



LA RESTRUCTURACIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD A LAS NUEVAS SITUACIONES SOCIALES Y LAS NUEVAS FORMAS DE FAMILIA Y CONVIVENCIA: PROPUESTAS DE REFORMA

RESUMEN EJECUTIVO

RESPONSABLE: DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TIN/1512/2010, de 1 de junio (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.

Resumen

La familia es la institución fundamental de la convivencia y de la sociedad. Ciertas transformaciones sociales han influido de forma palpable en la configuración de los nuevos modelos de familia. Un cambio relevante al papel tradicional de la mujer, es su incorporación al mercado de trabajo, en un paso ingente se adentra al mercado laboral compaginando en la mayoría de los casos al cuidado de sus familiares y al trabajo doméstico, obteniendo, así, más independencia y afrontando las responsabilidades económicas en relación a los miembros dependientes que constituyen parte de su núcleo familiar. Otro cambio destacable es el descenso de la natalidad y el envejecimiento progresivo de la población española. El descenso de la natalidad constituye la causa principal del envejecimiento demográfico en España. Las situaciones antes descritas juegan un papel muy importante en la configuración de los nuevos modelos de familia. Lo que conlleva, sin duda, a que se modifique su concepto tradicional conformado por un hombre y una mujer con sus descendientes, unidos bajo la figura del matrimonio. De modo que se configuran nuevos patrones que la componen como es el caso de las familias monoparentales, las uniones de hecho y el matrimonio entre personas del mismo sexo, entre otros. El objetivo de este estudio es determinar las fórmulas que consigan modernizar y adecuar la prestación de la pensión de viudedad a las nuevas situaciones sociales y las nuevas formas de familia y convivencia.

PROPUESTAS DE REFORMA A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

1. Consideraciones generales

El aumento en la esperanza de vida durante las últimas décadas del siglo pasado ha incrementado la edad media a la viudedad, en el que el fallecimiento del cónyuge afecta sobre todo a las personas de mayor edad. La mayor longevidad femenina y el hecho que ellas tienden a casarse con hombres mayores hacen que la viudedad sea un estado más probable para las mujeres; por tanto, para la mayoría de ellas, la viudedad y la soledad que a menudo la acompaña constituyen parte normal de su vida adulta. Empero, los hombres también entran en estas circunstancias. Todo ello hace que la viudedad sea un suceso doloroso que un adulto mayor pueda experimentar.

En vista de la cantidad de supuestos en los que puede encontrarse el posible beneficiario de una pensión de viudedad resulta muy espinoso organizar un sistema coherente que sea capaz de subvenir a las diversas situaciones de necesidad con prestaciones o pensiones suficientes y dignas, tanto vitalicia como temporal. Sin incurrir en agravios comparativos y sin generar situaciones de desprotección, aunque las circunstancias existentes tienen numerosos puntos críticos que no se resuelven ni negando estas prestaciones o no concediéndoles otras siquiera asistenciales o no contributivas a quienes se encuentran en una situación de necesidad derivada del fallecimiento del causante, ni concediendo de manera amplia estas prestaciones en cuantías insuficientes o indignas.

Los costes que creará el mayor envejecimiento de la población no se corresponderán únicamente con un mayor gasto en pensiones, dado que debe tenerse en cuenta el mayor gasto que se genere en el orden sanitario, farmacéutico, situaciones de dependencia, entre otros. El incremento de la tasa de actividad y una mayor productividad podrían llegar a contrarrestar las

variables que inciden sobre el mayor gasto en protección social. La implementación de otras herramientas de protección para complementar las pensiones públicas, como la iniciativa privada, puede contribuir al mantenimiento o a una mayor aproximación al nivel de ingresos alcanzado en la situación de activo. La solución a los problemas de una sociedad que envejece no es realizable solamente en reducir su nivel de protección mediante fórmulas artificiosas que no muestren con precisión los objetivos que se pretenden conseguir.

La definición de contingencias protegidas se hace, generalmente, por el estado de necesidad que determinadas situaciones provocan al ciudadano. Por consiguiente, resulta necesario conocer y determinar si por el hecho de que ambos cónyuges trabajen y uno de ellos fallece, no se produce una situación protegible por la Seguridad Social en relación con el sobreviviente. Independientemente, de cual fuere la decisión social que se adopte, no se le debería hacer depender de la individualización de los derechos. En este sentido, los supuestos que se presentan son distintos y distinguibles entre sí, que no se condicionan mutuamente, a no ser que lo que se pretenda es negar que la situación de viudedad sea una situación protegible por la Seguridad Social a consecuencia a la incorporación de la mujer al trabajo, pero utilizando realmente como argumento para esa decisión la individualización de los derechos de Seguridad Social.

La viudedad será o no situación protegible por la Seguridad Social, con independencia de que se individualicen o no los derechos de protección social. La individualización de tales derechos es en sí misma considerada como un objetivo, porque no está justificado socialmente que uno de los cónyuges tenga que renunciar a alcanzar una protección plena por haberse dedicado a la crianza y cuidado de los hijos o a la familia en general.

La incorporación de la mujer al trabajo es un hecho incuestionable que debe ser potenciado, por lo que tendrá que ser valorado y tenido en cuenta

para estructurar la protección. En este sentido, a la mujer se le proporcionará su independencia económica durante el matrimonio, en caso de separación, o de divorcio y hará replantearse las situaciones de necesidad en caso de fallecimiento de su cónyuge. El objetivo de la individualización no debería ser el reconsiderar las situaciones de necesidad en supuesto de viudedad, sino impedir que la fecundidad y crianza de hijos o la colaboración a la familia, o la propia condición de mujer, supongan una dificultad para conseguir derechos propios de Seguridad Social.

Eliminar las pensiones de viudedad animaría a un buen número de mujeres a trabajar asalariadamente. Empero, no se podría prescindir hasta que no se cambie la realidad de su acceso a otras prestaciones de Seguridad Social, así como el hecho que el trabajo productivo no sea una realidad equiparable en cifras en comparación al hombre. Bajo este contexto, se deberían elaborar modificaciones que las acercaran a la finalidad de cobertura de situaciones de necesidad.

En las siguientes líneas se ofrecerán las diferentes propuestas para la reestructuración de la pensión de viudedad a las nuevas situaciones sociales y las nuevas formas de familia y convivencia. Antes de proponerlas es preciso resaltar que la equidad, entendida como la propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley, constituye el criterio principal para abordar la acción protectora de la viudedad.

2. Tipos de familia

Hay que partir del hecho que actualmente hay familias y no familia, como anteriormente se decía, y así se ha podido comprobar en este estudio al existir varios tipos de estructuras familiares. Bajo este contexto, con el propósito de ofrecer las fórmulas que permitan proteger a las nuevas situaciones sociales y

las nuevas formas de familia y convivencia se realizarán las siguientes reflexiones. Debería valorarse la posibilidad de permitir como objeto de protección a todas las uniones que tengan disposición de crear o de formalizar de forma estable relaciones familiares. Que comprenda, ineludiblemente, las situaciones matrimoniales, así como las parejas de hecho y a todas aquellas uniones familiares que lograran debidamente constituirse como tal; es decir, a aquellas parejas que puedan unirse bajo una afectividad conyugal o «análoga a la conyugal», así como aquellas otras uniones que puedan formarse con la voluntad de compartir intereses de un modo familiar.

Todo este tipo de nuevas estructuras familiares, no protegidas taxativamente, deberían tener una protección en los supuestos de pensión de viudedad, dado que son prestaciones de protección a la familia y el concepto que debe tratarse de familia, actualmente, debe ser lo sobradamente flexible con el propósito que pueda proteger a todas aquellas situaciones familiares por las que las personas decidan elegir autónomamente. Dicho en otros términos, el legislador debería encausar en el ordenamiento jurídico español, mediante una definición flexible, la protección de todas las nuevas situaciones sociales y las nuevas formas de familia y convivencia; ya que si la sociedad cambia el Derecho también debe hacerlo. Al no tomar esta postura no se estaría aceptando la realidad que se está viviendo en España, y se entraría en un retroceso en todos los avances logrados.

3. Recomendaciones del Pacto de Toledo

El legislador ha tomado en consideración toda la recomendación número 13 del Pacto de Toledo, exceptuando la encomienda a que se lleven estudios oportunos sobre la posibilidad que se tengan en cuenta los periodos de cotización acreditados por el causante, con una fórmula similar a la que se utiliza para el cálculo de la pensión de jubilación a los efectos para la

determinación de la cuantía de la pensión de viudedad. Por ello debería tomarse en consideración aquella encomienda para que el legislador pueda transformar la pensión de viudedad en pensión de jubilación, cuando el beneficiario cumpla la edad exigida para ello, como ya ocurre con las pensiones de invalidez. De igual manera, sería aconsejable que se hiciera un estudio sobre la compatibilidad, o no, de la pensión de viudedad con otras rentas, así como determinar el carácter vitalicio de la misma. A tenor de lo dispuesto en aquella recomendación se augura la futura transformación de la pensión de viudedad en jubilación.

4. Cuantía

Podría considerarse a la hora de calcular la cuantía de la pensión, en aquellas familias en donde trabajan ambos miembros de la pareja, que se tenga en cuenta la situación de la persona supérstite, en el sentido de distinguir, si tiene otros ingresos o no tiene otras rentas que las del sujeto fallecido. Por consecuencia, podría aplicarse una pensión de viudedad temporal o vitalicia en atención y dependiendo de la edad de la persona beneficiaria, estado de salud, desempleo, baja y volumen de ingresos. Con el propósito de resarcir temporalmente el quebranto económico sufrido por la persona que pierde a su pareja, quienes serían beneficiarias aquellas personas que superaran el límite de rentas establecido para ser perceptora de la pensión y no depender económicamente del causante, y con una duración variable en función de sus ingresos.

Dicho en otros términos, la prestación de viudedad podría configurarse, por una parte, en subsidio temporal, enfocado a aquellas personas supérstites sin rentas y derecho a pensión, con capacidad para trabajar; es decir, para aquellas personas que no cuenten con ingresos propios o de cualquier otra índole, estudiando siempre su situación individual en el supuesto que sus

ingresos no sean importantes. Teniendo la posibilidad, en su caso, de su prolongación por un tiempo determinado, por ejemplo, si el beneficiario no se encontrara trabajando. Por otra, la pensión vitalicia, que iría dirigida a aquellas personas supérstite que tuvieran una edad determinada en la que se les haga imposible encontrar un trabajo o aquellas otras que estuviesen incapacitadas, así como aquellas personas a las que al haber agotado aquel subsidio temporal se encuentren en dichas circunstancias.

También podría estudiarse la posibilidad de transformar la viudedad en una prestación no contributiva. Los elementos configuradores de la prestación no contributiva, como regla general, son la residencia legal en España y carecer de ingresos. El primer elemento supone que el beneficiario debe tener domicilio en territorio español conforme a las reglas del Código Civil; es decir, se exige la residencia continuada. El segundo elemento, se refiere al elemento constitutivo del estado de necesidad, a través de la carencia de ingresos que es lo que activa la acción protectora de la Seguridad Social. Bajo este contexto, podría encuadrarse la viudedad, situación parecida a la prestación de invalidez y de vejez, destinada a aquellas parejas supérstite que no pudieran acceder a la modalidad contributiva por falta de acreditación del período carencial, así como aquellas personas que encontrándose en estado de necesidad carecieran de protección contributiva.

5. Prestación temporal de viudedad

El artículo 174 bis de la LGSS se ha creado para evitar los matrimonios de conveniencia destinados a cobrar una pensión de viudedad. Es evidente que estos supuestos se pueden materializar en la práctica, empero ello no justifica que se consideren fraudulentos todos los casos. Por consiguiente, se deberían fortalecer las fórmulas de control ante los fraudes, y no tratar, por ende, todos los supuestos de fallecimiento por enfermedad común vinculados a

pensión de viudedad como engañosos. En este sentido, se debería tener en consideración la situación de necesidad del cónyuge sobreviviente, en vez de atender a otro tipo de circunstancias ajenas, como la duración del vínculo matrimonial o la existencia de hijos con derecho a pensión de orfandad.

De la dicción del precepto se deduce que no se protege a las parejas de hecho; es decir, la prestación temporal de viudedad va dirigida, exclusivamente, al «cónyuge supérstite». Por tanto, la convivencia *more uxorio*, independientemente que se encuentre registrada, o no, se excluye de su ámbito subjetivo. Dicha situación contribuye a que sea una exclusión como discriminatoria por arbitraria. Bajo este contexto, sería recomendable que la norma protegiera a este tipo de convivencia, dado que la LGSS reconoce la pensión de viudedad a las uniones extramatrimoniales, siendo un reconocimiento plausible por el legislador, y carecería de sentido que se la excluyera, a su vez, de la protección temporal.

6. Parejas de hecho

Los requisitos económicos que se requiere a las parejas de hecho para acceder a la pensión de viudedad no se exigen a los matrimonios. Por consiguiente, si fallece uno de los cónyuges, al supérstite no se le exige acreditar insuficiencia de ingresos, ni dependencia económica del cónyuge fallecido para acceder a la pensión vitalicia de viudedad. En contra, al conviviente de la pareja de hecho si le es exigible tales circunstancias para poder lucrarse de la pensión de viudedad. De todo ello deviene que el matrimonio y la pareja de hecho no juegan con las mismas condiciones para acceder a la pensión. En este sentido, el legislador hubiese introducido la concesión de una prestación temporal de viudedad cuando no se cumpla uno de aquellas exigencias, a las parejas de hecho.

El quinto párrafo del apartado tercero del artículo 174 de la LGSS señala que «en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica». Bajo este contexto, hay que subrayar que su redacción es algo confusa, dado que el Derecho civil propio de los Entes públicos territoriales es intensamente impreciso. Por un lado, se puede interpretar que el legislador se refiere a aquellas Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio. Por otro, que se dirige a la legislación elaborada por todos los Entes públicos territoriales sobre parejas de hecho; es decir, a toda la legislación promulgada por todas las Comunidades Autónomas, y no exclusivamente a la que tiene Derecho propio.

De ello se deduce que la norma fracciona los requisitos de hecho causante de la pensión de viudedad para las parejas de hecho, al atribuir la competencia, a unos, a la legislación estatal y, a otros, a la autonómica. Por tanto, la multiplicidad de requisitos exigidos para acreditar la pareja de hecho para cada Ente público territorial, ya con Derecho Civil propio, o no, originará que en algunas Comunidades las exigencias sean menos estrictas que en otras. Circunstancias que resultan criticables, dado que plantea un problema de constitucionalidad por invadir competencia exclusiva estatal sobre la legislación básica de la Seguridad Social. Por lo que se podría plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre la LGSS, a consecuencia de las posibles desigualdades que crea en el acceso a una prestación contributiva de la Seguridad Social en función del Ente territorial público en que el solicitante de la pensión de viudedad resida. Para evitar ello es recomendable que se modifique la redacción del precepto, aclarando el fin del mismo. De esta manera se evitaría plantear un recurso de inconstitucionalidad.

Las exigencias de la LGSS van dirigidas a aquella pareja superviviente necesitada, que no tiene lo necesario para vivir. De todo lo anterior, se

desprende que la equiparación de las parejas de hecho, en relación a las parejas unidas por un vínculo matrimonial, es parcial. Por ello, se debe buscar la equiparación plena para ambas figuras, a través de la dependencia económica. Dicho en otros términos, se debe buscar una unificación en el tratamiento de los requisitos de la pensión de viudedad, y no hacer diferenciaciones entre estas, a través de un análisis transversal e integral de la tutela protectora del sistema de la Seguridad Social.

7. Violencia de género

La LOIVG no tiene problemas de constitucionalidad, dado que cumple con la doctrina del Tribunal Constitucional al señalar que la norma no va en contra al principio de igualdad, a la prohibición de discriminación, y a los tratos diferenciados a favor de las mujeres que persiguen corregir desigualdades de partida y descartar situaciones discriminatorias. Visto desde ésta perspectiva, no se le es aplicable la disposición adicional primera de aquella Ley al matrimonio celebrado entre dos hombres, ya que la norma va dirigida a la mujer, que en la mayoría de los casos de malos tratos conyugales existentes en España, es ella las quien los sufre.

Sin embargo, no hay que ser sexista con la aplicación de la norma, dado que pueden ocurrir agresiones contrarias a las que se estipulan en la norma, como el hecho de que sea la mujer la que agrede y la víctima sea tanto un hombre como una mujer. En este sentido, se puede afirmar que en los supuestos iguales que se presentan en nuestra sociedad, ésta Ley las trata de manera desigual, al excluir una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato. Por estas razones, no se debe ser sexista con la LOIVG, que es materialmente sancionadora, sin que se le prive la prestación de viudedad exclusivamente al hombre en su papel de agresor; y, que de manera

contraria sea la mujer el sujeto agresor, y la víctima sea tanto el hombre como la mujer, para así poder dar cobijo a los matrimonios homosexuales.

En este sentido, debería definirse con mayor perfección la equiparación de situaciones acreditadas de violencia de género con la existencia de vínculos económicos, dado que aquellos no pueden sostenerse en estas situaciones. Asimismo, los trastornos de todo tipo que genera la violencia de género tienen resultados no favorables para la víctima. De igual manera, sería aconsejable incluir a otros colectivos vulnerables a la violencia. Dicho en otros términos, debería eliminarse situaciones de sobreprotección que crean desigualdad.

8. Poligamia

El Alto Tribunal no ha tenido la necesidad de pronunciarse sobre las consecuencias jurídicas de la poligamia en la pensión de viudedad de la Seguridad Social. Probablemente, porque el INSS no ha intentado la formalización del recurso de casación para la unificación de doctrina, por ello no queda clara la solución a aplicar en estos supuestos. Por lo que es recomendable instar al INSS a que intente formalizar aquel recurso para que el Tribunal Supremo tenga la oportunidad de pronunciarse al respecto. No solo en relación a la poliginia, que es el fenómeno más usual, sino también con la poliandria, independientemente que su práctica sea mucho menos frecuente. De esta manera, se aclararían todas las dudas al respecto, y no dejaría en manos de los Tribunales Superiores de Justicia la solución, en el que existe una diversidad de criterios, no uniformes, del tema en cuestión.

En este sentido, de momento, hasta que haya una solución que emane del Alto Tribunal, puede aplicarse la excepción de orden público. El artículo 9.1 del CC traza un mecanismo de solución de conflictos de leyes, al señalar que la «Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y

deberes de familia y la sucesión por causa de muerte». En este sentido, el artículo 12.3 del CC dispone que «en ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulte contraria al orden público». Por consiguiente, el precepto impide los efectos de una norma extranjera cuando contravenga el ordenamiento constitucional español; por ende, la pluralidad de vínculos matrimoniales celebrados de manera simultánea es incompatible con el orden público español.

9. Transexuales

La Resolución de 24 de enero de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra el auto dictado por el Juez Encargado del Registro Civil de Barcelona, en el expediente sobre autorización de matrimonio civil entre un varón y un transexual, señala en los Fundamentos de Derecho que la situación jurídica del transexual sigue sin estar contemplada, en el ámbito civil, por el legislador español.

Sin embargo, esta laguna se encuentra zanjada, por una parte, por la jurisprudencia del Alto Tribunal, al admitir la constancia en el Registro Civil de un sexo distinto por consideraciones de tipo psíquico y social y en consonancia con el principio de libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1 de la Constitución Española. Por otra, la solución de permitir al transexual contraer matrimonio con persona de su mismo sexo cromosómico es la generalizada en Derecho comparado; mediante el claro apoyo del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Bajo este contexto, el problema se encuentra resuelto gracias a la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, al disponer que «la transexualidad, considerada como un cambio de la identidad de género, ha sido ampliamente

estudiada ya por la medicina y por la psicología. Se trata de una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas. De acuerdo con la regulación que se establece en esta Ley, la rectificación registral del sexo y el cambio del nombre se dirigen a constatar como un hecho cierto el cambio ya producido de la identidad de género, de manera que queden garantizadas la seguridad jurídica y las exigencias del interés general. Para ello, dicho cambio de identidad habrá de acreditarse debidamente, y la rectificación registral se llevará a cabo de acuerdo con la regulación de los expedientes gubernativos del Registro Civil».

De todo lo anterior se desprende que las personas transexuales son beneficiarias de la pensión de viudedad, siempre que cumplan los requisitos señalados en el ordenamiento jurídico español, a pesar que la Organización Mundial de la Salud incluye en su listado la transexualidad como enfermedad. Por consiguiente, es recomendable que el Gobierno español apoye la causa, para que aquel organismo internacional la excluya de la lista de las enfermedades del cerebro, como se prevé hacer para el 2014.

10. Incompatibilidad de la pensión de viudedad

Podría estudiarse la posibilidad de eliminar la compatibilidad de la pensión de viudedad con otra pensión contributiva, como la jubilación, siempre que se eleve el porcentaje de la pensión para aquellos beneficiarios que no puedan acreditar un suficiente nivel de ingresos. Dicho en otras palabras, podría eliminarse la compatibilidad de la viudedad con la jubilación en determinados casos, siempre que se demuestre la existencia de altas rentas que superen lo exigido en el ordenamiento jurídico español. Asimismo, se

reitera, como ya se ha reseñado, que la pensión de viudedad se transforme en jubilación, cuando el beneficiario cumpla la edad exigida para ello.

11. Sistema de reparto y compensación de cotizaciones en los supuestos de divorcio, separación y nulidad

En los supuestos de divorcio, separación y nulidad podría implantarse un sistema de reparto y compensación como el instaurado en Alemania bajo la figura *Splitting*. Este sistema consiste en que los cónyuges podrán repartirse en vida de ambos los derechos de pensión de jubilación adquiridos durante el matrimonio. Específicamente, los cónyuges para los que, en caso de defunción de uno de ellos, cuando ambos hayan nacido después del 1 de enero de 1962 o el matrimonio se hubiese contraído a partir del 1 de enero de 2002 podrán, de mutuo acuerdo, optar entre un futuro derecho a pensión de viudedad y el reparto equitativo en vida de las pensiones de jubilación de ambos. Se trata, a semejanza del trasvase de cuotas en caso de divorcio, de repartir entre los cónyuges, a partes iguales, la parte del importe de la pensión de jubilación obtenida durante la vigencia del matrimonio.

El reparto solo podrá efectuarse cuando ambos cónyuges hayan alcanzado la edad de jubilación y siempre que cada uno de ellos por separado pueda acreditar veinticinco años en el seguro de pensiones. En el supuesto que uno de ellos falleciese antes de llevar a cabo el reparto por no haber llegado a la edad de jubilación, el cónyuge supérstite podrá por sí solo elegir la opción del reparto. El importe de la pensión *Splitting* dependerá de la duración del matrimonio.

De igual manera, podría reconocerse el tiempo de trabajo doméstico y familiar por cuidado de personas en situación de dependencia, entre otros, que ha realizado la mujer en su vida activa, al no poder incorporarse al mercado de trabajo. Dicho en otros términos, compensar a la mujer que ha dedicado su

vida a aquellas actividades con cotizaciones ficticias, ante la imposibilidad de compatibilizar el trabajo y la familia, como lo han hecho otros países al computar hasta diez años para que puedan acceder a la pensión de viudedad con una cuantía digna.

12. Cómputo del período mínimo de cotización

En cuanto al cómputo del período mínimo de cotización es recomendable que la norma detalle con mayor cuidado los supuestos de situaciones de asimilada al alta, dado que no es exhaustivo. Al no ser clara la norma el papel protagonista lo tiene el Tribunal Supremo al crear la teoría del paréntesis, que es la que se aplica a criterios teleológicos y humanizadores para ponderar las circunstancias de cada caso y evitar situaciones de desprotección.

Bajo este contexto, el Alto Tribunal ha recogido los supuestos en los que se procede aplicar aquella teoría, para el cómputo de las cotizaciones, dada la existencia de situaciones asimiladas al alta, no previstas reglamentariamente. Dicho en otros términos, el listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo. Por consiguiente, existe una laguna legal que debe ser integrada, y es función del legislador adoptar la jurisprudencia, en su caso, para solventar ese vacío o mejorar lo creado, y dejar al órgano judicial dirimir las nuevas situaciones que se presenten al respecto, si la norma no lo es clara. Puesto que dejar la teoría hará que los Tribunales Superiores de Justicia sean más condescendientes en algunas Comunidades Autónomas en supuestos similares que se resuelvan en otras Comunidades, que puedan que sean más restrictivas.