias a la vez se acerca más a la verdad que no afirmar que no se convive en ninguna. Tras ello, sólo nos queda informar que en el supuesto ilustrado en realidad no son los hijos que conviven al 50% con cada uno de los progenitores, sino que son los progenitores los que conviven parcialmente con sus hijos ya que el juez dijo que *“Se acuerda que sean los hijos quienes se queden con el uso del domicilio familiar y ajuar doméstico, y sean los progenitores, quienes cada seis días tengan atribuido el uso, mientras conviven con sus hijos”*.

La muestra de desajustes entre la cada vez más variada realidad social y la estrecha concepción normativa de la unidad familiar que rige el acceso a las pensiones no contributivas y al cálculo de su importe: el cónyuge y los familiares consanguíneos hasta el segundo grado que convivan con el beneficiario, podría alargarse notablemente; basta con recordar que las parejas de hecho son irrelevantes en estas pensiones aunque la Seguridad Social ya las tienen en cuenta para otras prestaciones, y aunque en algunas regulaciones jurídicas prácticamente las equiparan a un matrimonio<sup>225</sup>, tampoco hay nada previsto acerca de las situaciones de convivencia estable no familiar como son las comunidades religiosas —que han dado lugar a sentencias contradictorias, no unificadas— u otras situaciones convivenciales reguladas incluso por ley<sup>226</sup>, así como tampoco se adapta la norma a una forma de convivencia que en los últimos años ha tenido un gran auge en muchos países<sup>227</sup>, especialmente en el caso de familias reconstituidas tras un anterior divorcio: vivir juntos pero separados —

---

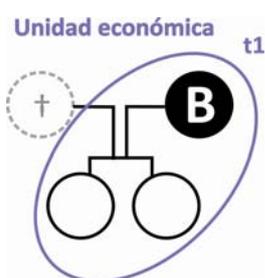
<sup>225</sup> La Ley catalana de parejas de hecho de 1998 instauro la responsabilidad solidaria por los gastos comunes de alimentos vivienda y sanidad, la obligación mutua de alimentos, la prohibición de enajenar o grabar la vivienda o muebles comunes sin consentimiento de ambos, y prevé incluso pensiones compensatorias en caso de separación de la pareja de hecho.

<sup>226</sup> En el título IV del Libro II del Código Civil de Catalunya se regulan las relaciones convivenciales de ayuda mutua (se dan especialmente con gente mayor), para convivientes que sean parientes por línea colateral o simplemente que convivan por razón de amistad o compañerismo.

<sup>227</sup> EUROSTAT indica que junto al incremento de hogares monoparentales, que son relativamente corrientes en algunos países (por ejemplo en el Reino Unido superan el 20%) un buen indicador de las nuevas formas familiares es el número de nacidos fuera del matrimonio, que ha aumentado en toda Europa con diferencias notables entre países: la ratio de nacidos fuera del matrimonio oscila entre el 6,6% de Grecia y el 59,2% de Estonia. EUROPEAN COMMISSION "Demography Report" Eurostat, 2010 (<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/documents/Tab/report.pdf>)

fórmula conocida por su denominación inglesa LAT: *Living Apart Together*— que podría definirse como parejas que no comparten el mismo domicilio, sino que residen cada uno en su propia casa, donde puede haber otras personas (por ejemplo: hijos de un anterior matrimonio), pero que se definen como pareja y que son percibidas así por su entorno. En este último caso se trataría de dos familias monoparentales que no perderían tal condición si no formalizan nuevo matrimonio, ya que la norma que comentamos ignora todas las relaciones no formalizadas, pero que incluso si contrajeran matrimonio, la normativa de las pensiones no contributivas debería de ignorar tal matrimonio porque al no residir en un hogar familiar ni tener intención de hacerlo tal relación familiar sin convivencia sería irrelevante.

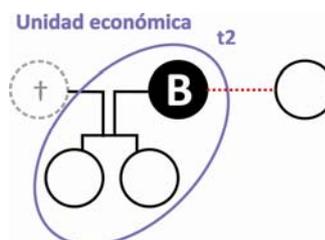
Siguiendo con esta exposición de los desajustes entre la normativa de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social y la realidad social de las familias monoparentales, vamos a contemplar las consecuencias que puede acarrearle a una familia monoparental el intentar cambiar su estado. Partimos del supuesto de una familia monoparental que, tras el fallecimiento de uno de los progenitores, se halla formada por el progenitor superviviente y dos hijos, siendo



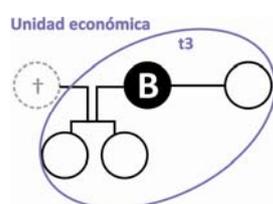
este progenitor beneficiario de una pensión no contributiva, el acceso, la conservación de la misma y el cálculo de su importe vendrán condicionados por el número de familiares que compongan la unidad económica familiar, que ya sabemos que son el cónyuge (aquí inexistente) y los familiares consanguíneos hasta el segundo grado

convivientes con el beneficiario. Supongamos que tal beneficiario intenta *rehacer su vida* y formar una nueva pareja, suceso absolutamente comprensible desde el punto de vista emocional e incluso muy conveniente desde el punto de vista de la supervivencia económica ya que es difícil con estas

pensiones que son como máximo de 347 euros mensuales en el año 2011, a lo que debe añadirse unos 24 euros mensuales por hijo a cargo en concepto de ayuda familiar; inicialmente podría formar una pareja de hecho<sup>228</sup> situación (en tiempo



t2) en la que nada variaría a los efectos de estas pensiones de Seguridad Social, con respecto a las cuales las parejas de hecho son irrelevantes, de forma que los



recursos económicos de los que disponga la nueva pareja no afectarían en nada al derecho del beneficiario a percibir la pensión no contributiva; ahora bien, si en un momento dado (tiempo: t3) tal beneficiario tuviera la tentación de contraer matrimonio con su nueva pareja las

<sup>228</sup> Que según el Instituto Nacional de Estadística, las parejas de hecho son aproximadamente el 6% del total, pero entre las parejas de hecho, más de la tercera parte son familias reconstituídas, que es el supuesto que examinamos en este momento. Fuente: <http://www.ine.es/revistas/cifraine/0604.pdf>

consecuencias podrían ser nefastas para su pensión ya que su nuevo cónyuge sí que computaría en la unidad económica, que ahora estaría compuesta por los dos cónyuges más los dos hijos aportados a la nueva unión. Esta situación parece poco compatible con algunos mandatos constitucionales, a la vista de que el único dato fáctico y jurídico que varía es el hecho de contraer matrimonio y esto puede ocasionar la pérdida del derecho a seguir percibiendo una pensión. Ciertamente puede alegarse, siguiendo a la STC 109/1988 que no puede realizarse una comparación entre quienes legalmente son parientes y quienes no tienen ningún vínculo familiar; sin embargo debe tenerse en cuenta dos elementos importantes: el primero, que las parejas de hecho difícilmente pueden considerarse actualmente ajenas al concepto de familia una vez la Seguridad Social las ha incorporado a las relaciones que permiten causar una pensión de viudedad, y una vez que múltiples ordenamientos jurídicos españoles han incorporado en sus respectivos ámbitos consecuencias jurídicas equivalentes entre parejas matrimoniales y parejas de hecho, al establecer que también los miembros de la pareja están obligados a prestarse entre sí alimentos, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas,<sup>229</sup> o el establecimiento de pensiones alimenticias o compensatorias tras la disolución de la pareja de hecho; y el segundo elemento de reflexión es que tanto en las parejas de hecho como en las matrimoniales se dan los elementos de la convivencia determinados por la jurisprudencia de relación afectivo-familiar, residencia en un hogar, e interpenetración económica de la pareja. Parece contrario a la finalidad de realizar el cómputo global de las rentas de los familiares convivientes más próximos, que se excluya a las parejas de hecho si se rigen por un régimen jurídico similar y tienen una convivencia económico familiar similar a las parejas matrimoniales, por lo que es posible mantener que la diferencia no es razonable en la perspectiva del derecho a la igualdad (14 CE), y más aún, si la pérdida de la pensión que hemos

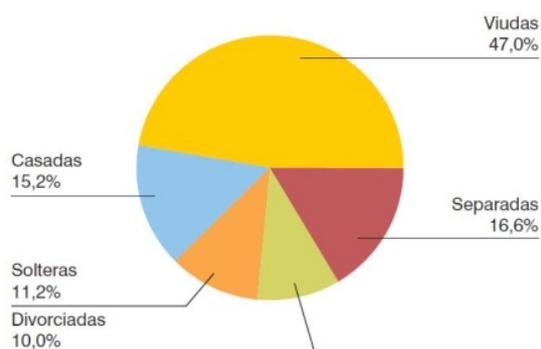
---

<sup>229</sup> Ya se comentó anteriormente este aspecto de la ley catalana de parejas de hecho, puede añadirse que lo mismo sucede en otras normas similares como la legislación aragonesa (art. 13 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo), o la legislación balear (artículo 6 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre. Por el contrario, en otras legislaciones autonómicas nada se dice o se indica que es una mera posibilidad voluntaria de pacto entre los miembros de la pareja como en la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre.

visto le acaece a la familia monoparental que contrae nuevo matrimonio lo ponemos en relación el principio de protección a la familia (39.1 CE).

El requisito de carecer de ingresos que ya hemos dicho que era el que ocasionaba más denegaciones iniciales o extinciones en revisiones posteriores tiene dos elementos críticos: la determinación de quienes deben ser computados en la familia a los efectos de valorar sus rentas, que es lo que acabamos de ver a través de diversos supuestos, y como segundo punto controvertido se halla la naturaleza de las diversas rentas que pueden haber percibido el beneficiario o los familiares computables. Ya desde el inicio de la vigencia de las pensiones no contributivas los tribunales tuvieron que analizar múltiples detalles relativos a las rentas (por ejemplo, si debían tomarse los salarios íntegros o con deducción de las retenciones por IRPF, o cómo debían computarse los ingresos de un comerciante autónomo, o las plusvalías de un bien, etc.); sólo tras años de sentencias contradictorias, la jurisprudencia unificadora ha delimitado medianamente algunos conceptos usados en estas prestaciones. Esta lenta tarea se ha debido en buena parte a la comprensible decisión del legislador de no remitirse a la normativa fiscal y a su acervo de decisiones y jurisprudencia, sino continuar con la tradicional concepción de que el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social tiende a la autointegración.

Vamos a examinar seguidamente tres supuestos controvertidos relativos a las rentas económicas disponibles que afectan especialmente a las familias monoparentales que gocen o que intenten acceder a una pensión no contributiva: a) los derechos inciertos, b) los derechos no realizables, y c) las asignaciones por hijo a cargo; tal mayor repercusión de estos supuestos se produce en la medida en que las familias monoparentales tienen un componente transicional elevado



como ya se ha expuesto en páginas anteriores, por cuanto la formación de éstas se halla relacionada con situaciones de crisis matrimonial, de fallecimiento de un cónyuge, etc. como puede verse en el cuadro adjunto

elaborado por el INE<sup>230</sup> relativo a los núcleos familiares formado por madres con hijos a su cargo.

Un cierto número de personas acceden a estas pensiones tras tener que efectuar reclamaciones administrativas<sup>231</sup> o deben pleitear en los juzgados de lo social antes de acceder a la pensión solicitada, y durante la espera de una decisión firme el derecho solicitado tiene un carácter incierto; lo mismo sucede con algunas de las rentas que pueden ser computables en la unidad familiar: pensiones aún no aprobadas, herencias no particionadas, salarios disputados, titularidades no inscritas, etc. En la dogmática civilista en alguna ocasión se ha intentado clasificar estas situaciones distinguiendo entre las meras esperanzas de adquisición de un derecho, las expectativas que en algún caso ya merecen una tutela provisional, y las certezas pendientes del transcurso de un plazo; en el fondo, empero, todo son supuestos en los que no existe aún el derecho a percibir una determinada renta y por ello deben contentarse con denominarlo expectativas. En relación a estas rentas inciertas se ha planteado a veces la posibilidad de que tuvieran que ser computadas como ingresos de la unidad familiar, esto es ingresos limitativos o impeditivos del derecho a percibir una pensión ya que estas pensiones no contributivas se satisfacen únicamente en la cuantía indispensable para alcanzar el umbral de supervivencia mediante el procedimiento de restar del importe inicial de la pensión cualquier ingreso que ya percibiera el beneficiario por cualquier concepto; abona esta posibilidad de computar derechos económicos futuros e inciertos el hecho que el reglamento de estas pensiones dice: “Se considerará que existen rentas o ingresos insuficientes cuando los que disponga o se prevea que va a disponer el interesado, en cómputo anual...”<sup>232</sup> esta posibilidad de computar ingresos futuros debe ser en cualquier caso interpretada restrictivamente al ser un precepto limitativo de derechos, de creación reglamentaria para concretar el cómputo anual, y con la finalidad de evitar percepciones indebidas que obliguen a

---

<sup>230</sup> Fuente: <http://www.ine.es/revistas/cifraine/0604.pdf> El INE expresa la preocupación por el segmento de madres solteras, y más especialmente porque casi el 20% de las mismas son menores de 25 años, y un porcentaje similar no tiene empleo.

<sup>231</sup> En el período 2004-10 se plantearon algo más de 61.000 reclamaciones previas, de las que fueron estimadas favorablemente algo más del 42%, un elevado porcentaje que muestra que es posible y deseable mejorar el primer nivel de la gestión administrativa de las pensiones no contributivas.

<sup>232</sup> Artículo 11.1 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE de 21.03.1991)

regularizaciones posteriores. Por consiguiente, parece que los únicos supuestos computables serían los derechos ciertos pero no realizables por hallarse suspendidos por una condición, normalmente temporal, por ejemplo, cuando se produce una concesión o una revalorización de las pensiones a percibir en el futuro.

Una de estas pensiones, las pensiones compensatorias acordadas judicialmente tras un proceso de crisis matrimonial,<sup>233</sup> constituyen el supuesto típico del segundo de los eventos problemáticos que debemos examinar: los derechos irrealizables, que podemos ejemplarizar pensando en una pensión compensatoria acordada y no cobrada a pesar de los sucesivos requerimientos<sup>234</sup>. Por una parte la pensión acordada judicialmente es un derecho reconocido y económicamente evaluable, pero la realidad nos dice que el impago de pensiones compensatorias es un problema habitual que aboca a los cónyuges afectados a la paradójica situación de que no perciben la pensión compensatoria y tampoco la protección social por cuanto se les supone beneficiarias de aquellos importes que en realidad no perciben. Por otra parte es justo reconocer que debe arbitrarse alguna cautela ante el riesgo de que en realidad se perciban tales pensiones privadamente y se niegue públicamente haberlas recibido, con el fin de evitar el control de las rentas efectivamente disponibles por parte de la persona beneficiaria. La jurisprudencia ha argumentado tales supuestos, tras varios años de contradicciones judiciales,<sup>235</sup> en base a que en realidad no se “dispone” de tales rentas, aunque tal argumentación es equívoca en la medida que la expresión disponer de rentas es plurisémica, como se ha visto al intentar argumentar en base al mismo vocablo otros conceptos de renta (salarios, alquileres, plusvalías, etc.), siendo unánime el convencimiento de que las pensiones incobradas no pueden perjudicar a las

---

<sup>233</sup> Recordemos que más de una cuarta parte de las familias monoparentales de madres con hijos corresponden a mujeres separadas o divorciadas con hijos. Esta situación tiene una dimensión importante de género, dado que sólo hay una séptima parte de hombres en situación similar.

<sup>234</sup> Puede verse un supuesto real en la STS de 25.09.2003 (Rec. 2476/2002): una mujer a quien la entidad gestora autonómica le suprime una pensión no contributiva en base a que tenía derecho a percibir una pensión compensatoria que nunca se hizo efectiva por el ex cónyuge condenado.

<sup>235</sup> Un resumen en el apartado IV.1 de LOUSADA, J.F. “El principio de transversalidad y el Derecho de la Seguridad Social” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 106, Ed. Cívitas, 2001, en el que analiza los créditos matrimoniales como ingresos del beneficiario de prestaciones asistenciales; tras ello propugna que las deudas matrimoniales sean consideradas cargas para tales beneficiarios.

posibles pensionistas, posiblemente podría argumentarse mejor a partir de la constatación de que los derechos que no pueden ejercerse o realizarse no tienen valor ninguno, y si su valor es 0 nulo deberá ser su impacto en el cálculo de las pensiones no contributivas; se trata en el fondo de aplicar el mismo criterio que se concede actualmente a un cheque sin fondos que representa un derecho de cobro de valor nulo, o a un préstamo incobrable que será provisionado inmediatamente por la entidad financiera en sus balances como un activo sin valor. Naturalmente será exigible la demostración de una mínima diligencia en el uso de los métodos que el ordenamiento jurídico pone a disposición para coaccionar al deudor, ya que la mera renuncia a perseguirlo, bajo la —comprensible pero no justificable— explicación de que es generalmente inútil, o que puede perjudicar a las relaciones paterno-filiales que deben subsistir, debe equipararse a una renuncia a ejercer el derecho, y es sabido que no puede renunciarse más que a aquello que ya se posee, y en el caso de renunciar a perseguir al deudor de una pensión compensatoria equivaldrá a evidenciar que ya se ha poseído tal pensión a la que se renuncia.

El tercero de los supuestos que vamos a examinar se refiere a lo que sucede con las asignaciones por hijo a cargo que la Seguridad Social concede a sus progenitores, a condición de que éstos se hallen a su cargo, y que el total de las rentas que perciba el progenitor no supere un determinado umbral, que no vamos a considerar ahora, porque en el caso de que este progenitor sea un beneficiario de pensión no contributiva tal requerimiento de rentas bajas se cumplirá siempre, ya que las exigencias para ser pensionista son más exigentes que para percibir la asignación por hijo. El problema nace del hecho de que la asignación por hijos a cargo es un importe económico que se considera por la ley (art. 144.5#2 LGSS) una excepción a la regla general de cómputo de todas las rentas, pero en el caso de las familias monoparentales originadas tras una situación de ruptura matrimonial, puede producirse una situación contradictoria. El punto de partida es que la asignación por hijos a cargo debe percibirla el cónyuge que los tenga efectivamente a su cargo (art. 182.1.b#2 LGSS), pero ya hemos visto que a partir de la expansión, incluso preferencia normativa, de la custodia compartida, no

puede afirmarse con facilidad con cuál de los progenitores conviven los hijos; si acudimos al reglamento de estas prestaciones familiares en busca de las reglas de determinación del beneficiario<sup>236</sup> observaremos que ha previsto tres supuestos, ninguno resulta satisfactorio para determinar quién debe ser el beneficiario de la prestación en el caso de una familia monoparental con custodia compartida: la convivencia de los progenitores, los huérfanos absolutos, y quien tenga la guarda y custodia de los hijos, supuesto que es precisamente del que huye la determinación de la custodia compartida; en ausencia pues de regla explícita, y dado el precepto legal (art. 189.1 LGSS) de que únicamente puede haber un progenitor percceptor de dichas prestaciones, sólo será posible aplicar analógicamente la solución prevista en el reglamento para el caso de que existan dos progenitores pero que no se hallen separados: deberán escoger de mutuo acuerdo quien debe ser el percceptor, y a falta de acuerdo será la madre. Llegados a este punto los dos progenitores divorciados deberán tener en cuenta que, además de que se trata de una prestación condicionada a no sobrepasar un determinado nivel de rentas, existe un defecto de encaje de estas asignaciones con las pensiones no contributivas en supuestos como el que comentamos: si percibe las asignaciones por hijo a cargo el progenitor que sea beneficiario de la pensión, el importe de la asignación no se computará como renta que pueda afectar a la pensión no contributiva; pero si percibiera la asignación el otro progenitor y posteriormente traspasara a su ex-cónyuge y co-progenitor tal asignación —únicamente o incrementada con fondos de su propio peculio— para que sea destinada a la manutención de los hijos comunes, tal importe sería considerado como una pensión alimenticia y sí que se computará para recortar el importe a percibir como pensión. Esto es fruto de que la ley excluyó de cómputo a las “asignaciones periódicas por hijos a cargo” (art. 144.5, *in fine*) y el reglamento de estas pensiones realizó una interpretación restrictiva considerando que se refería únicamente a las asignaciones “otorgadas por el sistema de la Seguridad Social (art. 12.4 del RD 357/1991), por ello, y perjudicando básicamente a las familias monoparentales nacidas de una ruptura matrimonial, puede ser que el importe de la asignación por hijos a cargo disminuya el monto de la pensión no

---

<sup>236</sup> Art. 25 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre

contributiva que perciba cualquier miembro de la unidad familiar conviviente; ello sucederá siempre que dicho importe sea percibido por uno de los progenitores (nunca puede ser percibido por los dos simultáneamente) y en parte o todo transferido al otro progenitor, por corresponder al equilibrio de aportaciones propio de la custodia compartida u otra causa similar.

Un requisito exclusivo de las pensiones no contributivas por invalidez es el de acreditar un determinado grado de minusvalía, grado que se determina mediante la aplicación de un baremo promulgado en 1999, muy parecido al anterior que regía desde 1984, y que es en lo sustancial una adaptación del baremo publicado por la Asociación Médica Americana<sup>237</sup>; este baremo se aplica asimismo para muchas otras finalidades que exigen acreditar un cierto grado de discapacidad (como exenciones fiscales, o prioridad para ciertos empleos). Una peculiaridad del baremo español es que a la valoración de las limitaciones corporales que sigue a los estándares americanos puede añadirse una puntuación adicional si al beneficiario le acompañan determinados factores sociales complementarios, como escasez formativa, desempleo familiar, etc. que dificultan que el beneficiario pueda superar sus hándicaps corporales. En ningún momento se describe qué debe entenderse por familia, si bien tal expresión se utiliza a menudo en el baremo para describir situaciones que merecen una tutela incrementada; evidentemente tampoco hay ninguna referencia a las familias monoparentales, y esta inconcreción debería ser la puerta que abriera una interpretación del concepto de familia acorde con la realidad social; así, cuando en el Anexo 1B del baremo otorga hasta 3 puntos adicionales a quien soporte “problemas graves en miembros de la familia” tal alusión a la familia no puede ser la definida para las pensiones no contributivas, ya que el baremo se aplica a éstas y a otras prestaciones y supuestos, tampoco puede adoptarse, sin causa justificada, un criterio restrictivo del concepto de familia haciéndola sinónimo de familia nuclear, y siendo notorio que no existe en el derecho español, ni en el derecho de protección social, un

---

<sup>237</sup> Las tablas españolas de 1999 siguen la cuarta edición de las americanas, la consulta a las posteriores ediciones americanas proporciona una impagable mina de conocimiento de las críticas a las anteriores ediciones que la propia AMA considera fundadas. Puede adquirirse (edición en papel u online) directamente a la AMA (<http://www.ama-assn.org>): AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, Guides to the Evaluation of Permanent Impairment, Sixth Edition, 2008.

concepto unívoco de familia, debería considerarse familiar a sea y quiera serlo, es decir: a quienes puedan acreditar algún lazo de parentesco, y cuyos actos propios de relación (económica, de apoyo, de convivencia, etc.) no desmientan la manifestación de voluntad de ser considerados familiares. Este criterio amplio favorecería a las familias monoparentales, o mejor dicho: posibilitaría que las familias monoparentales recibieran una consideración equivalente a las biparentales, porque en las familias monoparentales existen menos componentes de la familia nuclear (por definición: falta un progenitor), y en cambio, por pura necesidad de supervivencia al repartir entre más personas determinados costes fijos, es más habitual que las familias monoparentales convivan con familiares más, o mucho más, alejados en grado; y si es un mérito para acceder a la protección social que exista otra necesidad familiar concomitante el adoptar un criterio amplio igualaría a ambas formas familiares en sus oportunidades de acceso a la protección social reseñada.

Esta necesidad de reequilibrar las posibilidades de acceso a la protección social la encontraremos igualmente en el cálculo del importe de la prestación de estas pensiones. De forma resumida podemos considerar que la característica más destacada de la fórmula de cálculo de las pensiones no contributivas es su carácter diferencial, esto es, tienen en la ley un importe inicial —determinado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado—y del mismo se deducen las rentas personales y familiares ya disponibles para el beneficiario, porque el objetivo de estas pensiones es limitado: elevar las rentas del beneficiario hasta que alcancen un umbral de supervivencia<sup>238</sup>; sin embargo, con el fin de paliar determinados efectos indeseados a en la convivencia familiar el límite máximo de rentas familiares que podrían recortar total o parcialmente el importe de una pensión no contributiva tiene un importante mecanismo corrector: se multiplica por 2,5 en caso de convivencia con ascendientes o descendientes de

---

<sup>238</sup> Umbral de supervivencia que, dicho sea de paso, es fijado según las posibilidades del sistema y no según las necesidades del beneficiario. Si bien debe constatar que la mayor parte de países establecen el mínimo de supervivencia o umbral de pobreza según lo que la sociedad está dispuesta a costear, y no según el coste de una cesta de productos básicos u otra medida objetiva de necesidades: ADEMA, W. “Social Assistance Policy Development and the Provision of a Decent Level of Income in Selected OECD Countries” *OECD Social, Employment and Migration Working Papers* n° 38; Paris, 2006. ([www.oecd.org/dataoecd/51/19/37224078.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/51/19/37224078.pdf)).

primer grado (forma técnica de denominar a padres e hijos), de esta manera, quienes acojan a tales familiares ven alejarse notablemente el requisito obstativo de la escasez de rentas. El diseño de este mecanismo de cálculo del importe prestacional tiene diversos efectos indeseados, pero a los efectos de las familias monoparentales nos interesa destacar que no existe ninguna posibilidad de designar a otro familiar alternativo en caso de la ausencia de un progenitor; y como decíamos anteriormente, en el caso de las familias monoparentales es habitual que la ausencia de un progenitor sea suplida por otro familiar en cuanto a determinadas necesidades perentorias de supervivencia económica: por ejemplo, es muy normal que desaparecido un progenitor, algunos de los abuelos o un hermano convivan con los supervivientes o les presten cobijo y ayuda; el hecho de que el trato más favorable no se extienda a estos familiares que suplen el rol del progenitor cuando la familia carece de éste, coloca en inferioridad de condiciones a las familias monoparentales en los que uno de sus miembros solicite una pensión de carácter no contributivo. Deberíamos preguntarnos cuál es o debería ser la finalidad de la norma: si se trata de favorecer únicamente la convivencia entre padres e hijos, como daría a entender la literalidad del precepto, toda convivencia que no sea exclusivamente de un progenitor con sus inmediatos descendientes deberá ser ignorada; pero si se trata de favorecer y estimular, en general y especialmente ante situaciones de necesidad, que las personas familiares se ayuden mutuamente y prioritariamente antes de recurrir a la protección social pública o paralelamente a ella, entonces debería concederse relevancia a todos quienes por cualquier causa hayan configurado relaciones convivenciales de ayuda mutua.

Las anteriores consideraciones que hemos realizado en relación a la modalidad no contributiva de pensiones de jubilación e invalidez podrían ser repetidas, *mutatis mutandi* a otras prestaciones que poseen también un marcado carácter asistencial debido a los elementos comunes de las mismas, por ejemplo, el baremo de 1999 para evaluar el grado de minusvalía también se utiliza en las prestaciones por hijo a cargo, prestaciones en las que también se realiza una evaluación de las rentas de los progenitores; y la carencia de rentas de los familiares convivientes es un

requisito asimismo tanto en las rentas de inserción autonómicas como en la Renta Activa de Inserción estatal, que no es sino un programa específico de protección a desempleados diferenciado de los denominados subsidios por desempleo, que a su vez requieren una carencia de rentas familiares, etc.<sup>239</sup>

En resumen, en las páginas que anteceden hemos constatado que las prestaciones no contributivas se diseñaron a partir de un paradigma familiar, y que su aplicación a las familias monoparentales es problemática porque en varios supuestos tienen mayores dificultades para acceder a la protección social. Esta normativa de Seguridad Social no ha evolucionado para contemplar la diversidad de formas familiares que eclosiona en nuestra sociedad, de la misma forma que tampoco contempla la pluralidad de regímenes jurídicos familiares en nuestro país, por lo que sería conveniente en este aspecto un *aggiornamento* de nuestra normativa de Seguridad Social.

## **X. PRESTACIONES FAMILIARES DEL SISTEMA ESTATAL DE SEGURIDAD SOCIAL**

Bajo la denominación de prestaciones familiares analizaremos las prestaciones económicas que prevé el sistema estatal de Seguridad Social destinadas a aliviar las cargas económicas de las familias. Las prestaciones por hijos a cargo en el sistema estatal de la Seguridad Social no son universales sino que el nivel de rentas de la familia es un elemento determinante en su concesión. Dichas prestaciones pretenden hacer frente al incremento de gastos que comporta la llegada de un hijo a la familia y han sido calificadas de insuficientes por la doctrina tanto por el carácter restrictivo de su ámbito subjetivo como por el nivel de protección que proporciona<sup>240</sup>. Estas prestaciones inciden sobre familias en situación de grave necesidad económica o con cargas cualificadas como es

---

<sup>239</sup> Es sabido que la técnica de supeditar la protección social a la comprobación de recursos tiene múltiples inconvenientes y recibe muchas críticas, especialmente porque es usada para restringir notablemente el ámbito de los posibles beneficiarios con el fin de mitigar la repercusión en los presupuestos públicos. Es interesante a este respecto el Cap. III del punto VI del orden del día de la 89ª Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT de 2001, “Seguridad Social: temas, retos y perspectivas” ISBN: 92-2-311961-8. <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/rep-vi.htm>.

<sup>240</sup> PARDELL VEA, A., “Prestaciones familiares por hijo a cargo”, *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, ALARCÓN CARACUEL, M.R. (dir.), 2003, p. 1163.

atender a hijos con discapacidad pero quedan muy lejos de asegurar a la unidad familiar con hijos “*un nivel de vida y bienestar equivalente al que disfrutarían sin ellos*”<sup>241</sup>.

El régimen actual prevé prestaciones familiares contributivas y las no contributivas<sup>242</sup>. Las primeras no consisten en el pago de dinero sino que son ventajas de cotización de carácter contributivo ligadas al ejercicio de excedencias o reducción de jornada. Las no contributivas son ayudas económicas que se conceden a las familias con hijos a cargo que no superen un límite anual de ingresos. Ésta últimas prestaciones serán las más adecuadas para cubrir las necesidades del perfil de la familia monoparental al que dedicamos principal atención en este estudio como son aquellas familias con pocos recursos. Un dato de utilidad sobre este tema sería atender al número de mujeres y hombres que se benefician de estas prestaciones. Sin embargo, las estadísticas oficiales del Ministerio de Trabajo e Inmigración contraviniendo lo previsto en el art. 20 de la LOI 3/2007, de 3 de marzo, no incluyen la variable del sexo en el análisis de esta prestación. Nos puede servir de referencia la proporción de mujeres que cobran el resto de prestaciones no contributivas que se aproxima al 74%<sup>243</sup>.

No se estudia en este apartado las numerosas ayudas y prestaciones familiares previstas en las distintas Comunidades Autónomas y que constituye la muestra más significativa del proceso creciente de descentralización territorial de las políticas de protección social. De hecho algunas Comunidades Autónomas han creado prestaciones más ambiciosas que las estatales. Es el caso, por ejemplo, de la comunidad autónoma de Cataluña que prevé una prestación universal por hijo a cargo menor de tres años que se concede de forma universal a los padres, sean o no trabajadores y sin supeditarla a un límite de rentas. Las distintas

---

<sup>241</sup> Cfr. VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Las prestaciones familiares a luz de las políticas de apoyo a la familia”, *Temas Laborales*, núm. 84/2006, 48.

<sup>242</sup> La 52/2003, de 10 de diciembre, además de reordenar todas las prestaciones familiares en un nuevo capítulo de la LGSS reconoció el carácter exclusivamente no contributivo de la asignación económica por hijo a cargo

<sup>243</sup> Anuario de Estadísticas del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009. <http://www.mtin.es>

iniciativas autonómicas en esta materia son muy dispares en cuanto a la finalidad de las prestaciones, la relevancia presupuestaria de la medida, etc.

El peso financiero de las prestaciones familiares tiene carácter residual en relación con el resto de prestaciones de la Seguridad Social ya que sólo supone un 6% del gasto total.<sup>244</sup> Precisamente a raíz de la crisis económica el Gobierno socialista ha recortado el gasto en materia de prestaciones familiares, concretamente ha unificado a la baja el importe de la asignación por hijos a cargo menores de 18 años y ha suprimido el llamado “*cheque bebe*”, ambas medidas fueron adoptadas durante su mandato<sup>245</sup>. Esta prestación consistía en un único cobro de 2.500 euros y tenía una doble naturaleza: deducción fiscal en el IRPF y prestación no contributiva de la Seguridad para las personas que no tienen derecho a este beneficio fiscal.

### **8.1 Prestaciones familiares contributivas**

La LGSS las denomina prestaciones familiares no económicas y consisten en ventajas en la cotización o en mejoras en el acceso a las prestaciones contributivas para las personas que se han acogido a una excedencia o han reducido su jornada laboral para atender al cuidado de hijos y familiares dependientes (art. 180 LGSS).

Estas mejoras tienen como objeto minimizar los efectos perjudiciales que para la protección de la Seguridad Social conlleva la interrupción de la actividad laboral para ejercer los derechos de conciliación, ejercidos en su mayoría por mujeres. Ahora bien ni estas medidas ni las principales garantías previstas por la ley para esta figura- la reserva del puesto de trabajo y cómputo de este período como antigüedad- son suficientes para compensar los sacrificios laborales y salariales que se derivan de la interrupción de la actividad profesional. Hay que tener en cuenta que el sistema estatal de Seguridad Social- a excepción del caso puntual

---

<sup>244</sup> En 2009 tanto las prestaciones en dinero como en especie representaban un 6,61 del total de gasto en prestaciones de la Seguridad Social. Cfr. Anuario de Estadísticas del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009. <http://www.mtin.es>.

<sup>245</sup> Real Decreto- Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

de hijos pequeños con enfermedades graves- no prevé una prestación sustitutiva de los ingresos profesionales durante el uso del permiso lo que hace inviable de facto que muchos padres puedan beneficiarse de esta medida. Algunas Comunidades Autónomas como, por ejemplo Navarra, prevén ayudas económicas durante este período. La falta de un soporte económico generalizado hace que sean principalmente las familias de rentas medio-altas y en concreto las mujeres que disponen trabajos y condiciones de trabajo estables hagan uso de este derecho<sup>246</sup>. Difícilmente los titulares de un hogar monoparental podrán acogerse a la excedencias o reducciones de jornada y renunciar a los ingresos profesionales cuando sean los único sustentadores de la familia. No hay, por tanto, una distribución mínimamente equitativa desde el punto de vista social de estos períodos dedicados a cuidados.

Las prestaciones asimilan a tiempo de cotización efectiva los dos primeros años de excedencia por cuidado de hijos y de un año por cuidado de familiar dependiente hasta segundo grado (en caso de familias numerosas el período es más largo)<sup>247</sup>. Las cotizaciones ficticias sirven para acreditar el periodo de carencia exigible y, en su caso, para mejorar el cálculo de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. A la vez se considera a los beneficiarios durante dichos períodos en situación de alta.

Otra prestación complementa hasta el 100% la cuantía de las cotizaciones correspondientes a los dos primeros años de reducción de jornada por cuidado de

---

<sup>246</sup> De hecho también hay que atender al nivel de estudios de las mujeres pues a mayor formación mayor uso de este tipo de licencias. Vid. sobre un estudio sobre el perfil sociodemográfico del uso de este tipo de licencias en Lapuerta, Irene; Baizán, P. y González, M. José (2008): "Tiempo para cuidar, tiempo para trabajar. Análisis del uso y la duración de la licencia parental en España, Navarro, Vicenç (ed.), *La situación social en España*, Vol. III, Fundación F. Largo Caballero, 2009, p. 425 y ss.

<sup>247</sup> Cabe recordar que las excedencias laborales que reconoce el Estatuto de los Trabajadores son más largas: de tres años para el cuidado de hijos y de dos para familiares dependientes (arts. 37.5 y 46.3 ET). El tiempo de excedencia no considerado de cotización efectiva se reconoce como situación asimilada al alta, excepto para los subsidios de incapacidad temporal, maternidad y paternidad ((disp. adic. 4º RD 295/2009, de 6 de marzo).

menores que se calculan como si la reducción no hubiera tenido lugar. En los demás casos de reducción de jornada esta ventaja sólo alcanza al primer año (art. 180.2 LGSS). Este mismo incremento de las cotizaciones en supuestos de reducción de jornada del art. 37 ET se reconoce sin límite temporal para determinar la base reguladora la prestación por desempleo (art. 211.5 LGSS). Igualmente se aumentan hasta el 100% los salarios como si no hubiera tenido lugar la reducción a efectos de calcular indemnizaciones laborales (disp. adic. Decimoctava ET).

Las dos prestaciones mencionadas sólo se reconocen a las personas trabajadoras por cuenta ajena ya sea en el sector privado o en el empleo público pero no se reconoce a los trabajadores por cuenta propia del Régimen especial agrario, de trabajadores del Mar y por cuenta propia.

A las trabajadoras que soliciten una pensión de jubilación o incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social se les reconocerán automáticamente 112 días cotizados por parte aunque no hubiese habido obligación de cotizar (disp. adic. 44ª LGSS). Gracias a esta medida introducida por la LOI 3/2007 muchas mujeres que cotizaron en el SOVI han podido completar ahora las cotizaciones exigida para acceder a las pensiones (STS de 21 de diciembre de 2009 (RJ 2010\446)).

Por último, dejamos apuntada una propuesta legislativa interesante. Durante el proceso de reformas de las pensiones de 2010 la Comisión del Pacto de Toledo<sup>248</sup> ha debatido la propuesta que las mujeres que tengan hijos se les reconozca un período cotizado para poder complementar el derecho a la pensión. Se trataría de una medida que se reconocería a todas las mujeres, realicen o no una actividad profesional y serviría para completar un período de carencia para tener derecho a la jubilación. Este tipo de medidas ya están incorporadas hace tiempo en otros sistemas de seguridad social europeos como, por ejemplo, el alemán y encuentran su justificación en el valor social de aportar hijos pero también se trata de una

---

<sup>248</sup> El periódico, de 19 de octubre de 2010. <http://www.elperiodico.com/es/noticias/economia/20101019/comision-del-pacto-toledo-estudia-que-los-hijos-computen-para-calculer-pension/544258.shtml> [consulta enero 2011]

manera de compensar a las madres por no encontrarse en igualdad de condiciones en sus perspectivas laborales y profesionales que el resto de trabajadores.

## **8.2 Prestaciones familiares no contributivas**

La LGSS contempla la prestación por nacimiento o adopción de hijo que tiene carácter periódico y es la más importante mientras las otras tres prestaciones restantes consisten en un pago único a tanto alzado: son las previstas para supuestos de familias numerosas, monoparentales y madres discapacitada; las que se otorgan con ocasión de nacimientos o adopciones múltiples o bien por nacimiento o adopción del tercer hijo o sucesivos.

### *A) Las asignaciones por hijo o menor a cargo*

Son prestaciones pagadas a quienes tengan hijo o menor a cargo que sean menores de 18 años o bien tengan una discapacidad igual o superior al 65%. El acogimiento familiar preadoptivo o permanente se considera también una situación protegida y en algunas situaciones, como son la orfandad absoluta o el abandono, las personas causantes de la prestación tienen también la condición de beneficiarias. El régimen legal de esta prestación es distinto según se trate o no de un hijo con discapacidad.

Las asignaciones familiares por hijos se condicionan principalmente a los siguientes requisitos: que los hijos sean menores de 18 años, que convivan con la persona beneficiaria y a su cargo y que las rentas totales de sus progenitores sean inferiores a un determinado límite revisado anualmente.

Cuando el hijo tiene discapacidad no se impone límite de edad ni el acceso a la prestación se condiciona a un límite de rentas aunque en el caso de los hijos mayores de edad únicamente se paga una asignación si la discapacidad es severa.

#### a) Requisitos del hijo causante:

En primer lugar, el hijo que no tenga discapacidad ha de ser menor de edad para

causar el derecho a esta prestación. Una vez alcanzada la mayoría de edad la prestación se extingue. La edad fijada por el legislador es la de la mayoría de edad que, como ya hemos visto y nos remitimos a ese punto, no coincide con la edad real de emancipación económica de los hijos.

La norma considera a cargo aquel hijo o menor que conviva y dependa económicamente del beneficiario (art. 9 RD 1335/2005, de 11 de noviembre). La dependencia económica se presume, salvo prueba en contra, cuando el hijo conviva con el beneficiario y no rompen la convivencia los casos de separación transitoria (estudio, trabajo de los progenitores, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares). El hijo puede realizar un trabajo lucrativo sin perder la condición por hijo a cargo siempre que conviva con la persona solicitante y sus ingresos profesionales no superen el 100% del SMI en cómputo anual. Tampoco pierde tal condición si percibe la pensión de orfandad o la pensión en favor de familiares pero sí que deja de considerarse dependiente económicamente si cobra una pensión contributiva.

#### b) Requisitos de las personas beneficiarias

Tienen derecho a la asignación económica quienes residan legalmente en territorio español; tengan un hijo a cargo menor de 18 años o con discapacidad igual o superior a un 65% que residan en territorio español; que no tengan derecho a prestaciones públicas de la misma naturaleza y cuyos ingresos no superen el límite fijado anualmente por los presupuestos. Los ingresos de cualquiera naturaleza no pueden superar la cuantía fijada (en 2011 su importe es de 11.264) que se incrementa un 15% por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, incluido éste. Para las familias numerosas se fija un importe más elevado. El requisito de límite de ingresos no se exige en caso que el hijo o menor acogido tenga discapacidad

Para acreditar la carencia de ingresos sólo se computan los ingresos del solicitante o bien de ambos progenitores si conviven juntos. El criterio elegido para incluir los ingresos del otro progenitor es el de convivencia conjunta de los padres y no el de matrimonio por lo que se suman también los ingresos de las uniones no

matrimoniales. El límite de ingresos anuales no varía por el hecho que se incluya dentro del cómputo las ganancias del otro progenitor. Se trata de una de las pocas reglas de Seguridad Social que perjudica, en este caso, a las familias conformadas por dos progenitores.

En caso de que los padres no convivan no se suman los ingresos que el otro progenitor pueda aportar para el mantenimiento del hogar<sup>249</sup>. En concreto, en caso de que los padres estén separados o divorciados los pagos en concepto de alimentos para los hijos del progenitor no conviviente no están incluidos en el cómputo. En cambio, sí que estaría incluida la pensión compensatoria que cobrase el cónyuge.

Excepcionalmente es posible que el solicitante tenga derecho a la prestación pese a que los ingresos computables sobrepasen el límite de recursos siempre que el importe total no exceda del resultado de sumar a dicho límite el importe anual de la prestación calculado según el número de hijos a cargo.

En relación al resto de requisitos merece la pena comentar que la norma contiene dos restricciones al acceso de los extranjeros no comunitarios. La primera consiste en exigir residencia legal al beneficiario lo que constituye un requisito también presente en el resto de prestaciones no contributivas si bien en las prestaciones familiares no se exige un período previo de residencia legal como sí ocurre en las pensiones de vejez e invalidez (art. 182.1 a) LGSS).

La segunda restricción se refiere a que los hijos a cargo deben residir en territorio español (art.182.1 b) LGSS). Con este requisito que pasó a tener rango de ley en 2003<sup>250</sup> se puso coto a los pronunciamientos del Tribunal Supremo que admitieron la reclamación sobre prestaciones por hijo a cargo de trabajadores extranjeros cuyos familiares residían en el país de origen basándose en el argumento de que la convivencia no era necesaria para apreciar que el hijo viviese a expensas del

---

<sup>249</sup> Vid. en relación al requisito de convivencia en las prestaciones no contributivas: FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, ed. Aranzadi, 2002, p. 171 y ss.

<sup>250</sup> Ley 52/2003, de 10 de diciembre

solicitante. Según el Tribunal Supremo se aprecia este último requisito cuando *“los familiares sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste”* (SSTS de 11 de abril de 2000 (RJ1999\2770), de 3 de mayo de 2000 (RJ 1999\331), de 21 de enero de 2003 (RJ 2002\152)). La exigencia de que la persona beneficiaria tenga sus hijos a cargo se identifica, pues, con la dependencia económica de los hijos respecto a los padres en la línea con lo previsto en el art. 1 g) del Convenio núm.157 de la OIT, ratificado por España, sobre establecimiento de un sistema internacional de conservación de derechos de la Seguridad Social<sup>251</sup>.

Esta exigencia de territorialidad en la residencia de los hijos tiene un mayor impacto entre los trabajadores extranjeros quienes, por otra parte tienen que soportar la carga adicional de tener a los familiares en el país de origen y las leyes de extranjería les imponen estrictos requisitos para poder reagruparlos. Y este requisito carece de razonabilidad en atención a la contingencia protegida pues la finalidad de la prestación por hijos a cargos no consiste en ningún caso en *“fomentar la convivencia, muchas veces imposible de hecho, sino proveer a la subsistencia de personas con nullos o escasísimos recursos económicos”* (SSTS de 11 de abril de 2000 (RJ 1999\2770), de 3 de mayo de 2000 (RJ 1999\331)).

También pueden ser beneficiarios los huérfanos absolutos o quienes habiendo sido abandonados por sus padres no se encuentren en régimen de acogimiento, siempre que sean menores de edad o tengan una discapacidad igual o superior al 65%. Salvo que tengan la discapacidad indicada, se les aplicará el límite de ingresos ya señalado. Aunque la pensión de orfandad es compatible con este tipo

---

<sup>251</sup> El art. 1 del Convenio núm. 157 Convenio sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social, señala que a efectos del Convenio: *g) la expresión miembros de la familia designa las personas definidas o reconocidas como tales o como miembros del hogar por la legislación en virtud de la cual se conceden o hacen efectivas las prestaciones, según el caso, o las personas que determinen los Miembros interesados de común acuerdo; no obstante, cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado;*

de prestaciones no todos los huérfanos tienen derecho a la orfandad pues están condicionados a que el fallecido reuniese los requisitos profesionales y contributivos por lo que en estas circunstancias de especial desamparo la asignación resulta insuficiente.

#### c) Asignación de la prestación a la persona beneficiaria

Habrà una única prestación aunque convivan con éste los dos progenitores y reúnan ambos los requisitos por separado. La persona beneficiaria será la elegida por común de acuerdo entre los progenitores y de no existir acuerdo, se comunicará al INSS que resolverá el abono en tanto no recaiga la oportuna resolución judicial.

En caso de separación judicial, nulidad o divorcio tendrá derecho el progenitor que viva con sus hijos y lo tenga a su cargo. De compartir ambos progenitores guarda y custodia por resolución judicial, la prestación se repartirá en proporción al tiempo en que haya sido reconocida (art. 11 RD 1335/2005, de 11 de noviembre). La condición de beneficiario puede pasar al otro progenitor en dos casos: cuando tras la separación o divorcio los hijos pasen a cargo del otro progenitor quien pasará a ser entonces beneficiario y por aplicación analógica del INSS<sup>252</sup> en caso de fallecimiento del beneficiario.

Estas mismas reglas se aplican en los supuestos de ruptura de una unidad familiar basada en análoga relación de afectividad a la conyugal.

La prestación se abonará al huérfano absoluto o el menor abandonado siempre que no tengan representantes legales.

#### d) Cuantía de la prestación

Conocer los importes que paga la Seguridad Social no es esencial para realizar el

---

<sup>252</sup> Resolución de 8 de abril de 1999, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre efectos económicos aplicables en el reconocimiento del derecho a la asignación económica por hijo a cargo en el supuesto de fallecimiento del titular de la prestación.

análisis jurídico de las mismas para poder apreciar y explicar la insuficiencia de las cuantías. El importe anual de las asignaciones por hijo a cargo en el año 2011 es el siguiente:

Hijo sin discapacidad	Menor de 18 años	291 €/año
Hijo con discapacidad	<i>Menor de 18 años con discapacidad 1000 €/año del 33%</i>	
	<i>Mayor de 18 años, y discapacidad 4171,20 € /año 65% - 75%</i>	
	<i>Mayor de 18 años, y discapacidad &gt; 6256,80€/año 75%</i>	o

En el supuesto de hijo mayor de edad y con discapacidad, estas asignaciones vienen a ser una alternativa a las pensiones no contributivas por invalidez: el importe es similar, el grado de discapacidad exigido es idéntico, y no existe un límite de edad; la principal diferencia es la distinta repercusión que tienen en ambas prestaciones las rentas de los interesados y sus familiares. Ambas prestaciones son incompatibles entre sí.

#### B) Asignación por nacimiento u adopción del tercer hijo o posterior

Es una prestación de pago único que se concede con ocasión del nacimiento o adopción del tercer hijo o sucesivos cuando las familias no superen un determinado nivel de ingresos (art. 19 RD 1335/2005, de 11 de noviembre). Los hijos que se hallen afectados por una discapacidad del 33% o superior se computan por el doble.

Estas asignaciones se hallan también condicionadas a que las rentas de los progenitores no sean superiores al límite fijado legalmente. El importe de esta asignación de pago único en 2011 es de 450,76 por cada hijo nacido u

adoptado a partir del tercero inclusive.

C) Asignación por nacimiento u adopción múltiple

Es un pago único en favor de quienes tengan hijos de parto múltiple o adopten a la vez dos o más hijos. Los ingresos de los progenitores no se someten a límite de rentas (art. 181 b) LGSS).

El importe de la asignación se halla indexado al salario mínimo interprofesional, y se paga: por dos hijos, cuatro veces el salario mínimo; por tres hijos, ocho veces; y por cuatro o más hijos el importe de la asignación es de doce veces el salario mínimo.

D) Asignación por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas.

Dan lugar a esta prestación de pago único los hijos nacidos o adoptados en una familia numerosa o que, con tal motivo, adquiera dicha condición, en una familia monoparental o en los supuestos de madres que padezcan una discapacidad igual o superior al 65%. Los progenitores no deben percibir ingresos superiores a los límites establecidos. Como ya hemos comentado se entiende por familia monoparental la constituida por un “sólo progenitor” con el que convive el hijo nacido o adoptado y que es el único sustentador de la familia. Para la consideración de familia numerosa, se estará a lo establecido en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas. Para 2011 la cuantía fijada es de 1000€.

## ***XI. REFLEXIONES Y PROPUESTAS FINALES***

Los principales estudios sobre las familias monoparentales en Europa constatan la inexistencia de un único modelo de familia monoparental que pueda servir de referente a efectos de adoptar una única política social dirigida a este tipo de familias.

Quizá por este motivo no se aprecia en los distintos países europeos de nuestro entorno una política específica e integral de protección social dirigida hacia las familias monoparentales. Así, en el capítulo dedicado al estudio de las experiencias comparadas se constata que la mayoría de gobiernos europeos no han elaborado políticas específicas para las familias monoparentales sino que han abordado tales situaciones dentro de políticas más amplias en temas familiares, laborales, de inclusión social, etc.

En la línea con las directrices políticas diseñadas por la Unión Europea en materia de empleo e inclusión social, países como Francia y Reino Unido han introducido reformas que persiguen incentivar la participación laboral de las madres solas. El incremento de la participación laboral de las madres solas pretende promover su autosuficiencia económica pues la asunción de las responsabilidades familiares puede motivar su apartamiento del mercado de trabajo y a la vez de una dependencia mayor con respecto a las ayudas públicas. Ahora bien, este tipo de medidas de fomento de empleo no son suficientes por sí solas para acabar con las situaciones de carencia de recursos económicos de este tipo de familias si no se complementan además con una oferta de servicios públicos suficientes que faciliten la atención familiar y si, por otro lado, no se tiene en cuenta la situación de las personas trabajadoras pobres cuyos ingresos profesionales no son suficientes para alcanzar el sustento vital. En este sentido, se observa que en aquellos países europeos donde se han adoptado políticas más igualitarias para la mujer - mediante el fomento de un reparto equitativo de tareas domésticas entre mujeres y

hombres y una oferta pública adecuada servicios de atención a la infancia y personas dependientes- la situación socioeconómica de las familias monoparentales es manifiestamente mejor que en el resto de países.

Independientemente de que se adopten políticas más amplias donde resulten integradas las familias monoparentales, creemos necesario que los poderes públicos evalúen el impacto que tienen dichas políticas sobre estas familias. A su vez los poderes públicos deberían adoptar una visión integral sobre las necesidades que les afectan en mayor medida que a otros modelos familiares de manera que se les conceda un trato preferente por parte de los poderes públicos en el acceso a determinados bienes y servicios en caso de carencia de recursos; siempre con las miradas puestas en la erradicación de situaciones de pobreza infantil. En nuestro país dichas políticas hallan su legitimación normativa en la Constitución y en la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en tanto que son mayoritariamente las mujeres quienes asumen la responsabilidad en solitario de cuidar a los hijos.

Pese a la evolución normativa y los avances conseguidos, la legislación estatal no refleja suficientemente en su regulación actual la pluralidad de modelos familiares cada vez más presentes en nuestra sociedad y que conviven con el modelo clásico de familia monoparental y de esto es un claro ejemplo la falta de reconocimiento legal suficiente de las familias monoparentales.

En el ordenamiento estatal español no hay un tratamiento global e integrado para las familias monoparentales lo que se explica en gran medida por la inexistencia en España del diseño y planificación de una política familiar articulada y coherente. Hay que tener en cuenta que el sistema español de Seguridad Social ha evolucionado hacia el reconocimiento oficial de nuevas realidades familiares pero sigue adoptando como modelo básico de referencia a la familia biparental ligada por vínculo matrimonial. Una vez más, como pasó en su momento con las parejas de hecho o con las familias homoparentales, las normas autonómicas se han adelantado a la estatal en el reconocimiento de las nuevas necesidades derivadas de planteamientos diversos de convivencia. Un ejemplo de norma que

atiende a una acepción más material y próxima a las distintas realidades familiares es la legislación catalana sobre protección de las familias que reconoce expresamente a las familias monoparentales y a otras situaciones fácticas de convivencia.

La noción de familia monoparental que asumimos entre las numerosas acepciones aportadas por la doctrina gira en torno a la existencia de un único progenitor responsable que asume las tareas de cuidado y soporte emocional afectivo de los hijos o personas dependientes. En las familias monoparentales en las que se da una crisis matrimonial o de pareja la responsabilidad la detenta quien tiene la custodia y quien convive con los hijos. Creemos que esta definición atiende a las cuestiones materiales del cuidado en vez de a las cuestiones formales como son el estado civil o la causa que motivó la monoparentalidad. En todo caso, la noción de familia monoparental tiene mayor arraigo sociológico que jurídico pues el concepto de monoparentalidad ha tenido una aparición tardía en nuestra legislación. Será preciso acudir a la finalidad concreta de cada norma para comprobar si es razonable la elección de los sujetos potencialmente afectados por ésta y, en este sentido, el ámbito de aplicación escogido por la norma puede tener como destinatarias a todas las familias monoparentales o bien atender a un rasgo o perfil razonable para seleccionar a las familias beneficiadas.

En relación al perfil de familia monoparental con pocos recursos es necesario que las normas asistenciales o de Seguridad Social que protejan económicamente a la familia acepten la diversidad de modelos familiares independientemente de la causa o el origen que la motivó y detecten las nuevas necesidades sociales de manera que la legislación se aproxime más a las situaciones de convivencia fáctica

La legislación de Seguridad Social desde el año 2007 concede mejoras puntuales en la acción protectora a L familias monoparentales junto a las familias numerosas. En concreto, se conceden 14 días adicionales de disfrute del subsidio no contributivo de maternidad así como una prestación familiar de pago único. El

legislador de la Seguridad Social entiende por familia monoparental *“la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia”*(art. 133 septies, 185.1 LGSS). Se trata de dos mejoras muy puntuales de la acción protectora que tienen poca incidencia en las familias monoparentales. Además la Administración de la Seguridad Social ha aclarado que la expresión sustentador único de la familia se reserva a las situaciones de monoparentalidad en sentido estricto jurídico, es decir, aquellas en que sólo consta la existencia de un progenitor y no comprende los supuestos en que uno de los progenitores no conviva con la familia y no aporte ingresos a la familia o bien estos sean insuficientes.

Se trata de una definición estricta poco acorde con la realidad social dado el elevado número de familias monoparentales que provienen de una ruptura matrimonial y las dificultades económicas que han de hacer frente en caso de que sean escasas las cuantías pagadas por alimentos o bien que el cónyuge custodio no cumpla con sus obligaciones.

A continuación haremos una serie de propuestas de reforma de los mecanismos públicos de protección social analizados cara a mejorar la atención a las familias monoparentales.

*1) La necesaria coordinación estatal de las distintas políticas sociales autonómicas destinadas a las familias y más concretamente a las familias monoparentales.*

En primer lugar, se constata la falta de una política estatal sólida y coherente de apoyo a la familia en las que se planteen una serie de objetivos comunes mínimos a desarrollar en el estado español. Las Comunidades Autónomas han adoptado medidas de muy distinta naturaleza dirigidas a las familias y más recientemente también a las familias monoparentales. Por poner un ejemplo, algunas Comunidades Autónomas han previsto para las familias monoparentales ventajas en materia de vivienda, en materia de escolarización de los hijos, transporte, ofertas de ocio y otros servicios públicos. También diversas normativas de renta

mínima de inserción atienden a las necesidades específicas de las familias monoparentales se han reflejado en la normativa.

Sería recomendable que el Estado español coordinase y fijase objetivos comunes para las Comunidades Autónomas en relación a las políticas de protección económica de la familia con el objeto de racionalizar y evitar respuestas normativas dispares. En concreto, que se adoptase a la hora de programar las políticas sociales una visión integral de las problemática de las familias monoparentales sin recursos, entre otros colectivos. Una iniciativa estatal que merece tener una buena acogida al respecto es el plan estatal de vivienda que recoge entre los colectivos con derecho preferente a acceso a la vivienda a las familias monoparentales. Sin embargo, y pese a los sucesivos mandatos legales resta pendiente que el Gobierno desarrolle reglamentariamente la equiparación de la protección de las familias monoparentales con dos hijos a la prevista para las familias numerosas.

*2) Asunción de objetivos por parte del Estado para mejorar los problemas de conciliación y de integración laboral de las familias monoparentales.*

En este sentido deberían ser objeto de atención prioritaria los programas como el educa3 dirigidos a ampliar la red de servicios y guarderías para elevar la tasa de escolarización de los niños menores de tres años. Igualmente debería completarse el desarrollo de la Ley de dependencia.

Aunque no ha sido objeto de estudio en este proyecto, convendría estudiar la posibilidad de reforzar las políticas públicas en materia de conciliación de las personas titulares de hogares monoparentales. En el ámbito del derecho del Trabajo se debería plantear el derecho a la adaptación de horarios, elección de turnos y de jornada para las familias monoparentales en aplicación del derecho a conciliación reconocido en el art. 34.8 ET . Sería conveniente un estudios sobre la oportunidad de la medida y cuáles habrían de ser la situaciones a proteger

teniendo en cuenta el posible efecto boomerang que pueda generar para este colectivo especialmente integrado por mujeres.

Ante las dificultades y trabas que a las que se enfrentan las madres solas para acceder y permanecer en el mercado de trabajo las políticas de empleo debe favorecer su integración. Las políticas de apoyo no irían tanto en la línea de favorecer el acceso a los permisos y excedencias laborales cuya incidencia en las familias monoparentales es mínima teniendo en cuenta que las personas responsables del hogar familiar deben proporcionar un sustento. Así las excedencias laborales difícilmente son disfrutadas por personas titulares de un hogar familiar. Se trata por el contrario de ofrecer mayores oportunidades de empleo a las mujeres que encabezan hogares de familias monoparentales. Una opción a recomendar en esta misma dirección sería la de considerar a las familias monoparentales colectivos preferentes de las políticas activas de empleo de manera que la monoparentalidad fuese un factor a tener en cuenta en el acceso, por ejemplo, a la oferta de cursos de formación para el empleo, en programas de empleo, etc.

*3) El futuro régimen de la pensión de viudedad debería continuar avanzando en el reconocimiento de otras realidades familiares, en asumir una protección económica que facilite la adaptación a los cambios familiares derivado de la ausencia de uno o de los dos progenitores y en asegurar protección suficiente para las personas que enviudan y tienen hijos o familiares dependientes a su cargo.*

Como es bien sabido se trata de una pensión que surgió en un contexto social muy distinto al presente y que en la actualidad- al igual que ha ocurrido en otros países europeos- se halla inmersa en España en un proceso de replanteamiento de manera que se han enunciado futuras reformas que comportaría su transformación en profundidad referida a la finalidad protectora que debe cumplir y las realidades sociales y familiares a las que debe atender. Los futuros cambios apuntan en la dirección señalada por el pacto social de 2006 donde Gobierno y

partes sociales acordaron redirigir la protección hacia situaciones en la que existiese una dependencia económica de los familiares hacia la persona fallecida manteniendo la prestación su carácter contributivo y su finalidad de sustitución de rentas. La revisión del Pacto de Toledo aprobado en 2011 ha puesto de manifiesto que las futuras reformas de la pensión no pueden soslayar una realidad social necesitada de protección: la de la mayoría de mujeres españolas viudas con edad próxima a la jubilación o que ya han sobrepasado dicha edad y no tienen una fuente de ingresos propios siendo para ellas la pensión de viudedad su principal fuente de ingresos, cuya cuantía- pese a sucesivas mejoras puntuales- sigue siendo insuficiente.

La futura pensión de viudedad, al margen de otros factores, debe tomar en consideración la existencia de hijos a cargo o personas dependientes en la familia superviviente. Salvo en la determinación de la pensión mínima el régimen actualmente vigente no tiene en cuenta estas situaciones que presentan mayor necesidad a la hora de determinar la cuantía. Tampoco esta situación se aprecia en la nueva regulación de pensión de viudedad para las parejas de hecho donde la existencia de hijos a cargo de la pareja no es un elemento suficiente para que se aprecie la existencia de pareja de hecho.

El régimen actualmente vigente de la pensión de viudedad no sigue una lógica de protección de situaciones de necesidad pues no cubre todas las situaciones de monoparentalidad derivadas de fallecimiento ya sea porque deben cumplirse una serie de requisitos contributivos o profesionales o bien por la estricta concepción de pareja de hecho que fija la ley. Sería recomendable que España adoptase en el futuro la línea seguida en reformas implantadas en otros países de transformar la pensión de viudedad en una prestación que cubriese las situaciones de monoparentalidad sobrevinida en que concurriesen situaciones de necesidad. Podría plantearse como una prestación temporal con objeto de facilitar a los familiares sobrevivientes el tránsito de situación familiar a otra.

Este apoyo debería facilitar también la integración laboral de las viudas con hijos que han estado distanciadas del mercado de trabajo lo que implican la adopción de una serie de medidas van más allá de la prestación económica (participación en cursos de formación, facilidades de intermediación laboral, atención preferente en servicios de atención a hijos y familiares dependientes, etc.)

*4) Protección integral hacia los hijos ante la ausencia de uno o de los dos padres con objetivo de evitar o erradicar la pobreza infantil.*

El enfoque prioritario en materia de protección no debería consistir tanto en tener como sujeto destinatario de la protección el cónyuge o pareja superviviente- salvo, claro está supuestos particulares de edad, discapacidad, etc.- como de cubrir los huecos de protección económica que puedan padecer los hijos ante la inexistencia o ausencia de uno o dos de los progenitores. Los supuestos protegidos no sólo han incluido los vínculos filiales con el causante, ya sean biológicos o adoptivos, sino también los supuestos de acogimiento. Pero también cabe tener en cuenta otras situaciones equiparables como ocurre en el caso de abandono o desaparición de uno de los padres.

El RD 296/2009 ha modificado el régimen del derecho a incremento de la pensión de orfandad y de las indemnizaciones especiales a tanto alzado de manera que menciona expresamente el hecho que a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad (art. 38 D 3158/1966, de 23 de diciembre).

Se trata de una reforma importante que tiene su origen en la sentencia del Tribunal Constitucional y que intenta cubrir los déficits de protección que tienen los hijos huérfanos de parejas de hecho pues en la legislación anterior en caso de fallecer uno de los progenitores sólo se les asignaba las prestaciones de orfandad pese a tratarse de situaciones de necesidad equiparables a la situación de las familias con hijos matrimoniales existiendo un agravio comparativo en cuanto a los hijos matrimoniales. Este acrecimiento resultaría también aplicable a los casos en que los progenitores no fuesen pareja y viviesen separados.

Pese a esta mejora, puede concluirse que no todas las situaciones de necesidad derivadas del fallecimiento o la ausencia de uno de los progenitores se hallan cubiertas por la Seguridad Social. De ahí las recomendaciones de la revisión del Pacto de Toledo en 2011 sobre la creación de una prestación de orfandad de carácter no contributivo y, a la vez, de homogeneizar y elevar la edad a partir de la cual se considera que el hijo se encuentra en situación de dependencia económica.

*5) Con la misma finalidad de proteger la pobreza infantil se han de mejorar la eficacia de las iniciativas legales del Estado y algunas Comunidades Autónomas (Cataluña, Valencia) de anticipar el pago de alimentos a los hijos en caso de que el progenitor no custodio haya incumplido tales obligaciones.*

En esta misma línea de lucha contra la pobreza infantil debe inscribirse la legislación estatal y de algunas Comunidades Autónomas como Cataluña y Valencia<sup>253</sup> que prevén la constitución de un fondo de garantía de pagos de alimentos examinada en el capítulo del trabajo dedicado a la protección económica de la crisis matrimonial. Se trata de iniciativas legales que pretenden hacer frente a situaciones de necesidad económica derivadas del incumplimiento del pago de alimentos a los hijos por parte del progenitor no custodio tras un proceso de separación o divorcio. En situaciones de crisis matrimonial son dan normalmente situaciones de monoparentalidad “de facto” en que uno de los progenitores, de forma abrumadora las mujeres, asume la responsabilidad principal del cuidado y educación de los hijos, si bien en el plano jurídico existen dos progenitores. El incumplimiento del pago de alimentos aún siendo tipificado como delito es una práctica muy extendida- y que desgraciadamente que ha crecido de forma exponencial con la crisis económica- y que coloca en una situación de mayor precariedad económica a las familias monoparentales. Los

---

<sup>253</sup> Hay que advertir que la legislación valenciana está pendiente de aplicación y la catalana no ha entrado todavía en vigor. Vid. con mayor detalle el capítulo de este estudio sobre “La protección económica de la crisis matrimonial. Medidas legislativa en Cataluña y en España”

fondos de pagos de alimentos tanto estatales como autonómicos se han creado para aliviar dichas cargas anticipando el pago de las deudas alimenticias. Son una respuesta de carácter subsidiario a los mecanismos judiciales de imposición del pago de las deudas de alimentos que hasta el momento muestran escasa eficacia. En España las iniciativas mencionadas se han implantado recientemente y carecen de la experiencia consolidada de otros países, lo cuales han implantado en su mayoría mecanismos de anticipación de las pensiones frente a otros que se han optado por facilitar el pago pero no lo anticipan, como es el caso de Inglaterra.

Aunque la implantación del Fondo estatal es reciente se puede avanzar ya una valoración crítica de su escasa operatividad como prueba que en el año 2008 sólo se gastase el 3,5% del presupuesto previsto. Probablemente el motivo de la casi nula aplicación de estos fondos sean los estrictos requisitos económicos impuestos a las familias afectadas. Sin duda estos requisitos deben ser revisados pues en la práctica impide que la mayoría de familias en situación económica crítica, no olvidemos que su acceso se condiciona a un límite de rentas, puedan acogerse a dicho fondo. Convendría también revisar la suficiencia de las cuantías y su duración pues ofrecen una cobertura claramente insuficiente si se tienen en cuenta otros regímenes de países europeos.

En suma tanto en casos de orfandad ya vistos como en caso de incumplimiento de las obligaciones económicas se producen huecos de protección en situaciones de riesgo de exclusión social y de pobreza en la que se ven afectados hijos dependientes económicamente.

*6) La acción protectora del subsidio de maternidad ha sido mejorada por la reforma de 2007 básicamente a través de la flexibilización de los requisitos de acceso y con la creación de un nuevo subsidio no contributivo de maternidad.*

Probablemente la ausencia de requisito de cotización para las madres menores de 21 tendrá un mayor impacto en el colectivo de madres jóvenes. Merece

también una valoración positiva la creación del subsidio no contributivo aunque no se trata de una prestación asistencial de carácter universal pues sólo se concede a las madres trabajadoras afiliadas y en alta a la Seguridad Social. La duración del subsidio no contributivo se incrementa 14 días cuando se trate de familias monoparentales, numerosas o en que la madre tenga una discapacidad. Llama la atención que este permiso se alargue en el subsidio no contributivo y no en la prestación contributiva de maternidad. La mayor duración de este permiso halla su justificación en que la persona que responsable de una familia monoparental tiene una necesidad más acuciante de tiempo para hacerse cargo del hijo.

*7) En el régimen de las prestaciones que cubren el ejercicio de los derechos de conciliación como son maternidad, paternidad y la reciente prestación de cuidados de menores hospitalizados por enfermedad grave, la normativa debería prever el disfrute compartido de estos permisos a otros familiares si los padres así lo desean.*

En cuanto a la promoción de un reparto equilibrado del cuidado de los hijos entre mujeres y hombres ya avanzamos que las soluciones serán distintas según se trate de familias monoparentales en sentido estricto donde sólo hay una madre o padre solteros que se haga cargo de los hijos o bien en el caso de que haya dos progenitores independientemente de su estado civil (solteros, divorciados, etc.).

En este último caso los padres, convivan o no con los hijos, son titulares de los derechos de conciliación previstos en las mismas condiciones que los progenitores casados.

Ahora bien, consideramos que el régimen español es poco flexible en este aspecto porque no admite la posibilidad de que sean los abuelos o bien otros miembros de la familia inmediata quienes puedan ocuparse del cuidado y educación de los niños si los padres así lo desean y siempre que fuese por el bien del niño.

El Comité Económico y Social Europeo ha recomendado introducir esta previsión como fórmula de reducir el estrés de los progenitores que trabajan y de contribuir a la conciliación de la vida profesional con la vida privada o familiar. Esta solución sería especialmente beneficiosa para las familias monoparentales donde los problemas para compaginar ambas esferas son más acuciantes y, particularmente, para el caso de las madres solteras jóvenes. En Portugal, por ejemplo, se prevé la posibilidad de que los abuelos puedan acceder al permiso de maternidad en atención a una serie de supuestos como, por ejemplo, que el nieto viva con ellos y los padres sean menores de 16 años.

*8) Los titulares de una familia monoparental deberían poder acceder al permiso de paternidad.*

Los titulares de un hogar monoparental en sentido estricto- básicamente cuando el hijo no haya sido reconocido o haya fallecido- no pueden beneficiarse de este permiso. Se trata de una diferencia de trato basada en el factor de biparentalidad que perjudica a otras realidades familiares distintas. Se trata de una situación discriminatoria si atendemos al bien jurídico esencial presente en estos permisos como es el cuidado de hijos recién nacidos. Creemos que en estos casos, sí que debería preverse excepcionalmente que la persona titular del hogar familiar pudiese beneficiarse de este permiso además del permiso de maternidad o bien que esta persona pudiese delegar su uso en otro familiar próximo. Por lo demás, esta excepción está prevista en la propia Directiva 96/34/CEE cuando dice que los permisos son, “en principio”, intransferibles.

*9) En la nueva prestación para el cuidado de hijos menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave debería preverse en un posterior desarrollo reglamentario la alternancia de los padres en el disfrute del permiso.*

Conforme el régimen previsto para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave aprobado por la ley 39/2010, de 22 de diciembre, se contempla la posibilidad de que ambos progenitores disfruten del permiso pues es

un derecho que pueden detentar los dos individualmente si bien sólo uno de ellos podrá cobrar la prestación, a elección de los interesados. Llama la atención que la norma no provea reglas de alternancia de los progenitores en el disfrute de la prestación y más teniendo en cuenta que se trata de una tarea de cuidados de larga duración. Creemos que esta previsión es necesaria para posibilitar el reparto responsable de los cuidados entre los padres y esperamos que sea incluida en un posterior desarrollo reglamentario de la norma. Por otra parte, cabe realizar la misma observación ya realizada en las prestaciones sobre paternidad y maternidad sobre la conveniencia de que puedan ser beneficiarios de la prestación otras personas designadas por los padres. En el caso de las familias con un único progenitor esta reforma debería efectuarse con mayor motivo.

*10) El mayor riesgo de pobreza de las familias monoparentales hace que sean las pensiones no contributivas estatales una de las formas de acceso a la protección social más comunes. Sin embargo el régimen legal de estas pensiones va destinado a cubrir las situaciones de pobreza en la vejez o invalidez pero no tutela una genérica necesidad económica familiar que debe ser acogida mediante otros instrumentos jurídicos de protección social como pueden ser las rentas mínimas de inserción.*

El régimen de las pensiones no contributivas muestra desajustes con las nuevas realidades familiares a destacar la no asignación de una regla expresa que determine cómo deben valorarse las unidades económicas de convivencia en los supuestos de custodia compartida o el desigual tratamiento que se da al matrimonio frente a las parejas de hecho a la hora de computar la existencia de recursos necesarios para alcanzar el umbral de supervivencia.

A través de diversos ejemplos se ha constatado las mayores dificultades que tienen las familias monoparentales para acceder a las pensiones no contributivas. Probablemente el más significativo lo hallamos en la exigencia legal de carencia de recursos de los familiares de los beneficiarios, requisito que no está previsto también en otras prestaciones asistenciales como son las asignaciones por hijos a cargo o los subsidios asistenciales por desempleo. La normativa sólo atiende a los familiares descendientes del beneficiario más inmediatos e ignora a otros

familiares que en caso de la monoparentalidad pueden suplir por necesidades de supervivencia al progenitor ausente, por ejemplo, dando cobijo a la familia monoparental. Se propone, en este sentido, que para que las familias monoparentales reciban un tratamiento equivalente a las biparentales la legislación considere familiar a quien sea y quiera serlo, es decir: a quienes puedan acreditar algún lazo de parentesco, y cuyos actos propios de relación (económica, de apoyo, de convivencia, etc.) no desmientan la manifestación de voluntad de ser considerados familiares. La misma solución debe darse a la hora de determinar las “necesidades familiares” en el baremo que determina el grado de minusvalía previsto en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

*11) Las prestaciones familiares del sistema estatal de la Seguridad Social tienen un peso financiero residual y han experimentado recortes a raíz de los recortes presupuestarios provocados por la crisis económica. El reconocimiento de cotizaciones en situaciones de excedencia por cuidado de hijos tiene una incidencia casi nula en el caso de las familias monoparentales.*

Estas prestaciones inciden sobre familias en situación de grave necesidad económica o con cargas cualificadas como es atender a hijos con discapacidad pero quedan muy lejos de asegurar a la unidad familiar con hijos “*un nivel de vida y bienestar equivalente al que disfrutarían sin ellos*”. dispares en cuanto a la finalidad de las prestaciones.

El peso financiero de las prestaciones familiares tiene carácter residual en relación con el resto de prestaciones de la Seguridad Social ya que sólo supone un 6% del gasto total. Precisamente a raíz de la crisis económica el Gobierno socialista ha recortado el gasto en materia de prestaciones familiares, concretamente ha unificado a la baja el importe de la asignación por hijos a cargo menores de 18 años y ha suprimido el llamado “*cheque bebe*”, ambas medidas fueron adoptadas durante su mandato. Esta prestación consistía en un único cobro de 2.500 euros y tenía una doble naturaleza: deducción fiscal en el IRPF y prestación no

contributiva de la Seguridad para las personas que no tienen derecho a este beneficio fiscal.

Las prestaciones familiares no económicas consisten en ventajas en la cotización o en mejoras en el acceso a las prestaciones contributivas para las personas que se han acogido a una excedencia o han reducido su jornada laboral para atender a hijos y familiares dependientes. Hay que tener en cuenta que el sistema estatal de Seguridad Social- a excepción del caso puntual de hijos pequeños con enfermedades graves- no prevé una prestación sustitutiva de los ingresos profesionales durante el uso del permiso lo que hace de facto inviable que muchos padres puedan beneficiarse de esta medida. Excepcionalmente algunas Comunidades Autónomas como, por ejemplo, Navarra prevén ayudas económicas durante este período.

La falta de un soporte económico generalizado hace que sean principalmente las familias de rentas medio-altas y en concreto las mujeres que disponen trabajos y condiciones de trabajo estables hagan uso de este derecho. Difícilmente los titulares de un hogar monoparental podrán acogerse a la excedencias o reducciones de jornada y renunciar a los ingresos profesionales cuando sean los únicos sustentadores de la familia. No se observa en el régimen de esta prestación, por tanto, una distribución mínimamente equitativa desde el punto de vista social de estos períodos dedicados a cuidados.

## **XII. BIBLIOGRAFIA CITADA**

AAVV. "Study on Poverty and Social Exclusion among Lone-Parent Households", European Commission, Directorate-General of Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2007.

ADEMA, W. "Social Assistance Policy Development and the Provision of a Decent Level of Income in Selected OECD Countries" *OECD Social, Employment and Migration Working Papers* nº 38; Paris, 2006.

[www.oecd.org/dataoecd/51/19/37224078.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/51/19/37224078.pdf)

ALMEDA SAMARANCH, E. (coord.), "Pensiones de supervivencia y familias monoparentales encabezadas por mujeres: perfiles, dinámicas e impactos. Un estudio teórico-empírico comparado en el marco de la UE". <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/113295.pdf>.

ALMEDA, E. y FLAQUER, L., "Las familias monoparentales en España: un enfoque crítico", *Revista Internacional de Sociología*, núm. 11, 1995.

ALMEDA SAMARANCH, E., *Polítiques de suport a les famílies monoparentals*, Documents de Reflexió Estratègica, Generalitat de Catalunya, 2003,

ARROYO I AMAYUELAS, E., "L'obligació legal d'aliments", en *Manual de Dret Civil Català*, de Badosa Coll (dir), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003

Idem, "Los fondos de garantía del pago de pensiones de alimentos: ¿públicos o privados?", *Revista de Derecho Privado*, 2004, nº 3

ATKINSON, Anthony B. / MARLIER, Eric, *Income and Living Conditions in Europe*, EUROSTAT, statistical books, Luxembourg, Publication Office of the European

Union 2010, [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY\\_OFFPUB/KS-31-10-555/EN/KS-31-10-555-EN.PDF](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-31-10-555/EN/KS-31-10-555-EN.PDF) [última consulta enero de 2011]

AZAGRA MALO, A., “El fondo de garantía del pago de alimentos”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2008, nº 4

BAILEY, M., “Canada: Reform, not Revolution”, en *The International Survey of Family Law*, Atkin (editor), Jordan Publishing, Bristol, 2009

BARRÓN LÓPEZ, S., “Familias monoparentales: un ejercicio de clarificación conceptual y sociológica”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 40, 2002

BERGS et al., Reformoptionen der Familienbesteuerung; Aufkommens-, Verteilungs- und Arbeitsangebotseffekte; Finanzwissenschaftliche Diskussionsbeiträge Nr. 06-8, Universität Köln 2006

BROCAS, A.M., “L’individualisation des droits sociaux”, *Recherches et Previsions*, núm. 55, 1999

BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, Familienreport 2010, <http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/familienreport-2010,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf> [última consulta enero de 2011]

BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND, Dossier, Vereinbarkeit von Familie und Beruf für Alleinerziehende, Basel/Berlín Marzo 2009.

CABRÉ, A., Reflexiones sobre los cambios demográficos recientes en relación con las políticas públicas referidas a las familias, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 1, 2009.

CABEZA PEREIRO, J., “¿En qué debe cambiar el Derecho español para adaptarse al acuerdo marco revisado sobre permiso parental?”, *Aranzadi Social*, núm. 6/2010.

CAF, REVENU DE SOLIDARITE ACTIVE (Rsa),  
<http://www.caf.fr/wps/portal/particuliers/catalogue/metropole/api> [última consulta enero de 2011]

CAMPUZANO TOMÉ, H., “El impago de pensiones alimenticias. La creación de un fondo de garantía como solución al problema”, *Revista de Derecho Privado*, 2001

CASANOVAS MUSSONS, A., “A propòsit de l’article 2.2 de la Llei 10/1996, de 29 de juliol, d’aliments entre parents: la distinció entre “aliments institucionals” i “aliments autònoms” i les seves interferències”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1998

CAVAS MARTÍNEZ, F., “La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas para su reforma”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001

CHAMBAZ, C.; MARTIN, C., “Lone parents, employment and social policy in France: lessons from a family-friendly policy”, *Lone Parents, Employment and Social Policy. Cross-national comparisons*, MILLAR, J.; ROWLINGSON, K.,(eds.) , The Policy Press, 2001.

CEBULLA, Andrea et al., *The new Deal for Lone Parents, Lone Parent Work focused*, 2008

CORSI, Marcella / LODOVICI, Manuela Samek in collaboration with: Angela Cipollone, Carlo D’Ippoliti, Silvia Sansonetti, *Gender mainstreaming active inclusion policies - Final synthesis report*, EGGSi coordinating team, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010

## COMISIÓN EUROPEA

- (2006) *Objetivos del Desarrollo del Milenio. Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia* (COM (2006) 367 final)
- (2008) *Demography Report 2008: Meeting Social Needs in an Ageing Society*, Commission of the European Communities, SEC (2008), 2911.

DAVID, Olivier et. al., *Les familles monoparentales – Perspectives internationales*, Dossier d'étude N° 42, Université Rennes 2, mars 2003

DAVID, Olivier et. al., *Les familles monoparentales en Europe*, Dossier d'étude N° 54, Université Rennes 2, mars 2004

DALTON, Peter et al., *The econometric evaluation of the New Deal for Lone Parents*, Department for Work and Pensions, Research Report No. 356, London 2006; Cebulla, Andrea et al., *The new Deal for Lone Parents, Lone Parent Work focused*, 2008

DINGELDEY, Irene, *Wohlfahrtsstaatlicher Wandel zwischen Arbeitszwang und Befähigung: Eine vergleichende Analyse aktivierender Arbeitsmarktpolitik in Deutschland, Dänemark und Großbritannien*, in: *Berliner Journal für Soziologie* 2007, 17 (2), p. 189-209.

DÍEZ-PICAZO, L., , *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, Civitas, Madrid, 2008. CAVAS

EGEA FERNÁNDEZ, J., "La acció de repetició contra el deutor dels aliments. Solidaritat familiar i prestacions assistencials públiques", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1997-3

EUROPEAN ALLIANCE FOR FAMILIES; Country profiles, [http://ec.europa.eu/employment\\_social/emplweb/families/index.cfm](http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/families/index.cfm) [última consulta enero de 2011]

EUROSTAT, Reconciliation of between work, private and family life in the European Union, 2009 edition,  
[http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY\\_OFFPUB/KS-78-09-908/EN/KS-78-09-908-EN.PDF](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-78-09-908/EN/KS-78-09-908-EN.PDF) [última consulta enero de 2011]

EVANS, Martin et. al., New Deal for Lone Parents: Second Synthesis Report of the National Evaluation, Prepared for Department for Work and Pensions. Interviews and Working Families Tax Credit: A review of impacts, Department for Work and Pensions, London 2003

FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, ed. Aranzadi, 2002

FERNÁNDEZ CORDÓN, J.A., TOBÍO SOLER, C., “Las familias monoparentales en España”, *Revista Internacional de Sociología*, núm. 83, 1998.

FERRER RIBA, J., “Separació de béns i compensacions en la crisi familiar”, en *Nous reptes del Dret de Família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa (2004)*. Documenta Universitaria, Girona, 2005.

FORD, R.; MILLAR, J., *Private lives and public responses: lone parenthood and future policy*, Policy Studies Institute, 1998.

FOUBERT, Petra Foubert, The Gender Pay Gap in Europe, from a Legal Perspective, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010

GARCÍA ORTEGA, J., “El fondo de garantía de pensiones de alimentos”, en *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, De Verda y Beamonte, J.R., (coord), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006

GARCÍA PAREDES, M.L., “Nuevas formas de familia y crisis matrimoniales. Problemas de protección social”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 152, 2008

GOÑI SEIN, J.,L., “La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer”, *Temas Laborales*, núm. 82, 2005

KRIEGLER, A., “Austria”, en *Family Law in Europe*, Hamilton y Perry (editores), 2ª edición, Butterworths Lexis-Nexis, 2002

KULL, Silke / RIEDMÜLLER, Barbara, Auf dem Weg zu einer Arbeitsmarktbürgerin? Neue Konzepte der Arbeitsmarktpolitik am Beispiel alleinerziehender Frauen, Nerlin: edition stigma 2007

LAPUERTA, I.; BAIZÁN, P. Y GONZÁLEZ, M. J.: “Tiempo para cuidar, tiempo para trabajar. Análisis del uso y la duración de la licencia parental en España, NAVARRO, V.(ed.), *La situación social en España*, Vol. III, Fundación F. Largo Caballero, 2009.

LÁZARO PALAU, C.M., *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

LESSOF, Carli, New Deal for Lone Parents Evaluation: Findings from the Quantative Survey, National Centre for Social Research, DWP Research Report WAE147, 2003

LETABLIER, M.T., EYDOUX,A., *Familles monoparentales en France*, Centre d'Etudes d'Emploi, Rapport de Recherche, junio 2007, núm. 36.

LÓPEZ LÓPEZ, J., “Conciliación y sistemas de Seguridad Social y dependencia (2006): la corresponsabilidad desde la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 1, 2008.

LOUSADA AROCHENA, J.F. "El principio de transversalidad y el Derecho de la Seguridad Social" *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 106, Ed. Cívitas, 2001.

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", *Aranzadi Social* núm. 1/2010

MARSDEN, D., "One parent families", *British Journal of Law and Society*, vol.1, núm. 2, 1974

MARTÍ CASALS, M., y SANTDIUMENGE FARRÉ, J., "El funcionament dels fons de pensions alimentàries. Estudi comparat de legislació sobre pagament avançat de pensions alimentàries a menors en cas d'impagament del progenitor separat o divorciat", *Materials de les Vuitenes Jornades de Dret Català a Tossa (1994)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Editorial La Ley, Madrid, 2002.

MORENO MOZO, *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada, 2008.

MORENO VELASCO, V., "La relación de causalidad matrimonio-desequilibrio en la pensión compensatoria", *Diario La Ley*, 2 diciembre 2010.

MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., "Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/200: ¿una equiparación inviable?", *Aranzadi Social*, núm. 17/2009

NACIONES UNIDAS: Cumbre Mundial de Naciones Unidas sobre desarrollo social de 1995 (Capítulo II). [http://www.un.org/esa/socdev/wssd/pgme\\_action\\_intro.html](http://www.un.org/esa/socdev/wssd/pgme_action_intro.html)

MENENDEZ SEBASTIÁN, P., "La pensión de viudedad entre la contributividad automática y la asistencialidad contributiva", *Justicia Laboral*, núm. 41, 2010

OECD, Economic Survey of Ireland 2006, publicado el 2 de marzo 2006, chapter 6  
[http://www.oecd.org/document/48/0,3343,en\\_2649\\_34569\\_36157872\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/48/0,3343,en_2649_34569_36157872_1_1_1_1,00.html) [última consulta enero de 2011]

OECD, Doing Better for Children, 1 Sep 2009, [http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/doing-better-for-children\\_9789264059344-en](http://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/doing-better-for-children_9789264059344-en) [última consulta enero de 2011]

OIT: 89ª Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT de 2001, “Seguridad Social: temas, retos y perspectivas” ISBN: 92-2-311961-8.

<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/rep-vi.htm>.

PARA MARTÍN, A., “El derecho de compensación económica por razón de trabajo”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1999, nº 2.

PARDELL VEÀ, A., “Prestaciones familiares por hijo a cargo”, *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, ALARCÓN CARACUEL, M.R. (dir.), 2003.

PLANTEGA, Janneke / REMERY, Chantal, Flexible working time arrangements and gender equality - A comparative review of 30 European countries, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010

PRATS CANUT, *Comentario al artículo 227*, en “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, de Quintero Olivares (dir) y Valle Muñiz (coord), Aranzadi, Pamplona, 1996.

PROGNOS AG, Elterngeld und Elternzeit (föräldraförsekring och föräldraledighet) – Ein Erfahrungsbericht aus Schweden – Schlussfolgerungen für Deutschland, Studie erstellt im Auftrag des BMFSFJ, Basel enero 2005,  
<http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung2/Pdf->

Anlagen/erfahrungsbericht-schweden-elterngeld-  
elternzeit,property=pdf,bereich=,rwb=true.pdf [última consulta enero de 2011]

PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup> A., "La pensión compensatoria y la pensión de viudedad", *Aranzadi Social*, núm. 21/2009

RAGEL SÁNCHEZ, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Familia*, Dykinson, Madrid, 2001.

RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV. Familia, de Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echevarría, Rivero Hernández y Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2008.

RIBOT IGUALADA, J., *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ROCA TRIAS, E., "Familia, familias y derecho de la familia", *Anuario de Derecho Civil*, 1990, nº 4.

Idem, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.

Idem, en Puig Ferriol, L., y Roca Trías, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. II, *Dret de la persona i dret de família*, 6<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Idem, "La liquidació del regim de separació de béns a Catalunya", *Revista Jurídica de Catalunya*, 2008, nº 3

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.,:" Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo", *Relaciones Laborales*, 1993, T.I.

RODRÍGUEZ SUMAZA, C.; LUENGO RODRÍGUEZ, T., “Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales”, *Papers*, núm. 69, 2003.

ROLL, JO: *Lone parent families in Europe. Report to the European Commission*, 1992.

SAURA ALBERDI, B., *La pensió compensatoria: criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SCHLESSINGER, B., “One parent families in Britain”, *The Family Coordinator*, Vol. 26, 1977.

SOLÉ RESINA, J., “La compensació econòmica per raó de treball en el regim de separació de béns”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2001-3, pp. 661-689.

UNICEF, Child poverty in perspective, An overview of child well-being in rich countries, UNICEF Report Card 7, 2007, [http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/rc7\\_eng.pdf](http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/rc7_eng.pdf) [última consulta enero de 2011]

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Las prestaciones familiares a luz de las políticas de apoyo a la familia”, *Temas Laborales*, núm. 84/2006, 48.

VAZQUEZ VEGA, P.: *Reagrupamiento Familiar de los Inmigrantes: efectos sobre la afiliación e incidencia en los gastos de protección social*. Investigación financiada por el FIPROS-2007:

<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/129736.pdf>

VELA SÁNCHEZ, A., “Aproximación a las familias monoparentales: hacia su régimen jurídico unitario”, *Diario La Ley*, 2003, nº 1, pp. 1465-1477.

Idem, “Propuestas para una protección integral de las familias monoparentales”, *Diario La Ley*, 2005, nº 5, pp. 1391-1402.

Idem, *Las familias monoparentales: su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial: hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Comares, Granada, 2006.

Idem, "Familias monoparentales y fondo de garantía del pago de alimentos", *Diario La Ley*, 2008, nº 6960.

WALL, Karin, LEITÃO, Mafalda, RAMOS, Vascos, Critical review on research on Families and Family Policies in Europe, Conference Report, September 2010, [http://ec.europa.eu/employment\\_social/emplweb/families/admintool/userfiles/file/WP2\\_Critical\\_Review\\_Conference\\_Report%5B1%5D.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/families/admintool/userfiles/file/WP2_Critical_Review_Conference_Report%5B1%5D.pdf) [última consulta enero de 2011]