



LAS PRESTACIONES SOCIALES DE DERECHO DERIVADO. ANÁLISIS DE LAS PRESTACIONES DE VIUDEDAD Y ORFANDAD Y EN FAVOR DE FAMILIARES EN EL MARCO DE LOS SISTEMAS EUROPEOS DE SEGURIDAD SOCIAL

(II PARTE)

RESPONSABLE: Santiago González Ortega
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

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.

**LAS PRESTACIONES SOCIALES DE DERECHO DERIVADO.
ANÁLISIS DE LAS PRESTACIONES DE VIUDEDAD Y ORFANDAD
Y EN FAVOR DE FAMILIARES EN EL MARCO DE LOS SISTEMAS
EUROPEOS DE SEGURIDAD SOCIAL
(Abril 2012)**

Miembros del equipo de investigación

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Santiago González Ortega. Investigador principal
Cristina Blasco Rasero
Manuel García Muñoz
Margarita Arenas Viruez
María José Gómez-Millán Herencia
Olga García Coca

Universidad Carlos III de Madrid

Carmen Carrero Domínguez
Susana Barcelón Cobedo
Ana María Moreno Márquez
Marta Navas-Parejo Alonso

Universidad de Huelva

Sebastián de Soto Rioja

Estudio financiado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Premio FIPROS. Orden TIN/1512/2010, de 1 de junio

RESUMEN DE LA INVESTIGACION

Las prestaciones sociales de derecho derivado, que en el ordenamiento jurídico español se acogen a la denominación de legal de “Prestaciones por muerte y supervivencia”, están sometidas, con carácter general y en todos los países europeos a cambios muy relevantes como consecuencia de las transformaciones referidas al rol social de la mujer, su incorporación al mercado de trabajo y a la profunda alteración de las estructuras familiares tradicionales. Esos cambios pueden apreciarse en el análisis de la regulación de estas prestaciones en diversos ordenamientos europeos los cuales han venido reestructurando estas prestaciones en la línea de atribuirles una función de protección de las situaciones reales de necesidad económica surgidas como consecuencia del fallecimiento de uno de los integrantes activos de la unidad familiar o de convivencia. Fenómenos similares se están produciendo en la regulación española, siendo cambios requeridos por la naturaleza de estas prestaciones y el más adecuado cumplimiento de la función de protección social que se les atribuye. La necesidad de un enfoque renovador de estas prestaciones se desprende de una reflexión acerca de los presupuestos, los objetivos y los instrumentos necesarios para lograr una tutela social adecuada así como del estudio particularizado de algunos extremos de la ordenación jurídica actual que constituyen una manifestación de las disfuncionalidades actualmente existentes. La formulación de algunas propuesta en orden a la reformulación global de las prestaciones, fundamentalmente de la viudedad, constituye el corolario natural de la anterior investigación, tomando como referencia imprescindible alguna de las más recientes experiencias europeas al respecto.

ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL TRABAJO

El presente trabajo tiene su origen en el Proyecto de Investigación, presentado a la convocatoria de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (FIPROS 2010) incluida en la Orden TIN/1512/2010, de 1 de junio, bajo el título de: “Viudedad y orfandad: el tratamiento de los derechos derivados de protección social en el marco de los sistemas europeos de seguridad social”. Su contenido sigue respondiendo esencialmente, como no podía ser de otro modo, a este título, si bien se ha considerado adecuado reestructurarlo en alguna medida. Dicha reestructuración ha llevado a ordenar internamente el trabajo en tres partes, además del Estudio Introdutorio que versa, a modo de una reflexión general, sobre *“Las prestaciones por muerte y supervivencia: un análisis de su función social y de los elementos centrales de su régimen normativo, especialmente en relación con la pensión de viudedad”*; buscando con ello establecer los rasgos básicos de la caracterización de estas prestaciones, la identificación de su función social y de los instrumentos prestacionales organizados para cumplirla así como su adaptación a las transformaciones de la realidad social, cerrándose con una exposición de las diferentes alternativas de ordenación, de sus ventajas e inconvenientes, así como de su diferente funcionalidad en razón de la que se considere que es la función central de este tipo de tutela.

Por lo que se refiere a la Parte Primera, titulada como: *“Estudio de derecho comparado de las prestaciones por muerte y supervivencia: el ámbito europeo como referencia”*, está destinada a exponer la forma cómo se aborda, según los países, la situación de necesidad provocada en los sobrevivientes por la muerte o el fallecimiento de uno de los miembros económicamente relevantes del hogar familiar. Este análisis, que parte de una descripción de la regulación de esta materia en una serie de países del ámbito europeo que se han considerado más representativos, se culmina con una reflexión analítica comparada de esa regulación, destacando problemas y soluciones comunes, así como las especialidades o puntos de divergencia. Esta parte de la investigación ha corrido a cargo de las profesoras de la Universidad Carlos III de Madrid, Dña. Carmen Carrero Domínguez, Dña. Susana Barcelón Cobedo, Dña. Ana María Moreno Márquez y Dña. Martas Navas-Parejo Alonso, siendo también la autora del segundo capítulo de síntesis la prof. Barcelón Cobedo.

En cuanto a la Parte Segunda del trabajo, que tiene como título el de: *“Evolución normativa y estado actual de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia en el Sistema Español de la Seguridad Social”*, se trata de un estudio de los cambios normativos producidos en la normativa de seguridad social referida a estas materias en España así como de la estructura básica de la regulación vigente, tras la numerosas modificaciones que han tenido lugar en los últimos tiempos y de las que constituye una expresión muy significativa la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social.

El análisis, que ha corrido a cargo en cada uno de sus dos capítulos de los profesores D. Manuel Muñoz García y D. Sebastián de Soto Rioja, de las Universidades Pablo de Olavide de Sevilla y de Huelva, respectivamente, no se limita a hacer una exposición tradicional o clásica de la evolución normativa y del régimen jurídico actual sino que intenta reflexionar sobre en qué medida el tratamiento de las cuestiones problemáticas centrales de este tipo de prestaciones (finalidad de la tutela, sujetos protegidos, instrumentos organizados para satisfacerla y grado de su funcionalidad para el fin propuesto) ha seguido, o no, una única orientación y cuáles han sido las incoherencias, cambios de orientación y transformaciones que dicha regulación ha experimentado; también, cuáles son, en cuanto al régimen jurídico actual, las dimensiones de la regulación que ofrecen un mayor grado de problematicidad y en relación con las cuales la regulación vigente presenta los que podrían calificarse como puntos de fricción de la misma a partir de la identificación de la finalidad de esas prestación y de la manera de abordarlas jurídicamente. Una problemática que, por cierto, es común al conjunto de los ordenamientos europeos pero que ha parecido importante destacar en lo que se refiere a la legislación española. A este efecto, es necesario subrayar la activa colaboración prestada en la confección de esta parte por D. J. Ignacio Sánchez Martínez-Moraleda y D. Javier I. Pérez Muñoz, Letrados del Instituto Nacional de la Seguridad Social y Profesores Asociados del Departamento Anton Menger de la Universidad de Huelva.

La Parte Tercera del trabajo, en fin, tiene como título el de: *“Análisis de algunos aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia: la contraposición entre contributividad y asistencialidad, los nuevos modelos de familia y las situaciones de crisis del vínculo matrimonial”*. El estudio, profundo y monográfico, de estas concretas materias en el ordenamiento español obedece, en el primer caso, esto es, el de la contraposición entre los dos principios característicos de ordenación de las prestaciones sociales, a la finalidad de poner en evidencia cómo las dudas en cuanto a la elección del que debe considerarse como principio inspirador de las prestaciones por muerte y supervivencia se han traducido en una disciplina que, al mezclar ambas lógicas, ofrece un resultado en gran medida complejo y asistemático, con manifestaciones no siempre compatibles y dando como resultado una disciplina jurídica insatisfactoria en la que no siempre existe una adecuada correlación entre objetivos, medios y resultados. Este diagnóstico ha sido realizado por la profesora Dña. María José Gómez-Millán Herencia, de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla.

Los dos últimos capítulos de la Parte Tercera y del trabajo, dedicados al estudio de las uniones de hecho, de los tipos de matrimonio diferentes al tradicional y de las situaciones de crisis o de ruptura del vínculo conyugal, que han corrido a cargo, respectivamente, de las profesoras Dña. Margarita Arenas Viruez y Dña. Cristina Blasco Rasero, de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla, tienen como objeto de análisis situaciones sociales que, dada su cada vez más frecuente generalización, han venido a plantear a la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia exigencias de adaptación que no siempre se han cumplido de forma satisfactoria. Se trata de ese tipo de situación en relación con las cuales la ordenación de estas prestaciones “cruje”, como se dice en el ámbito de la teoría general del derecho respecto de los conceptos jurídicos de contenido variable, planteando la necesidad de adecuar las previsiones normativas a un tipo de situación de necesidad para la que dicha regulación no estaba estructurada. Pocas situaciones sociales como las que se derivan de las nuevas formas de convivencia familiar (uniones de hecho, matrimonios homosexuales o poligámicos) o de la crisis de esa convivencia (nulidades,

separaciones y divorcios) tienen tanta capacidad de retar al legislador, exigiéndole que las incluya en sus previsiones protectoras de una forma armónica. Si bien, y para cumplir esta finalidad, todo el conjunto de la regulación debe someterse a un juicio de adecuación y utilidad social que obliga, y esta es la virtualidad mayor del estudio, a reconsiderar finalidades; principios; tipo, grado y límites de la tutela; y naturaleza y alcance de las prestaciones. De aquí la utilidad de estas consideraciones funcionales a la finalidad global del trabajo como es la de reflexionar acerca del necesario ajuste entre necesidad social y tutela pública así como sobre la pertinencia de los instrumentos elegidos para articular la protección social de que se trate.

Por último, no puede dejar de ponerse de manifiesto la relevante labor de búsqueda de materiales, selección de los mismos, elaboración de anexos, coordinación de los trabajos y diseño de su formato final, realizada por Dña. Olga García Coca, becaria de investigación del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

INDICE DEL ESTUDIO

ESTUDIO INTRODUCTORIO: LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA: UN ANÁLISIS DE SU FUNCIÓN SOCIAL Y DE LOS ELEMENTOS CENTRALES DE SU RÉGIMEN NORMATIVO, ESPECIALMENTE EN RELACIÓN CON LA PENSIÓN DE VIUDEDAD	18
1. <u>Introducción</u>	20
1.1. Observaciones generales	20
1.2. La situación de necesidad protegida y los orígenes de la prestación de viudedad	22
2. <u>Los rasgos de la prestación determinantes de su naturaleza y su conexión (o mejor, defectuosa conexión) con los cambios sociológicos, laborales y familiares</u>	24
2.1. La permanencia o el carácter vitalicio de la pensión y sus implicaciones	24
2.2. El carácter contributivo de la protección y sus consecuencias	25
2.3. Las prestaciones de muerte y supervivencia como derechos derivados	28
2.4. La contaminación asistencial de la pensión de viudedad: una vuelta parcial a los orígenes	31
3. <u>La necesaria adaptación normativa: obstáculos y perspectivas</u>	34
4. <u>El largo e incumplido proceso hacia la reforma integral del sistema</u>	39
5. <u>Las líneas de reforma</u>	42
5.1. Algunos datos	42
5.2. Las reformas posibles	50

PARTE PRIMERA: ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA: EL ÁMBITO EUROPEO COMO REFERENCIA 58

I. LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA: SU REGULACIÓN EN EL ÁMBITO EUROPEO63

1. Las pensiones de supervivencia en Italia63

1.1. Introducción	63
1.2. La condición previa del sujeto causante: pensión directa e indirecta	64
1.2.1. <i>Pensión directa</i>	64
1.2.2. <i>Pensión indirecta</i>	64
1.2.3. <i>Pensión privilegiada indirecta</i>	65
1.3. Sujetos beneficiarios	65
1.3.1. <i>Cónyuges</i>	66
1.3.2. <i>Hijos o asimilados</i>	68
A. <i>El requisito de la edad</i>	70
B. <i>La condición de sujeto incapacitado</i>	71
1.3.3. <i>Otros familiares</i>	74
1.3.4. <i>La dependencia del sujeto causante</i>	75
1.4. Dinámica de la prestación	75
1.4.1. <i>Nacimiento del derecho</i>	75
1.4.2. <i>Suspensión y extinción del derecho a la prestación</i>	76
1.5. Cuantía	77
1.6. Indennità per norte e indennità una-tantum	79
1.6.1. <i>Indennità per norte</i>	80
1.6.2. <i>Indennità una-tantum</i>	80
1.7. Prestaciones accesorias	80

2. Las prestaciones de supervivencia en Portugal81

2.1. Consideraciones generales	81
2.2. Prestaciones contributivas de supervivientes	82
2.2.1. <i>Pensión de supervivencia (pensão de sobrevivencia)</i>	82
A. <i>Requisitos de acceso a la prestación</i>	82
B. <i>Cuantía</i>	86
C. <i>Periodo de disfrute</i>	87
D. <i>Acumulación de pensiones</i>	88
E. <i>Suspensión y extinción</i>	88
2.2.2. <i>Subsidio por defunción (subsídio por morte)</i>	89
2.3. Sistema de protección a los supervivientes no contributivo	91
2.3.1. <i>Pensión de viudedad</i>	91
A. <i>Solicitud y nacimiento de la pensión</i>	92
B. <i>Interrupción y extinción de la pensión</i>	92
C. <i>Cuantía de la pensión</i>	93
D. <i>Compatibilidad con otras pensiones</i>	93
2.3.2. <i>Pensión de orfandad</i>	93

A. Solicitud y nacimiento de la pensión.....	94
B. Interrupción y extinción de la pensión.....	95
C. Cuantía de la pensión	95
D. Compatibilidad con otras pensiones	95
2.4. Complemento por dependencia (<i>complemento por dependência</i>).....	95
2.5. Reembolso por gastos por funeral o sepelio	97
3. <u>Las pensiones de supervivencia en Francia</u>	98
3.1. Consideraciones generales	98
3.2. El tratamiento de la pensión de viudedad en el Régimen General	98
A. Requisitos para ser beneficiario	99
B. Cuantía de la pensión y pago.....	101
C. Mejoras	102
D. Liquidación	103
3.2.1. Pensiones de reversion del viudo inválido o de la viuda inválida (“ <i>pensions de réversion de veuf ou veuve invalide</i> ”).....	103
A. Pensión de viudo inválido o viuda inválida (“ <i>pension de veuf o de veuve invalide</i> ”).....	103
B. Pensión de vejez de viudo o de viuda (“ <i>pension de vieillesse de veuf o de veuve</i> ”)	104
3.2.2. Subsidio de viudedad: « <i>allocation veuvage</i> »	105
A. Requisitos	105
B. Solicitud y abono.....	107
C. Suspensión y extinción.....	107
D. Acumulación con ingresos procedentes de la actividad.....	107
3.2.3. Indemnización por defunción: « <i>capital décès</i> ».....	108
3.3. El tratamiento de la viudedad y la orfandad en los regímenes complementarios obligatorios Arrco y Agirc: la «<i>pension de réversion</i>»	109
3.3.1. Derechos del cónyuge supérstite y/o del excónyuge	109
3.3.2. Derechos de los huérfanos: « <i>pension de réversion des orphelins</i> »	112
3.4. La prestación familiar denominada «<i>allocation de soutien familial</i>».....	113
4. <u>Las pensiones de supervivencia en Reino Unido</u>	113
4.1. Observaciones generales	113
4.2. Las ayudas por supervivencia	117
4.2.1. Pago único por fallecimiento (<i>Bereavement Payment</i>).....	117
4.2.2. Subsidio por fallecimiento (<i>Bereavement allowance</i>).....	118
4.2.3. Prestaciones para padres/madres viudos/as con hijos (<i>Widowed Parent's Allowance</i>).....	119
5.- <u>Las pensiones de supervivencia en Irlanda</u>	120
5.1. Consideraciones generales	120
5.2. Las prestaciones por muerte y supervivencia en el sistema de seguridad social irlandés	123

5.2.1. <i>Prestación de viudedad (Widow, Widower or Surviving civil partner's Pension)</i>	123
A. <i>Pensión de viudedad contributiva (Widow, Widower or Surviving civil partner's (Contributory) Pension)</i>	123
B. <i>Pensión de viudedad no contributiva (Widow, Widower or Surviving civil partner's (No Contributory) Pension)</i>	125
C. <i>Prestación por muerte derivada de riesgos profesionales (Death Benefit)</i>	126
5.3. <u>Pensión de orfandad (Guardian's payment)</u>	127
6. <u>Las pensiones de supervivencia en Finlandia</u>	128
6.1. <u>Introducción</u>	128
6.2. <u>Pensión de viudedad "Surviving spouse"</u>	128
6.2.1. <i>Pensión vinculada a los ingresos del sujeto causante "Earning-related pension"</i>	128
6.2.2. <i>Pensión nacional "National Pensions"</i>	130
6.3. <u>Pensión de orfandad "Orphan's pension"</u>	131
7. <u>Las prestaciones de supervivencia en Suecia</u>	132
7.1. <u>La protección de la viudedad y orfandad en Suecia: encuadramiento del sistema estatal de pensiones</u>	132
7.2. <u>Las pensiones de supervivencia</u>	135
7.2.1 <i>La pensión de orfandad y la asignación para los hijos</i>	135
7.2.2. <i>Ajustes de la pensión o pensión de compensación o adaptación y pensión mínima garantizada</i>	136
7.2.3. <i>La pensión de viudedad y la pensión mínima garantizada</i>	137
8. <u>Las prestaciones de supervivencia en Austria</u>	137
8.1 <u>Consideraciones generales</u>	137
8.2. <u>Pensión de viudedad y de orfandad</u>	138
8.3. <u>Ayuda para gastos de sepelio</u>	139
9. <u>Las prestaciones de supervivencia en Alemania</u>	139
9.1. <u>Consideraciones generales</u>	139
9.2. <u>Las prestaciones por muerte y supervivencia en el sistema de seguridad social alemán</u>	140
9.2.1. <i>Prestaciones de supervivientes en el régimen de seguro de pensiones</i>	140
A. <i>Pensión de viudedad</i>	141
B. <i>Pensión de orfandad</i>	146
9.2.2. <i>Prestaciones en caso de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional</i>	147
A. <i>Las pensiones de supervivientes en el caso de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional</i>	147
B. <i>Subsidio por defunción en el supuesto de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional</i>	148

II. ANÁLISIS COMPARADO DEL TRATAMIENTO DE LAS PENSIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA149

1. El tratamiento de la pensión de viudedad en el ordenamiento europeo.....149

1.1. Requisitos del sujeto beneficiario.....149

1.1.1. El elemento de la edad..... 150

A. Temporalidad o permanencia de la pensión de viudedad 153

1.1.2. El elemento de la convivencia 154

1.1.3. La incidencia de los ingresos del sujeto beneficiario..... 157

2. El tratamiento europeo de las pensiones de orfandad158

2.1. Requisitos específicos del sujeto beneficiario.....160

2.1.1. El elemento de la edad..... 160

2.1.2. La condición de estar a cargo del sujeto causante: dependencia económica..... 163

2.2. Compatibilidad pensión de orfandad y otras prestaciones o ayudas.....165

PARTE SEGUNDA: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y ESTADO ACTUAL DE LA REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE LA SEGURIDAD SOCIAL167

I. DE LA ASISTENCIALIDAD A LA CONTRIBUCIÓN Y DE LA CONTRIBUCIÓN A LA ASISTENCIALIDAD: EL EJE EN LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTINGENCIA Y PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA170

1. Instauración, Constitución Española de 1978 y Consenso político y social: elementos determinantes en la evolución del régimen jurídico de la Contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia170

2. Primera etapa: implantación del sistema de seguridad social (ley de bases de 1963)176

2.1. Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social..176

2.1.1 Presupuestos..... 176

2.1.2. Requisitos 177

2.1.3 Contenido 177

2.1.4. Dinámica 178

2.1.5. Gestión..... 178

2.2. Decreto 907/1966, de 21 de abril	179
2.2.1. <i>Presupuestos</i>	180
2.2.2 <i>Requisitos</i>	180
2.2.3. <i>Contenido</i>	181
2.2.4. <i>Dinámica</i>	182
2.2.5. <i>Gestión</i>	182
2.3. Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre	182
2.3.1. <i>Presupuestos</i>	183
2.3.2. <i>Requisitos</i>	184
2.3.3. <i>Contenido</i>	185
2.3.4. <i>Dinámica</i>	187
2.4. Orden de 13 de febrero de 1967	187
2.4.1. <i>Presupuestos</i>	187
2.4.2. <i>Requisitos</i>	188
2.4.3. <i>Contenido</i>	189
2.4.4. <i>Dinámica</i>	189
2.4.5. <i>Gestión</i>	190
2.5. Ley 24/1972, de 21 de junio	191
2.5.1. <i>Presupuestos</i>	191
2.5.2. <i>Requisitos</i>	192
2.5.3. <i>Contenido</i>	192
2.5.4. <i>Gestión</i>	193
<u>3. Segunda etapa: la incidencia de la Constitución de 1978 en el régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia</u>	193
3.1. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978	193
3.2. Ley 30/1981, de 7 de julio	195
3.2.1. <i>Presupuestos</i>	196
3.2.2. <i>Contenido</i>	196
3.2.3. <i>Dinámica</i>	197
<u>4. Tercera etapa: el consenso político y social sobre las reformas del régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia</u>	197
4.1. Primer período: de 1995 a 2001	197
4.1.1. “Pacto de Toledo”, de 6 de abril de 1995	197
4.1.2. “Acuerdo sobre la consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social”, de 9 de septiembre de 1996.....	198
4.1.3. <i>Ley 24/1997, de 15 de julio</i>	199
A. <i>Presupuestos</i>	199
B. <i>Contenido</i>	200
4.1.4. <i>Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre</i>	201
A. <i>Contenido</i>	201
B. <i>Dinámica</i>	201
C. <i>Gestión</i>	202
4.1.5. <i>Real Decreto 4/1998, de 9 de enero</i>	202
A. <i>Presupuestos</i>	202

<i>B. Dinámica</i>	203
4.2. Segundo período: de 2001 a 2006	204
4.2.1. “Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social, de 9 de abril de 2001”	204
4.2.2. Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre	205
A. Presupuestos	205
B. Contenido	206
C. Dinámica.....	207
4.2.3. Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre	209
4.3. Tercer período: de 2006 a 2011	210
4.3.1. “Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006.....	210
4.3.2. Ley 40/2007, de 4 de diciembre.....	211
A. Presupuestos	211
B. Contenido	214
C. Dinámica.....	215
4.4. Cuarto período: a partir de 2011	215
II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA. UN ANÁLISIS DE SUS NORMAS DE ORDENACIÓN	218
1. <u>Consideraciones generales sobre la acción protectora: la dificultad de construir un concepto unívoco de la contingencia</u>	218
1.1. Clases de prestaciones	220
1.2. Normas de gestión.....	221
1.3. La imprescriptibilidad del derecho.....	222
1.4. Régimen de compatibilidad de las prestaciones (remisión)	222
2. <u>Requisitos comunes de acceso</u>	223
2.1. Sujeto causante	223
2.2. Hecho causante	223
2.3. Periodo de carencia	225
3. <u>Viudedad</u>	226
3.1. Beneficiarios	226
3.2. Cuantía de la prestación	230
3.2.1. Porcentaje.....	231
3.2.2. Base Reguladora	232
3.3. Dinámica de la prestación.....	232
3.3.1. Nacimiento y duración.....	232
3.3.2. Causas de extinción.....	233

3.4. Compatibilidad	234
4. <u>Orfandad</u>	234
4.1. Beneficiarios y requisitos	234
4.2. Cuantía de la prestación	237
4.3. Causas de extinción	238
4.4. Compatibilidad	239
5. <u>Prestaciones a favor de familiares</u>	239
5.1. Pensión.....	239
5.1.1. Beneficiarios y requisitos.....	240
5.1.2. Cuantía de la prestación.....	241
5.1.3. Causas de extinción	242
5.1.4. Compatibilidad	242
5.2. Subsidio	242
6. <u>Pensiones especiales</u>	243
6.1. Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez	243
6.2. Extraordinarias por acto de terrorismo	244
7. <u>Otras prestaciones</u>	245
7.1. Indemnización a tanto alzado en caso de fallecimiento derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional	245
7.2. Auxilio por defunción	246

PARTE TERCERA: ANÁLISIS DE ALGUNOS ASPECTOS DE LA REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA: LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE CONTRIBUTIVIDAD Y ASISTENCIALIDAD, LOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIA Y LAS SITUACIONES DE CRISIS DEL VÍNCULO MATRIMONIAL.....	248
---	------------

I. EL CONTINUO DEBATE SOBRE LA CONTRIBUTIVIDAD Y LA ASISTENCIALIDAD EN LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA.....	251
--	------------

1. <u>La histórica concurrencia de los rasgos contributivos y asistenciales en las prestaciones por muerte y supervivencia</u>	255
---	------------

1.1. Las primeras regulaciones de las prestaciones por muerte y supervivencia: una protección marginal	255
---	------------

1.2. El tránsito de los sistemas de aseguramiento obligatorio a la Seguridad Social: la pervivencia de los rasgos asistenciales	257
1.3. La pérdida del carácter asistencial de la viudedad y el mantenimiento de estos rasgos en las otras protecciones	260
1.4. La recuperación parcial de los rasgos asistenciales de la viudedad	262
2. <u>Los sujetos protegidos en las prestaciones por muerte y supervivencia</u>.....	264
2.1. Los familiares del trabajador fallecido como beneficiarios	264
2.2. Los requisitos de la edad, la capacidad o incapacidad para trabajar, la carencia de recursos y el vínculo con el trabajador fallecido	268
3. <u>Las situaciones protegidas en las prestaciones de muerte y supervivencia: necesidad “presunta” y prueba de la necesidad “real”</u>.....	272
3.1. Irrelevancia de la dependencia económica y de la carencia de recursos en las prestaciones de viudedad y de orfandad: la tutela de las situaciones de necesidad presunta derivadas del fallecimiento del trabajador	273
3.2. La pensión compensatoria como requisito ajeno a los rasgos contributivos y asistenciales, la merma de ingresos o los ingresos ligeramente superiores al smi: el desequilibrio económico como situación de necesidad presunta	277
3.3. La necesidad económica posterior al fallecimiento como criterio de acceso a las prestaciones de muerte y supervivencia: la tutela de las situaciones de necesidad real	282
3.4. La dependencia económica anterior al fallecimiento y/o la necesidad económica posterior al óbito: la prueba acentuada de la situación de necesidad real.....	284
4. <u>La relación entre la contribución al sistema y las expectativas de derechos en las prestaciones por muerte y supervivencia</u>	287
4.1. Flexibilidad en la acreditación de una carrera de seguro prolongada y estable como quiebra de los rasgos contributivos.....	289
4.2. La escasa cuantía de las prestaciones como evidencia de los rasgos asistenciales que inspiran las prestaciones de muerte y supervivencia	291
5. <u>La compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones por muerte y supervivencia</u>.....	299
5.1. Con las rentas derivadas del trabajo del trabajo u otros ingresos.....	299
5.2. Con las prestaciones del sistema de Seguridad Social: la incompatibilidad como regla general.....	306
5.3. Entre las prestaciones por muerte y supervivencia: una manifestación acentuada del principio general de incompatibilidad entre prestaciones	312

6. <u>Conclusiones</u>	315
II. IGUALDAD Y UNIONES DE HECHO	317
1. <u>Planteamiento de la cuestión</u>	317
2. <u>La protección de la viudedad: matrimonio versus uniones de hecho</u>	321
2.1. De la desprotección al reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho	321
2.2. El diverso tratamiento del matrimonio y la pareja de hecho en la protección de la viudedad	326
2.2.1. <i>La exigencia del vínculo matrimonial o extramatrimonial</i>	326
2.2.2. <i>La convivencia matrimonial y no matrimonial y la formalización de su vínculo: el concepto de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad</i>	334
2.2.3. <i>La dependencia económica en el matrimonio y en la pareja de hecho: manifestación de la tendencia hacia la asistencialidad de la pensión de viudedad</i>	340
3. <u>Conclusiones finales y propuestas de futuro</u>	343
III. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD: MATRIMONIO, FORMAS DE MATRIMONIO Y SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL	348
1. <u>La pensión de viudedad: Elementos tradicionales de la protección y necesidad de un cambio</u>	348
2. <u>La validez del vínculo como condición esencial para la atribución de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente</u>	350
2.1. El matrimonio como contrato privado con eficacia jurídica. Requisitos para la validez del matrimonio y, por extensión, para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad	351
2.2. La relevancia que ha de atribuirse a la ausencia de un requisito puramente formal (como la inscripción del matrimonio en el Registro Civil) en el acceso a una prestación social	352
3. <u>La pensión de viudedad y otras formas de matrimonio</u>	355
3.1. Consideración previa: formas de celebración del matrimonio reconocidas en el Derecho español	355
3.2. El controvertido derecho a la pensión de viudedad del miembro superviviente de un matrimonio celebrado por el rito gitano	356
3.3. Incidencia del matrimonio poligámico sobre el reconocimiento y, en su caso, distribución de la pensión de viudedad	361

4. <u>La extensión del derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo: atribución de los derechos sociales a las parejas homosexuales</u>	365
5. <u>La pensión de viudedad en los supuestos de nulidad, separación y divorcio: nuevas condiciones restrictivas del derecho</u>	366
5.1. El derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad matrimonial: exclusiva protección del matrimonio putativo.....	367
5.2. El limitado reconocimiento del derecho, en los casos de separación y divorcio, al cónyuge beneficiario de una pensión compensatoria. Inidoneidad del nuevo criterio	372
ANEXO BIBLIOGRAFICO Y DOCUMENTAL	380

ESTUDIO INTRODUCTORIO

“Las prestaciones por muerte y supervivencia: un análisis de su función social y de los elementos centrales de su régimen normativo, especialmente en relación con la pensión de viudedad”

Santiago González Ortega
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo
de Olavide de Sevilla
Responsable del Proyecto de Investigación

Sumario. 1. **Introducción.** 1.1. Observaciones generales. 1.2. La situación de necesidad protegida y los orígenes de la prestación de viudedad. 2. **Los rasgos de la prestación determinantes de su naturaleza y su conexión (o mejor, defectuosa conexión) con los cambios sociológicos, laborales y familiares.** 2.1. La permanencia o el carácter vitalicio de la pensión y sus implicaciones. 2.2. El carácter contributivo de la protección y sus consecuencias. 2.3. Las prestaciones de muerte y supervivencia como derechos derivados. 2.4. La contaminación asistencial de la pensión de viudedad: una vuelta parcial a los orígenes. 3. **La necesaria adaptación normativa: obstáculos y perspectivas.** 4. **El largo e incumplido proceso hacia la reforma integral del sistema.** 5. **Las líneas de reforma.** 5.1. Algunos datos. 5.2. Las reformas posibles.

“La variedad de respuestas a los problemas de la protección social del cónyuge superviviente se ha debido a circunstancias históricas y a una desigual capacidad de influencia en la opinión pública y en las autoridades públicas de determinados grupos de presión. Lo anterior tiene como consecuencia que difícilmente puede encontrarse un modelo lógico de ordenación” (J. Walley. Social Security: Another British Failure?, C. Knight, 1972, pp. 249).

1. Introducción.

La frase con la que se encabeza este trabajo, escrita hace cuarenta años, sigue siendo actual. En efecto, si algo caracteriza la regulación de la protección social del cónyuge superviviente o de la situación de viudedad es, con independencia del país europeo de que se trate, su naturaleza cambiante, reiterada y constantemente modificada, y fruto de lógicas confluyentes y acumuladas, cuando no directamente contradictorias. La razón de fondo se encuentra en las diversas formas de caracterizar la situación de necesidad económica del cónyuge viudo, en la variada justificación de la protección social que se le otorga, en las distintas finalidades que se persiguen con las prestaciones sociales públicas que se dispensan y en la diferente forma de valorar las circunstancias personales, familiares y sociales (nivel de recursos, cargas familiares, edad, capacidad de trabajar o empleabilidad) que forman el contexto de esa situación de necesidad, determinándola muy poderosamente.

Por esta razón, cualquier tratamiento actual de la tutela social de la viudedad exige replantearse estas cuestiones, buscando con ello una respuesta socialmente adecuada en términos de justicia, de equidad y de utilidad; lo que, a los efectos de la seguridad social, significa una protección socialmente necesaria pero adaptada a los caracteres de la situación de necesidad frente a la que se quiere proteger al cónyuge superviviente.

1.1. Observaciones generales.-

Toda prestación social de naturaleza monetaria se justifica por las consecuencias económicas negativas derivadas de la actualización de un riesgo, entendido, en línea con lo que es habitual en el ámbito del seguro privado, como un acontecimiento futuro e incierto cuya realización no depende de la voluntad del sujeto sobre quien recaen esas consecuencias económicas indeseadas. Ese riesgo, en lo que se refiere a la pensión de

viudedad, es el del fallecimiento o muerte; indudablemente de ocurrencia segura pero no en cuanto al momento en que ese acontecimiento tendrá lugar. Si bien, hay que anticipar, tiene la peculiaridad de que esas consecuencias económicas no recaen sobre el propio sujeto en quien se actualiza el riesgo (como sucede con el desempleo o la incapacidad para el trabajo, por ejemplo) sino sobre terceros vinculados a él. Pero que se trate de un riesgo, que pueda tener consecuencias económicas negativas, y que incluso pueda ser asegurable a través de los seguros privados de vida, no lo convierte en sí mismo en un riesgo que pueda y deba ser seleccionado para articular frente a él algún tipo de protección social. Como es sabido, es preciso que ese riesgo sea, además, social.

Dicho de forma muy sintética, la naturaleza social de un riesgo se fundamenta en una serie de circunstancias que hacen que finalmente la comunidad decida asumir a su cargo la cobertura económica de las consecuencias negativas producidas por la actualización de dicho riesgo, esto es y en lo que aquí interesa, el fallecimiento del causante. Tales circunstancias tienen que ver, de una parte, con la propia generalización social del riesgo, haciéndolo algo común o estandarizado, lo que es indiscutible en cuanto al hecho de la muerte; y, de otra parte, con la incapacidad económica de quienes sufren las consecuencias de la muerte del causante de afrontar por sus propios medios esa repercusión negativa del fallecimiento, lo que depende de cómo se definan y precisen esas consecuencias económicas negativas y, también, de cómo se evalúe esa incapacidad económica individual para asumirlas. Y es en este segundo punto en el que se concentra la construcción jurídica en el terreno de la seguridad social y, en general, de todos los sistemas públicos de protección social, aun anteriores a ésta como puede ser el caso, que persiste en esencia en varios países, de los seguros sociales.

Se trata de un momento que puede definirse como el de la selección y definición de las contingencias frente a las que los sistemas de protección social se aprestan a proteger a los sujetos afectados. Para la seguridad social, la noción de contingencia es semejante a la de riesgo pero, en la medida en que se la selecciona para incluirla en el repertorio legal de prestaciones del sistema de seguridad social de que se trate, lleva implícita una valoración totalmente ineludible: que no es otra que la de considerar que las consecuencias de la actualización del riesgo generan una situación de necesidad económica que merece ser tutelada. Es decir, que cuando la norma establece prestaciones frente a una determinada contingencia que ella misma ha seleccionado, parte de la consideración de que existe una determinada consecuencia económica negativa o situación de necesidad (otro término específico de la seguridad social), definida muchas veces de forma implícita, frente a la que se organiza una estructura de tutela que no puede ser sino funcional a esa identificación de la situación de necesidad.

Pues bien, para responder a la elemental pregunta de cuál es en concreto la situación de necesidad que se protege mediante las prestaciones de viudedad, habría que hacer una precisión inicial que tiene una presencia muy relevante en todo lo relacionado con la misma, subrayando su singularidad. La peculiaridad consiste, como se ha dicho antes, en que la situación de necesidad se materializa en un sujeto o sujetos diferentes del que sufre la actualización del riesgo; dicho brevemente, en personas distintas de quien fallece. De forma que la muerte es más bien la causa de la contingencia, su origen o el hecho que la provoca; mientras que la contingencia es en realidad la situación de necesidad de quienes sobreviven al causante. Por tanto, es la supervivencia, y no la muerte, la contingencia que se tutela mediante las prestaciones de viudedad. Esto es algo que la Ley General de la

Seguridad Social española (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) sintetiza de forma muy acertada al titular el Capítulo VIII de su Título II como: “*Muerte y supervivencia*”.

En consecuencia, el riesgo social seleccionado es, ciertamente, la muerte, pero la contingencia tutelada es la consecuencia del fallecimiento, es decir, la situación de necesidad económica en que se vienen a encontrar, de forma habitualmente inesperada y sobrevenida, determinadas personas con vínculos tan directos con el fallecido como para experimentar una repercusión relevante en su situación económica a consecuencia de la muerte. Sujeto al que es habitual calificar, y se comprende la razón, como causante, tanto en el sentido que aquí interesa de origen de las consecuencias económicas negativas para los sobrevivientes como, en el más técnico, de causante del derecho a las prestaciones de supervivencia.

1.2. La situación de necesidad protegida y los orígenes de la prestación de viudedad.-

Establecido que la situación de necesidad que se protege es la de los sobrevivientes, es necesario entonces dar un paso más en el proceso de determinación de dicha situación de necesidad, siendo la propia construcción jurídica de la protección la que permitirá precisarla.

La primera precisión atañe al vínculo que debe existir entre causante y sobrevivientes, que debe ser de tal entidad como para que recaigan sobre ellos de forma relevante las consecuencias económicas del fallecimiento. Para lo cual se recurre, alternativa o acumulativamente, a varios criterios: el del vínculo conyugal o de parentesco; el de la dependencia económica; y el de la convivencia. Todos ellos expresan una misma idea cual es que se trata sólo el núcleo de personas más cercanas desde el punto de vista de los lazos familiares (cónyuge y parientes de grado muy próximo); que son las que, además, dependen económicamente del causante, en el sentido de que las rentas generadas por éste, ahora desaparecidas, constituían la única o principal fuente de ingresos; y que esas personas son las que conviven con él, materializando esa dependencia y esos vínculos familiares, formando una unidad económica de ingresos y gastos en la que todos participan.

La segunda precisión se refiere a la concreción de los rasgos y la naturaleza de la situación de necesidad en que vienen a encontrarse ese círculo de sobrevivientes. Que puede caracterizarse de dos formas antagónicas.

Por una parte, como una situación de necesidad real y absoluta ya que las rentas generadas por el causante eran la única fuente de ingresos de la unidad económica de convivencia; de forma que su desaparición significa un empobrecimiento total del núcleo familiar entendido en sentido absoluto, es decir, como una carencia total, o al menos absolutamente significativa, de los ingresos necesarios para la supervivencia. Pero también puede entenderse como una situación de necesidad relativa en términos exclusivamente de empobrecimiento o de reducción de los ingresos de la unidad familiar; lo que dependerá, para que pueda ser relevante a efectos de la seguridad social, de si se valora o no el grado o nivel de empobrecimiento, y de si se tienen o no en cuenta los ingresos restantes, que permanecen, de la unidad familiar. Debiéndose juzgar si éstos ingresos son suficientes, no en relación con el total de los ingresos familiares antes de la muerte del causante, sino

conforme a criterios estandarizados que fijen la suficiencia entendida como relativo mantenimiento del nivel de vida, y como ingresos por encima, en el grado que se fije, del nivel que se considere de supervivencia.

Pues bien, siguiendo el proceso lógico que se acaba de describir, los sistemas de protección social establecieron, en los orígenes de la protección de la viudedad, la situación de necesidad que quedaba seleccionada como contingencia a proteger, imponiendo una serie de criterios: en primer lugar, el del vínculo con el causante, limitándolo al cónyuge y a los hijos y, de forma más excepcional, a otros parientes; en segundo lugar, exigiendo la convivencia como una manifestación plástica de la siguiente exigencia: la dependencia económica. Es en este punto donde la protección de la viudedad estableció inicialmente una exigencia de dependencia económica total del causante; pero es una situación que presuponía siempre que se concurría alguna de las circunstancias anteriores, esto es, el parentesco cercano y la convivencia. Se trata de una presunción de dependencia económica, contra la que no cabe prueba, que se basa en una justificación, absolutamente razonable en esos momentos aunque ya no en los actuales en lo que se refiere a la prestación de viudedad: que los hijos menores de una cierta edad y convivientes con el causante carecen de la capacidad por sí mismos de obtener ingresos de ningún tipo (presunción que, con matizaciones, persiste hoy) y que la situación del cónyuge superviviente depende de su sexo, entendiéndola existente siempre si se trataba de la viuda, y no presumiéndola nunca sino exigiendo una prueba de esa dependencia económica, en el caso del viudo.

Esta diferenciación, que hoy ha desaparecido al considerarse discriminatoria, encuentra su refrendo en el tradicional reparto social de roles entre hombres y mujeres que hacía que, de manera habitual y casi socialmente predeterminada, las segundas consideraran que su función social específica estaba alejada del trabajo o de la obtención de recursos económicos para el hogar familiar, dedicándose, habitualmente en exclusiva, a las funciones y tareas domésticas de cuidado del hogar y de los hijos u otros parientes. Cualquier consulta a las estadísticas del momento de surgimiento de la protección de la viudedad confirma la realidad de este diagnóstico si se atiende a la muy escasa tasa de incorporación de la mujer al desarrollo de una actividad productiva externa.

La obtención, pues, de los ingresos del hogar familiar correspondía, en este esquema distributivo de funciones sociales, al hombre y, en consecuencia, su fallecimiento provocaba en dicho hogar familiar esa absoluta carencia de recursos que las normas de protección social exigían de forma implícita. Si lo que se trataba de atajar eran las consecuencias de la muerte, expresadas como desaparición de los únicos ingresos de la unidad familiar, la protección sólo se dispensaba a quien por ese motivo venía a carecer absolutamente de ingresos. Para lo que no se exigía prueba alguna ya que la misma presunción de dependencia económica absoluta, como presupuesto de la tutela, forzaba a presumir también que la situación económica resultante era de carencia, igualmente absoluta, de recursos. Bastaban, pues, el vínculo de parentesco y convivencia para que, a partir del fallecimiento del causante, la norma estimara tanto la dependencia económica de los sobrevivientes como su carencia total de recursos.

Podrá parecer una obviedad, pero no deja de ser cierto, concluir que las prestaciones derivadas de muerte y basadas en la supervivencia se organizaron en sus orígenes sobre la base de presumir la dependencia económica de las viudas e hijos; en función, en el primer

caso, de la habitual dedicación de la mujer a las tareas del cuidado familiar no siendo, por tanto, fuente de ingresos para el núcleo familiar; y, en el segundo, de la edad de los hijos. Toda la reflexión anterior permitió caracterizar la protección frente a la contingencia protegida desde el punto de vista de la seguridad social como un ingreso público que viene a cumplir una función de compensación de rentas anteriores (los ingresos generados por el causante) pero en unidades económicas carentes totalmente de recursos. Lo que actualmente se calificaría como una prestación asistencial en su finalidad (proporcionar recursos a familias que no los tienen por haberlos perdido por el fallecimiento del causante), aunque pudiera tener elementos contributivos en la fijación de la cuantía que, siendo un reflejo de reglas propias del seguro privado (periodo de carencia, cuantificación de la prestación según cotizaciones previas), siempre garantizaba el mínimo considerado en su momento de subsistencia (una noción relativa, como se sabe); lo que cumplía una función también de sustitución de ingresos anteriores del causante, si bien esta característica era marginal y más empujada por razones de financiación y de equilibrio financiero del sistema y sin tener la importancia que más tarde adquirirá.

Carencia de recursos absoluta presumida fundada en razonables criterios personales (edad) y sociológicos (mujer inactiva desde el punto de vista de la obtención de ingresos para el hogar) y prestación de cobertura de esa situación en términos de garantía de ingresos del núcleo familiar como compensación de los ingresos que se han dejado de percibir. Este es el punto de partida de la configuración jurídica de la protección social de la viudedad y de la orfandad. Pero ya en esos orígenes aparece un criterio condicionador de la definición de la situación de necesidad que justificaba la tutela como es el que la situación de necesidad económica total que se protege fuera tanto actual (el impacto inmediato de la muerte del causante y la generación de la situación de necesidad) como irremediable en el futuro. Lo que se pretendió hacer depender (en el caso de la viudedad no en la orfandad en que el tope de edad ya pone término a la protección) de la capacidad de la mujer de procurarse en el futuro ingresos con su propio trabajo (fijándose frecuentemente una edad mínima como referente indirecto de esa incapacidad) y/o de la necesaria continuación de su labor en el hogar al tener a cargo hijos dependientes. Muy expresivamente lo decía el Informe Beveridge, con palabras que incluso han incrementado su razonabilidad con el paso de los años: *“there is no reason why childless widow should get a pension for life; if she is able to work, she should work”*.

2. Los rasgos de la prestación determinantes de su naturaleza y su conexión (o mejor, defectuosa conexión) con los cambios sociológicos, laborales y familiares.-

2.1. La permanencia o el carácter vitalicio de la pensión y sus implicaciones.-

La permanencia o el carácter vitalicio de la pensión de viudedad se basaba en el mismo dato sociológico sobre el que se apoyaba la protección reservada a las viudas: que las mujeres, aun habiendo perdido los únicos ingresos del hogar como consecuencia del fallecimiento del causante, estaban de forma genérica imposibilitadas para procurarse ingresos propios ya fuera por edad o por carencia de formación o experiencia; y más ideológicamente que, aun careciendo de cargas familiares, las viudas debían permanecer retiradas de la actividad económica y dedicadas igualmente al cuidado del propio hogar familiar o de otros parientes, asumiendo la colectividad la carga de sus sustento. Estos juicios previos, que tuvieron sin duda validez general en su momento aunque fueron pronto corregidos en algunos países, determinaron en muchos casos el carácter de vitalicio

de la pensión de viudedad. Un rasgo que se ha mantenido por largo tiempo resistiendo los embates de las transformaciones sociales que negaban fundamento a esa presunción permanente de carencia de recursos.

En coherencia con esa función de tutela de las situaciones reales de necesidad, y presumiendo que la de la viuda siempre lo es y se mantiene, la prestación se pierde (al margen de por otras razones más singulares o moralistas) por el nuevo matrimonio de la viuda. Se trata de un criterio que, partiendo del descrito rol social femenino, entendía que la carencia de recursos de la viuda finalizaba al entrar a formar parte de otro núcleo familiar donde los recursos volvían a proceder el hombre con el que se había casado. Lógicamente, pues, al volver a depender económicamente, la prestación perdía su función de garantizar unos recursos, inexistentes en otro caso. En consecuencia, si se presume, como sucedía en su momento de forma correcta, que la mujer viuda no puede procurarse ingresos por sí misma a lo largo de toda la vida, es razonable que la prestación fuera igualmente vitalicia hasta tanto esos nuevos recursos aparecieran, lo que la ley consideraba (y considera) que sólo sucede esencialmente con el nuevo matrimonio.

Pero cuando esa condición de la prestación se mantiene a lo largo del tiempo ignorando, pese a lo que comenzaban a exigir las transformaciones sociales referidas a la mujer y a la familia, si la viuda comienza a obtener ingresos propios (porque, tras la viudedad, se incorpore al trabajo, por ejemplo), se rompe la unidad entre situación de necesidad (carencia absoluta de recursos) y finalidad de la prestación (procurar los ingresos que faltan totalmente) ya que, presumiendo la primera, la segunda se otorga al margen de la existencia de recursos o ingresos propios posteriores de la unidad familiar. De manera que la compatibilidad entre pensión de viudedad y rentas del trabajo de la viuda hace que la prestación se desconecte de la situación de necesidad y se debilite su primitiva función asistencial. Si, por el contrario, generado el derecho, se mantiene en todo caso de forma permanente hasta la muerte de la beneficiaria, la prestación adquiere así una cierta caracterización económica o patrimonial como un derecho para el futuro a determinadas rentas y que, como tal, sería independiente de la existencia de otros ingresos; lo que es igual que decir de la existencia real de la situación de necesidad.

El que la pensión en todo caso se extinga por matrimonio de la viuda casa mal con esas manifestaciones de la protección como un derecho a rentas ya que, si se entiende que, en virtud de su carácter esencialmente vitalicio, la pensión no es otra cosa que un derecho incondicionado a rentas o ingresos, debía subsistir pese al nuevo matrimonio de la viuda. Se trata, no obstante, de una incoherencia menor que se explica por razones de tipo financiero; es decir, como un modo de ahorrar los costes de una pensión vitalicia provocando su extinción por el hecho del nuevo matrimonio. Una finalidad que frecuentemente altera en el campo de la seguridad social la lógica interna de las prestaciones.

2.2. El carácter contributivo de la protección y sus consecuencias.-

Ya desde sus orígenes, la pensión de viudedad se configuró como una prestación contributiva; entendiéndose por tal la que se hace depender de ciertos requisitos como son el periodo previo de cotización o periodo de carencia de la protección y, en cuanto a su cuantía, de la cantidad previamente aportada por el causante. Aunque existen ejemplos en los que la cuantía de la pensión era fija, siendo una manifestación de la original función de

la prestación cual era, como se ha dicho, la cobertura de una situación de necesidad real de la viuda; por lo que la prestación fija venía a proporcionar el ingreso que la ley consideraba suficiente para la subsistencia de quien no tiene recurso alguno. Incluso en estos casos, sin embargo, tampoco se abandona la exigencia de que exista un periodo previo de cotización como expresión del principio contributivo; lo que ha llevado a la prestación de viudedad a un tipo de protección, sólo directamente vinculada a la trayectoria profesional del causante, que hoy a duras penas puede mantenerse.

Sea como fuere, lo cierto es que el principio contributivo, se aplique total o parcialmente, refleja la lógica del seguro privado (que es la lógica del beneficio económico gestionando la cobertura de situaciones de necesidad) para el cual el equilibrio financiero es la base de su negocio. En consecuencia, el seguro privado retornará al asegurado, al actualizarse el siniestro, en función del tiempo de aseguramiento y de la cuantía asegurada; todo lo cual se plasma en un contrato sinalagmático en virtud del cual la compañía de seguros se compromete a abonar las cantidades contratadas en función del tipo de aseguramiento y su duración. Y frente a ella, el sujeto asegurado se alza con un derecho subjetivo perfecto a la protección pactada que trae su causa del pago previo del aseguramiento. Este principio de contractualidad de la obligación de abonar la prestación y del derecho a reclamarla influye, como no podía ser de otra manera, en los seguros sociales proyectándose incluso en los más evolucionados sistemas de seguridad social. De forma que también las prestaciones públicas de protección social están marcadas por la idea de un derecho que, de alguna manera, se ha generado con las aportaciones económicas previas al seguro social.

Aún persisten las manifestaciones de la contributividad en el caso de las pensiones de viudedad, como es la exigencia de un tiempo de cotización previo del causante y, en muchos casos, que la cuantía de la prestación de viudedad se establezca en función de la propia cuantía de las cotizaciones hechas por el causante antes de su fallecimiento. Esta esencia contributiva de la pensión de viudedad, pese a los cada vez más frecuentes añadidos asistenciales (casos especiales por edad, carencia de recursos o cargas familiares) ha permitido consolidar la convicción de que el derecho a la misma se deriva, en un sentido casicontractual, de las cotizaciones anteriores del causante. De forma que, al margen absolutamente de la existencia o no de la situación de necesidad (y aunque se probase que no existe), el beneficiario tendrá derecho a las prestaciones y a mantenerlas de forma indefinida (salvo matrimonio) con independencia de que, tanto inicial como posteriormente, desempeñe un trabajo. Con la muerte del causante y el cumplimiento por éste de las exigencias contributivas, el derecho ha surgido y es exigible incondicionadamente.

De modo que ya es indiferente si la situación de necesidad económica generada por la muerte es real o no en la medida en que las prestaciones contractuales (de este matiz se tiñen las prestaciones públicas) se deben en todo caso, en los términos obviamente del contrato, al margen de las circunstancias económicas personales de quien ejercita su derecho a percibir las. Lo contributivo, de lo que la permanencia o el carácter vitalicio de la prestación es una manifestación más, desplaza también a la asistencialidad primitiva, independizándose, tanto en la definición de la contingencia como en la configuración de la prestación, de la función de garantía de recursos de subsistencia para derivar hacia un tipo de protección que viene a cubrir una situación de necesidad distinta que es la de afrontar el empobrecimiento relativo del hogar familiar aunque no constituya una situación real de

necesidad. La prestación cambia así su función compensatoria por la de sustitución de ingresos anteriores a la muerte o por la de indemnización de los daños al hogar familiar causados por el fallecimiento del causante.

Esta función la desempeña la pensión de viudedad, en el caso de la mujer, durante mucho tiempo, siendo por tanto inmune a las transformaciones sociológicas que motivaron la propia articulación de la protección: fundamentalmente los cambios de mentalidad referidos a la división tradicional del trabajo social y la paralela incorporación creciente de las mujeres a la actividad productiva externa. Puesto que, en la construcción contributiva, se trata de un derecho generado por las cotizaciones previas del causante, es indiferente que la mujer viuda se incorpore o no al mercado de trabajo ya que el derecho a la prestación está causado y de forma incondicionada. Que esos fenómenos sociológicos hayan desmentido la presunción original de dependencia económica del marido no afecta a un derecho que acaba siendo totalmente ajeno a esa circunstancia.

No faltan apoyos sólidos a esta tesis. Como es el caso de la Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, del Tribunal Constitucional, la cual, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad basada en la discriminación por sexo del viudo, afirmaba que la legislación de seguridad social establecía un *“régimen jurídico diferente”* para la pensión de viudedad dependiendo del sexo del supérstite. Inspirándose, en cuanto a la primera, en el principio contributivo y, en cuanto al segundo, en una idea asistencial ya que las exigencias para generar el derecho del viudo no se detenían, como con las viudas, en la existencia de cotizaciones previas, sino que requería, además, la prueba de la dependencia económica del viudo respecto de la persona fallecida; trabajadora que habría generado el derecho a la pensión sin condiciones si fuera hombre y la beneficiaria mujer. Es cierto que la misma Sentencia sigue diciendo que *“la existencia de una cotización igual no es elemento bastante para la exigencia de iguales prestaciones”*, pero añadiendo que el sistema de seguridad social *“está asentado en alguna medida sobre el principio contributivo y que aún no se ha superado totalmente su relación con el esquema típico del seguro privado, que está en la base de los primitivos seguros sociales que son el antecedente de la actual seguridad social”*. Pero corrigiendo inmediatamente, aunque de forma matizada, que *“la relación automática entre cuota y prestación no es necesaria”* ya que, en la medida en que la seguridad social es una función estatal, *“la adecuación entre cuota y prestación no puede utilizarse como criterio para determinar la validez de las normas”*.

Más adelante, la Sentencia, sin embargo, confirma que no es la situación de necesidad real la que justifica la prestación de viudedad ya que, aunque ese tipo de tutela es el mandato esencial del art. 41 de la Constitución, ello sólo significa la obligada tendencia de los poderes públicos a garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas (recuérdese que esa era la función original de la pensión de viudedad), pero que no se ha materializado en la regulación concreta, y extendida, de la pensión de viudedad ya que la tutela *“no se basa en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos o un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia (muerte, incapacidad, etc.)”*.

De manera semejante se manifiesta la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre, la cual, rechazando la reclamación de una pensión de viudedad en un caso de una larga convivencia *more uxorio*, recuerda, frente a la alegación de que el

supérstite de una pareja de hecho puede encontrarse en una situación de necesidad idéntica a la del sobreviviente de un matrimonio, que el sistema contributivo no se basa estrictamente en una situación de necesidad que es sólo presunta (disfuncionalmente presunta en esos momentos) y que la viudedad no tiene por finalidad la de atender a situaciones de necesidad o de dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien “*compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge superviviente y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de la contingencia*”. Añadiendo, lo que es más expresivo, “*siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad*”.

De modo que, finalmente, la resolución, considerando discriminatoria la exigencia al hombre del requisito de dependencia económica real, acaba desterrando de forma definitiva la función asistencial de la pensión de viudedad ya que la aplicación de un trato igual se hace, no llevando la igualdad a la exigencia idéntica de la dependencia económica se trate o no de una mujer o de un hombre (algo que, por cierto, no podía hacer el Tribunal Constitucional, mero legislador negativo, aunque sí anular la norma por inconstitucional), sino a la irrelevancia de la situación de necesidad para generar el derecho a la protección tanto de viudas como de viudos. La prestación tiene así como función única e indiscutida, no la de proporcionar rentas a quien carece de ellas (función de compensación), sino a garantizarlas a quien las ha perdido (función de sustitución). Y el daño que se repara no es la ausencia real de ingresos sino el empobrecimiento derivado de la muerte del causante para la unidad familiar, normalmente por el defecto de ingresos y, sólo marginalmente, por un exceso de gastos (como, por ejemplo, en el caso de los gastos funerarios).

Siguiendo esta lógica, es obvio que siempre que hay una muerte de alguno de los miembros de la unidad familiar que aportaban ingresos previos, no necesariamente los únicos, se produce inevitablemente un daño que es necesario reparar, dada la amplia concepción del daño como un empobrecimiento. Es lo que se denomina situación de necesidad presunta, típica de las prestaciones contributivas; lo que significa suponer, sin necesidad de demostración alguna, que, en razón de ciertos datos sociológicos, quien venga a encontrarse en la contingencia protegida normalmente carecerá de recursos para subsistir al perder los ingresos de la actividad (como sucede, por ejemplo, con la pensión de incapacidad permanente). Pero la funcionalidad y razonabilidad de la situación de necesidad presunta se apoya en el hecho de que la realidad es justamente la que se sobreentiende. Pero desaparecen cuando esa presunción *iris et de iure* de situación de necesidad no se funda ya en los datos sociales: como sucede, para la viudedad, como consecuencia de la creciente incorporación de la mujer al trabajo y de la cada vez más frecuente obtención por éstas de rentas derivadas de su actividad. Lo que resulta aún más claro cuando el beneficiario de la pensión es un hombre.

2.3. Las prestaciones de muerte y supervivencia como derechos derivados.-

Entre todas las formas de clasificar las prestaciones de seguridad social existe una que diferencia entre prestaciones de derecho propio o de derecho derivado. Las prestaciones de derecho propio o directo son prestaciones que se causan (en el sentido jurídico, no el de motivo u origen) por el mismo sujeto que es su beneficiario, al incidir en él la contingencia legal prevista y al soportar, también él, las consecuencias económicas negativas de la misma. Así sucede con la mayoría de las prestaciones en las que las contingencias, por

ejemplo, de incapacidad laboral o de jubilación se causan por el mismo sujeto incapacitado o jubilado que, cumpliendo los requisitos legales, tendrá derecho a la protección del sistema. Pero existen otras prestaciones, como es el caso de la protección de la viudedad, de la orfandad o en favor de familiares en las que hay una disociación entre el sujeto que causa el derecho a las prestaciones y el que es titular del mismo.

En efecto, el acontecimiento generador de la tutela (la circunstancia inicial) se actualiza en una persona que no es otra que el miembro de la familia que, siendo activo o habiendo desarrollado una actividad profesional un mínimo periodo de tiempo y generando con ello recursos para el hogar familiar, fallece. Este hecho provoca, a su vez, la contingencia protegida (la carencia o disminución de ingresos del núcleo familiar) que hace surgir el derecho a las prestaciones pertinentes. Pero el papel del fallecido no es sólo, desde el punto de vista de la seguridad social, el del mero generador de la contingencia protegida; si así fuera, su intervención sería irrelevante a los efectos del derecho. Por el contrario, es al causante al que se le exige el cumplimiento de una serie de requisitos, los generales de las prestaciones, vinculados a su propia actividad profesional, como son el alta o la asimilación al alta y un determinado periodo de carencia; como también son las cuantías de sus aportaciones previas al sistema las que determinarán la propia cuantía de las prestaciones. Todas estas circunstancias, esenciales para la generación del derecho en su configuración actual, son las que en realidad lo causan ya que los requisitos adicionales que deben cumplir los beneficiarios funcionan sólo como delimitadores del campo de protección en función del vínculo personal o de parentesco o de la edad.

Pero, si se presta atención, se verá que esos requisitos exigidos al causante (y sólo a él) y que son los que causan la prestación, son todos requisitos contributivos y, en consecuencia, en línea con lo que se ha dicho en el apartado precedente, adquieren inevitablemente la connotación, que procede de los seguros sociales, de tratarse de una especie de pago del aseguramiento público que origina, de actualizarse la contingencia, un derecho incondicionado para los beneficiarios. Si, además, son prestaciones de derecho derivado en las que el derecho lo causa una persona aunque es otra la que se beneficia, aparece también en sintonía un matiz esencialmente patrimonial, como si la prestación, que se acercaría a la naturaleza de una renta de carácter asegurativo o resarcitorio, se imputara al causante que, a su vez, la transmite a los beneficiarios. De aquí que se hable de la pensión de viudedad como un posible “derecho derivado del hecho matrimonial”, o de una prestación asimilable a los gananciales o a la herencia, o como un salario diferido por el hecho de la dedicación al hogar familiar, o, en fin, como un premio al matrimonio (G. Barreiro González y M.R. Martínez Barroso. “La pensión de viudedad a debate”. *Actualidad Laboral*, 2/2006, pp. 2418 y ss.).

Nada extraño si se unen afirmaciones, que antes se han ido describiendo, como que la pensión de viudedad es esencialmente contributiva y está causada por el cumplimiento de los requisitos previos relativos a la afiliación y la cotización y que esa pensión no tiene como finalidad proteger situaciones reales de necesidad económica sino más bien una situación de empobrecimiento, de disminución de ingresos o de daño patrimonial provocado por la muerte del causante. Y que, en consecuencia, la función de la prestación no es la de cubrir situaciones de necesidad sino complementar los ingresos del supérstite garantizándole su nivel de vida anterior. La patrimonialización de la prestación, la configuración del derecho a la misma más que como una tutela social como un derecho al

resarcimiento del daño, restaurando los ingresos previos de la unidad familiar, resulta así ser una conclusión casi inevitable.

Que esta conclusión no es sólo teórica lo ponen de manifiesto algunas previsiones legales y ciertas resoluciones judiciales. Así, congenia muy bien con esta naturaleza esencialmente patrimonial de la prestación el que la situación de necesidad cubierta no sea ya la real (basta la presunción de que lo es aunque esté basada en circunstancias sociales ya alteradas); el que la prestación sea vitalicia salvo si matrimonio; y el que sea compatible con cualquier otro tipo de ingresos, pensiones o rentas. También el que se fije el derecho a la prestación de viudedad de los excónyuges (al menos hasta las más recientes reformas) como un derecho a la parte de la prestación que le corresponda en virtud de un reparto entre el viudo o la viuda últimos y los demás excónyuges, casi absolutamente al margen (al menos, de nuevo, hasta las últimas reformas) de si los supervivientes se encuentran o no en una situación de necesidad real o incluso presunta. De forma que lo contributivo y su dimensión patrimonial se proyecta hacia estas situaciones generando un reparto de la pensión en el que se tenían en cuenta (lo que todavía sucede hoy, aunque con limitaciones) incluso a los excónyuges que no dependían económicamente del causante (porque no recibían, por ejemplo, ninguna pensión compensatoria). De forma que, en muchos de estos casos, la pensión se manifiesta exclusivamente como un derecho económico que adopta la apariencia de una suerte de compensación por el tiempo matrimonial sin justificación social de ningún tipo. El que recientes reformas hayan excluido de la tutela a los excónyuges que carecían de dependencia económica del causante no debe verse sino como una manifestación, entre otras, de la asistencialización de la protección y juzgarse como un retorno a su función social original.

Otra manifestación de esa configuración patrimonial es la Sentencia 125/2003, de 19 de junio, en la que se rechaza que la convivencia *more uxorio* sea una causa de extinción de la pensión de viudedad semejante al matrimonio porque esa convivencia carecía entonces de relevancia a efectos de generar una pensión de viudedad (lo que, como se sabe, cambió, en términos que se dirán, en el año 2007), pero sobre todo por la diferencia de trato a efectos de la extinción de la pensión de viudedad que se daba a esa convivencia según se tratara del cónyuge viudo o de excónyuges. La inconstitucionalidad de esta exigencia, argumentado con los criterios tradicionales asociados al principio de igualdad, no oculta el mensaje de fondo de que se trata de prestaciones con un régimen jurídico en el que la existencia real de la situación de necesidad es irrelevante y donde la conservación del derecho, de un contenido básicamente patrimonial, sólo quedaba condicionada a la existencia formal posterior de un nuevo matrimonio. Finalmente, se protege, por la vía de la igualdad pero con consecuencias jurídicas no particularmente adecuadas (como sucedió con el reconocimiento al viudo de un derecho equivalente al de la viuda), un derecho de contenido patrimonial y económico cuya única razón de ser es la generación de la parte del mismo que corresponde al tiempo de convivencia con el causante, siendo irrelevante (salvo el matrimonio formal) las vicisitudes posteriores del excónyuge (si trabaja o no, si obtiene o no recursos, si convive o no *more uxorio* con otra persona).

En todo caso, hay que recordar que, desde hace ya algún tiempo, todos los ordenamientos de seguridad social ha revisado la lógica interna de la pensión de viudedad pero sin que haya sido tan normal su acantonamiento o reconducción al nivel de las prestaciones meramente asistenciales; lo que habría sido lo lógico teniendo en cuenta la función primitiva de la pensión. De forma que, en virtud de esa reconducción, sólo surgiría el

derecho a la pensión de viudedad (además, obviamente, de los requisitos personales de vinculación y dependencia económica) cuando el cónyuge supérstite se encontrara en una situación real de necesidad. Protección para la que debería ser irrelevante, por seguir la lógica asistencial, tanto la actividad profesional previa y las cotizaciones del fallecido. Como puede apreciarse, de esta deriva, de ser completa, se deduciría que, sencillamente, la pensión de viudedad habría desaparecido para convertirse en un derecho personal del viudo o viuda a la protección en razón de su situación de necesidad real. Un derecho, de existir, de mera ciudadanía y, por tanto, no sujeto a otra condición que la de ciudadano en situación efectiva de necesidad económica. Y, por tanto, un derecho propio del beneficiario, vinculado sólo y exclusivamente a su situación personal, y no un derecho que causa otro; un derecho, en fin, derivado.

2.4. La contaminación asistencial de la pensión de viudedad: una vuelta parcial a los orígenes.-

La muy diferente forma de considerar la situación de necesidad a proteger (presunta si se atiende a lo contributivo; real, si se busca su dimensión asistencial) se instala en el corazón de la prestación provocando una deriva desde una prestación que se justifica sólo cuando faltan (o se presume razonable y fundadamente que faltan) los recursos de subsistencia como consecuencia de la muerte del causante, hacia una prestación en la que, al partir de una presunción que cada vez tiene menos fundamento en los datos sociológicos, se justifica incluso cuando hay otros recursos o pueden obtenerse por parte de la viuda. De una prestación asistencial, pues, a otra de tipo acentuadamente contributivo.

El origen de todas estas disfuncionalidades y contradicciones es el hecho de que, como corresponde a un sistema contributivo, la situación de necesidad se presume, pero que esa presunción, inicialmente acertada, carezca ahora de fundamento debido a las transformaciones relevantes que han afectado, como se ha repetido, tanto a las estructuras familiares, a la natalidad y a la carga del cuidado de hijos, como al grado de formación y voluntad de la mujer de incorporarse al mercado de trabajo y a la actividad profesional. Puesto que la presunción primitiva no tiene ya fuerza para legitimar la protección incondicionada, parece necesario, ya en el ámbito de las regulaciones actuales, provocar una transformación de las bases de la tutela; estableciendo, bien una nueva presunción de situación de necesidad que esté mejor anclada en las características de la actividad laboral de hombres y mujeres (ciertas edades mínimas, cierta ausencia de capacidad laboral), bien a abandonar o relegar todas las aportaciones del principio contributivo (la propia presunción de necesidad, la dependencia de la prestación del tiempo previo de cotización, la determinación de su cuantía en función de las cotizaciones anteriores a la muerte) para volver a exigir, adecuada a las circunstancias sociales actuales, una existencia real de carencia de recursos como consecuencia de la muerte del causante.

Pese a todo, la opción legal ha sido, salvo en muy contados casos, particularmente prudente, entendiéndolo por un comportamiento tal el del sistema que, sin eliminar los elementos contributivos de la prestación, que siguen siendo muy relevantes, introduce elementos asistenciales en la pensión de viudedad que rescatan, es verdad que sólo parcialmente y en consecuencia con una cierta relación de contradicción con la dimensión contributiva, la situación real de necesidad como fundamento y objetivo de la protección. La expresión de esta opción son las manifestaciones de asistencialidad que han vuelto a generarse en torno a la pensión de viudedad pero que, pese a todo, no han acabado con el

eje central de la prestación, esencialmente contributiva. De forma que, lo híbrido, y lo contradictorio, de la regulación también se manifiesta en cuanto a la situación de necesidad a tutelar: presunta en la mayoría de los casos, configurándose como un derecho a la prestación causado esencialmente por las aportaciones económicas previas (contributividad) y, a la vez, como un derecho a la prestación causado por la carencia real de recursos (asistencialidad) al margen de cómo se midan concretamente. La convivencia de ambas lógicas es lo que hace tan singularmente disfuncional la regulación habitual de las prestaciones de viudedad, ahora siendo indiferente si el beneficiario es una mujer o un hombre.

Los elementos de asistencialidad introducidos, por hacer referencia a los del ordenamiento español pero que coinciden con muchas de las reformas de otros países europeos, son variados y se suman a otros que ya se existían y que han permanecido.

En cuanto a éstos últimos, ya se establecía que, para tener derecho a la pensión en favor de familiares, éstos, al margen del cumplimiento de requisitos específicos de edad o de incapacidad (los nietos o hermanos; y los padres y abuelos), debían (y deben) depender económicamente del causante; por tanto, su protección tiene una dimensión claramente asistencial (aunque la prestación tenga un origen contributivo), de tutela de una situación de necesidad económica real. Si bien este tipo de prestaciones, que cada vez parecen más disfuncionales desde la perspectiva de la tutela de la muerte y supervivencia y más adecuadas en el contexto de una garantía universal de recursos, para considerar existente la situación de necesidad del sujeto protegido, cuando se trata de madres o abuelas, sólo exige la condición de viudas, casadas con un marido incapacitado o solteras; es decir la presunción de absoluta carencia de rentas en el caso de la mujer, casada o viuda o incluso soltera, tan característica de los primeros tiempos de la protección de la viudedad, dependiente económicamente del causante. Aunque hoy, como se ha dicho, sea una presunción que las características sociales del momento no avalan sino muy limitadamente. Por ese motivo, que además es susceptible de ser rechazado como una expresión de discriminación por razón de sexo, se trata del mantenimiento de un elemento asistencial que, de querer actualizarse, debería establecer, aun conservando su función asistencial, referentes de la situación de necesidad que vayan más allá del simple sexo de las beneficiarias. Por ejemplo, equiparando el tratamiento dado a madres y abuelas al de los padres y abuelos; de forma que sea la dependencia económica y la incapacidad probada, no presumida, de obtener recursos, los que podrían justificar la persistencia de este tipo de prestación. Y teniendo presente los nuevos modelos familiares de convivencia que no son ya los que esa ordenación refleja.

Desde otra perspectiva, nuevos elementos de asistencialidad se han ido incorporando de forma paulatina a la pensión de viudedad, la mayoría de las cuales se incluyeron en España en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social.

El primero de ellos tiene que ver con el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a los sobrevivientes de una pareja de hecho que se hace, sin embargo, dándole un trato distinto que al superviviente de un matrimonio institucionalizado. Así, mientras que a éstos no se les exige probar situación real de necesidad alguna (es la regulación central de la prestación) a los sobrevivientes de una unión de hecho sí se les reclaman una serie de requisitos que tienen que ver con exigencias de fondo variadas.

De una parte, un reforzamiento de la prueba de la existencia y permanencia de la unión de hecho como son una inscripción en algún tipo de registro público que habrá de hacerse dos años antes del fallecimiento como mínimo y acreditar una convivencia de hecho ininterrumpida de al menos cinco años; algo que no se exige en el matrimonio formal, salvo el año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento si éste se deriva de una enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal.

De otra parte, que el sobreviviente no supere un cierto nivel de ingresos personales (el 50 por ciento de la suma de los propios y del causante o el 25 por ciento si hay hijos comunes con derecho a la pensión de orfandad, y, por tanto, igualmente dependientes por presunción derivada de la edad) o siempre que sus ingresos, al margen de los anteriores porcentajes, un 1,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional (incrementado este coeficiente en 0,5 puntos por cada hijo con derecho a la pensión de orfandad). Ambos elementos de la regulación incorporan, sin duda, una dimensión asistencial en una versión actualizada y no presuponen la situación de necesidad sino que exigen la prueba de la existencia real de la misma para que surja el derecho a la prestación. Aunque haya de matizarse esta conclusión en el sentido de que entender que existe situación de necesidad cuando no se alcanza, con los ingresos del supérstite, el 50 por ciento del total de los recibía la unidad familiar, en puridad, no sea en sí mismo, un requisito expresivo de la asistencialidad ya que todo dependerá del total absoluto de tales ingresos; de forma que la obtener la mitad de los ingresos previos al fallecimiento no necesariamente configura una situación real de necesidad ya que esos ingresos pueden ser, en todo caso, muy elevados. Puede apreciarse aquí cómo, incluso cuando se quiere articular una protección de cobertura de una situación real de necesidad, la función de garantía de rentas sigue siendo esencial en la lógica de la prestación.

Otra manifestación de la orientación asistencial de la prestación es el reconocimiento del derecho a un porcentaje de la base reguladora de la prestación, el 70 por ciento, incrementado en relación con el estandarizado del 52 por ciento. Para que esta mejora tenga lugar es preciso que el cónyuge supérstite acredite que carece de otras rentas o ingresos y que, en cambio, soporta cargas familiares; lo que hace que la mejora de la prestación, aunque se haga sobre una base contributivamente determinada, obedezca a la existencia de una situación real de necesidad probada por la carencia de ingresos de una mínima relevancia y por el hecho de la carga, también económica, del cuidado de hijos con derecho a la pensión de orfandad (que son los que la norma considera incapacitados normalmente para el trabajo). También, de forma refleja, que, cuando el viudo tenga derecho al 70 por ciento de la base reguladora no actúe, cuando concurren con pensiones de orfandad, el tope del 100 por ciento de la base reguladora; lo que haría prácticamente superfluo tal porcentaje incrementado del 70 por ciento. Igualmente, en fin, en cuanto al porcentaje de la base reguladora de la pensión, puede entenderse como un rasgo asistencial el que se garantice, en los casos de concurrencia de cónyuges o excónyuges, el 40 por ciento al último vinculado matrimonialmente con el causante; como una forma de asegurarlo, a quien presumiblemente soporta más directa e intensamente las consecuencias económicas del fallecimiento del causante, una prestación mínima que, sin ser digna porque apenas alcanzará en el caso más extremo el 25 por ciento de la base reguladora, al menos se asegura en una cuantía mínima que las reglas de reparto anterior no garantizaban. Pero que frecuentemente será necesario integrar con complementos, propios de la dimensión asistencial, que garanticen una cuantía mínima de la pensión de viudedad.

La tercera manifestación de la asistencialidad tiene que ver con la profunda reforma que se introduce al derecho de excónyuges a recibir una parte al menos de la prestación de viudedad. Hasta la Ley 40/2007 ese derecho, que ya se ha criticado antes como una manifestación de la patrimonialización del mismo, era incondicionado y proporcional al tiempo de convivencia; y absolutamente al margen de todo juicio de necesidad ya que se otorgaba incluso a cónyuges separados o divorciados que, en el momento de la separación o el divorcio, tenían la capacidad económica suficiente para su propia subsistencia ya que no recibían del causante ningún tipo de pensión compensatoria. La pensión de viudedad, imprescriptible además como se sabe, venía ser así una especie de compensación o herencia fundada en el tiempo de convivencia sin otra función que la de completar, extemporáneamente además, los ingresos del excónyuge y sin ninguna función de cobertura de una situación de necesidad que, sencillamente, no existía.

La reforma de la Ley 40/2007, ha alterado esta regulación exigiendo del excónyuge que no se haya casado nuevamente (algo ya habitual que aquí funciona como circunstancia impeditiva del surgimiento del derecho a la prestación) o que no hay constituido, con la mínima formalidad que ahora exige la Ley General de la Seguridad Social, una pareja de hecho (factor que, no suponiendo antes la pérdida del derecho a la pensión, ahora sí impide su surgimiento con los mismos efectos que el matrimonio); pero, sobre todo, que, siendo acreedoras a la pensión compensatoria prevista en el art. 97 del Código Civil, pierdan dicha pensión por el fallecimiento del causante. Es la concreción de la situación de necesidad protegida como real la que está en la base de esta reforma que supone la exclusión de la prestación de viudedad de cuantos excónyuges tengan la suficiencia económica que impidió en su momento el reconocimiento de una pensión compensatoria por el divorcio o la separación.

Finalmente, incluso la aceptada compatibilidad, que es anterior a la reforma de 2007, del nuevo matrimonio del pensionista de viudedad con la continuación de la percepción de la prestación (lo que constituye una excepción a una regla muy consolidada como se ha visto) obedece también a criterios de tipo asistencial ya que sólo es posible en relación con pensionistas de viudedad que tengan más de una cierta edad (61 años) o que, siendo menores, estén afectos por una incapacidad permanente o una discapacidad de alto grado, que la pensión de viudedad percibida sea la principal fuente de ingresos del pensionista de viudedad (cifrándolo en que la pensión constituya el 75 por cien como mínimo de los ingresos del pensionista) y que la suma de los ingresos del matrimonio resultante no supere el doble del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento. Esto es, se consiente esa compatibilidad en casos en que la extinción de la pensión supondría un empobrecimiento muy importante del pensionista o del nuevo matrimonio, circunstancia agravada además por la edad y la imposibilidad de obtener otros recursos por incapacidad. Lo que inducía una práctica social especulativa, un tanto llamativa y a veces casi patética, como era la de la constitución de uniones de hecho o de convivencia por parte de personas de edad avanzada con la sola finalidad de evitar la pérdida o pérdidas de la pensión de viudedad.

3. La necesaria adaptación normativa: obstáculos y perspectivas.-

Sin duda alguna, la protección social frente a las consecuencias económicas para los sobrevivientes del núcleo familiar derivadas de la muerte del causante se ha adaptado mal a los profundos cambios sociales operados desde su implantación hace más de cien años,

manteniendo su anclaje en un prototipo social en el que las mujeres, salvo en casos estadísticamente poco significativos, no desarrollaban ninguna actividad productiva, estando socialmente destinadas a desempeñar las tareas de cuidado del hogar, de la familia y de los hijos; de forma que “era cuidadoras y a su vez dependientes económicamente” (J. López López. “Pensión de viudedad y dependencia económica: un análisis de las reformas desde el punto de vista del género” en, *Las últimas reformas y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, 2005, p. 112).

Partiendo de esta realidad social, sin duda dotada también de un alto contenido ideológico como expresión de la previa asignación de roles sociales en razón del sexo, la protección inicial de la viudedad se articuló sobre la base, como se ha visto, de proteger una situación, real y socialmente estandarizada, de dependencia económica de la mujer en general, y de la mujer casada en particular. En función de este presupuesto, y del propio estado de elaboración de los principios de la protección social fuertemente profesionalizada, era coherente en su momento que la pensión de viudedad se organizara como una prestación económica de compensación de las rentas del hogar familiar que se perdían con el fallecimiento del causante.

Una prestación, pues, de carácter asistencial aunque vinculada al desempeño profesional previo (y a la labor de sustento antecedente) de la persona (el hombre) única fuente de las rentas del hogar familiar y del sustento de todos sus integrantes (mujer e hijos, esencialmente, pero también otros parientes carentes de recursos) y cuya cuantía se determinaba en razón de los ingresos previos perdidos o, mucho más coherentemente, en función de la finalidad de garantizar recursos suficientes a la unidad familiar, como es el caso de las prestaciones de cuantía fija establecida por relación con los mínimos de subsistencia que se considerasen adecuados en cada caso. Y que se garantizaba incondicionadamente de forma vitalicia y aceptando cualquier compatibilidad con otras rentas o recursos, incluidos los procedentes del propio trabajo de la mujer, siempre que la mujer no se adscribiera, mediante matrimonio, a una nueva unidad familiar en la que un nuevo sujeto (el segundo marido) volvía a asumir la función social de garantizar los recursos de la misma. El sesgo, decididamente feminizado de la regulación (tanto como para reservar este tipo de tutela a las viudas, haciendo mucho más rígida la prueba de la situación de la necesidad –incapacidad para el trabajo y dependencia económica— en el caso del viudo del sexo masculino) era, en consecuencia, una connotación natural derivada del diagnóstico de la realidad social en la que esa regulación estaba destinada a operar.

Con el transcurso del tiempo, la regulación de la protección de la viudedad ha experimentado en todos los países una evolución marcada por dos rasgos:

En primer lugar, por la resistencia del modelo normativo a adaptarse a las transformaciones de todo tipo que han afectado a la base sociológica y al contexto de la protección social de las situaciones de supervivencia. La progresiva, creciente e imparable incorporación de la mujer al mercado de trabajo y a la actividad profesional, convirtiéndola, en un proceso de altísima significación social, en responsable y fuente de su propio sustento y atenuando progresivamente la dependencia económica generalizada previa del hombre o esposo; la consiguiente repercusión sobre la tasa de natalidad que disminuye progresivamente al introducir, para la mujer, la necesaria conciliación entre sus expectativas profesionales y laborales y el nacimiento y cuidado de hijos, todavía asignado de manera muy determinante a la propia mujer pese a las reclamaciones de

corresponsabilidad de la carga familiar entre los dos sexos o miembros de la pareja; la alteración desde las estructuras familiares amplias hacia las nucleares con la independización de los miembros de más edad para lo que la mejora del sistema de protección social (asistencia sanitaria, pensiones de jubilación o de vejez, servicios sociales de dependencia) ha sido un factor esencial; la transformación y variedad de las formas de convivencia familiar con la familia nuclear como referencia central pero constituida tanto por uniones matrimoniales como de hecho, con rasgos de publicidad, permanencia, estabilidad y contenido casi idénticos a los del matrimonio tradicional, por unidades familiares monoparentales o por matrimonios o uniones de hecho homosexuales o caracterizadas por fundamentos religiosos o jurídicos particulares como es el caso de la poligamia; por la frecuencia y el número de situaciones familiares resultantes de familias previas reestructuradas como ejemplifica el incremento de separaciones y divorcios así como de familias reconstruidas fruto de la unión de personas procedentes de otras experiencias matrimoniales fracasadas y que generan uniones de convivencia, matrimoniales o no, en las que cada nuevo cónyuge aporta cargas y responsabilidades familiares anteriores que se une a las propias que genera el nuevo núcleo familiar.

Esta resistencia del modelo normativo inicial a la adaptación se ha debido a factores variados entre los que pueden citarse, sin ninguna pretensión de jerarquización, circunstancias como la propia resistencia ideológica al cambio del rol social y familiar de la mujer (y en esto todo el desarrollo del pensamiento feminista y su consecuente reclamación de la igualdad por razón de género dan un testimonio suficientemente elocuente); la presión de la opinión pública a favor de la tutela de la situación de dependencia de las mujeres viudas y su sensibilidad ante cualquier reforma, aunque razonable, de reducción o de modificación de las reglas existentes y el consiguiente efecto electoral negativo de cualquier opción normativa que no fuera la de mejorar la prestación sin, en cambio, adaptarla a las nuevas exigencias sociales; un cierto enfoque miserabilista y paternalista que ha focalizado la protección recurriendo al sesgado referente social, cada vez menos representativo, del grupo de mujeres viudas, mayores de una cierta edad y con pensiones de muy escasa cuantía (las viudas mayores y pobres a que se refiere P. Gete Castrillo. “Situación normativa de la pensión de viudedad: ¿para cuándo el paso de un continuo manoseo a una radical revisión institucional de la contingencia de muerte y supervivencia?”, en, *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, La Ley, 2004, pp. 43-52); la capacidad obstaculizadora de grupos de presión organizados; o, en fin, las dificultades de inserción laboral de las mujeres debido a cuestiones formativas, al incremento del desempleo, a su naturaleza estructural, a la tradicional mayor afectación del desempleo en el colectivo femenino, a su acceso a puestos de trabajo peor remunerados con el impacto subsiguiente en los niveles de renta y en las pensiones o prestaciones que pudieran generar por su actividad, o a la frecuente irregularidad del ciclo profesional de las mujeres debido a la asunción, todavía casi en exclusiva, de las tareas de cuidado del hogar y de los hijos.

Pero también, y en segundo lugar, la falta de adaptación de la protección social de la viudedad se ha debido a la propia resistencia de las formas de regulación, bloqueadas por principios que, al adquirir un protagonismo central en la caracterización de la prestación, han funcionado como elementos retardatarios de su propia evolución. En el caso español, el mantenimiento de los criterios de presunción iuris et de iure de la situación de necesidad de la viuda en el momento del fallecimiento del causante (lo que obedecía, como se ha repetido, al contexto inicial de la prestación) se ha mantenido como criterio central, aunque cada vez más carente de fundamento, como expresión de una criticable autonomía

de los criterios jurídicos formalizados frente a la realidad social que los justificó en su origen; y ha sido reforzado fundamentalmente por la dimensión contributiva de la prestación, su carácter vitalicio y su compatibilidad con cualquier tipo de renta o ingreso.

Pero mantener un criterio basado en una presunción razonable cuanto los fundamentos de la presunción cambian, introduce un elemento de incoherencia en la regulación que ha llevado, al no modificar ésta, a un cambio implícito en la situación de necesidad protegida, que ya no es la carencia absoluta de recursos y la situación real de necesidad de los viudos (algo que, obviamente, sigue siendo real en bastantes casos) sino el empobrecimiento, la disminución relativa o el daño causado por el fallecimiento de quien aportaba rentas, aunque no fueran las únicas, al hogar familiar. Y la extensión incondicionada, por mor del principio de igualdad, de la pensión de viudedad a los hombres con las mismas reglas anteriormente existentes para las mujeres, no ha hecho sino dar carta de naturaleza a ese esencial cambio funcional. De manera que la función de la pensión ha variado pese al mantenimiento de las reglas legales, pasando de la garantía de recursos (función asistencial) a la de rentas (función contributiva y patrimonial); de garantía de recursos de subsistencia a la mera compensación de pérdidas. Así lo entendía la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pocos años después de la implantación del Sistema de Seguridad Social en España cuando afirmaba (Sentencia de 2 de diciembre de 1973) que la función de la pensión de viudedad era la del mantenimiento del sostén económico de los familiares, compensando las pérdidas sufridas por la muerte del causante. Un criterio que, como se ha visto antes, ha sido asumido incluso años más tarde por el Tribunal Constitucional.

Otras valoraciones han subrayado la incomodidad de esa incoherencia, que hace disfuncional la protección generando las denunciadas situaciones confluyentes de sobreprotección e infraprotección que caracterizan sistemas de tutela mal articulados y en relación con los cuales la necesidad de la reforma se plantea de forma indiscutible. Es el caso, en la primera hipótesis, de los viudos y viudas con recursos personales, incluso elevados, y sin cargas familiares, pero con derecho incondicionado y vitalicio a una pensión de viudedad que no es sino un complemento adicional, y desde el punto de vista de la protección social superfluo, de sus ingresos y para quienes la escasa cuantía media de las pensiones de viudedad no son ningún problema de tipo económico ya que, al no haber situación real de necesidad, lo referido a la cuantía es algo secundario.

Y, en el segundo caso, de supérstites (sobre todo viudas) de una edad madura (que en España puede situarse en torno a los 50 años) sin carreras profesionales personales (y sin presencia en los sistemas de protección social con base en derechos propios y no derivados) de muy escasa calidad (por duración, cualificación profesional, salarios y cotizaciones sociales) y que tienen a las pensiones de viudedad como el único recurso alternativo a la dependencia económica del hombre; una auténtica situación de necesidad real, pues, que se atiende no con derechos prestacionales propios (como, por ejemplo, el de garantía de recursos de subsistencia) sino mediante derechos derivados cuya cuantía ha sido durante mucho tiempo extraordinariamente escasa y que aún hoy expresa cuantías medias reducidas que han requerido habitualmente el complemento de garantía de mínimos.

La reacción normativa frente a este estado de cosas no ha sido, salvo casos muy contados, la de la transformación radical del sistema de protección llevando incluso a su propia eliminación por considerar que los derechos de protección social han de ser siempre

derechos propios, bien derivados de la actividad profesional del sujeto (prestaciones contributivas), o bien de la existencia de una carencia real de recursos (prestaciones no contributivas).

Por el contrario, en la mayoría de los países se ha procedido a modificaciones puntuales o de detalle, hechas de forma asistemática y aluvional, respondiendo a presiones sociales de cada momento (electorales, de las asociaciones de viudas, de los sindicatos, de la opinión pública, del propio sistema de seguridad social en base a razones financieras o de equilibrio económico, etc.) que han finalizado configurando un sistema de protección complejo y dual, basado en lógicas contradictorias y no siempre coherentes y que no ha acabado de optar por establecer (o restablecer) la finalidad esencial de la protección de la viudedad como es la tutela de las situaciones reales y efectivas de necesidad económica provocadas por el fallecimiento del sujeto causante; o por configurar, lo que sería más discutible ya que se trata de una función a cumplir más bien por la previsión privada y personal, unas prestaciones orientadas a la reparación del daño causado por la muerte del causante, aunque ese daño, existente desde luego, no suponga instalar a la unidad familiar en una situación real de necesidad sino sólo de un cierto (y a veces muy relativo) empobrecimiento o de dificultades económicas no insuperables, algo que no parece que sea función de la seguridad social atender.

En cuanto al sistema español, esos vaivenes e indefiniciones pueden apreciarse en la situación actual la cual, conforme al diagnóstico que se hace (P. Menéndez Sebastián. “La pensión de viudedad: entre la contributividad automática y la asistencialidad contributiva. Breve crónica de cómo el tiempo va poniendo, poco a poco, cada cosa en su lugar”, Justicia Laboral, 41/2010, pp. 13 y ss.), puede caracterizarse por la existencia de distintos niveles y tipos de protección. Que expresan la falta de definición y de ajuste de la situación a proteger, de la carencia de una adaptación de criterios, reglas y requisitos a la misma, y de la ausencia de un diseño claro y sistemático de la protección que le permita cumplir adecuadamente su función social dando una respuesta coherente a las reales circunstancias de la realidad que trata de regular. En cuanto a los niveles y tipos de protección serían los siguientes:

De una parte, lo que todavía es el eje central de la prestación, y es lo que se califica como “contributividad automática”, caracterizada por el reconocimiento incondicionado de la pensión de viudedad a viudos y viudas, de forma vitalicia y compatible con otras rentas y con el trabajo personal, de una pensión calculada de conformidad con los principios contributivos que están desde su origen y determinada su cuantía por la actividad profesional y por las cotizaciones previas del sujeto causante. Ninguna relevancia tienen este tipo de prestaciones para la función de cobertura de situaciones de necesidad económica real ya que su función es sencillamente la de garantía de rentas previas (función de sustitución).

En segundo lugar, una “contributividad relativa” o “asistencialidad relativa” que se manifiesta en la tutela de las uniones de hecho o en el tratamiento dado a la situación de los excónyuges, donde la ley exige algo más que el mero empobrecimiento del hogar. Así, en cuanto a las uniones de hecho, requiere la demostración, como mínimo, de una dependencia económica de cierta relevancia ya que el superviviente no debe ingresar cuantías que superen la mitad de los ingresos del hogar familiar; o la cuarta parte, si no hay hijos; siendo precisamente esa carga familiar la que permite más fácilmente hacer surgir el

derecho a la prestación, mucho más si relacionada con ingresos del supérstite poco superiores al salario mínimo. Algo que, por cierto, no se exige en los casos de matrimonio que se ubican, como se ha dicho, en el plano de la contributividad automática. O la situación de los excónyuges en relación con los cuales la norma excluye de protección a todos los que, de una forma u otra, no dependieran económicamente del causante por no percibir una pensión compensatoria derivada de la ruptura matrimonial; lo que manifiesta su orientación asistencial. Pero que, a los que conservan el derecho a la viudedad por percibir dicha pensión compensatoria, les atribuye una parte de la pensión de viudedad que más que cubrir carencias reales y probadas en el momento del fallecimiento, les garantiza una sustitución parcial de la pensión compensatoria previa al margen de su situación real o no de necesidad ya que la pensión compensatoria no tiene esta finalidad. Un aspecto que se reclama en alguna medida también de la dimensión contributiva.

En tercer lugar, en fin, se sitúa la “asistencialidad automática”, nivel al que pertenecen las prestaciones mejoradas (el porcentaje del 70 por ciento de la base reguladora) que se establecen en función de la carencia real de recursos del cónyuge supérstite o de la existencia de hijos a cargo con derecho a la pensión de orfandad. En estas circunstancias, la prestación que, como todas las de viudedad, tiene la dimensión contributiva propia de su origen y del sujeto causante, desplaza la función de sustitución de rentas para garantizar un recurso digno (si bien verdad que modulado no por referencia a los mínimos de subsistencia sino a los ingresos previos del causante que se proyectan sobre la pensión) que permita al viudo o viuda hacer frente a la situación real de necesidad en que se encuentra ya sea por carecer casi absolutamente de recursos, ya sea porque tiene hijos a su cargo, por edad normalmente incapacitados para trabajar.

4. El largo y todavía incumplido proceso hacia la reforma integral del sistema.-

El proceso al que se hace referencia comenzó con la aprobación, el 12 de abril de 1995, por el Pleno del Congreso del Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deben acometerse, habitualmente denominado como “Pacto de Toledo”. Sólo una referencia contiene este Pacto a las prestaciones por muerte y supervivencia en su Recomendación número 12 al reclamar, bajo el título de reforzamiento del principio de solidaridad y de la suficiencia de las prestaciones, la necesidad de mejorar la cuantía de la pensión de viudedad para los supuestos de menores recursos así como la de incrementar la edad límite para el disfrute de la pensión de orfandad.

Se trata de una modificación de carácter secundario, aunque manifieste la necesidad de tutelar más adecuadamente esas situaciones ajustando la edad límite que marca la dependencia económica de los hijos a efectos de la pensión de orfandad o mejorando las cuantías, verdaderamente muy reducidas, de las pensiones de viudedad. Un propósito, pues, de adaptar la función protectora a exigencias derivadas de la realidad social y a la mejor cobertura de situaciones de necesidad económica. En todo caso, el Pacto de Toledo no incluyó una previsión de reforma más integral de este tipo de prestaciones.

La plasmación, también con el mismo carácter parcial, de estas previsiones se produjo mediante la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, donde, en la línea de mejorar las pensiones de viudedad, se establece el mandato de equiparar, de forma gradual, para los beneficiarios menores de setenta

años, los importes mínimos garantizados de la pensión de viudedad con los mínimos de otras pensiones del Sistema, garantizados a beneficiarios con edades comprendidas entre los sesenta y los sesenta y cuatro años. En cuanto a la edad para el percibo de la pensión de orfandad, se incrementa, de forma igualmente gradual, hasta los veintiuno o los veintitrés años, según se trate o no de un huérfano total. Ninguna innovación, pues, en relación con el diseño general del sistema de protección. Leyes posteriores no supusieron tampoco una modificación de esta orientación reformista de muy escaso alcance.

Sucesivos Acuerdos e Informes como el Acuerdo para la reforma del Sistema de Seguridad Social, como el suscrito entre el Gobierno y los interlocutores sociales el 9 de abril de 2001 o el Informe de la Ponencia parlamentaria sobre el seguimiento del Pacto de Toledo, de 2 de octubre de 2003, particularmente este último incluían recomendaciones acerca de las prestaciones de viudedad y orfandad (Recomendación 12 del Informe). Se trata de un recomendación de relevancia ya que, tras afirmar la necesidad de que la tutela de estas situaciones, sobre todo la de viudedad deriven hacia una función de cobertura de las situaciones reales de necesidad económica más que incidir más en la orientación contributiva, considera necesaria una *“reforma integral de las prestaciones de supervivencia”* que, evitando contradicciones en la regulación, cubran de manera efectiva las necesidades económicas del núcleo familiar afectado por la muerte del causante y mejoren la cuantía garantizada a los pensionistas de viudedad con menores ingresos, especialmente con edades superiores a los 65 años. Una mejora que se reclama también de las pensiones de orfandad pero igualmente en el caso de falta o carencia de ingresos.

El propósito, y la necesidad, de una reforma integral de la pensión de viudedad vuelve a declararse en la Disposición adicional quincuagésima cuarta de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de 2005, de Presupuesto Generales del Estado para el año 2006, según la cual el Gobierno debía presentar ante el Congreso de los Diputados una ley que incluyera una reformulación global de la pensión de viudedad, con el objetivo de que dicha pensión recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas, si bien sin especificar si ello supone la transformación del sistema hacia una cobertura de situaciones reales de necesidad o la permanencia en la lógica contributiva, aunque adaptada a las exigencias de eficacia social de la prestación y de equidad.

Este propósito, ahora más precisamente formulado, se encuentra también en el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, suscrito por el Gobierno y los representantes de las organizaciones patronales y sindicales más representativas. En él se hace un reclamo a las exigencias derivadas de las transformaciones de la realidad social y se acuerda la necesidad de intensificar la función de las prestaciones de muerte y supervivencia de dar cobertura de las necesidades reales de los núcleos familiares tras el fallecimiento del causante, insistiendo en una serie de ideas tales como: mejorar la situación de las familias que dependen de las rentas del fallecido (función más compensatoria que de sustitución de rentas previas) de manera que la pensión se reserve para las situaciones en las que el causante contribuyera efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes, sobre todo en situaciones de existencia de hijos a cargo; exigir, en determinadas circunstancias, una mínima duración del matrimonio y siempre de la unión de hecho, protegiendo aquélla con hijos en las que existiera, además, una notable dependencia económica de los ingresos del fallecido; de la que se derivaría también la pensión de viudedad; y garantizar al último superviviente una cuantía mínima de la pensión de viudedad. Manifestaciones todas ellas de lo que se ha calificado como

asistencialización de las prestaciones por muerte y supervivencia a lo que hay que unir la previsión de una prestación temporal de adaptación a la nueva situación económica de la familia, sobre todo en los casos en que no existe carga familiar.

Pero lo más relevante del Acuerdo es la declaración acerca de la necesidad hacer una “reformulación de la pensión de viudedad”, pero sólo para los nacidos con posterioridad al 1 de enero de 1967. Se trata de una fecha simbólica porque es la del inicio del funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en España pero, sobre todo, porque supondría su aplicación al segmento de la población, fundamentalmente femenina, que ya accedido al mercado de trabajo y que, al generar sus propios recursos o derechos de seguridad social, ya no depende para su sustento económico del causante de la pensión de viudedad, haciendo que la reforma no genere una rechazable desprotección en el grupo de edad que, respondiendo a los estereotipos sociales, dependía económicamente de los ingresos del cónyuge y cuya muerte provocaba una carencia casi total de recursos en los supervivientes. Una previsión razonable, aunque signifique la coexistencia de dos regímenes jurídicos diferenciados para la misma prestación, ya que, con el objetivo de cubrir situaciones reales de necesidad económica, mantendría una regulación que se basaba en una presunción de la carencia de recursos, absolutamente indiscutible en personas, particularmente mujeres, de edades superiores a los cuarenta años. Y que fue recogida en la Disposición adicional vigésima quinta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de seguridad social, donde se insistía en la necesidad de esa reforma integral de la pensión de viudedad.

El nuevo y más reciente Informe de la Comisión de seguimiento de la aplicación del Pacto de Toledo, con fecha de diciembre de 2010, ha vuelto sobre esta materia recomendando, en relación con la pensión de orfandad, una nueva elevación de la edad máxima para su percepción, ajustándola a la realidad del incremento del tiempo de dependencia económica y de permanencia en el hogar de los hijos a cargo debido al retraso en la incorporación al mercado de trabajo y a la ampliación de los procesos formativos. Una recomendación en línea con lo que se ha venido manteniendo. Distinto es su posicionamiento en cuanto a la pensión de viudedad.

En efecto, es verdad que, en el mismo sentido, afirma la necesidad de acomodar la protección a las nuevas realidades sociales y familiares así como a las circunstancias socioeconómicas para orientar la prestación hacia pensionistas sin otros recursos o hacia los colectivos más vulnerables, fundamentalmente el constituido por pensionistas de viudedad mayores de 65 años para los que la pensión de viudedad constituye su principal fuente de ingresos, tendiendo a garantizarles un nivel de vida equivalente a un nivel de renta semejante al que disfrutaba antes del fallecimiento del cónyuge o conviviente de hecho. Pero lo hace defendiendo el carácter contributivo de estas prestaciones, de forma que las modificaciones que pudieran introducirse teniendo en cuenta elementos tales como la edad, el nivel de renta y los hijos a cargo, no debían modificar esa naturaleza básica contributiva. La consagración, pues, de un modelo mixto, de esencia contributiva, al que se añaden elementos asistenciales. En definitiva, lo que, como se ha visto, ha venido ocurriendo en los últimos quince años.

El propósito de la reformulación del conjunto de las prestaciones por muerte y supervivencia ha desaparecido en cambio de la Ley 27/2011, de 2 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, que ha

insistido en reformas parciales, aunque sean significativas de la deriva, cada vez más acusadamente asistencial, de la pensión de viudedad. Así, la Ley 27/2011 ha vuelto a incrementar hasta los veinticuatro años la edad máxima para el derecho a la pensión de orfandad. Y, respecto de la de viudedad y en relación con los pensionistas mayores de 65 años, diferenciando entre los que carezcan de ingresos, o los que disfruten sean insuficientes y no tengan derecho a otra pensión pública, a los que se reconoce una pensión como mínimo del 60 por ciento de la base reguladora de la pensión; y los excónyuges de igual edad que carezcan de otra pensión pública y cuyo matrimonio con el causante haya durado al menos quince años. La diferencia de matiz es relevante ya que, para los primeros, se trata de garantizar una pensión mínima, fijada en función de los criterios contributivos tradicionales, a quienes verdaderamente se encuentren en situación de necesidad; mientras que, para los segundos, se sigue recurriendo a una presunción de esa carencia (es obvio que muy sólida y justificada por la edad de los posibles beneficiarios y por la ausencia de pensiones de derecho propio) ya que no se requiere, respecto de ellos, que la total o insuficiente carencia de recursos exista o sea probada.

En consecuencia, y como se ha subrayado antes, las orientaciones y reformas del sistema de protección de las situaciones de supervivencia es cierto que se mueven en la línea de ajustar esa protección a las situaciones de necesidad real, recuperando en alguna medida la función asistencial original, bien es verdad que sobre esquemas contributivos. Pero no se ha procedido a esa reformulación global de todo el sistema prestacional como parecía ser el objetivo inicial. Un propósito, pues, todavía incumplido. Aunque la asistencialización progresiva de estas prestaciones se considerara hace unos años que “rompe el contrato social” o que “no contribuye a la emancipación del sujeto”, al constituir la expresión de una deriva hacia un “derecho de pobres” (J.L. Tortuero Plaza. “Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres. Un apunte sobre su impacto en el régimen de compatibilidades”. *Tribunal Social*, 154/ 2003, pp. 68 y ss.)

5. Las líneas de reforma.-

5.1. Algunos datos.-

Los datos estadísticos referidos a la pensión de viudedad y orfandad y relativos a 1 de marzo de 2012 (www.meyss.es) permiten apreciar el universo personal al que se dirigen estas prestaciones así como la calidad de la protección dispensada.

A fecha de 1 de marzo de 2012, el número de pensiones de viudedad era un total de 2.318.060, una cantidad importante en relación con el total de las pensiones a la misma fecha que es de 8.879.395, esto es, un 26,1 por ciento del total; pensiones de viudedad que, si bien han experimentado un incremento aproximado de un 10 por ciento desde el año 2000, han subido menos intensamente que el conjunto de las pensiones del sistema (aproximadamente un 15 por ciento). Un porcentaje del conjunto de las pensiones por muerte y supervivencia que se incrementa si se suman las pensiones de orfandad (279.248) y las de en favor de familiares (38.118); las cuales apenas han variado su número, incluso reduciéndose algo en el caso de las pensiones en favor de familiares, desde el principio de la presente década. La relevancia numérica de las pensiones de muerte y supervivencia pone de manifiesto, sin duda, la trascendencia de toda regulación que las afecte, particularmente a las pensiones de viudedad, con mucho las más significativas, dado el

relativamente reducido número de las de orfandad y el muy reducido de las pensiones en favor de familiares.

En cuanto al sexo del beneficiario, 2.155.406 de perceptores de la pensión de viudedad son mujeres frente a solo 162.604 hombres, lo que arroja para las primeras un altísimo porcentaje del 93 por ciento del total; una desproporción semejante, aunque no tan acusada, refleja el porcentaje de pensiones en favor de familiares, de las que las beneficiarias del sexo femenino son el casi el 78 por ciento (2.155.406), mientras que el número pensiones percibidas por hombres es de 162.604. Lo que no sucede, lógicamente, con las pensiones de orfandad en las que el reparto entre sexos es más igualitario, siendo 145.549 los hombres y 133.571, las mujeres. Lo anterior permite afirmar sin duda la feminización de las pensiones muerte y supervivencia, sobre todo las de viudedad y en favor de familiares.

Por lo que hace a la edad de los pensionistas, hay que dejar al margen las pensiones de orfandad que concentran sus beneficiarios, como es obvio, en las franjas de edad en las que se reconoce el derecho a su obtención (hasta los 24 años), siendo mucho menos relevante el número de este tipo de pensión que se obtiene o se mantiene en edades superiores en razón de la incapacidad del sujeto. En cuanto a la pensión de viudedad, por el contrario, las cifras significativas se encuentran en la franja de edad entre los 55 años y los 85 años y más, con incremento muy importante a partir de los 70 años, y con una fortísima concentración en edades superiores a los 85 años, donde se sitúan 35.310 pensiones recibidas por hombres y 526.598 pensiones de viudedad otorgadas a mujeres; siendo la edad media de la pensión de viudedad de 73 años en el caso de los hombres y de 76 años para las mujeres. En cuanto a las pensiones en favor de familiares, la edad mínima relevante respecto al número de ellas en vigor es la de 50 años, si bien la concentración mayor se produce entre los 50 y los 65 años, en el caso de los hombres, mientras que, si se trata de mujeres, el número de estas pensiones se incrementa paulatinamente a partir de los 50 años, llegando a su máximo en edades superiores a los 85 años; con una media de edad de 58 años para los hombres y de 69 años para las mujeres.

Estos datos ponen de manifiesto algo que es obvio como es que las pensiones de viudedad y en favor en familiares se generen preferentemente por sujetos con edades, si no inmediatas, sí próximas a la edad de jubilación o incluso superándola; lo que puede confirmar, en muchos casos, su función sustitutiva de la jubilación, al menos para los pensionistas de mayor edad; así como que el impacto de las posibles reformas sería muy reducido si se proyectan sólo, o selectivamente, sobre los menores de 50 años, es decir, los nacidos a partir de mediados de la década de los '70 del siglo pasado.

En relación con al importe medio de las pensiones por muerte y supervivencia, y dejando al margen por su lógica cuantía reducida las de las pensiones de orfandad (en torno, para los dos sexos, a los 370 euros/mes), la de las pensiones en favor de familiares se sitúa, al margen de los sexos, en torno a los 473,68 euros/mes, es decir, un 35 por ciento por encima del nivel garantizado a las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez (357.00 euros/mes); por su parte, las pensiones de viudedad alcanzan, para las mujeres, el importe medio de 610,80 euros/mes y, para los hombres, de 457,35 euros/mes. En todo caso, se trata de cuantías lejanas del importe medio de las pensiones en el conjunto del sistema (810,85 euros/mes) y más de ese mismo importe medio de las pensiones de jubilación, que se sitúa en los 923.06 euros/mes. Por otra parte, un dato relevante de las

pensiones de viudedad es que la cuantía media de ellas es más elevada mientras más joven es el viudo o viuda, concretamente entre los 35 y los 65 años de edad. Lo que evidencia la mejora sustancial de estas pensiones en los últimos años y también que esta mejora beneficia sobre todo a los pensionistas de viudedad con menor edad y, por tanto, en disposición de desarrollar una actividad productiva; mientras que es más reducida para los pensionistas de más de 65 años, justamente los que, con mayor frecuencia (y, sin duda, en el caso de las mujeres), menos posibilidad tienen de compatibilizar pensión y trabajo.

En todo caso hay que señalar que un número importante de las pensiones de viudedad reciben también el complemento por mínimos, expresivos, como se sabe, de la carencia de rentas o recursos del beneficiario por encima de una cierta cuantía anual (6.993.14 euros/año). Pues bien, un total de 777.986 pensiones de viudedad reciben el complemento por mínimos, lo que significa un tercio del total, de las cuales casi un 98 por ciento son pensiones de viudedad percibidas por mujeres. Lo anterior tiene necesariamente que interpretarse en el sentido de que las pensiones de las viudas constituyen muy frecuentemente su única o principal fuente de ingresos realizando una función sustitutoria de las pensiones de jubilación que tales viudas no han conseguido causar en virtud de su nula, escasa o irregular carrera profesional y en el sistema de seguridad social como aseguradas y beneficiarias a título propio de otras pensiones como la de jubilación.

Prestaciones contributivas: número, cuantía y clases
Datos a 1 de marzo de 2012

Regímenes	Incapacidad permanente						Jubilación					
	Hombres		Mujeres		No consta		Hombres		Mujeres		No consta	
	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media
General (*)	430.583	987,33	236.730	821,72	9	672,61	2.518.158	1.200,93	911.481	845,02	50	656,84
Autónomos	87.534	677,12	43.280	573,32	2	514,89	663.475	723,25	526.448	538,71	59	642,99
T. del mar	7.538	868,18	1.109	618,69			66.458	1.149,82	4.852	629,50		
M. del carbón	3.560	1.369,06	39	1.312,45			37.131	1.910,19	595	1.232,78	2	1.258,51
E. de hogar	345	499,72	11.733	497,27			2.777	530,44	150.800	510,56	1	618,90
A. de trabajo	75.574	1.062,95	10.649	906,62	1	684,46	42.355	958,25	5.106	831,27	1	101,29
E. profesionales	9.736	1.179,53	3.527	812,53	1	936,86	11.029	1.654,28	687	1.056,68		
Sovi	1.144	373,02	19.886	378,39			49.825	378,36	309.687	377,16	12	361,79
Total sistema	616.014	954,90	326.953	752,26	13	669,58	3.391.208	1.100,05	1.909.656	657,91	125	626,85

Regímenes	Viudedad						Orfandad					
	Hombres		Mujeres		No consta		Hombres		Mujeres		No consta	
	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media
General (*)	97.812	527,65	1.547.582	648,95	31	540,53	104.903	373,41	95.573	378,78	85	291,16
Autónomos	50.349	336,14	431.554	460,45	13	550,95	28.323	312,71	26.779	322,19	21	202,46
T. del mar	382	421,63	44.964	597,45	1	748,04	2.679	400,21	2.156	416,64		
M. del carbón	338	776,07	23.459	777,46	1	618,90	1.012	544,37	1.007	591,95	1	689,87
E. de hogar	9.508	288,08	672	384,32			1.266	356,41	1.145	367,50	2	189,00
A. de trabajo	2.726	783,07	58.538	743,71	3	659,84	6.737	370,28	6.316	381,52	19	368,68
E. profesionales	223	752,40	15.047	843,39			629	577,51	595	575,26		
Sovi	1.266	290,03	33.590	354,75	1	4,39						
Total sistema	162.604	457,35	2.155.406	610,80	50	545,39	145.549	363,87	133.571	370,56	128	289,63

Regímenes	Favor de familiares						Total					
	Hombres		Mujeres		No consta		Hombres		Mujeres		No consta	
	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media
General (*)	5.584	454,68	20.293	497,48	1	246,52	3.157.040	1.122,12	2.811.659	716,78	176	458,22
Autónomos	2.177	396,91	6.765	417,74			831.858	680,13	1.034.826	501,13	95	530,31
T. del mar	274	452,74	654	526,36			77.331	1.090,33	53.735	592,66	1	748,04
M. del carbón	63	692,33	434	746,98			42.104	1.820,68	25.534	781,05	4	956,45
E. de hogar	213	393,24	456	412,24			14.109	348,68	164.806	507,84	3	332,30
A. de trabajo	188	773,81	798	850,31			127.580	985,21	81.407	743,46	24	407,09
E. profesionales	31	752,19	187	985,28			21.648	1.398,89	20.043	838,63	1	936,86
Sovi							52.235	376,10	363.163	375,16	13	334,30
Total sistema	8.530	448,21	29.587	494,83	1	246,52	4.323.905	1.029,13	4.555.173	632,90	317	478,39

(*) Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, el Régimen Especial Agrario queda integrado en el Régimen General.

Fuente: http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Pensiones_y_pensionistas/

**Pensiones de viudedad, orfandad
y favor familiar e importe medio, por sexo y edad**

Media anual 2011

	VIUEDAD		ORFANDAD		FAVOR FAMILIAR	
	Número	Importe medio	Número	Importe medio	Número	Importe medio
		En euros/mes		En euros/mes		En euros/mes
TOTAL (1)	2.309.332	586,42	273.201	359,11	37.898	472,39
De 0 a 9	-	-	19.690	273,00	24	219,24
De 10 a 19	-	-	90.777	270,98	353	294,50
De 20 a 24 (2)	104	662,43	36.319	300,33	749	266,35
De 25 a 29	809	630,37	3.003	322,27	602	266,26
De 30 a 34	3.470	651,36	6.024	329,16	323	248,70
De 35 a 39	9.567	652,75	10.314	361,64	319	238,58
De 40 a 44	22.458	634,21	15.382	391,57	415	243,66
De 45 a 49	43.190	636,12	19.380	426,28	1.165	457,90
De 50 a 54	71.429	645,05	19.218	462,90	3.044	500,04
De 55 a 59	102.668	651,71	16.220	490,69	4.498	510,61
De 60 a 64	150.906	664,79	13.185	507,14	5.151	502,45
De 65 a 69	210.807	638,28	9.633	521,21	4.129	522,45
De 70 a 74	273.999	611,74	5.844	535,19	3.182	511,99
De 75 a 79	420.212	591,64	4.620	550,63	4.046	497,74
De 80 a 84	453.270	567,74	2.348	564,17	4.400	474,18
De 85 y más años	545.555	515,99	1.199	566,74	5.433	428,63
VARONES (3)	160.467	449,21	142.064	355,94	8.207	438,54
De 0 a 9	-	-	10.080	271,70	13	231,54
De 10 a 19	-	-	46.316	270,89	171	291,48
De 20 a 24 (2)	4	607,50	18.052	298,80	357	274,88
De 25 a 29	81	497,51	1.769	320,66	273	268,98
De 30 a 34	369	559,42	3.563	329,34	146	246,51
De 35 a 39	1.215	586,62	6.211	361,55	139	237,84
De 40 a 44	2.777	576,50	9.107	388,67	197	244,57
De 45 a 49	5.682	563,66	11.431	423,38	462	444,48
De 50 a 54	9.613	572,56	10.916	459,17	1.032	490,31
De 55 a 59	12.665	580,71	8.844	488,49	1.374	482,14
De 60 a 64	14.381	565,68	6.551	500,74	1.307	482,39
De 65 a 69	14.818	498,43	4.356	518,81	806	493,04
De 70 a 74	16.007	440,99	2.355	534,47	418	469,37
De 75 a 79	23.170	406,53	1.582	547,38	453	461,14
De 80 a 84	25.215	379,97	668	564,83	444	457,93
De 85 y más años	34.446	344,45	234	565,15	587	402,37

MUJERES (3)	2.148.816	596,66	131.051	362,60	29.689	481,76
De 0 a 9	-	-	9.601	274,32	12	205,79
De 10 a 19	-	-	44.388	271,09	182	297,56
De 20 a 24(2)	100	664,67	18.266	301,83	392	258,60
De 25 a 29	728	645,28	1.234	324,57	330	264,01
De 30 a 34	3.101	662,34	2.461	328,90	177	250,51
De 35 a 39	8.352	662,38	4.102	361,78	180	239,16
De 40 a 44	19.680	642,36	6.273	395,77	218	242,84
De 45 a 49	37.504	647,10	7.949	430,46	703	466,73
De 50 a 54	61.815	656,32	8.302	467,82	2.012	505,03
De 55 a 59	90.000	661,70	7.375	493,31	3.123	523,13
De 60 a 64	136.522	675,23	6.633	513,42	3.845	509,24
De 65 a 69	195.987	648,85	5.276	523,18	3.323	529,59
De 70 a 74	257.983	622,33	3.488	535,68	2.763	518,52
De 75 a 79	397.035	602,44	3.038	552,33	3.592	502,36
De 80 a 84	428.046	578,80	1.680	563,91	3.956	476,01
De 85 y más años	511.100	527,55	964	567,12	4.846	431,81

(1) Incluye no consta sexo y edad. Véanse Fuentes y notas explicativas

(2) Incluye las pensiones de viudedad de menores de 25 años

(3) Incluye no consta edad

Fuente:http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Pensiones_y_pensionistas/index.htm

Pensiones en vigor con complemento por mínimos, por clases, sexos y regímenes (datos a 1 de marzo de 2012)

Regímenes	Incapacidad Permanente			Jubilación			Viudedad			Orfandad			Favor de Familiares			Total Pensiones		
	Hombres	Mujeres	No consta	Hombres	Mujeres	No consta	Hombres	Mujeres	No consta	Hombres	Mujeres	No consta	Hombres	Mujeres	No consta	Hombres	Mujeres	No consta
General (*)	35.582	36.184	2	499.854	289.268	7	10.507	522.219	13	44.910	42.415	31	2.486	8.304		593.339	898.390	53
Trabajadores autónomos	14.806	11.305		258.677	241.682	24	5.062	193.748	10	20.353	19.342	12	1.857	5.810		300.755	471.887	46
Trabajadores del mar	626	180		11.928	1.942		13	18.470		1.400	1.169		138	298		14.105	22.059	0
Minería del carbón	34	1		881	43	1	38	4.329	1	191	287		10	86		1.154	4.746	2
Empleados de hogar	163	6.392		1.977	95.794	1	715	258		918	837	2	174	375		3.947	103.656	3
Accidentes de trabajo	1.124	330		7.181	1.104		457	17.655		1.397	1.380	4	31	91		10.190	20.560	4
Enfermedades profesionales	57	30		791	102		54	4.461		242	251		6	25		1.150	4.869	0
Total Sistema	52.392	54.422	2	781.289	629.935	33	16.846	761.140	24	69.411	65.681	49	4.702	14.989	0	924.640	1.526.167	108

Fuente: http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Pensiones_y_pensionistas/

5.2. Las reformas posibles y su tiempo de aplicación.-

Toda posible reforma integral del sistema de protección de la muerte y la supervivencia, si no quiere incurrir en el defecto del apartamiento de la realidad social que habitualmente se achaca a algunos de los sistemas existentes, debe partir de la realidad social a la que se dirige y al posible universo de sujetos protegidos, siempre teniendo en cuenta el alto impacto, debido tanto al número de pensionistas actuales como de los futuros o posibles, que tendrían unas medidas que pretendieran aplicarse de forma inmediata. O, incluso, de cualquier medida de reforma de las pensiones de viudedad aunque no afectara esencialmente, como es lo lógico, a las personas que ya han causado el derecho y están disfrutándolo. La amplitud de los periodos temporales necesarios para acoger y consolidar modelos sociales de comportamiento hace que las medidas que quisieran adoptarse deban tener en cuenta este lento ritmo de los cambios sociales y, en consecuencia, operar con dos modelos de pensión de viudedad.

De una parte, el aplicado hasta ahora (y condenado a extinguirse o desaparecer) que podría permanecer intocado en relación con las pensiones ya causadas, salvo para exigir para conservar el derecho, lo que podría aceptarse, la incompatibilidad de la pensión de viudedad con un cierto nivel de rentas o ingresos, al margen de su origen, salvo que se trate de pensionistas mayores de una cierta edad. Con ello se estaría restituyendo a la pensión de viudedad, incluso a la generada antes de la posible reforma, a su función original de cobertura de situaciones de necesidad, aunque ésta no se valore de forma absoluta, como carencia total de rentas, sino de forma relativa, como no disponer de rentas por debajo de un cierto nivel que se considere adecuado y razonable. Y que debería estar condicionado igualmente incrementando ese nivel máximo de ingresos de forma proporcional, en el caso de hijos a cargo. O, más sencillamente, mantener la pensión generada sometida a su generoso régimen de compatibilidad siempre que el supérstite tenga hijos a su cargo con derecho a la pensión de orfandad; lo que, indirectamente, determinaría la temporalidad de la pensión en la medida en que dependería del cumplimiento por los hijos de la edad en que ya no pueden ser beneficiarios de la pensión de orfandad. Conservando sólo el derecho tras este acontecimiento si el pensionista se encuentra en ese momento, y mientras se mantenga, en la situación matizada de carencia de recursos que se ha descrito antes.

La alta tasa de pensiones de viudedad que se benefician del complemento por mínimos pone de manifiesto, no obstante, que muchas de las pensiones actuales de viudedad seguirían percibiéndose sin dificultad ya que serían supuestos típicos de carencia relativa de recursos. Por supuesto que, en este modelo, y en relación con las pensiones de excónyuges, que muy significativamente no están garantizadas con un mínimo (lo que trasluce también, al margen motivos financieros, la opinión del legislador de que las mismas pueden no suelen constituir la fuente principal de los ingresos del supérstite), también podría introducirse la exigencia, para mantener la percepción de la pensión, de probar una cierta carencia de recursos y la función de cobertura real que cumple esa pensión aunque parcial y de escasa cuantía. En todo caso, esta reforma podría implantarse recurriendo a los habitualmente amplios periodos de transitoriedad, recurrir también a periodos más amplios para la prueba de recursos, y, eventualmente, establecer alguna prestación temporal de adaptación, como la que se implantó hace pocos años. De una forma más incisiva, también podría determinarse que el anterior régimen de la pensión de viudedad, en cuyo marco se causó la prestación, quedaría sustituido por la

nueva regulación para los pensionistas menores de una cierta edad que podría situarse en el entorno de los 40 o 45 años.

En el caso español, y teniendo en consideración los datos anteriores en relación sobre todo con la pensión de viudedad, parece claro que se trata, al menos por las prestaciones que se han generado, de una protección claramente feminizada, y el que los viudos sólo pudieran tener acceso a la pensión si incapacitados para el trabajo y dependientes económicamente de su cónyuge no ha influido en los resultados actuales ya que la eliminación de esa diferencia de trato tuvo lugar hace casi treinta años. El que las prestaciones de viudedad estén tan marcadas por su dimensión de género puede deberse a otras circunstancias como la propia mayor expectativa de vida de las mujeres y, sobre todo, a que muchas mujeres, debido a su menor tasa de incorporación al mercado de trabajos, particularmente de las que se sitúan hoy en edades superiores a los 45 lo 50 años, no han reunido los requisitos contributivos necesarios para convertirse en sujeto causante de la pensión (alta o situación asimilada y periodo de carencia en un tiempo inmediatamente anterior a la muerte, si ha sido producida por enfermedad común; o quince años de carencia si no hay alta). Se trata de una circunstancia que, sin duda, se atenuará de forma rápida en el futuro, en la medida en que será cada vez más frecuente que la muerte incida en una persona, al margen del sexo, laboralmente activa.

Pues bien, teniendo en cuenta este panorama, la primera decisión a tomar es la de si la de mantener la naturaleza contributiva de la prestación, implantar su asistencialidad plena, o seguir funcionando con un modelo híbrido como el actual, fruto de la mezcla, ya descrita, de elementos de una y otra. Lo primero que hay que señalar es que la ausencia, en el Sistema español de Seguridad Social, de un nivel no contributivo universalizado (en el sentido de que garantice rentas de subsistencia a quien carece de recursos) ya que sólo se tutela la edad (pensión no contributiva de vejez) o la incapacidad de alto grado, hace que la expulsión de la protección del nivel contributivo (por no reunir los requisitos contributivos o de otra naturaleza que se exigen para la obtención de la pensión de viudedad) empuje a los excluidos hacia las prestaciones de este tipo que han establecido las comunidades autónomas (no siempre homogéneas, con requisitos diferentes y cuantías variadas), pudiendo implicar situaciones de desprotección real por ausencia de tutela frente a una situación real de necesidad. La articulación general de este nivel, que podría equipararse a una especie de salario ciudadano, le haría cumplir la función típica de las prestaciones del nivel no contributivo que no es otra que garantizar recursos de subsistencia cuando éstos faltan, al margen de la causa y de la edad del sujeto. Esto es, la tradicional función de red última de protección o de seguridad que recoge a los excluidos de la prestación contributiva.

Como alternativa, que casa mejor con la estructura de la Ley General de Seguridad Social en relación con las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, podría articularse un nivel no contributivo específico para las pensiones de viudedad, de forma que los supervivientes que no pudieran cumplir los requisitos para el derecho a la pensión contributiva pudieran acceder a este segundo nivel de protección de naturaleza asistencial; condicionando el derecho, es obvio, a la prueba de la inexistencia o escasez de recursos y a su mantenimiento en el tiempo. En este caso, la contingencia protegida sería precisamente la de la carencia de recursos provocada por el fallecimiento del causante y las prestaciones, como sucede con las no contributivas, tendrían una cuantía

fija, modulable en función de otros ingresos complementarios o de la existencia de hijos a cargo, si bien esta circunstancia podría funcionar, como se propondrá ahora, como factor que podría asumirse como determinante por sí mismo para generar el derecho a la pensión contributiva. De este modo se alejaría el fantasma de la desprotección al garantizar el sistema alguna tutela, inicialmente contributiva y, en su defecto, de naturaleza no contributiva.

Pero, en todo caso, el alcance y la relevancia de este nivel no contributivo o asistencial de la pensión de viudedad depende de la configuración del nivel contributivo y de su potencialidad más o menos excluyente de la protección. Y es por este nivel, el único existente hasta el momento, por donde deben acometerse, en primer lugar, las reformas decidiendo el peso de la dimensión contributiva y si se aplica estrictamente o con modulaciones. La aplicación estricta de lo contributivo, y se hace remisión a lo que se ha dicho páginas antes, supone proyectar sobre la prestación una serie de rasgos funcionales que es conveniente enumerar.

En primer lugar, la vinculación directa del origen del derecho con el cumplimiento de los requisitos profesionales lógicamente exigidos cuando se trata de prestaciones de tipo contributivo. Se trata de una exigencia que, en virtud de la función asistencial de base de la pensión, ha ido perdiendo valor, como sucede cuando se acepta la causación del derecho desde una situación de no alta, si bien ello queda compensado por la exigencia de una carencia amplia similar a la de la jubilación. O, mucho más determinadamente, cuando el tiempo de cotización que se exige (sólo, como es general, aunque sea discutible, para las muertes derivadas de enfermedad común, pero ésta es una cuestión más general que afecta al conjunto del sistema) es tan relativamente reducido, sobre todo si se tiene en cuenta que la duración media de la pensión de viudedad puede ser mayor incluso que la de jubilación ya que, como sucede con la incapacidad permanente, puede generarse el derecho a cualquier edad con el solo requisito de formar parte de un matrimonio o de una unión de hecho. La exigencia contributiva, aplicada de forma estricta, debería llevar a una ampliación del tiempo de cotización exigible, aunque sea modulándolo en función de la edad, como sucede con la incapacidad permanente en la que el tiempo mínimo de cotización es también de cinco años, si bien se incrementa a medida que progresa la edad del posible beneficiario.

En segundo lugar, el reforzamiento de la contributividad debería suponer un control más riguroso de la exigencia de alta y de las ampliaciones condensadas en las situaciones asimiladas; la desnaturalización de este requisito, tan esencial para un nivel profesional o contributivo en cuanto expresiva de la actividad laboral real desempeñada por el causante en el momento del fallecimiento se justifica en la medida en que la presunción de la situación de necesidad creada por la muerte, típica como se ha visto de las prestaciones contributivas, requiere el mínimo fundamento de que el fallecimiento provoque en la unidad familiar una carencia o disminución de rentas, como sucede (y no en el caso contrario) cuando la muerte se produce estando activo el causante y, por tanto, en situación de aportar recursos al hogar familiar que desaparecen con la muerte. La función asistencial de base de la pensión de viudedad ha llevado a debilitar, aun en el plano de lo contributivo, exigencias esenciales para su configuración como es el requisito del alta.

Como sucede con la carencia, en realidad reservada para los fallecimientos por enfermedad común, en virtud de una generosa regla de tratamiento favorable de las prestaciones derivadas de riesgos profesionales a los que, desde 1972, se unieron las contingencias derivadas de accidente no laboral. Tampoco es éste el lugar para reflexionar sobre la procedencia o adecuación de esta norma de favor, sobre todo en lo que se refiere al accidente no laboral, que condiciona actualmente, y mucho, toda la problemática del equilibrio financiero del sistema y que, finalmente, constituye una atenuación de la propia contributividad. El que, para la pensión de orfandad, por su parte, no se exija carencia alguna es, de nuevo, una degradación del principio contributivo en virtud de consideraciones asistenciales; de exigirse carencia para estas prestaciones, el efecto expulsivo del nivel contributivo podría contrapesarse bien revalorizando su presencia en el nivel asistencial (como expresión, por ejemplo, por sí misma, de la carencia de recursos) o, más radicalmente, articulando un sistema de tutela eficiente de la carga familiar, mediante prestaciones económicas más adecuadas, que compensara la carga de los hijos en un tipo de prestación que, recuérdese, es de tipo no contributivo con exigencia de un cierto nivel máximo de recursos de la unidad de convivencia.

En tercer lugar, y por supuesto, la cuantía de la prestación debe quedar determinada, en línea con la orientación contributiva, por el tiempo de cotización previo lo que se manifiesta en la composición de la base reguladora de la pensión. Dejando al margen la que se utiliza para los casos de muerte derivada de riesgos profesionales (el promedio de los salarios realmente percibidos el año anterior por el causante), la que se aplica en los supuestos de riesgos comunes (obviamente la mayor parte de las muertes sufridas por los sujetos afiliados al sistema), aparte su singularidad, se remite a un tiempo estricto de cotización como son los veinticuatro meses consecutivos anteriores al mes previo al hecho causante. Esta exigencia es en parte favorable para el beneficiario ya que el periodo de referencia es muy breve (en comparación, por ejemplo, con la jubilación o la incapacidad permanente: quince años) puesto que comprende los últimos dos años de cotización (que, a diferencia de lo que puede suceder con la jubilación no tienen por qué ser, sino al contrario, los de menores retribuciones o ganancias del causante); pero también puede ser en parte perjudicial, sobre todo en relación con la viudedad sin alta pero también en otras circunstancias de no ocupación reciente antes del fallecimiento, lo que determinaría su cumplimiento con el mecanismo de la cobertura de lagunas de cotización, regulado más restrictivamente en la reforma de 2011. La ampliación del periodo de referencia del cálculo de la pensión, unida a la propia ampliación del periodo de carencia, potenciaría la dimensión contributiva, depurada de las adherencias asistenciales que han llevado a su configuración actual, y acercaría a la pensión de viudedad a las reglas existentes para otras pensiones de amplia duración, como es el caso de la jubilación o de la incapacidad permanente.

En cuarto lugar, reforzar la dimensión contributiva de la pensión supondría igualmente reintroducir la idea de una conexión directa del derecho con las cotizaciones previas así como cierto matiz de sinalagmaticidad que suele acompañar a las prestaciones contributivas. De forma que, en gran medida, el derecho se adquiere, al margen de la situación de necesidad que es sólo presunta, por el hecho de la actualización de la contingencia en un sujeto que está activo, que lo ha sido un tiempo amplio, y que cumple los requisitos exigidos por la ley. En este contexto, la compatibilidad de la pensión con otros recursos del beneficiario, como sucede con otras prestaciones

contributivas, se manifestaría en toda su intensidad; mucho más cuando esa compatibilidad está limitada en el caso de la jubilación (no puede compatibilizarse, en principio, con otro trabajo) o de la incapacidad permanente (la propia incapacidad impide de forma determinante esa compatibilidad, mayor mientras más alto es el grado de incapacidad). La existencia de otros recursos carecería de significado en esta prestación. Por lo mismo, la pensión de viudedad debería reconocerse a quien tuviera derecho a la misma, incluso aceptando el reparto de la pensión, como ha sucedido hasta hace poco, con independencia de que el supérstite haya disfrutado previamente de una pensión compensatoria. Ni siquiera el nuevo matrimonio supondría la pérdida de la pensión de viudedad, configurada aquí como una especie de aseguramiento cuya razón de ser se encuentra en las cotizaciones previas que habría generado un derecho incondicionado para el futuro.

Un nivel contributivo de la pensión de viudedad, tan estrictamente diseñado, es obvio que tiene un claro efecto expulsivo de la tutela que debería ser afrontado por el nivel no contributivo de la pensión o, en su defecto, por las prestaciones, claramente asistenciales, de garantía de recursos mínimos. Un rigor que, posiblemente, deba compensarse con una mejora del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión; o, más ajustadamente, mediante un porcentaje de la base variable en función de los tiempos de cotización previos, como sucede con la jubilación. Todas las manifestaciones de asistencialidad serían, pues, eliminadas de este nivel contributivo, salvo, si acaso, y por seguir con la estructura de la pensión de jubilación, garantizando una cuantía mínima de la pensión de viudedad según recursos, edad y cargas familiares.

Frente a la estricta alternativa contributiva, se alza otra opción como es la que, remitiéndose a la función original de la prestación, y actualizándola, vendría a configurarla como un tipo especial de prestación asistencial en la que los elementos contributivos, de mantenerse, sólo jugarían como un filtro de las situaciones que podrían causar el derecho exigiendo un tiempo mínimo de cotización (incluso reducido en relación con el actual o, sencillamente eliminado) o utilizando las bases y los tiempos de cotización previa con la función exclusiva de determinar la cuantía inicial de la prestación. De forma que, en todas sus demás manifestaciones, la pensión de viudedad estaría determinada por su función asistencial de garantía de rentas en los casos en que éstas no existen o son insuficientes. Ello tendría importantes consecuencias en relación con la configuración de la prestaciones de lo que serían manifestación lo que sigue.

En primer lugar, la articulación de la cobertura de la situación de necesidad derivada de la muerte habría de basarse, necesariamente, en el criterio de que se trate de una situación real de necesidad, es decir, que el posible beneficiario carezca absolutamente de recursos propios o que los obtenga en una cuantía muy reducida, por debajo del nivel que se fije normativamente, para lo que los parámetros que se utilizan para otorgar las prestaciones no contributivas o las prestaciones familiares por hijo a cargo podrían servir de referencia. Una situación de necesidad que habría necesariamente que probarse y para la que podría ser irrelevante si el causante ha desarrollado previamente una actividad profesional, el tiempo en que lo hubiera hecho y la cuantía y duración de sus cotizaciones, eliminando de la prestación estos elementos esencialmente contributivos.

De forma que cualquier supérstite, tanto de un matrimonio como de una unión de hecho, adquiriría el derecho a la tutela si se encuentra efectivamente en situación de necesidad,

articulándolo ahora como un derecho propio y directo a la protección y no como un derecho derivado del cumplimiento de los requisitos contributivos por parte del causante. Sólo la carencia o insuficiencia de recursos propios o, alternativamente, la existencia de hijos a cargo con derecho a la pensión de orfandad siempre que coincida con recursos propios que no superen una determinada cuantía (que podría ser un múltiplo del salario mínimo interprofesional como sucede ahora con las uniones de hecho), y mientras esas circunstancias permanezcan, harían surgir y mantener el derecho a la pensión. Esto es, el derecho a la pensión dependería de la dependencia económica real para la subsistencia de los anteriores ingresos del causante. Lo que tendría vigencia también para los supuestos de excónyuges o exconvivientes de uniones de hecho quienes sólo accederían a la pensión, además de porque hasta ese momento dependieran económicamente del causante (lo que se manifestaría, como ahora, por la existencia de una pensión compensatoria, hipótesis que habría que ampliar también a las uniones de hecho) porque carezcan, por sí mismos, de recursos propios algo que la percepción de una pensión compensatoria no necesariamente refleja. Criterios a lo que podría añadirse, cuando no hay hijos dependientes económicamente, el cumplimiento de una edad mínima que pusiera de manifiesto la imposibilidad o extrema dificultad de incorporarse al mercado de trabajo y a la actividad profesional y obtener el supérstite recursos para la propia subsistencia.

En segundo lugar, y para el caso que el cónyuge o conviviente supérstite no cumpliera alguno de los requisitos anteriores y fuera, en consecuencia, excluido de la tutela inicial (porque tuviera recursos propios, no tuviera hijos a cargo o no hubiera cumplido esa edad mínima), podría estructurarse una prestación económica de carácter temporal, con una función no tanto de cobertura de situaciones reales de necesidad sino de adaptación a la nueva situación familiar. En la medida en que esta prestación no atiende en principio la carencia de recursos, podría justificarse que este tipo de prestación temporal sólo se otorgara cuando el causante reuniera una serie de requisitos, de índole contributiva, que no se consideraría disfuncionales al objetivo central de la prestación. De forma que el sistema de seguridad social cumpliría aquí una función, relativa y temporalmente limitada (los dos años que recoge actualmente la Ley General de Seguridad Social para este tipo de prestaciones), de mantenimiento del nivel de vida del hogar familiar anterior al fallecimiento o de ayudar a hacer frente al empobrecimiento relativo de esa unidad familiar. Inspirada en principios contributivos, la cuantía de este tipo de prestación temporal vendría determinada también por las contribuciones previas del causante, consolidando esta prestación como de sustitución de ingresos y no como de compensación de la ausencia de recursos.

En tercer lugar, la cuantía de la prestación estándar, de naturaleza plenamente asistencial, debería establecerse en función de las cantidades que se consideren adecuadas para garantizar un nivel mínimo y digno de subsistencia. Esto remite inevitablemente a la cuantía de las prestaciones no contributivas y a su forma de fijar su cuantía, si bien es necesario subrayar aquí la habitual crítica hacia el nivel muy limitado de esas prestaciones, dudosamente funcionales a ese objetivo de garantizar mínimos dignos de subsistencia. En cuanto a su duración, como se ha señalado antes, esa prestación debería mantenerse mientras existieran hijos a cargo con derecho a la pensión de orfandad o mientras que, si no existen, mientras el supérstite se mantenga en la situación de carencia real de recursos. Si, además de esa carencia de ingresos propios, se ha establecido una edad mínima para el acceso a la pensión, lo habitual es que ña

prestación se mantenga, aunque no necesariamente, de forma permanente y vitalicia protegiendo a las personas que, no teniendo recursos propios, normalmente serán incapaces de obtenerlos en el futuro, ya sea por incapacidad para el trabajo (siempre que, lógicamente, no perciban una prestación social asociada a ella) ya sea por circunstancias personales (falta de experiencia laboral y de formación, extrema dificultad de insertarse o reincorporarse al mercado de trabajo) que hacen muy improbable que el superviviente consiga medios para su propio sustento. Por supuesto que, cuando la justificación de la pensión se encuentra en la existencia de hijos a cargo (al margen de que la persona tenga o no recursos propios o los perciba, en su caso, por debajo de un cierto nivel proporcional al número de hijos), la pensión permanecerá hasta que se mantenga esa dependencia, finalizada la cual la pensión se dejará de percibir, salvo que, en ese momento, el superviviente carezca efectivamente de recursos (algo que no ha debido de probar antes) y/o tenga una determinada edad mínima.

Una última posibilidad, más drástica y excluyente de las anteriores, sería la de suprimir las pensiones de viudedad y de orfandad, derivando esta última tutela hacia una reforma, de mejora obviamente de su cuantía, de las prestaciones por hijo a cargo; y, en cuanto a las primeras, suprimiendo su peculiar rasgo de tratarse de un derecho de protección social de tipo derivado para configurar la tutela como un derecho propio a la percepción de recursos de subsistencia, en los casos de carencia o insuficiencia de recursos, en el marco de una más general protección de estas situaciones. O, si acaso, estableciendo alguna fórmula de reparto de las cotizaciones realizadas por el sujeto causante a los efectos, no de una pensión de viudedad que no existiría, sino de otras prestaciones del sistema como la jubilación o la incapacidad permanente contributiva. De forma que la dependencia económica y la dedicación exclusiva al cuidado del hogar familiar y de los hijos, como expresión de la asunción de una tarea común de la que se beneficia el hogar familiar, fuera a costa de una disminución y un traspaso de los derechos contributivos del causante. Un reparto relativamente fácil de hacer, y que podría imponerse de forma obligatoria, en los supuestos de ruptura del matrimonio o de la unión de hecho, pero que encontraría dificultades técnicas si esa circunstancia no se ha producido. Reparto que, en este caso, podría quedar a la libre voluntad del sujeto, todavía no fallecido. De modo que, a efectos de las prestaciones contributivas de jubilación o de incapacidad, por ejemplo, el cónyuge no activo pudiera, pese a su inactividad, consolidar sus expectativas de recibir alguna de estas posibles prestaciones contributivas o profesionales.

En línea con las afirmaciones anteriores, se han formulado opiniones como las que pueden encontrarse en los trabajos de A. Valenciano Sal, “Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones: la pensión de viudedad, su “estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados”, en *Temas Laborales*, 109/2011, pp. 111 y ss.; en la aportación de S. Rodríguez Escanciano, “La pensión de viudedad: nuevas perspectivas”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 771/2009; en la obra de E. Desdentado Daroca. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia. Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Bomarzo, 2009, pp. 9-24; o en el trabajo de J. Cruz Villalón, “La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad”, en *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Comares, 2008, pp. 885 y ss.; en la obras de D.T. Kahale Carrillo, *La reestructuración de la pensión de viudedad a las nuevas situaciones sociales y las nuevas formas de familia y convivencia: propuestas de reforma*, y de A. Vicente Palacio. “*La pensión de viudedad:*

marco jurídico para una nueva realidad social, Como reformular la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante”, realizadas en el marco del programa de Fomento de la Investigación de la Protección Social, 2006 y 2010, pp. 223-237 y 269-304, respectivamente. Unas referencias que han de tenerse en cuenta en esa reformulación siempre prometida de la pensión de viudedad.

PARTE PRIMERA

“Estudio de derecho comparado de las prestaciones por muerte y supervivencia: el ámbito europeo como referencia”

Carmen Carrero Domínguez
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Susana Barcelón Cobedo
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Ana María Moreno Márquez
Profesora Contratada Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Marta Navas-Parejo Alonso
Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Carlos III de Madrid

I. LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA: SU REGULACIÓN EN EL ÁMBITO EUROPEO.

Sumario.- 1. Las pensiones de supervivencia en Italia. 1.1. Introducción. 1.2. La condición previa del sujeto causante: pensión directa e indirecta. 1.2.1 Pensión Directa. 1.2.2. Pensión indirecta. 1.2.3. Pensión privilegiada indirecta. 1.3. Sujetos beneficiarios. 1.3.1. Cónyuges. 1.3.2. Hijos o asimilados. A. El requisito de la edad. B. La condición de sujeto incapacitado. 1.3.3. Otros familiares 1.3.4. La dependencia del sujeto causante. 1.4. Dinámica de la prestación. 1.4.1. Nacimiento del derecho. 1.4.2. Suspensión y extinción del derecho a la prestación. 1.5. Cuantía. 1.6. Indennità per norte e indennità una-tantum 1.6.1. Indennità per norte. 1.6.2. Indennità una-tantum. 1.7. Prestaciones accesorias. 2. Las prestaciones de supervivencia en Portugal. 2.1. Consideraciones generales. 2.2. Prestaciones contributivas de supervivientes. 2.2.1. Pensión de supervivencia (*pensão de sobrevivencia*). A. Requisitos de acceso a la prestación. B. Cuantía. C. Periodo de disfrute. D. Acumulación de pensiones. E. Suspensión y extinción. 2.2.2. Subsidio por defunción (*subsídio por morte*). 2.3. Sistema de protección a los supervivientes no contributivo. 2.3.1. Pensión de viudedad. A. Solicitud y nacimiento de la pensión. B. Interrupción y extinción de la pensión. C. Cuantía de la pensión. D. Compatibilidad con otras pensiones. 2.3.2. Pensión de orfandad. A. Solicitud y nacimiento de la pensión. B. Interrupción y extinción de la pensión. C. Cuantía de la pensión. D. Compatibilidad con otras pensiones. 2.4. Complemento por dependencia (*complemento por dependência*). 2.5. Reembolso por gastos por funeral o sepelio. 3. Las pensiones de supervivencia en Francia. 3.1. Consideraciones generales. 3.2. El tratamiento de la pensión de viudedad en el Régimen General. A. Requisitos para ser beneficiario. B. Cuantía de la pensión y pago. C. Mejoras. D. Liquidación. 3.2.1. Pensiones de réversion del viudo inválido o de la viuda inválida (*“pensions de réversion de veuf ou veuve invalide”*). A. Pensión de viudo inválido o viuda inválida (*“pension de veuf o de veuve invalide”*). B. Pensión de vejez de viudo o de viuda (*“pension de vieillesse de veuf o de veuve”*). 3.2.2. Subsidio de viudedad: *«allocation veuvage»*. A. Requisitos. B. Solicitud y abono. C. Suspensión y extinción. D. Acumulación con ingresos procedentes de la actividad. 3.2.3. Indemnización por defunción: *«capital décès»*. 3.3. El tratamiento de la viudedad y la orfandad en los regímenes complementarios obligatorios Arrco y Agirc: la *«pension de réversion»*. 3.3.1. Derechos del cónyuge supérstite y/o del excónyuge. 3.3.2. Derechos de los huérfanos: *«pension de réversion des orphelins»*. 3.4. La prestación familiar denominada *«allocation de soutien familial»*. 4. Las pensiones de supervivencia en Reino Unido. 4.1. Observaciones generales. 4.2. Las ayudas por supervivencia. 4.2.1. Pago único por fallecimiento (*Bereavement Payment*). 4.2.2. Subsidio por fallecimiento (*Bereavement allowance*). 4.2.3. Prestaciones para padres/madres viudos/as con hijos (*Widowed Parent's Allowance*). 5.- Las pensiones de supervivencia en Irlanda. 5.1. Consideraciones generales. 5.2. Las prestaciones por muerte y supervivencia en el sistema de seguridad social irlandés. 5.2.1. Prestación de viudedad (*Widow, Widower or Surviving civil partner's Pension*). A. Pensión de viudedad contributiva (*Widow, Widower or Surviving civil partner's (Contributory) Pension*). B. Pensión de viudedad no contributiva (*Widow, Widower or Surviving civil partner's (No Contributory) Pension*). C. Prestación por muerte derivada de riesgos profesionales (*Death Benefit*).

5.3. Pensión de orfandad (*Guardian`s payment*). 6. Las pensiones de supervivencia en Finlandia. 6.1. Introducción. 6.2. Pensión de viudedad “*Surviving spouse*”. 6.2.1. *Pensión vinculada a los ingresos del sujeto causante “Earning-related pension”.* 6.2.2. *Pensión nacional “National Pensions”.* 6.3. Pensión de orfandad “*Orphan`s pension*”. 7. Las prestaciones de supervivencia en Suecia. 7.1. La protección de la viudedad y orfandad en Suecia: encuadramiento del sistema estatal de pensiones. 7.2. Las pensiones de supervivencia. 7.2.1 *La pensión de orfandad y la asignación para los hijos.* 7.2.2. *Ajustes de la pensión o pensión de compensación o adaptación y pensión mínima garantizada.* 7.2.3. *La pensión de viudedad y la pensión mínima garantizada.* 8. Las prestaciones de supervivencia en Austria. 8.1 Consideraciones generales. 8.2. Pensión de viudedad y de orfandad. 8.3. Ayuda para gastos de sepelio. 9. Las prestaciones de supervivencia en Alemania. 9.1. Consideraciones generales. 9.2. Las prestaciones por muerte y supervivencia en el sistema de seguridad social alemán. 9.2.1. *Prestaciones de supervivientes en el régimen de seguro de pensiones. A. Pensión de viudedad. B. Pensión de orfandad.* 9.2.2. *Prestaciones en caso de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional. A. Las pensiones de supervivientes en el caso de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional. B. Subsidio por defunción en el supuesto de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional.*

II. ANÁLISIS COMPARADO DEL TRATAMIENTO DE LAS PENSIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

Sumario. 1. El tratamiento de la pensión de viudedad en el ordenamiento europeo. 1.1. **Requisitos del sujeto beneficiario.** 1.1.1. *El elemento de la edad. A. Temporalidad o permanencia de la pensión de viudedad.* 1.1.2. *El elemento de la convivencia.* 1.1.3. *La incidencia de los ingresos del sujeto beneficiario.* 2.- **El tratamiento europeo de las pensiones de orfandad.** 2.1. **Requisitos específicos del sujeto beneficiario.** 2.1.1. *El elemento de la edad.* 2.1.2. *La condición de estar a cargo del sujeto causante: dependencia económica.* 2.2. **Compatibilidad pensión de orfandad y otras prestaciones o ayudas.**

Se ha insistido en las páginas precedentes en la necesidad de reformular las prestaciones por muerte y supervivencia con el propósito de que las mismas se adapten (o sirvan para dar respuesta) a las nuevas realidades sociales y a las demandas de los actuales modelos familiares. Su configuración como prestación económica dirigida a sustituir la pérdida o disminución de ingresos familiares (o incremento de gastos) propiciada por el fallecimiento de un familiar respecto de quienes conviviesen con él en ese momento no parece adecuarse, o al menos no con carácter general, a todas las situaciones de necesidad que derivan de la muerte. Dicho de otro modo, la proliferación de estructuras familiares en las que conviven hijos de matrimonios (o relaciones) anteriores, el hecho mismo de que exista un importante número de sujetos que opten por la convivencia sin contraer matrimonio, o el cambio de modelo familiar donde ambos cónyuges trabajan y son económicamente independientes, parece haber dejado de justificar que pueda ser mantenida la idea de que estas prestaciones atienden situaciones de necesidad (económica) real y efectiva que es preciso atender desde la lógica contributiva del sistema de Seguridad Social. Y precisamente porque estas dudas existen se han ido sucediendo importantes reformas en relación con estas prestaciones (sin duda, la propiciada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, con la ampliación a las parejas de hecho de esta protección; o la nueva regulación de las situaciones de divorcio o separación legal).

Pues bien, en esta línea de cambios, el entorno comunitario se presenta como un referente a tener en cuenta. A tal fin, este apartado dedicado, como su propio título indica, al estudio de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia en el ámbito europeo, pretende conocer el estado de la cuestión y así valorar si son muchas o pocas las divergencias que existen con nuestro vigente modelo de protección social. En todo caso, no se trata de hacer un estudio comparado de todos y cada uno de los países que integran la Unión Europea ya que la mayoría comparte reglas semejantes; de ahí que se haya optado por seleccionar algunos países entre los bloques siguientes: países mediterráneos (Francia, Italia y Portugal), entre los nórdicos (Suecia y Finlandia con algunas referencias de tipo general a Dinamarca), los anglosajones (Reino Unido e Irlanda), entre los de Centro Europa (Alemania y Austria).

A tal efecto, en relación con el tratamiento que desde distintos ordenamientos europeos están recibiendo las pensiones de derecho derivado por razón de muerte y supervivencia, ya se puede adelantar que se observa una regulación más homogénea, como regla general, con el ordenamiento español cuando se trata de las pensiones de orfandad; siendo, por el contrario, mayores las divergencias cuando nos movemos en el terreno de las pensiones de viudedad. Una divergencia que encuentra su razón de ser, al menos en parte, por la distinta que de unas y otras se tiene por parte de los Estados Miembros pues, en líneas generales, nadie se cuestiona la existencia de pensiones dirigidas a ofrecer tutela a los hijos (aunque sea con matices), mientras que no cabe decir lo mismo cuando la que está en juego es la pensión de viudedad sobre la que se cierne el debate (por otra parte nada novedoso aunque sí más intensificado en los momentos actuales de crisis económica) acerca de su posible supresión.

Teniendo en cuenta estas variables, este Capítulo se ha organizado en dos bloques: el primero, estructurado por países, pretende ser un análisis detallado e individualizado del estado de la cuestión en cada uno de ellos. Y el segundo bloque, ofrece una visión comparada de los modelos de protección social entre los países previamente

seleccionados; centrando el análisis de estas prestaciones, sólo, en aquellos aspectos de su regulación que sistemáticamente se repiten en cada uno de ellas.

I. LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA: SU REGULACIÓN EN EL ÁMBITO EUROPEO.

1. Las pensiones de supervivencia en Italia.-

1.1. Introducción.-

Las pensiones de viudedad y orfandad en Italia reciben en su conjunto el mismo nombre que el en caso español: pensiones de supervivencia. Pero, a diferencia de lo que sucede en nuestro Sistema, su tratamiento suele ser conjunto, esto es, no suele diferenciarse ni en su estudio ni en su regulación entre la pensión de viudedad y de orfandad, sino que el régimen contempla las pensiones de los sujetos supérstites, en general; para posteriormente, establecer las posibles diferencias en función de cual sea el sujeto beneficiario de que se trate (si cónyuge o los hijos).

Este tipo de pensiones, reguladas por el RDLegislativo 636/1939, pueden ser de dos tipos: “*pensione di reversibilità*” (que debe traducirse como pensión de viudedad cuando el beneficiario sea el cónyuge, y pensión de supervivencia, cuando sea cualquier otro familiar) y “*pensione indiretta*” (traducida por pensión indirecta). Asimismo, existe un tercer y cuarto tipo, más residual, el denominado “*indennità per morte*” e “*indennità una-tantum*”; a lo que, también, debe añadirse un conjunto de prestaciones accesorias a las de supervivencia.

El sistema de pensiones italiano ha sufrido diversas reformas que han propiciado el que se prevea que Italia no vea muy incrementado sus gastos por pensiones en los próximos años. No obstante, el régimen de pensiones de supervivencia no se ha visto afectado por la última de ellas, vigente a partir del 1 de enero de 2012 y que elimina el subsidio de vejez o ancianidad y aumenta la edad de jubilación.

El primer tipo de pensión de supervivencia es la directa o de viudedad (o supervivencia en sentido estricto). Se trata de un tipo de pensión prevista para los familiares (ya se verá quiénes) de la persona que en el momento de su fallecimiento ostenta la condición de pensionista, sea de invalidez, vejez o ancianidad (esta última, como se decía, derogada recientemente). En cambio, la pensión indirecta es aquella en la que el sujeto causante no es titular de ninguna pensión en el momento de su fallecimiento, si bien reúne los requisitos necesarios para poder acceder a la misma. Como residuales se encuentran, la “*indennità per morte*” y la “*indennità una-tantum*”, previstas para los supuestos en los que el sujeto causante no cumpla ninguna de las características anteriores. Esto es, se trata de pensiones de tipo no contributivo.

Por tanto, se observa cómo la primera singularidad del modelo italiano es que para la causación del derecho a la pensión de supervivencia es fundamental la situación desde la que parte el sujeto causante de la misma, a diferencia del modelo español, en que esto afecta únicamente a la cuantía. Pero además, se observará cómo, también a diferencia del modelo español, el sistema italiano exige una serie de condicionantes a los beneficiarios de la pensión convirtiendo ésta en un derecho de acceso más restringido. Pues bien, dado que la condición de partida del sujeto causante es determinante para causar uno u otro tipo de pensión lo primero que procede es aclarar esta disyuntiva.

1.2. La condición previa del sujeto causante: pensión directa e indirecta.-

1.2.1. Pensión Directa

Ya se ha dicho, se habla de pensión directa o de supervivencia o viudedad, la prevista para los familiares de la persona que en el momento de su fallecimiento es titular de una pensión de discapacidad, vejez o ancianidad. Lo que no impide que se pueda proyectar este tipo de pensión en los supuestos en los que el sujeto causante fallece durante el mes en que se presenta la solicitud de pensión de incapacidad, siempre que cumpla los requisitos exigidos para ella, o en el curso del mes en que se perfeccionan estos requisitos.

1.2.2. Pensión indirecta

La pensión indirecta es aquella que, a diferencia de la anterior, está prevista para los trabajadores que fallecen sin ser beneficiarios de ningún tipo de prestación de la Seguridad Social. No obstante, es preciso que sí que reúnan en el momento de su muerte cumplen los requisitos necesarios para el acceso a la pensión de jubilación o al subsidio de incapacidad. Por tanto, se trata de trabajadores que están en activo en el momento del hecho causante.

Estos requisitos se resumen en uno, cumplir las exigencias propias de las pensiones contributivas, esto es, el sujeto causante debe haber cumplido tanto el periodo de carencia necesario para cada una de estas pensiones como los mínimos de cotización. En concreto, estas exigencias son, alternativamente, las siguientes:

- Cotización de, al menos, 780 semanas (es decir, 15 años). Se trata de un requisito propio de la pensión de jubilación antes de la entrada en vigor del D.lvo 503/1992).
- O cotización de, al menos, 260 semanas de las cuales al menos 156 se hayan producido en los 5 años anteriores a la fecha del deceso (requisitos previstos para el subsidio ordinario de invalidez) Esto es, 5 años de contribución de los cuales 3 sean realizados en el último quinquenio.

No obstante, considerando que el sujeto no estaba recibiendo dichas pensiones a las cuales había cotizado (jubilación o discapacidad), existen determinados requisitos cuyo cumplimiento no es exigido. En el caso de la jubilación, no se exige que concurra el requisito de la edad. Y en el supuesto de la invalidez, tampoco se exige una declaración de discapacidad o incapacidad. Para la hipótesis de que los requisitos anteriores no se cumplan pero el sujeto causante fuera un trabajador por cuenta ajena, el supérstite puede solicitar la llamada pensión indirecta privilegiada, que se analizará posteriormente y siempre que cumpla los requisitos necesarios para optar a ella. Si no los cumplen sólo podrán optar a la “indennità per morte”.

En el caso de los trabajadores autónomos que no cumplan los requisitos de periodo de carencia o contributivos para una pensión directa, los supérstites tienen derecho a una pensión adicional indirecta siempre que sean titulares de una pensión para los

supérstites a cargo de una forma de aseguramiento obligatorio diferente del aseguramiento general obligatorio. Un sistema de aseguramiento que sea sustitutiva o que implique su exclusión de la general. Es el caso de los fondos especiales, las previstas para los empleados públicos, etc).

1.2.3. Pensión privilegiada indirecta

Los trabajadores por cuenta ajena o dependientes asegurados en el Seguro General Obligatorio (conocido por las siglas AGO y gestionado por el Instituto Nazionale della Previdenza Sociale, que es la entidad gestora de los Seguros Sociales Obligatorios, (en adelante INPS), pueden tener derecho a la llamada pensión privilegiada indirecta por incapacidad cuando cumplen determinadas condiciones:

- Fallecimiento del sujeto causante con relación de causalidad directa con el servicio prestado durante un empleo sujeto al seguro IVS (de incapacidad, jubilación y supervivencia).
- La muerte del sujeto causante no debe dar derecho efectivo (y no meramente potencial) al supérstite a una renta a cargo del Istituto Nazionale Assicurazioni contro gli Infortuni sul Lavoro (en adelante, se le denominará INAIL), que es la entidad gestora del seguro de accidentes de trabajo y cuyas características son similares a las del INPS o a un tratamiento asistencial o social continuado a cargo del Estado o de otro ente público.

Como excepción a lo anterior, esta pensión es reconocida cuando el supérstite haya obtenido una renta a cargo del INAIL pero con la condición de que: a) La renta sea liquidada por el INAIL por un supuesto diferente a aquél que ha conllevado la muerte del trabajador; b) La muerte sea derivada de un agravamiento de las consecuencias del evento que daba lugar a una renta del INAIL y que la agravación del mismo no haya provocado ningún incremento de la renta a los supervivientes. Por tanto, la situación del sujeto causante es determinante para acceder a un tipo u otro de pensión de supervivencia, lo que configura un modelo complejo de pensión sobre todo si se compara con lo que sucede en nuestro Sistema y en la gran mayoría de los países de nuestro entorno.

Así pues, los sujetos causantes son aquéllos que previamente han trabajado ya que o está en activo (supuesto de la indirecta) o es pensionista (caso de la directa), se llega a la conclusión de que este tipo de pensiones no son asistenciales.

1.3. Sujetos beneficiarios.-

Como se ha dicho, en principio en Italia las pensiones de supervivencia reciben el mismo nombre en todos los casos con la excepción de que, cuando el sujeto beneficiario es el cónyuge se habla de pensión de viudedad. Este aspecto que puede parecer una singularidad respecto al sistema español, que diferencia claramente entre la pensión de viudedad y orfandad, en la práctica no lo es tal pues, como se verá, los principales sujetos beneficiarios son el cónyuge (o asimilados) y los hijos (o asimilados) cada uno de ellos con un régimen diferenciado, de modo que sólo en ausencia de éstos pueden tener acceso al derecho el resto de familiares. Siendo esta una situación poco habitual,

en la práctica la pensión de supervivencia también puede diferenciarse entre la pensión de viudedad y orfandad igual que sucede en el sistema español.

Dicho esto, y entrando a analizar ya a los sujetos beneficiarios, en principio, éstos serán el cónyuge y los hijos, incluso en el caso de que los mismos fuesen ya titulares de otras pensiones; se habla, entonces, de beneficiarios fundamentales. Este rasgo es particularmente relevante pues es lo que configura las pensiones de supervivencia italianas como pensiones de derecho derivado ya que a su disfrute no obsta, por lo menos en el caso de estos beneficiarios, que disfruten de pensiones por derecho propio.

Sin embargo, esta condición de preferencia del cónyuge e hijos no impide que el resto de familiares, también, puedan optar a las pensiones; es lo que sucede con los padres, hermanos y hermanas y nietos del sujeto causante. Bien es verdad, que en el derecho de estos últimos queda condicionado a que no existan ninguno de los denominados beneficiarios fundamentales (o cuando existiendo carecen de derecho a la misma). Por tanto, su derecho se concibe con carácter subsidiario. Por otra parte, añadida a esta condición que los releva a un papel secundario, la normativa italiana les exige el cumplimiento de determinados requisitos, como pueden ser los relacionados con la edad, en algunos casos, o no ser titulares de ninguna otra pensión. Así pues, en el caso de este tipo de beneficiarios, la naturaleza de derecho derivado de esta pensión se diluye por la incompatibilidad con el disfrute de otras pensiones.

1.3.1. Cónyuges

El derecho a la pensión por parte del cónyuge que sobrevive a su pareja apenas tiene requisitos ya que no es necesario que cumpla condiciones como la de ser discapacitado o que en ningún caso haya contraído nuevas nupcias. Así pues, también puede corresponder al viudo/a no discapacitado o al cónyuge supérstite del pensionista que habiendo contraído matrimonio posteriormente tenga una edad superior a los 72 años y si el matrimonio ha durado menos de dos años. Una previsión que es menos flexible que la española que establece el umbral de edad en los 61 años y que también aplica la excepción cuando se tiene cierto grado de incapacidad. Además, mientras el sistema español añade como requisito el que se reciban pensiones de viudedad de baja cuantía y que constituyan la fuente principal de ingresos, en Italia el requisito adicional consiste en que el matrimonio haya durado menos de dos años. Resulta curiosa la diferencia de criterios utilizados en este caso ya que parece más razonable acudir al criterio de la insuficiencia de rentas que al de la escasa duración del matrimonio. Por tanto, en el sistema italiano, se observa, se prima la importancia, validez o consistencia del matrimonio a la hora de permitir el acceso a la pensión de invalidez. Un requisito que volverá a verse cuando se examinen los supuestos de cónyuges en situación de separación legal y que se analizarán con posterioridad. De hecho también se prevén las situaciones de acceso de los cónyuges incluso en caso de separación legal o divorcio, supuestos que se analizarán posteriormente.

Si los supuestos en que es posible que el cónyuge acceda a la pensión de viudedad son numerosos o abarcan una casuística elevada, hay que tener en cuenta que existen ciertas condiciones que determinan la extinción del derecho a la pensión o que impiden su nacimiento. La principal causa es la consistente en que el cónyuge contraiga nuevo matrimonio (fuera de las excepciones señaladas anteriormente). No obstante, en este

caso adquiere el derecho a recibir una cantidad única de un importe equivalente a dos anualidades de la pensión proporcionales al importe correspondiente en la fecha del nuevo matrimonio. Para obtener la doble anualidad es necesario presentar al INPS una solicitud junto al certificado de matrimonio.

Algo más compleja se presenta la regulación de las situaciones de divorcio o separación legal. Siguiendo la línea de muchos de los países europeos, la regulación italiana tiene en cuenta no sólo las situaciones de divorcio sino también de separación legal. No obstante, a diferencia de otros países, el régimen italiano no hace referencia a las uniones de hecho, a diferencia de España. La Corte Costituzionale, en su sentencia nº 461 de 3 de noviembre de 2000, estableció que las situaciones de convivencia *more uxorio* no se encuentran entre las situaciones que dan derecho a la pensión de viudedad.

En este sentido, centrandó la atención en los supuestos de separación legal, se debe volver a hacer referencia a los criterios de la validez o consistencia del matrimonio. Un criterio que se utilizaba como elemento determinante de que un cónyuge que contrae nuevas nupcias siendo mayor de 72 años pueda acceder a la pensión de viudedad si su matrimonio tiene una duración menor a dos años. De nuevo aquí parece haber una cierta reiteración en la lógica utilizada. Y es que resulta especialmente curioso el hecho de que se diferencia entre el caso en que el cónyuge separado lo es con culpa o sin ella. Es únicamente en este último supuesto cuando podrá acceder sin problemas a la pensión de viudedad. No así en el caso de que la separación haya sido declarada por culpa del cónyuge que sobrevive. No obstante, existe una excepción, establecida por la Corte Costituzionale, en las sentencias nº 286/1987, 450/1989 y 284/1997. De acuerdo con ellas, se establece el derecho a la pensión de viudedad, también, en favor del cónyuge separado por su culpa pero sólo si tiene derecho de alimentos a cargo del sujeto causante.

En el caso de que los cónyuges se encontraran divorciados, la ley n. 74/1987 ya estableció el derecho a la pensión, así como lo ha hecho más recientemente el INPS mediante su circular n. 132 de 27 de junio de 2001. No obstante, este derecho, como no podía ser de otro modo, está supeditado al cumplimiento de las siguientes condiciones:

En primer lugar, existe un primer conjunto de supuestos que es aquél en que no hay cónyuge superviviente que cumpla los requisitos para optar a la pensión de viudedad. Esto puede suceder bien porque el sujeto causante no hubiera contraído nuevo matrimonio, o porque sí lo hubiera hecho pero se encontrara en situación de separación legal por culpa del cónyuge superviviente y sin derecho de alimentos, por ejemplo. En este supuesto en que el cónyuge divorciado no concurre con ningún otro, tendrá derecho a la pensión de viudedad en las siguientes condiciones:

- El cónyuge superviviente debe ser titular de un ingreso por divorcio reconocido por sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la l. n. 263/2005
- El cónyuge superviviente no debe haber contraído nuevo matrimonio. En este caso, la regulación italiana de nuevo es especialmente rigurosa ya que se excluye el derecho incluso en el supuesto en que el nuevo matrimonio se haya disuelto por la muerte del nuevo cónyuge o por divorcio.

- El sujeto causante deba cumplir los requisitos de aseguración y cotización previstos en la ley.
- El cónyuge causante debe haber fallecido después del 12 de marzo de 1987, para la no retroactividad de la ley 74/1987, de acuerdo con la sentencia cass. Sez. Un. N. 5939/91.
- La fecha de inicio del aseguramiento y de la cotización del sujeto asegurado o pensionista debe ser anterior a la sentencia de disolución del matrimonio.

El segundo supuesto es aquél en que existen hijos menores, cotitulares a la pensión con el padre. En este caso, ellos tienen derecho a un aumento de su cuota en relación a la pérdida del derecho a la pensión por parte de sus padres cuando éstos han contraído un nuevo matrimonio.

Por último, como tercer supuesto, se encuentra aquél en que el cónyuge divorciado concurre con el cónyuge superviviente. En este caso, los dos tendrán derecho a la pensión de viudedad siempre que cumplan con los requisitos necesarios examinados anteriormente. En cuanto al reparto o la cuota que corresponderá a cada uno de ellos, se realizará de forma proporcional a la duración de su matrimonio. Esta determinación será realizada por parte del juez.

En todo caso, hay que señalar que al valorar la proporcionalidad de la pensión con relación a la duración del matrimonio, no será necesario que el juez se encuentre restringido por un criterio de rígida proporcionalidad. Así lo establece la sentencia de la Corte Costituzionale n° 419 de 4 de noviembre de 1999. Por tanto, en este caso, se pueden tener en cuenta otros aspectos para valorar la distribución final de la cuota. En caso de que uno de estos sujetos cese en su derecho, por ejemplo, por contraer nuevas nupcias, se procederá a una nueva determinación de la cuota repartiendo entre los restantes la cuota del cónyuge que ve extinguido su derecho.

Así pues, si se produce el fallecimiento o sucesivos matrimonios por parte del cónyuge superviviente, el cónyuge divorciado titular de la pensión de viudedad tendrá derecho a toda la pensión. Lo mismo sucede en el caso del cónyuge superviviente en caso de que el cónyuge divorciado contrae nuevo matrimonio. Así pues, se observa cómo opera la causa de extinción del derecho consistente en la celebración de un nuevo matrimonio, teniendo este sujeto, no obstante, derecho a esa doble anualidad señalada anteriormente y que también se aplica al cónyuge divorciado. En estos casos la extinción del derecho se produce desde el primer día del mes siguiente a aquél en que se produce la causa que ha determinado la extinción.

1.3.2. Hijos o asimilados

En el caso de que el sujeto causante tenga hijos estos también serán beneficiarios de la pensión. Como se señalaba anteriormente, la regulación italiana no distingue formalmente la pensión de orfandad como una pensión diferenciada de la de viudedad o de la del resto de familiares. No obstante, si bien los requisitos del sujeto causante serán comunes, los que tienen que ver con el sujeto beneficiario varían, como puede ser el

caso de las condiciones que debe reunir el mismo o su cuantía. En el fondo, las particularidades del sujeto beneficiario la convierten en una pensión diferenciada de la de viudedad. Además, a esta pensión no obsta el que los hijos ya disfruten de una pensión de supervivencia por la muerte de un progenitor. En ese caso tendrán derecho, en caso de fallecimiento del otro progenitor a una segunda pensión. Además de eso, si el padre superviviente ha contraído nuevo matrimonio, el hijo adquiere también el derecho, en caso de muerte de su nuevo progenitor, a beneficiarse del tratamiento de supervivencia (art. 2.c.3 D.lgs.n. 39/1945).

A los hijos legítimos o legitimados se asimilan:

- Los hijos naturales reconocidos o judicialmente declarados como tales.
- Los hijos nacidos de un matrimonio anterior.
- Los hijos menores confiados por los órganos competentes a tal fin por la ley.
- Los hijos naturales no reconocibles cuando el padre, en contra de su voluntad, estaba obligado al mantenimiento del mismo o a los alimentos en virtud de sentencia. Así como los hijos no reconocibles que han obtenido el cheque pensión.
- Los hijos adoptados. Los adoptados mediante lo que en el sistema italiano se denomina una “adopción ordinaria” o simple, y los acogidos podrán recibir dos pensiones de supervivencia o indirecta. Esta pensión derivará de los adoptantes, cedentes y por los padres naturales.
- Los adoptados mediante una adopción especial, pueden en cambio tener una sola pensión en cuanto para ello ceso cualquier relación con su familia de origen.
- A estos efectos también se asimilan a los hijos, los nietos menores de edad si están totalmente a cargo de sus ascendientes (abuelo o abuela) en la fecha de la muerte de éstos. Además, no podrán ser titulares de pensiones o de otros ingresos que determinen una autosuficiencia económica.

Pero no todos estos hijos o asimilados pueden acceder a la pensión de orfandad ya que deben reunir una serie de características de forma alternativa:

- Requisitos relacionados con la edad.
- Requisitos relacionados con su situación de incapacidad.
- Algunos de ellos, requisitos relacionados con la dependencia del sujeto causante.

Al examen de estos requisitos se dedicarán los epígrafes siguientes, dejando para el final el relacionado con la dependencia por tratarse de un requisito común también a otros familiares del sujeto causante.

A. El requisito de la edad

El primero de los requisitos exigidos a los hijos del sujeto causante es el de la edad. En principio, debe tratarse de hijos menores de 18 años sin ninguna otra condición. Esto es, aunque no estuvieran a cargo del sujeto causante o aunque en el momento de su fallecimiento presten una actividad laboral autónoma o subordinada. Especial mención requieren en este caso los hijos nacidos con posterioridad al fallecimiento del sujeto causante. En este caso, el tratamiento será el mismo que para los hijos legítimos siempre que el nacimiento se haya producido dentro de los 300 días posteriores a la fecha de fallecimiento del padre.

No obstante, el requisito de la edad tiene dos excepciones: la relacionada con su condición de estudiante y con su condición de incapacitado. La condición de incapacitado se examinará con posterioridad por su especial relevancia y complejidad.

En el caso de los hijos mayores de 18 años, tienen derecho a la pensión hasta los 21 años, siempre que acudan a una escuela media o profesional y durante todo el curso académico de la misma. Por tanto, al igual que en España antes de la reforma de la Ley 27/2011, la edad de la pensión de orfandad no concluye a los 18 años sino que la misma se amplía a los 21, en el caso italiano condicionado a que cursen estudios

Las escuelas a las que deben asistir los hijos están limitadas a las siguientes: - Medias estatales inferiores y superiores; - Profesionales públicas, estatales o regionales; - Medias y profesionales equiparadas a las públicas; - Medias y profesionales legalmente reconocidas; - Privadas, también llevadas por sacerdotes, órdenes religiosas, etc. Siempre que tengan una organización pedagógica en línea con la establecida por la ley, esto es, con sus programas, horarios, enseñanza, anualidad del curso conforme a los de las correspondientes escuelas públicas, etc.; - Cursos de instrucción media y cursos de recuperación de años y de preparación para exámenes de materias evaluables en colaboración y de acuerdo con el sistema establecido por el Ministerio de Educación.

Para que la pensión pueda ser reconocida, es necesario que el fallecimiento del padre se produzca durante el periodo del curso escolar realizado. Además, si el hijo asiste a una escuela que no se encuentra comprendida entre las señaladas con anterioridad, el INPS es el encargado de examinar su situación para determinar el derecho o no a la pensión. Por otra parte, si el ciclo de estudios comprende más cursos que se siguen con intervalos de tiempo entre ellos, dichos intervalos también se consideran como periodos de asistencia al curso a efectos de determinar la pensión. Por tanto, si el fallecimiento de una persona se produce durante el periodo vacacional en los estudios de su hijo, se considerará que el requisito de que el deceso se produzca durante el periodo escolar se cumple.

Por otra parte, si los estudios se interrumpen antes de la finalización del curso escolar, la pensión le corresponderá si el fallecimiento del sujeto causante se produjo en el periodo entre el inicio del curso y la fecha de interrupción. Quizá se intenta aquí proteger aquellas situaciones en las que el fallecimiento del progenitor durante la realización de los estudios por parte de su hijo lleva a una situación que le obligue a interrumpir, aunque sea temporalmente los estudios. Ya sea por motivos económicos o psicológicos.

Por lo que se refiere a los estudios universitarios, es necesario que la inscripción sea en una universidad estatal u otro tipo de escuela legalmente reconocida a la cual se pueda acceder con el diploma de la escuela media superior. También en esta hipótesis, la pensión le corresponderá cuando el fallecimiento del sujeto causante se produzca entre el periodo de inscripción del hijo supérstite y un año académico del curso de licenciatura o de perfeccionamiento. En particular, el último curso se considera finalizado el 31 de octubre, pero el derecho a la pensión puede ser prorrogado hasta la finalización del curso en la convocatoria del siguiente mes de febrero. Todo ello bajo solicitud del interesado. Los años de inscripción universitaria “fuori corso” no se consideran como realización de estudios a los efectos de la pensión de orfandad. Para su determinación hay que hacer referencia a los años académicos en los cuales el hijo ha estado completamente inscrito.

Además de los límites en cuanto al tipo de estudios o universidades en las que se realiza la inscripción, la regulación italiana también establece un límite de edad. En principio, este límite, para el caso de los estudios universitarios, es de 26 años, pero también puede limitarse a la obtención de la licenciatura sin que se realice posteriormente un curso de perfeccionamiento o no haya una inscripción en un nuevo estudio universitario.

Como causas de exclusión de la pensión en el caso de los hijos estudiantes, cabe mencionar las siguientes:

- En primer lugar, el abandono de los estudios.
- En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la pensión sólo les corresponde si estaban a cargo del progenitor fallecido. Por tanto, es causa de exclusión del derecho el desarrollo de una actividad laboral retribuida, aunque sea como aprendiz y cualquiera que sea la renta que obtenga. No obstante, la Corte Costituzionale ha establecido que no se pierde la pensión si el trabajo que se realiza aporta una renta modesta que, en el momento de la sentencia n. 42/99, ascendía a 103'29 euros mensuales. Esto ha hecho que el criterio que sigue actualmente el INPS para valorar el requisito de encontrarse a cargo del progenitor para los hijos y asimilados mayores de edad estudiantes, es tener en cuenta el ingreso considerado y equivalente al importe del salario mínimo incrementado en un treinta por ciento.

B. La condición de sujeto incapacitado

En el caso de que a la fecha del hecho causante el hijo esté incapacitado (incapacidad entendida como la imposibilidad absoluta y permanente de desarrollar cualquier actividad laboral), no se aplican los límites de edad para acceder al derecho a la pensión y tampoco es un motivo de negación del derecho el que se les reconozca el derecho a ser titular de otra pensión o que perciban otra renta dentro de los límites que se señalarán posteriormente. En todo caso, la incapacidad debe estar ya reconocida en el momento del fallecimiento del sujeto causante. Asimismo este derecho también subsiste en el caso de los hijos menores de edad que sean reconocidos incapaces en fecha posterior al fallecimiento del progenitor pero antes del cumplimiento de los 18 años.

En todo caso, no se requiere que la incapacidad sea total, sino sólo una incapacidad, en concreto, para desarrollar un trabajo que le aporte ingresos adecuados. En este sentido,

en cuanto a la determinación de la incapacidad, es interesante acudir las sentencias de Cassazione n° 9157/2003 y 12765/2004 que, a partir del art. 39 Dpr. N. 818/57, y por tanto antes de la introducción del criterio más restrictivo del art. 8 L. de 12 de junio de 1984 n. 222, establece que el reconocimiento de la pensión a los hijos incapacitados por grave enfermedad psíquica o mental no determina la incapacidad total sino (*“anche nel mancato raggiungimento di una riduzione del 100% della astratta capacità di lavoro”*) la concreta imposibilidad, teniendo en cuenta las condiciones del mercado de trabajo, de dedicarse a una actividad laboral útil e idónea a satisfacer en modo normal las primarias exigencias de la vida. Así pues, establece que la verificación del requisito de la incapacidad supone una investigación muy cuidadosa sobre el desgaste que una eventual actividad laboral podría provocar al interesado, habida cuenta de que dicha actividad debe desarrollarse sin comprometer la dignidad de la persona humana.

De cualquier modo, a los hijos incapacitados sí se les aplican determinados límites en función del requisito de estar bajo la dependencia del sujeto causante. Este requisito se entiende satisfecho cuando éste contribuía de forma continuada al sustento familiar. La jurisprudencia ha establecido que esto no conlleva la necesidad de un mantenimiento completo, siendo suficiente que la ayuda económica, por su constancia y regularidad, haya constituido un medio normal, aunque sea sólo parcial, de mantenimiento. Para la valoración de la situación del núcleo familiar el INPS tiene en cuenta los siguientes elementos:

- En caso de convivencia: se entiende por tal la situación en que se comparte “techo y mesa”. En el caso de que el hijo conviviera con el sujeto causante, se prescinde de la necesidad de demostrar que existía un mantenimiento habitual. Únicamente será necesario demostrar que el hijo no es autosuficiente económicamente.
- En caso de que no exista convivencia. En este caso deben ser acreditados tanto la no autosuficiencia económica como el mantenimiento habitual por parte del progenitor.

El mantenimiento habitual se determina a través de una comparación de los ingresos sujeto causante y del supérstite. Si el difunto contribuía efectivamente de forma relevante y continuada al mantenimiento del hijo no conviviente, se entiende cumplido este requisito. Para los fallecimientos posteriores al 31 de octubre de 2000 la no autosuficiencia en caso de hijos mayores de edad incapacitados. A efectos de examinar si concurre la “no autosuficiencia económica” los siguientes aspectos contribuyen a ello:

- El importe pagado por los empleadores a los sujetos que realizan una actividad llevada a cabo con fines terapéuticos.
- Hijo incapacitado casado (ingresos propio y los del cónyuge sujetos a IRPF)
- En el caso del hijo incapacitado, titular de una pensión de supervivencia por fallecimiento de uno de sus padres, y que presenta una solicitud para una prestación análoga tras la muerte del progenitor superviviente, el importe de la pensión de la que ya era titular debe tenerse en cuenta a la hora de valorar el requisito de la no autosuficiencia económica, con el fin de evaluar si tiene derecho a conseguir otra pensión de supervivencia.

Para los hijos incapacitados y mayores de edad que se encuentran en la imposibilidad de conducirse sin una ayuda permanente de un asistente o que, no pudiendo realizar los actos cotidianos de la vida, necesitan asistencia continua, los límites de ingresos para el derecho a la pensión se incrementarán en la cuantía correspondiente a la asignación de acompañamiento. No obstante, existen algunas reglas especiales en el caso de que los hijos incapacitados realicen actividades retribuidas:

Por un lado, respecto de personas desfavorecidas y realización de una actividad retribuida. En este caso, además, existen determinadas actividades retribuidas que no impiden el reconocimiento a la pensión de supervivientes. Es el caso de la actividad retribuida desarrollada en el sentido del art. 4 de la ley n. 381/1991, por discapacitados, ex pacientes de institutos psiquiátricos, drogadictos, alcohólicos, menores en edad de trabajar en situación de dificultades familiares, los condenados admitidos en las medidas alternativas a la detención, ante los llamados talleres protegidos, es decir, las cooperativas sociales que realizan actividades destinadas a la inserción laboral de esas personas. Esta excepción se debe a que se entiende que esta actividad retribuida tiene funciones esencialmente terapéuticas.

Y, por otro, respecto de los hijos incapacitados mayores de edad que desempeñen una actividad laboral. En este caso, la normativa a aplicar es el D. L. de 30 de diciembre de 2007 n. 248, que se convirtió en la ley de 28 de febrero de 2008 n° 31. A partir de esta norma, los hijos incapacitados mayores de edad, beneficiarios de pensiones de supervivientes, tienen la posibilidad de desarrollar actividades laborales sin perder el derecho a la pensión como supérstites, siempre que mantengan el requisito de la no autosuficiencia económica.

De este modo, la citada Norma prevé lo siguiente: - La actividad laboral tendrá finalidad terapéutica; - La actividad sea realizada en los talleres protegidos, o cooperativas o empresarios que hayan celebrado convenios previstos en la legislación vigente; - La duración de la actividad laboral no debe ser superior a 25 horas semanales; - Las condiciones económicas no pueden ser inferiores al importe de las condiciones económicas de las pensiones incrementadas en un treinta por ciento; - La actividad desarrollada por el sujeto incapacitado debe tener una función terapéutica y de inclusión social.

Las normas mencionadas tienen efecto desde el 31 de diciembre de 2007 para los fallecimientos producidos a partir de dicha fecha. Para los que se producen con anterioridad a dicha fecha la nueva normativa se aplica a todas las pensiones a los supervivientes liquidadas en favor de hijos mayores de edad incapacitados para los trabajos iniciados tras el 30 de diciembre de 2007. Para estos casos siguen en vigor las instrucciones impartidas por circular n. 137 Del 10 julio 2001. Por tanto, el derecho a las pensiones de los supérstites se mantiene a favor de los hijos discapacitados reconocidos por el instituto que desempeñan una actividad laboral en cooperativas sociales o laboratorios protegidos aunque la relación de trabajo tenga una duración superior a las horas semanales.

1.3.3. Otros familiares

En caso de que no haya cónyuge ni hijos supervivientes, o habiéndolos, no tengan derecho a una pensión de viudedad, esta puede corresponderles a los padres o asimilados del sujeto causante. Por lo que hace a los padres, éstos tienen derecho a la pensión siempre que, en la fecha de fallecimiento del hijo, cumplan estos requisitos: a) Que no tengan menos de 65 años; b) Que no sean titulares de una pensión directa o de supervivientes; c) Que estuvieran a cargo del sujeto causante.

Si el padre ya estuviera disfrutando de una pensión de viudedad por el fallecimiento de su cónyuge, no tendrá derecho a la pensión por el fallecimiento de su hijo. Si además, se le concede una pensión posteriormente a la de supervivencia por el fallecimiento de su hijo, ésta última se extingue perdiendo efectos desde el primer día del mes sucesivo a que la nueva pensión tenga efectos.

En cambio, no conlleva la exclusión de la pensión:

- La titularidad de rentas vitalicias que provengan de pólizas de seguro o de cualquier otro tipo de contrato.
- La concesión de pensiones a cargo del seguro facultativo o de la mutualidad pensiones para las amas de casa.
- Las asignaciones vitalicias de naturaleza asistencial, como es el caso de los subsidios y las pensiones para los ciegos civiles, inválidos civiles y sordomudos.
- Pensiones de guerra.
- Pensiones sociales.
- Subsidios sociales que se disfruten a partir del 1 de febrero de 1996, pero que serán revocadas desde el momento en que se reciba la pensión de supervivencia.

Por su parte, el derecho a la pensión de los hermanos y hermanas sólo se produce cuando no existan beneficiarios fundamentales ni tampoco padres del sujeto causante (o existiendo no tengan derecho). De nuevo aquí existen una serie de requisitos que condicionan el acceso a la pensión y que deben cumplirse en la fecha del hecho causante:

- No deben estar casados. Este requisito también se satisface si lo estaban anteriormente pero posteriormente son divorciados o viudos. No se establece nada, por tanto, en cuanto a los separados, con lo que podría entenderse que en este caso no tendrían derecho a la pensión. Este hecho es especialmente sorprendente por cuanto, como se ha visto, los cónyuges separados tienen ciertos derechos en cuanto a la pensión de viudedad.
- Que no sean titulares de ninguna pensión directa o indirecta. También en este caso no tienen relevancia las pensiones sociales, de guerra o asistenciales.

- Que sean incapacitados aunque sean menores de 18 años.

Para estos sujetos la pérdida de uno sólo de estos requisitos es motivo de una inmediata revocación de la pensión. Si se observa, son requisitos muy rigurosos por lo que debe inferirse que el acceso de estos sujetos a una pensión de supervivencia es ciertamente anecdótico.

1.3.4. La dependencia del sujeto causante

Entre los requisitos examinados para que un sujeto tenga derecho a la pensión de supervivencia, destacaba el hecho de que los hijos mayores de 18 años, estudiantes o incapaces, los padres, hermanos y hermanas, estuvieran a cargo del sujeto causante en la fecha del deceso.

Este requisito no se requiere para el cónyuge y se presume que existe en el caso de los hijos menores de edad.

Ya se ha adelantado cómo se interpreta este requisito en el caso de los hijos incapacitados. Más en general, aplicado a todos los sujetos, puede decirse que para considerar que un sujeto está a cargo de otro debe:

- Encontrarse en una situación de necesidad tal que no puede tener autosuficiencia económica. Esto hace referencia a sus necesidades de carácter alimenticio, a sus fuentes de ingresos y a las posibles ayudas que reciba por parte de otros miembros de sus familias
- Dicho mantenimiento debe ser relevante y constante.

La convivencia, como se señalaba anteriormente, debe entenderse como efectiva, esto es, deben compartir “techo y mesa”. Una vez sea verificada, se presumirá que el mantenimiento es habitual. En cuanto a la no autosuficiencia económica, ésta se entiende realizada en el momento en que los ingresos del sujeto supérstite no supere los límites de las pensiones mínimas incrementadas en un treinta por ciento.

Por otra parte, el requisito de dependencia se entiende que se extingue cuando el sujeto desempeña una actividad laboral, la cual debe entenderse como cualquier prestación de trabajo, dependiente o autónoma, de la cual se derive un ingreso. De hecho, esta ausencia de actividad laboral debe también continuar no sólo en el momento del fallecimiento del sujeto causante, sino también posteriormente. En caso de que no sea así, la pensión será suspendida.

1.4. Dinámica de la prestación.-

1.4.1. Nacimiento del derecho.-

Por lo que se refiere a la dinámica de la prestación, esto es, sus requisitos de solicitud, nacimiento, suspensión y extinción, de nuevo hay que diferenciar entre la pensión de supervivencia en sentido estricto y la indirecta, aunque ambas mantienen algunos

caracteres comunes. Así pues, los dos tipos de pensiones comienzan el primer día del mes posterior al del fallecimiento del causante, independientemente de *cuál sea* la fecha de presentación de la solicitud por parte de los sujetos beneficiarios. Esa es la regla general, pero existen algunas hipótesis especiales, entre otros, el relativo al hijo póstumo, esto es, respecto de los nacidos con posterioridad al hecho causante. En este supuesto el nacimiento del derecho se produce del primer día del mes siguiente a la fecha del nacimiento.

En ambos casos, la solicitud para estas pensiones debe ser presentada, dentro del año natural siguiente a aquél en que tenga lugar la muerte del sujeto causante. Este límite no es aplicable a los supervivientes del trabajador que inició su aseguramiento posteriormente al 1 de enero de 1996. Esta presentación se realizará en la sede del INPS directamente o a través de una de las Cajas de Prestaciones Familiares competentes. También puede ser enviada por correo certificado y con acuse de recibo. La solicitud debe ir en un modelo oficial disponible en las sedes del INPS o las entidades anteriormente señaladas o descargable en www.inps.it junto a un certificado médico si el solicitante o uno de los sujetos beneficiarios puede ser reconocido como incapacitado.

1.4.2. Suspensión y extinción del derecho a la prestación

El derecho a la prestación se verá suspendida sólo en el caso en que el hijo estudiante inicie una actividad laboral o interrumpa sus estudios. La prestación se reiniciará en cuanto cesen las causas de la suspensión.

Por lo que se refiere a la extinción del derecho, existen determinadas situaciones que determinan el cese del derecho a la pensión de supervivencia:

- En primer lugar, el cumplimiento, por parte del hijo del sujeto causante, de los 18 años de edad
- La terminación o interrupción, por parte del hijo mayor de 18 años, de los estudios o el cumplimiento por parte del mismo de los 21 años de edad, en el caso de realizar estudios de grado medio) o de los 26 años en caso de tratarse de estudios universitarios.
- El inicio por parte del hijo de una actividad laboral dependiente o autónoma
- El cumplimiento de los 26 años de edad
- Desaparición de la causa de incapacidad
- Para los nietos menores, se les aplican las mismas causas de extinción que para los hijos.
- Para los padres, hermanos y hermanas solteros, perder una de las condiciones exigidas o el inicio de una actividad laboral posteriormente al fallecimiento del sujeto causante.
- De igual modo, recibir otro tipo de pensiones según el régimen que aquí se irá señalando para cada sujeto beneficiario. No obstante, hay que señalar que a partir del 1

de julio de 2000 la pensión de supervivencia y las rentas a cargo del INAIL, esto es, por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, son totalmente compatibles. (Circ. 38 de 15 de febrero de 2001).

Por otra parte, si los cotitulares del derecho a la pensión son el cónyuge y los hijos y el primero contrae nuevo matrimonio, éste pierde el derecho a la pensión. Y esta última será adjudicada a favor del hijo según las reglas de cálculo de la pensión.

1.5. Cuantía.-

Por lo que se refiere a la cuantía de estas pensiones ésta se calcula a partir de un porcentaje respecto de la que percibiese el sujeto causante en el momento de su muerte, en el caso de la pensión directa, o respecto a aquélla que le habría correspondido en el caso en relación a su posición asegurada. Por tanto, primero es necesario calcular el importe de la pensión directa, para posteriormente aplicar el porcentaje correspondiente para hallar la cuantía de la pensión de supervivencia.

La cuantía que ha de tenerse en cuenta es la de la pensión directa que disfrutaba el sujeto causante integrada al mínimo o la que el sujeto asegurado habría tenido derecho a percibir. Si posteriormente a la liquidación de la pensión pagada al sujeto causante hubo posteriores cotizaciones no utilizadas, estas se computan en la pensión de supervivientes, liquidadas como un complemento de la pensión directa. El porcentaje entonces se aplicará a la cantidad total.

Los tipos porcentuales previstos para determinar el importe de estas pensiones varían en función del sujeto beneficiario y de la composición del núcleo familiar. Así pues los cálculos se efectúan de acuerdo con la tabla que se expone a continuación en la siguiente página, debiendo tenerse en cuenta que la suma de los porcentajes no puede superar el 100 por 100 de la pensión directa.

Hay que mencionar la importancia que tiene en este sistema de cálculo las sucesivas reformas en materia de pensiones realizadas ya que, aunque en principio éstas se ocupan fundamentalmente de la pensión de jubilación, al hacer depender la pensión de supervivencia de la cuantía de, entre otras, la jubilación, la reforma de éstas afecta a las que aquí nos interesa. En concreto, hay que hacer mención a la reforma “Amato”, en 1992; la reforma “Dini” en 1995 y la reforma “Prodi” en 1997. Especialmente significativa fue la reforma del año 1992. Antes de dicha fecha, el sistema de pensiones era de prestación definida. Así pues, la pensión a la que accedía un trabajador se calculaba como un producto entre el salario medio de los últimos cinco años previos a la jubilación y de la tasa de sustitución. Esta tasa de sustitución seguía una fórmula de cálculo en que se utilizaba el producto del número de años cotizados y un coeficiente igual al dos por ciento. Además las pensiones se indexaban de acuerdo a la tasa de crecimiento de los salarios nominales. Pero a partir de la reforma, la pensión pasa a calcularse a través de un sistema de contribución teniendo en cuenta el equivalente actuarial de las cotizaciones pagadas por cada trabajador y actualizadas por la tasa de crecimiento de la economía y el montante de las cotizaciones capitalizadas se transforma en una renta vitalicia conforme a un coeficiente de conversión que varía teniendo en cuenta en cada momento la edad de jubilación media y la esperanza de vida a los 65 años.

Sujetos beneficiarios	Tipo porcentual
Cónyuges	
Cónyuge como único beneficiario	60%
Cónyuge y un Hijo	80%
Cónyuge y dos o más Hijos	100%
Hijos	
Un Hijo	70%
Dos Hijos	80%
Tres o más Hijos	100%
Progenitores	
Un progenitor	15%
Dos progenitores	30%
Hermanos/Hermanas	
Un hermano o hermana	15%
Dos hermanos y hermanas	30%
Tres hermanos y hermanas	45%
Cuatro hermanos y hermanas	60%
Cinco hermanos y hermanas	75%
Seis hermanos y hermanas	90%
Siete o más hermanos y hermanas	100%

Por último, hay que hacer mención en materia de cuantía a una especialidad importante. Existe una serie de condiciones en las cuales se producirá una reducción del derecho a la prestación. Este aspecto resulta fundamental ya que un dato de carácter asistencial, como es tener recursos, va a ser esencial no ya para el acceso a esta pensión sino para su mantenimiento en los términos económicos en los que la misma fue inicialmente reconocida.

De acuerdo con la ley de reforma de las pensiones nº 335/1995, de 17 de agosto, en su art. 1.41, las pensiones de supervivencia serán pagadas según las cantidades previstas en general sólo cuando el beneficiario tenga una renta inferior a tres veces la pensión mínima del INPS. Estos límites de acumulación se aplican en los casos en que la pensión corresponda al cónyuge que concurre él solo a la pensión, progenitores, o hermanos y hermanas. En los demás casos, los importes sufren una reducción que ha sido declarada legítima por la Corte Costituzionale a través de la sentencia nº 446/2002.

Estas reducciones siguen la siguiente escala:

- Ingresos superiores a 3 veces la cantidad mínima anual del fondo de pensiones de los trabajadores dependientes, calculado en medida equivalente a 13 veces el importe en vigor al 1 de enero: reducción de un veinticinco por ciento de la pensión. En el año 2010 equivalía a un veinticinco por ciento de 17.977'84 euros.
- Ingresos superiores a 4 veces la cantidad mínima anual del fondo de pensiones de los trabajadores dependientes, calculado en medida equivalente a 13 veces el importe en vigor al 1 de enero: reducción de un cuarenta por ciento de la pensión. En el año 2010 equivalía a un cuarenta por ciento de 23.970'45 euros.
- Ingresos superiores a 5 veces la cantidad mínima anual del fondo de pensiones de los trabajadores dependientes, calculado en medida equivalente a 13 veces el importe en vigor al 1 de enero: reducción de un cincuenta por ciento de la pensión. En el año 2010 equivalía a un cincuenta por ciento de 29.963'06 euros.

No obstante, no se trata de una reducción completa o absoluta ya que no va a afectar a los hijos ni tampoco a las antiguas pensiones.

1.6. Indennità per morte e indennità una-tantum.-

Se decía anteriormente que las pensiones para los supérstites se encuentran en directa relación con el cumplimiento de los requisitos que dan lugar al derecho a las pensiones de jubilación o de discapacidad, diferenciando dos tipos, directa e indirecta, en función ya se disfrute de dichas pensiones o simplemente se tengan cumplidos los requisitos para ello.

Pero existe otro supuesto que es aquél en que el sujeto causante no se encuentra en los casos anteriores, esto es, ni es pensionista ni cumple los requisitos para acceder a estas pensiones en el momento de su muerte. En estos casos el sistema italiano les reconoce el derecho a una compensación por el fallecimiento del trabajador del que son beneficiarios. El régimen jurídico será diferente dependiendo de si el trabajador estaba asegurado antes o después del 1 de enero de 1996.

1.6.1. Indennità per morte

La llamada *indennità per morte* es una compensación prevista para los sujetos causantes que no son titulares de una pensión directa o se encuentran en una situación en que no reúne los requisitos para dar lugar a una pensión para los supervivientes. Prevé por tanto una compensación para el cónyuge, o en caso de ausencia de éste, para sus hijos. Se trata de una indemnización ingresada en una sola partida cuya cuantía está en relación con la contribución realizada.

En esta hipótesis, para tener derecho a esta compensación, debe acreditarse: a) Que el sujeto causante no había obtenido la pensión directa; y, b) Que el sujeto causante contribuyó, en los 5 años anteriores, 52 cotizaciones semanales, es decir, un año de contribución, incluidas las contribuciones imputadas y las debidas a los empleados y no pagadas. La solicitud para esta prestación debe ser presentada dentro del año siguiente al fallecimiento del sujeto causante.

1.6.2. Indennità una-tantum

El segundo supuesto es aquél en que el sujeto causante se aseguró con posterioridad al 1 de enero de 1996. En este caso, los supervivientes tienen derecho a una indemnización a tanto alzado equivalente a la prestación multiplicada por el número de años de cotización acreditados. Esta compensación se prevé para los sujetos que: a) No tienen derecho a la pensión indirecta por ausencia de los requisitos asegurativos y de cotización por parte del sujeto causante; b) No tiene derecho a ingresos por accidente de trabajo o enfermedad profesional derivados del suceso; y, c) Cumplen los requisitos de rentas requeridos para el derecho al subsidio social

1.7. Prestaciones accesorias.-

Los titulares de las pensiones de supervivencia pueden tener derecho, cuando cumplan determinados requisitos, a las llamadas “*integrazione al trattamento minimo*”, “*assegno per il nucleo familiare*” o a la “*quote di maggiorazione per carichi familiari*”. Aquí se hará referencia únicamente al segundo supuesto, que es el más aplicable a nuestro caso.

Así pues, en el caso del subsidio para el núcleo familiar, éstos consisten en una prestación de apoyo a las familias de los trabajadores y de los titulares de la prestación a cargo del seguro general obligatorio, que tengan una renta global por debajo de los límites establecidas cada año por ley. La subsistencia del derecho y la suma del cheque dependerá del número de componentes, la renta y la tipología del núcleo familiar. Este subsidio también puede concederse en el caso en que el núcleo familiar está constituido por una sola persona cuando se trate de huérfanos menores de edad y asimilados; o únicamente por el cónyuge superviviente incapacitado.

A efectos del subsidio para el núcleo familiar, en el caso de pensiones para los supervivientes, los sujetos que concurren a la formación del núcleo familiar son:

- El cónyuge superviviente cotitular de la pensión que no esté legal ni efectivamente separado.

- Los hijos y asimilados mayores de edad incapacitados para desarrollar un trabajo, titulares o cotitulares de la pensión y que no estén casados.
- Los hijos y asimilados menores de 18 años
- Los hijos y asimilados, estudiantes o aprendices, mayores de 18 años y menores de 21 años cumplidos, siempre que formen parte de “núcleos numerosos”, es decir núcleos familiares con al menos 4 hijos y todos de edad inferior a los 26 años.
- Los hermanos, las hermanas y los nietos del solicitante, menores o mayores de edad incapacitados, sólo en el caso en que sean huérfanos de ambos padres, no hayan alcanzado el derecho a la pensión a los supervivientes y no sean casados

La determinación del núcleo de los supérstites debe ser realizada con referencia a la situación familiar existente en el momento de la muerte del causante, resultando irrelevante los incrementos del núcleo familiar producido posteriormente. Es el caso, por ejemplo, del hijo mayor de edad que es declarado incapacitado posteriormente a la muerte del padre. “De ello se deduce que los hijos y asimilados mayores de edad incapacitados para un trabajo, no cotitulares de la pensión, pueden formar parte del núcleo familiar del causante sólo cuando el hecho de no poder conseguir la pensión sea derivado del hecho de que estos no estaban a cargo del padre fallecido”.

2.- Las prestaciones de supervivencia en Portugal.-

2.1. Consideraciones generales.-

El sistema general de la Seguridad Social Portugués, cuya ley de bases es la Lei nº 4/2007, de 16 de enero, se configura en torno a un sistema contributivo y otro no contributivo. Se asienta sobre el principio de universalidad y se compone de tres sistemas: el de protección social de la ciudadanía, el sistema de seguro y el sistema complementario.

El primero de ellos, tiene como finalidad garantizar los derechos básicos de los ciudadanos y la igualdad de oportunidades, existiendo tres subsistemas que son los de acción social, solidaridad y protección a la familia. En cambio el sistema de seguro se fundamenta en cotizaciones obligatorias que se abonan por los trabajadores asalariados y sus empleadores. Un sistema que tiene dos regímenes, el general, que es aquél correspondiente a trabajadores por cuenta ajena y cuenta propia, y el voluntario, que cubre a los trabajadores no incluidos en el régimen general.

Por último, el sistema complementario se configura de diversas formas, como puede ser mediante regímenes optativos de iniciativa colectiva y dirigidos a grupos concretos de personas, los de iniciativa individual, como pueden ser los planes de ahorro o de pensiones o los regímenes franquiciados por el Estado. Todos ellos de afiliación voluntaria.

Por lo que se refiere en concreto a las protección por muerte y supervivencia, el régimen portugués diferencia entre lo contributivo y lo que no lo es, de modo que dentro del primer modelo se encontrarían la prestación de supervivencia, el subsidio por fallecimiento o muerte y el complemento por dependencia. Además, en caso de no haber derecho al subsidio por defunción se puede acceder a una ayuda por gastos de sepelio. En el régimen no contributivo destacan la pensión de viudedad, la de orfandad y de nuevo el complemento por dependencia. Al estudio de estas pensiones se dedicarán los siguientes apartados.

2.2. Prestaciones contributivas de supervivientes.-

2.2.1. Pensión de supervivencia (pensão de sobrevivencia)

Esta pensión se encuentra regulada en el Decreto-Ley nº 322/1990, de 18 de octubre. El fallecimiento de un beneficiario del régimen general de Seguridad Social puede dar derecho a sus familiares a la denominada “*Pensão de sobrevivencia*” (pensión de supervivencia), regulada en el Decreto-Ley nº 322/1990, de 18 de octubre, cuya finalidad es compensar la pérdida de ingresos como consecuencia de su muerte.

Se trata de una prestación de naturaleza contributiva cuyo acceso está condicionado a que el sujeto causante haya cotizado durante un cierto período de tiempo. Si bien, a este requisito general exigido al sujeto causante, hay que añadir los requisitos específicos que se contemplan en relación a los supervivientes, lo que se explica por el hecho de que estos tienen un derecho a la prestación que no tiene una naturaleza de derecho propio sino de derecho derivado. En realidad el sujeto causante no adquiere un derecho, sino que su muerte puede determinar que sean los supervivientes quienes tengan derecho a esta prestación.

A. Requisitos de acceso a la prestación

A.1) Requisito general.

Como requisito general, se establece que el fallecido beneficiario del régimen general de la Seguridad Social debe de haber completado un período mínimo de 36 meses de cotizaciones pagadas o acreditadas, sin que se contemplen periodos inferiores o superiores de cotización dependiendo de la concurrencia o no de ciertas circunstancias. De todos modos, como se ha señalado, no basta con que el sujeto causante cumpla este requisito, sino que junto al mismo, dada la condición de derecho derivado de esta prestación, se establecen unos requisitos específicos que deben cumplir los posibles beneficiarios.

Son varios los posibles beneficiarios de esta pensión de supervivencia, pero, al igual que sucede en el caso español en relación a las prestaciones por muerte y supervivencia, no a todos ellos se les exigen los mismos requisitos para poder tener derecho a la misma, ni siquiera estando en una situación similar, como puede ser el hecho de tratarse de la pareja del sujeto causante. Es más, como se verá, según los casos, el nivel de exigencia al respecto es más o menos elevado. De este modo, a continuación se hará referencia a los posibles beneficiarios y a los concretos requisitos que se exigen en cada supuesto.

A.2) Requisitos específicos de los posibles beneficiarios.

Por una parte, pueden tener derecho a esta pensión de supervivencia, el cónyuge supérstite, el excónyuge, la persona con la que el difunto mantenía una unión de hecho, así como los hijos y asimilados, hasta los 18 años de edad; aunque esta edad puede ampliarse, según los casos, hasta los 25 o los 27 años, sin que exista límite de edad para los discapacitados que perciban determinadas prestaciones. En concreto:

- El cónyuge supérstite. La existencia de hijos del matrimonio, y la duración del matrimonio son requisitos que deben cumplirse para poder tener derecho a esta pensión, si bien, de forma alternativa, ya que si no existen hijos comunes, se exige una duración mínima del matrimonio, en concreto, que se haya celebrado, al menos, un año antes del fallecimiento del causante. No obstante, también es importante la causa del fallecimiento para determinar si el cónyuge supérstite tiene derecho a la pensión, de modo que si tuvo lugar por un accidente o enfermedad que se haya contraído, o se haya puesto de manifiesto después de casarse, no será necesario cumplir ninguno de los requisitos anteriores; al igual que en el caso en el que el matrimonio estuvo precedido por una unión de hecho que, en conjunto, de lugar a una convivencia de dos años.

Como puede constatarse, en este supuesto existe una gran similitud con el caso español en el que la pensión de viudedad también se otorga al cónyuge supérstite, con independencia de la fecha del matrimonio, salvo en el supuesto en el que el fallecimiento derive de una enfermedad común previa al matrimonio, en el que igualmente se deberá acreditar que el matrimonio se ha celebrado con la antelación de un año a la que se ha hecho referencia, o, del mismo modo, de manera alternativa, la existencia de hijos comunes. Es más, también se hace referencia a un periodo de convivencia, aunque en el caso español este requisito es algo más rígido ya que se establece que debe ser superior a dos años.

- La persona con la que el fallecido mantenía una unión de hecho (la ley 23/2010, de 30 de agosto, adopta medidas de protección de las uniones de hecho, modificando la ley nº 7/2001, de 11 de mayo, y el artículo 2020 del Código Civil, así como el art. 8 del Decreto-Ley n.º 332/90, de 18 de octubre). Debe entenderse por unión de hecho la situación jurídica de dos personas que, con independencia de su sexo, viven en condiciones análogas a las de los cónyuges, aunque en este supuesto se exige que esa unión haya existido durante al menos dos años. Pues bien, el miembro de la pareja que sobreviva de una unión de hecho tiene derecho a esta pensión por el fallecimiento del compañero o de la compañera, si en el momento de producirse estuviesen conviviendo, en su caso, al menos dos años en condiciones similares a las de los cónyuges, es decir, como si estuviesen casados. Lo que implica que no podrán beneficiarse las parejas que a pesar de haber convivido en estos términos lo hubieran hecho durante un periodo menor.

Al igual que en el caso español, el nivel de exigencia en este caso para tener derecho a una pensión de supervivencia es más elevado que para el supuesto en el que se parte de la existencia previa de un matrimonio, ya que no se tiene en cuenta el hecho de que puedan tener hijos en común, ni la causa del fallecimiento, sino que se exige un periodo más amplio de convivencia en el marco de esa unión de hecho; si bien, no se establece como en el caso español, una concreta condición de recursos.

No obstante, en este supuesto, aunque hubieran convivido durante dos años, se contemplan excepciones al respecto, de forma que no tendrán derecho a la prestación si:

- alguno de los dos miembros de la pareja de hecho tiene una edad inferior a 18 años en la fecha en la que se produce el fallecimiento.

- o si hubiera tenido demencia notoria, aunque hubieran existido intervalos lúcidos, o una inhabilitación por anomalía psíquica, salvo que la demencia se haya manifestado o la anomalía psíquica se haya verificado en un momento posterior al del inicio de la unión de hecho.

- alguno de los miembros de la pareja de hecho estuviese casado, salvo que esté separado legalmente, ya que en ese caso el derecho a la pensión le sería reconocido a la persona con la que estuviese casado el fallecido, al margen de que hubiese vivido con otra persona durante más de dos años. Por tanto, en este supuesto el cónyuge superviviente tiene preferencia con respecto a la persona con la que tenía una unión de hecho el fallecido.

- entre los miembros de la unión de hecho hubiera una relación de parentesco, bien en línea recta (padres, hijos, abuelos, nietos, etc), o bien de segundo grado en línea colateral (hermanos), o de afinidad en línea recta (suegros, nueras y yernos); ya que, en realidad, no se trata de una relación análoga a la que existe entre los cónyuges, sino que se parte de unos vínculos distintos que nada tienen que ver con la situación de los cónyuges con la que se trata de equiparar.

- existe una condena anterior de uno de los miembros de la unión de hecho, ya sea como autor, o como cómplice por homicidio doloso, incluso aunque no se hubiese consumado, del cónyuge del otro.

- la persona de la que estuviese divorciado o separado judicialmente. De todos modos, como en los casos anteriores, también se establece un requisito en este supuesto de carácter específico, de manera que esta persona sólo tendría derecho a esta pensión si, a la fecha de la muerte del beneficiario, recibiese una pensión de alimentos, o si ésta no le hubiese sido atribuida por falta de capacidad económica del fallecido reconocida por un Tribunal. Por tanto, como en el caso español, el derecho a la pensión queda condicionado en términos similares, si bien, la condición en dicho caso se ha visto relativizada en determinados supuestos que aquí no se contemplan.

- los descendientes, ya sean hijos naturales, aunque no hayan nacido en el momento del fallecimiento, o adoptados. En este supuesto el requisito que han de cumplir está vinculado a edad de los mismos, ya que no tendrán derecho a la pensión de supervivencia si alcanzan cierta edad, si bien ésta varía, al igual que en el caso español, en función de la concurrencia de determinadas circunstancias, aunque la edad máxima que permite tener derecho a pensión es mucho más elevada que la establecida en la regulación vigente, e incluso que la prevista en la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

Con carácter general tienen derecho a esta pensión los menores de 18 años, aunque, siempre que no desempeñen una actividad profesional y cumplan una serie de

condiciones, también pueden tener derecho a obtener esta pensión los descendientes hasta una edad muy superior a la indicada, e incluso en algún caso sin límite de edad:

- Entre 18 y 25 años si está cursando estudios (enseñanza media, o superior o equiparada);

- Hasta los 27 años, si realiza cursos de posgrado o está preparando la tesis de licenciatura o de doctorado, o realiza el periodo de prácticas necesario para la obtención del diploma, siempre que no obtuviese por ello unos ingresos superiores a dos tercios del valor del índice de referencia de las ayudas sociales (la ley n.º 53-B/2006, de 29 de diciembre, por la que se regula el citado índice vino a sustituir la Retribución Mínima Mensual Garantizada (RMMG) como referente para la fijación, cálculo y actualización de las pensiones y de otras prestaciones sociales); de forma que la obtención de estos ingresos opera como factor determinante para que el descendiente no pueda ser beneficiario de la pensión de supervivencia, aunque continúe cursando los estudios señalados;

- Sin límite de edad, si se trata de discapacitados y estuvieran recibiendo un subsidio por deficiencia (hasta los 24 años) o subsidio mensual vitalicio (después de los 24 años). También los nietos, para los que se establece como requisito condicionante para tener derecho a la pensión de supervivencia que exista un derecho a prestación familiar otorgado por el fallecido, aunque no haya sido ejercido. Y los hijastros (hasta 18 años), en este caso cuando el fallecido estuviese obligado a pagarle una pensión de alimentos.

Por otra parte, siempre que no existieran cónyuges (viudo o viuda), ex-cónyuges o descendientes con derecho a la pensión de supervivencia, pueden tener derecho a la misma los ascendientes (padres, abuelos, etc.) que se encontraran a cargo del fallecido a la fecha de su muerte.

En realidad, tanto en el caso anterior, como en este último se parte del hecho de que se trata de familiares que se encuentran en una situación de necesidad y de dependencia económica respecto del causante, como sucede en el caso español cuando se hace referencia a las prestaciones a favor de otros familiares, al margen de que los requisitos concretos varíen. De todos modos, los beneficiarios de esta pensión de supervivencia no tienen por qué ser sólo familiares, ya que también se establece, en ausencia de los anteriores titulares que pueden tener derecho a esta pensión, la posibilidad de que puedan percibir esta prestación quienes reúnan las siguientes condiciones:

- carecer de ingresos superiores a la pensión (en pareja, carecer de ingresos superiores al doble de la pensión);

- vivir compartiendo mesa y vivienda con el beneficiario en la fecha de su fallecimiento. En realidad, aunque no sean familiares, se les protege por el hecho de encontrarse en una situación de necesidad y dependencia económica del sujeto causante. Situación de necesidad que en nuestro sistema estaría vinculada al hecho de estar a cargo.

B. Cuantía

La cuantía de la pensión de supervivencia se calcula a partir del valor de la pensión que el fallecido recibía o tendría derecho a recibir si hubiera estado incapacitado para trabajar o jubilado en la fecha de su muerte. Si bien, como ocurre en el caso español, no todos los posibles beneficiarios a los que se ha hecho referencia percibirán la misma cuantía. Es decir, la cuantía es diferente dependiendo del beneficiario y, a su vez, de la concurrencia de varios beneficiarios.

- El cónyuge supérstite, la persona con la que el sujeto causante vivía en unión de hecho, o de la que estuviese divorciado o separado. En este caso, la cuantía varía en función del número de beneficiarios:

- 60 por 100, para un beneficiario,
- 70 por 100, para el supuesto en el que existiesen varios (se dividirá en partes iguales).

- Los descendientes (hijos naturales o adoptivos) y los hijastros. Se establece una cuantía inferior a las anteriores, que también se incrementa de forma progresiva en función del número de estos:

- 20 por 100, para un beneficiario,
- 30 por 100, si existen dos beneficiarios (se dividirá en partes iguales)
- 40 por 100, a partir de tres o más beneficiarios (se dividirá en partes iguales)

No obstante, a pesar de establecerse una cuantía inferior, no será igual en todos los casos ya que hay que tener en cuenta que estos porcentajes se duplican en el supuesto en el que no exista cónyuge (viudo o viuda) o excónyuge con derecho a pensión (40, 60 y 80 por 100, respectivamente).

- Los ascendientes (padres, abuelos, etc). Como en los supuestos anteriores también se diferencia en función de su número, si bien la cuantía en todo caso es superior a la que se establece para los descendientes:

- 30 por 100, para un ascendiente
- 50 por 100, si se trata de dos ascendientes (se dividirá en partes iguales)
- 80 por 100, para tres o más ascendientes (se dividirá en partes iguales).

Como puede comprobarse son el cónyuge supérstite, la persona con la que el sujeto causante vivía en unión de hecho, o de la que estuviese divorciado o separado, los beneficiarios que perciben la cuantía más elevada de la pensión, mientras que los descendientes son los que obtienen la pensión de cuantía más reducida en comparación con el resto de posibles beneficiarios, es decir, con los descendientes. Aunque hay que tener en cuenta que, como se ha señalado, estos sólo tienen derecho a percibir la pensión de supervivencia si no existieran cónyuges (viudo o viuda), ex-cónyuges o descendientes con derecho a la pensión de supervivencia.

Es cierto que la cuantía de la pensión de supervivencia se ve incrementada en los casos en los que no existe cónyuge o excónyuge con derecho a pensión; si bien, en este supuesto, tampoco llegan a alcanzar el porcentaje establecido para estos últimos que,

como en el caso español, con carácter general, van a obtener una pensión más elevada que la de los descendientes. De todos modos, hay que tener en cuenta que existe un límite, ya que el máximo a abonar a los miembros de la familia del fallecido es el 100 por 100 de la pensión de la persona asegurada, aunque, de forma excepcional, se puede asignar un 110 por 100 cuando dos cónyuges o ex cónyuges divorciados tengan derecho a pensión.

C. Periodo de disfrute

La pensión de supervivencia es debida a partir del mes siguiente al del fallecimiento, si fuese solicitada en el plazo de 6 meses a contar desde la muerte del beneficiario, o a partir del mes siguiente al de la solicitud, si no se hubiese solicitado en ese plazo. La persona que puede recibir una pensión por un hijo que aún no ha nacido sólo tendrá derecho a pensión a partir del mes siguiente al de su nacimiento. Hay que tener en cuenta que la pensión se puede solicitar en un plazo de 5 años a contar desde la fecha en que se produjo la muerte del beneficiario del régimen general de la Seguridad Social, o de la fecha de su desaparición en condiciones que permitan presumir su muerte. A partir de los 5 años perderá el derecho a solicitarla.

Su duración varía en función de los beneficiarios, y, a su vez, de la edad de los mismos:

- En el caso de la persona con la que el fallecido estaba casado, o vivía en unión de hecho, o de la que estuviese divorciado o separado, la duración de la pensión es distinta en función de la edad y de determinadas circunstancias del beneficiario:
- Si tuviesen menos de 35 años en la fecha de la muerte del beneficiario de la Seguridad Social, la pensión la podrían percibir durante 5 años. Es decir, en realidad se trata de un subsidio.
- Si tuviese 35 años o alcanzaran esta edad cuando tuviesen derecho a pensión, o estuviesen en situación de incapacidad total o permanente para cualquier trabajo en la fecha de la muerte del beneficiario, no se establece un límite de tiempo, sino que se percibe como una pensión de carácter vitalicio.

Por tanto, si bien cuando se trata de estos beneficiarios, ni la edad, ni la situación de incapacidad se configura como un requisito en el momento de tener acceso a la prestación, lo cierto es que condicionan la duración de la prestación. Al contrario que en el caso español, en el que no se contempla la edad como factor corrector en los términos indicados, ya que estos beneficiarios tendrán derecho a una pensión vitalicia con independencia de su edad.

- En relación a los descendientes, hay que tener en cuenta que la pensión, salvo si se trata de hijos naturales y adoptivos discapacitados, tiene un carácter temporal, es decir, en realidad opera como un subsidio hasta que sean mayores de edad, lo mismo ocurre en el caso de los hijastros, aunque, como se ha señalado, el hecho de estar bien cursando estudios, o bien realizando cursos de postgrado o preparando la tesis de licenciatura o de doctorado, o realizando prácticas en los términos señalados puede prolongar el periodo durante el que se va a percibir esta pensión, hasta los 25 años, o hasta los 27 años, respectivamente. Periodo bastante más amplio que el previsto en nuestro sistema. Sin

embargo, en el caso de los nietos el periodo de tiempo durante el cual tienen derecho a percibir esta prestación se verá reducido hasta los 16 años, salvo en el caso en el que mantenga el derecho al denominado “abono de familia” (ayuda para el sustento y educación de niños y jóvenes), en el que se prolongará mientras tanto aunque este beneficiario tenga 16 o más años.

D. Acumulación de pensiones

La pensión de supervivencia se puede acumular con el subsidio por muerte, así como con el complemento por dependencia cuando la persona que la recibe se encuentra en situación de dependencia, es decir, necesita asistencia para realizar tareas básicas como su higiene personal, su alimentación, o su desplazamiento. Sin embargo, los descendientes y ascendientes del fallecido no pueden acumular esta pensión con otras pensiones que les hayan sido concedidas por derecho propio, como puede ser el caso de una pensión de invalidez.

No obstante, a pesar de lo señalado, se establecen reglas específicas teniendo en cuenta la causa de la muerte:

- En el caso en el que la muerte fue causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional, si los familiares tuviesen derecho al subsidio por defunción y éste fuese menor que la pensión de supervivencia, tan sólo se les abonará la diferencia. Si el subsidio por defunción fuese mayor que la pensión de supervivencia, no percibirá esta última.
- En el supuesto en el que la muerte fuese causa por otra u otras persona/s y se le abonase a la familia una indemnización por pérdida de rendimientos, no cabe acumular la pensión de supervivencia con dicha indemnización. En ese caso la Seguridad Social comenzará a abonar la pensión cuando la suma de las mensualidades de la pensión de supervivencia a la que tendría derecho fuese igual al valor de la indemnización. Por tanto, se abonaría a partir del momento en que esa suma superase dicho valor.

Puede ocurrir que el fallecido tuviese derecho a dos pensiones, una de la “Caixa Geral de Aposentações” y otra de la Seguridad Social y recibiera una pensión unificada (en la que se integrasen las dos) las respectivas pensiones de supervivencia también se abonarían de forma conjunta.

E. Suspensión y extinción

Como sucede con las prestaciones de muerte y supervivencia en el caso español, los requisitos específicos a los que se ha hecho referencia deben mantenerse a lo largo del tiempo, de forma que su desaparición puede dar lugar, según los casos a la suspensión o extinción de la prestación. Pues bien, la pensión de supervivencia de los descendientes mayores de 18 años, estudiantes, quedará en suspenso si no probaran que están cursando estudios. En este sentido, es obligación de los descendientes entregar un certificado escolar a estos efectos al inicio del año lectivo, lo que sirve de prueba de que continúa estudiando. También quedará en suspenso la de los descendientes con 18 o más años de edad que estuvieren realizando un curso de formación o un periodo de prácticas necesario para la obtención del diploma, y obtuviesen una remuneración superior a dos

tercios del valor del índice de referencia de las ayudas sociales, es decir, superior a 274,48 euros al mes. El levantamiento de la suspensión no depende de que sea o no solicitado por el sujeto, sino de la valoración de los hechos que dieron lugar a la suspensión. Así, en el caso de que un descendiente mayor de 18 años obtuviese rendimientos del trabajo y los acumulase a la pensión, ésta se vería suspendida, de forma que el levantamiento de la suspensión tendrá lugar a partir de la comunicación del cese de actividad.

Como se ha señalado, el derecho a la pensión también puede extinguirse por diferentes razones:

- Fallecimiento del sujeto beneficiario;
- El sujeto beneficiario que tiene derecho a la pensión por ser incapaz de trabajar deja de serlo;
- Los descendientes superan los límites de edad o dejan de estudiar;
- Los sujetos beneficiarios descendientes mayores de 18 años ejercen una actividad profesional, con independencia del valor de su remuneración;
- Finalizan los 5 años de pensión a los que la persona con la que estaba casada o vivía en unión de hecho tenía derecho por tener menos de 35 años en la fecha de la muerte del cónyuge o de su pareja, salvo que a pesar de alcanzar los 35 años tuviese derecho a la pensión por otro motivo;
- Cuando el cónyuge o el excónyuge o el compañero o compañera, en su caso, contraen matrimonio o pasan a vivir en unión de hecho; y
- En los casos de declaración de incapacidad sucesoria (la persona es declarada indigna o desheredada).

2.2.2. Subsidio por defunción (subsídium por morte)

Este subsidio tiene por objeto compensar los gastos debidos al fallecimiento del citado beneficiario con el fin de facilitar la reorganización de la vida familiar y se concede a los familiares del beneficiario del régimen general de Seguridad Social que haya fallecido, a los que se ha hecho referencia para la concesión de la pensión de supervivencia (Decreto-Ley n.º 322/90, de 18 de octubre). En ausencia de los anteriores puede ser atribuido a otros parientes del fallecido en línea recta o hasta el tercer grado en línea colateral, siempre que estuviesen a su cargo a la fecha de su muerte. Del mismo modo, para los familiares del beneficiario del régimen voluntario.

Como en el caso anterior, se trata de una prestación de derecho derivado, cuyo acceso aparece condicionado por una serie de requisitos:

- Por una parte, se establece un requisito general, si bien es preciso hacer una distinción en función del concreto régimen del que sea beneficiario el sujeto causante. Así, al contrario de lo que sucede en relación a la pensión de supervivencia, no se exige un

periodo concreto de cotización para el beneficiario del régimen general. Sin embargo, se exige el mismo periodo de cotización que el establecido para la pensión de supervivencia si el sujeto causante es beneficiario del régimen de seguro social voluntario (Decreto-Ley n.º 40/89, de 12 de febrero), es decir, 36 meses.

- Y por otra, se contemplan unos requisitos específicos. En este caso, como se ha señalado, algunos de los beneficiarios son los mismos que los analizados en relación a la pensión de supervivencia, en concreto, el cónyuge superviviente, la persona con la que el fallecido mantenía una unión de hecho, la persona de la que estuviese divorciado o separado judicialmente, los descendientes, ya sean hijos naturales, aunque no hayan nacido en el momento del fallecimiento, o adoptados, los hijastros, los ascendientes (siempre que no existieran cónyuges, ex-cónyuges o descendientes con derecho al subsidio por defunción). Para todos ellos se establecen los mismos requisitos a los que se ha ido haciendo referencia y que, como sucede en el caso de la pensión de supervivencia, van a determinar que el superviviente en cuestión tenga o no acceso al subsidio.

A falta de los anteriores, el subsidio puede ser atribuido a una serie de personas cuando se encontraran a cargo del beneficiario a la fecha de su muerte:

- Hermanos, tíos, sobrinos.
- Padrastrros, madrastras, padres o hermanos de las madrastras o padrastrros.
- Suegros, padres o hermanos de los suegros.
- Cuñados e hijos de los cuñados.
- Adoptados y adoptantes estrictamente.
- Yernos, nueras.
- Hijos de los hijastros.

Para solicitar el subsidio se establece un plazo de 5 años a contar desde la fecha de la muerte del beneficiario o de la fecha de su desaparición en condiciones que permitan presumir que ha muerto, sin que sea exigible un período de carencia. El subsidio es una cantidad a tanto alzado que equivale a 6 veces el salario que el fallecido hubiera percibido de promedio al mes en los 2 años de mayores ingresos durante los 5 años precedentes. Se establece un límite mínimo en cuanto al valor del subsidio de seis veces el índice de referencia de las ayudas sociales, es decir, 2.515,32 euros. En este sentido hay que señalar que en nuestro sistema no existe una situación equivalente, ya que la indemnización en caso de fallecimiento del beneficiario está prevista para los supuestos en los que la causa del mismo sea un accidente de trabajo o una enfermedad profesional (art. 177 LGSS).

Por último, hay que indicar que el subsidio por muerte se abona de una sola vez con el siguiente reparto:

- la mitad a la persona con la que el fallecido estaba casado o vivía como pareja de hecho y a las personas de las que estaba separado o divorciado y la mitad a los descendientes;
- en su totalidad a la persona con la que el beneficiario estaba casado o vivía como pareja de hecho, o a sus descendientes (en el caso de que fuesen los únicos que tuviesen derecho a percibir este subsidio);
- en ausencia de los anteriores, por entero a los ascendientes, o, en ausencia de éstos a los parientes a los que se ha hecho referencia.

2.3. Sistema de protección a los supervivientes no contributivo.-

Una vez examinado el funcionamiento de las prestaciones por muerte en el caso de aquéllos sujetos que pueden enmarcarse en el sistema contributivo de Seguridad Social de Portugal, es necesario tener en cuenta que este ordenamiento jurídico también prevé la posibilidad de acceso a prestaciones por fallecimiento de familiares en el caso de que no se cumplan los requisitos contributivos pero sí los no contributivos.

Como se sabe, el aspecto fundamental que va a diferenciar un régimen contributivo del que no lo es en el supuesto concreto de la prestación por supervivencia, se encuentra en que en el primer caso los requisitos de contribución al sistema de Seguridad Social para el acceso a las pensiones deben cumplirse por parte del sujeto causante, el que fallece (aunque es posible que a ellos se añadan requisitos para el sujeto beneficiario). En cambio, en el caso de que la pensión sea de tipo no contributivo, los requisitos para poder acceder a ella deben cumplirse por los eventuales beneficiarios de la misma.

Centrando ya la atención en este último supuesto, el sistema portugués prevé dos tipos fundamentales de pensiones en el caso del fallecimiento de un familiar. Se trata de la “Pensão de viuvez” (pensión de viudedad) y la “Pensão de orfandade” (pensión de orfandad), concebidas de forma separada y con regímenes distintos. También es necesario señalar que existe el llamado complemento de dependencia que, por seguir un régimen común al contributivo, se examinará en otro epígrafe.

2.3.1. Pensión de viudedad

El régimen no contributivo garantiza la asignación de la pensión de viudedad al cónyuge o a la persona que vive en unión de hecho durante al menos 2 años, con el sujeto causante, que cumpla una serie de condiciones de recursos. Por tanto, se trata de un “apoyo” mensual en dinero que se paga a la viuda o al viudo de una persona que era titular de una pensión de la Seguridad Social. Su regulación fundamental se encuentra en el Decreto Regulamentar nº. 52/1981.

Los condicionantes referidos a los recursos son los siguientes:

- No tener derecho a ninguna pensión contributiva
- No tener derecho a cualquier otra de las pensiones del régimen no contributivo, que, sumada a ésta, sea superior al límite de la pensión mínima del régimen general.

- Tener ingresos mensuales brutos no superiores al cuarenta por ciento del valor de la IAS, que en el año 2012 equivalen a 167'69 euros. (En este sentido, hay que mencionar la Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, que suspende durante el año 2012 el régimen de actualización del IAS de las pensiones y otras prestaciones sociales manteniendo para el año 2012 los mismos valores del IAS).

Esta incompatibilidad con otras pensiones de tipo contributivo lleva a concluir que estamos ante una pensión que no puede considerarse estrictamente de derecho derivado. Podría entenderse un régimen de compatibilidad en el sentido en que está previsto para las no contributivas, esto es, compatibilidad hasta cierto límite económico. No obstante, tal y como se regula, la incompatibilidad es absoluta con otras prestaciones a que podría tener derecho el sujeto beneficiario por sí mismo, por sus propias contribuciones.

Debido a la existencia de los requisitos anteriores, será necesario que el beneficiario informe si sucede una de las siguientes circunstancias: a) si comienza a tener ingresos superiores a 167'69 euros al mes (en valores del 2012); b) si se encuentra en situación de poder acceder a otras pensiones; c) si contrae matrimonio o convive de hecho con alguien; - por supuesto, como aspecto formal, es necesario comunicar los cambios de domicilio.

Resulta especialmente importante señalar cómo en este caso tienen relevancia legal las uniones de hecho, cosa que no sucede en otros países mediterráneos como puede ser Italia. Esto fue así establecido a partir del Despacho n.º 7394/97 (2.ª série), que extiende el derecho a las personas que vivan en unión de hecho con beneficiarios del régimen no contributivo.

A. Solicitud y nacimiento de la pensión

En cuanto a los requisitos de solicitud y comienzo de la recepción de la pensión, esto dependerá del momento en que se realiza la petición. En principio, la solicitud se presenta dentro de los 6 meses siguientes al fallecimiento del sujeto causante ante el servicio de Seguridad Social del lugar de residencia. En este caso, la pensión se recibirá desde el mes siguiente a aquél del fallecimiento del sujeto causante.

No obstante, si no se solicita dentro de ese plazo, el derecho a recibir la pensión operará desde el mes siguiente a la fecha de la solicitud. Si pasan más de 5 años desde la fecha de fallecimiento, se pierde el derecho a la pensión. En principio, en 90 días se debe recibir contestación.

B. Interrupción y extinción de la pensión

La pensión de viudedad en el régimen no contributivo se verá interrumpida cuando los ingresos del beneficiario superen el límite de ingresos máximos excepto en los casos en que haya una acumulación con la pensión de vejez o invalidez social, ya que en estos casos se le permite que ingrese una cantidad equivalente al límite de la pensión mínima del régimen general, que para el 2012 es de 254 euros.

En cuanto a la extinción, ésta puede producirse cuando concorra una de estas causas:

- Cuando el sujeto beneficiario (viudo o viuda), adquiera el derecho a otro régimen de pensiones en general;
- cuando el sujeto beneficiario obtenga otra pensión del régimen no contributivo cuyo valor supere el límite de la pensión mínima del Régimen General;
- contraiga nuevo matrimonio o comience a vivir en unión de hecho. En este caso, llama la atención cómo a pesar de que para acceder a la pensión de viudedad la convivencia de hecho debe durar al menos dos años, para perderla no se establece ningún límite; - fallecimiento del sujeto beneficiario.

Por tanto, se observa cómo las condiciones de mantenimiento de la pensión suelen ir en la línea de todos los países mediterráneos. La incompatibilidad con la recepción de otras prestaciones tiene sentido fundamentalmente porque al tratarse de una pensión de tipo no contributivo su derecho suele basarse en la carencia de recursos. Y es común el requisito de que el cónyuge supérstite no haya contraído nuevo matrimonio.

C. Cuantía de la pensión

En cuanto a la cuantía de esta pensión, corresponde al sesenta por ciento del valor de la “Pensão Social” (pensión de la Seguridad Social) que, para el año 2012, es de 195’40 euros (Portaria n.º 320-B/2011, de 30 de dezembro que actualiza el valor de las pensiones). Por tanto, la pensión de viudedad en la actualidad asciende a 117’24 euros mensuales. En este sentido, debe tenerse en cuenta la reciente aprobación de la Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro de presupuestos del Estado para 2012, que suspende el régimen de actualización de estas pensiones durante el año 2012.

D. Compatibilidad con otras pensiones

El Decreto-Lei n.º 141/1991, de 10 de abril establece las condiciones para la acumulación de las pensiones de los regímenes contributivos de la Seguridad Social con ellas mismas, con las pensiones de jubilación de otros regímenes de protección social y de pensiones obligatorias y de carácter no contributivo o asimilados. Así pues, la pensión de viudedad será compatible con:

- Pensión de vejez e invalidez, hasta el valor de la pensión mínima del régimen general (debe entenderse que se trata de las no contributivas, ya que la incompatibilidad con las prestaciones contributivas es absoluta).
- Suplemento solidario para las persona de edad avanzada (mayores de 65 años) con escasez de recursos.
- Ingresos de inserción social para personas y familias en situación de grave carencia económica.
- Complemento por dependencia: en caso de que el beneficiario esté en situación de dependencia y necesite del concurso de otra persona para satisfacer las necesidades básicas de la vida cotidiana, como puede ser la higiene personal, la alimentación o la movilidad.

2.3.2. Pensión de orfandad

La pensión de orfandad consiste en el apoyo mensual en dinero que se reconoce a los menores y jóvenes huérfanos hasta que alcancen los 18 años de edad o hasta que se

emancipen, en función de qué es lo primero que suceda. Su regulación se encuentra fundamentalmente en el Decreto-Lei 160/80, de 27 Maio que establece el régimen de prestaciones de la Seguridad Social a los beneficiarios del régimen no contributivo, así como complementada por el Decreto-Lei n.º 464/80, de 13 Outubro, modificado por el Decreto-Lei n.º 18/2002, de 29 de Janeiro que establece las condiciones de acceso y atribución de la pensión de seguridad social (contributivas) así como en el Decreto Regulamentar n.º 52/1981. Por tanto, los requisitos de los sujetos beneficiarios son los siguientes: tener menos de 18 años y no estar emancipados. Ser huérfanos de una persona que no ha contribuido a la Seguridad Social o a cualquier otro sistema de protección social.

Además de las condiciones anteriores, es necesario que se cumplan una serie de condicionantes económicos, presentes en todas las prestaciones de tipo no contributivo. Los sujetos beneficiarios deben cumplir un grupo de condiciones, cada una de ellas compuesta de dos aspectos:

- Por una parte, los ingresos mensuales brutos del huérfanos no deben superar el cuarenta por ciento de las NIC, esto es, para el 2012, los 167'69 euros en el 2012 y el total de ingresos del hogar no debe superar una vez y media el NIC, por tanto, a 2012, 628'83 euros.
- O, los ingresos del hogar por persona no deben superar los 167'69 euros mencionados anteriormente y la familia debe estar en situación de riesgo social grave debido a la pérdida de ingresos o a un aumento anormal de las deudas. Una situación de riesgo que será determinada por los servicios de acción social competentes.

De los anteriores requisitos, se derivan las siguientes obligaciones de comunicación a la Seguridad Social: a) comunicar las alteraciones de los ingresos o la composición del hogar familiar. En este sentido, se entiende por hogar familiar el compuesto por el padre, madre, hermanos, hijos, abuelos, tíos y sobrinos o el padrastro, madrastra, padre, madre o hermanos de su padrastro o madrastra; b) los cambios de domicilio; c) la emancipación del huérfano.

A. Solicitud y nacimiento de la pensión

La solicitud de la pensión, que se presenta en los servicios de Seguridad Social del lugar de domicilio, puede realizarse por aquéllos que demuestren que han llevado al niño, al joven o los jóvenes mayores de 14 años.

Tal y como sucedía en el caso de la pensión de viudedad, el plazo normal de solicitud es su realización en los 6 meses siguientes al fallecimiento del sujeto causante, con lo que la pensión se comenzaría a disfrutar desde el primer día del mes siguiente al del fallecimiento. Si la presentación se realiza con posterioridad, el disfrute será a partir del mes siguiente a su presentación a no ser que hayan transcurrido más de 5 años, momento en el cual se pierde el derecho a la pensión.

No obstante, si el huérfano no tiene representante legal, los plazos anteriores empiezan a correr a partir de la fecha en que se designa a un representante por el Tribunal. De nuevo la respuesta a la solicitud se obtiene en un máximo de 90 días.

B. Interrupción y extinción de la pensión

La pensión de orfandad se verá interrumpida en el caso de dejar de cumplirse las condiciones de carencia de recursos. En cambio, se extinguirá en los siguientes supuestos: - cuando el huérfano cumple los 18 años de edad; - cuando se emancipe; - fallecimiento del huérfano;

C. Cuantía de la pensión

La cuantía de la pensión varía en función de existe viudo/a o excónyuge con derecho a pensión y del número de huérfanos. De este modo, las cuantías se concretan en:

Si hay cónyuge o excónyuge con derecho a la pensión y:	
Un huérfano	20% pensión Seguridad Social: 39'08 euros en 2012
Dos huérfanos	30% pensión Seguridad Social: 58'62 euros en 2012
Tres huérfanos	40% pensión Seguridad Social: 78'16 euros en 2012
Si no hay cónyuge o excónyuge con derecho a la pensión y:	
Un huérfano	400% pensión Seguridad Social: 78'16 euros en 2012
Dos huérfanos	60% pensión Seguridad Social: 117'24 euros en 2012
Tres huérfanos	80% pensión Seguridad Social: 156'42 euros en 2012

Puesto que en esta ocasión los beneficiarios son menores de edad no emancipados, la persona o institución que tiene el huérfano a su cargo es la que recibe el pago de la pensión.

D. Compatibilidad con otras pensiones

Esta pensión sólo es compatible con el complemento por dependencia, cuyas características se estudiarán en el epígrafe siguiente.

2.4. Complemento por dependencia (*complemento por dependência*).

Se trata de una ayuda de carácter mensual en dinero que reciben, entre otros, los beneficiarios de cualquiera de los regímenes de seguridad social que sean pensionistas en situación de dependencia (Decreto-Ley n.º 265/99, de 14 de julio). De este modo, pueden ser beneficiarios quienes estén percibiendo una pensión de supervivencia, o una pensión de viudedad o de orfandad del régimen no contributivo, siempre que se encuentren en la mencionada situación de dependencia (reconocida por el Sistema de Verificación de Incapacidades de la Seguridad Social (SVI)); lo que implica que para

ser beneficiario de este complemento han de darse esas dos condiciones, es decir, ser pensionista y estar en situación de dependencia. Y, a su vez, conlleva la acumulación de las mencionadas pensiones con este complemento por dependencia. De hecho, se abona de manera conjunta con la pensión.

Se entiende que están en situación de dependencia aquellos pensionistas que carecen de autonomía para poder satisfacer las necesidades básicas de su vida cotidiana y que, por tanto, necesitan la asistencia de otra persona para realizar tareas tales como la higiene personal, la alimentación, y para poder desplazarse. Se distinguen dos grados de dependencia:

- Primer grado, para todas aquellas personas que no pueden desarrollar las tareas mencionadas de forma autónoma; y
- Segundo grado, para quienes además de tener ese primer grado de dependencia se encuentran postrados en una cama o tienen una demencia grave.

En estos casos la asistencia por parte de otra persona puede ser asegurada a través de la participación, bien de forma sucesiva o bien de manera conjunta, de varias personas que tengan autonomía para poder realizar las mencionadas tareas. Puede tratarse de familiares del beneficiario de la prestación, o personas que se dediquen al apoyo domiciliario, o también puede recurrir a otros servicios de ayuda como es el caso de los servicios de telealarma. Del mismo modo, es posible el establecimiento de apoyo social, ya sea oficial o particular con o sin fines lucrativos.

No se fija una cuantía única del complemento por dependencia sino que varía en función de la pensión que se esté percibiendo y del grado de dependencia. En concreto, cuando se percibe una de las pensiones señaladas su cuantía para el año 2012 asciende:

Pensión	Grado de dependencia	
	<i>1º Grado</i>	<i>2º Grado</i>
<i>Régimen General</i>		
Pensión de supervivencia	97,70 euros	175,86 euros
<i>Régimen no contributivo</i>	<i>1º Grado</i>	<i>2º Grado</i>
Pensión de viudedad	87,93 euros	166,09 euros
Pensión de orfandad		

Este complemento se abona a partir del mes siguiente en el que fue solicitado, si en esa fecha se reuniesen las condiciones necesarias, o de aquel en el que se verifiquen las condiciones exigidas. Se percibirá mientras se mantenga la situación de dependencia y se reciba la pensión que da derecho a este complemento. Si no se dan las condiciones para su abono se dejará de percibir, en concreto, el último día del mes en que esto suceda. En concreto, el complemento de dependencia puede quedar en suspenso en los siguientes casos: si se suspende el abono de la pensión; si no recibiera la asistencia de otra persona; si impidiese o aplazase la evaluación de la situación de dependencia (por el SVI). También puede cesar su abono cuando el beneficiario deje de estar en situación de dependencia (en este caso si se revisa su situación de dependencia y el SVI concluye que ya no se encuentra en dicha situación, dejará de percibir el complemento el mes siguiente a aquel en que es informado por carta de que ya no tiene derecho al mismo); o cuando pierda su derecho a la pensión; o en el momento en que inicie una actividad profesional. En este sentido hay que señalar que este complemento no puede ser acumulado con rendimientos del trabajo, ni con otra prestación que tenga la misma finalidad.

El beneficiario deberá comunicar a la Seguridad Social cualquier alteración en los términos señalados que determine la suspensión o el cese en la percepción del complemento por dependencia, con carácter general en el plazo de 30 días a contar desde la fecha de verificación de los hechos. Y, en el supuesto en el que comenzase a trabajar o si solicitó una ayuda con el mismo fin y le ha sido concedida deberá comunicarlo de forma inmediata.

En este caso, hay que señalar que en nuestro sistema no existe este tipo de ayuda. Es cierto que en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, se define y establece una clasificación por grados de esa situación de dependencia, y, a su vez, se contemplan una serie de prestaciones y servicios a estos efectos, pero no se indica como condición para ser beneficiario de las mismas la de ser pensionista. Es decir, la titularidad de los derechos que se recogen en la norma no está condicionada por el hecho de ser pensionista.

2.5. Reembolso por gastos por funeral o sepelio.-

En el caso de que no haya familiares con derecho a cobrar el subsidio por defunción, es posible pagar una ayuda de sepelio a la persona que haya pagado los gastos del funeral del beneficiario del régimen general de la Seguridad Social que al menos haya pagado un mes de cotizaciones. Por tanto, el que solicite el reembolso o la ayuda, debe probar los gastos mediante la presentación de los originales de las facturas y recibos de los gastos.

La ayuda o prestación por gastos de sepelio se puede solicitar en el plazo de un año desde la muerte del beneficiario recibándose una respuesta en un plazo medio de 30 días, en función de la situación en concreto. Esta prestación puede pedirse en: - los servicios del Centro de Distrito de la Seguridad Social en el área donde vive la persona que ha realizado los gastos del funeral; - en el Centro Nacional de pensiones, si es que la persona que ha pagado el funeral vive en un país que no tiene ningún acuerdo de seguridad social con Portugal; - por correo.

Por lo que se refiere a la cuantía, se recibirá el valor de los gastos indicados en el recibo presentado por la persona interesada hasta el límite de seis veces el IAS, esto es, en el 2012, 2515'32 euros. No obstante, el límite de reembolso es diferente en otros regímenes especiales de la seguridad social como es el caso de las actividades agrícolas (RESSAA). Aquí el valor de reembolso tiene como límite 1'5 veces el IAS, esto es, en 2012 628'83 euros. El pago se realiza en una sola vez mediante transferencia bancaria.

Por último, se trata de una prestación no es acumulable con el subsidio por defunción, pues este, como se ha visto, también está destinado a pagar los gastos de funeral (además de otros) pero por lo general tiene un valor superior; y se asigna a la familia mientras que el reembolso de gastos de sepelio puede ser pagado a cualquier persona.

3.- Las pensiones de supervivencia en Francia.-

3.1. Consideraciones generales.-

En el régimen general de seguridad social francés (*régime général d'assurance vieillesse des travailleurs salariés*), se establece una pensión para el viudo o la viuda de una persona asegurada denominada "pension de réversion", siempre que se cumplan una serie de requisitos, entre los que, como se verá, se encuentran la edad y la condición de recursos. De todos modos, también se contempla un subsidio de viudedad, de carácter temporal, denominado «allocation veuvage», para las personas que no reúnan los requisitos para ser beneficiarios de la citada "pension de réversion".

Por su parte, en los regímenes complementarios y obligatorios, en concreto, Association de Régimes de Retraite Complémentaire (Arrco), para los trabajadores por cuenta ajena, y Association Générale de Institutions de Retrait des Cadres (Agirc), para los ejecutivos, también se establece una "pension de réversion" para el viudo o la viuda de una persona asalariada, si bien, como se analizará, los requisitos para poder percibirla son diferentes a los previstos en el régimen general; en particular, entre otros aspectos, por el hecho de que se atribuye sin condición de recursos. En cuanto a los huérfanos, cabe destacar que mientras que en el régimen general no existe una pensión de orfandad, en los regímenes complementarios sí se contempla la posibilidad de que los huérfanos de padre y madre puedan ser beneficiarios de una "pensión de réversion".

Al margen de lo señalado, también hay que hacer referencia a la existencia de una indemnización por defunción denominada "capital décès" de la que, cuando se cumplan una serie de condiciones, pueden beneficiarse, entre otros sujetos, según los casos, el viudo o la viuda, o los huérfanos. Y, por último, en el marco de las prestaciones familiares, es preciso mencionar la denominada "allocation de soutien familial", de la que, como se verá, se benefician de forma indirecta los huérfanos de padre y madre.

3.2. El tratamiento de la pensión de viudedad en el Régimen General.-

En caso de muerte (o desaparición) de un asegurado en el régimen general, el cónyuge superviviente, o su excónyuge, puede beneficiarse de una pensión de viudedad denominada "pension de réversion", que, en realidad, representa una parte de la pensión que

percibía, o que hubiese percibido, el fallecido, siempre, como se verá, que aquel cumpla una serie de requisitos; si bien, en ciertos supuestos, si no los cumple, puede ser beneficiario de un subsidio de viudedad, esto es, de la llamada “allocation veuvage”. Para el caso del viudo inválido o de la viuda inválida, se prevén las denominadas “pensions de réversion de veuf ou veuve invalide”, entre las que, a su vez, cabe distinguir la “pension de veuf o de veuve invalide”, y la “pension de vieillesse de veuf o de veuve”. Se trata, como se verá, de pensiones cuyo beneficiario será el cónyuge superviviente de una persona fallecida que era titular, o susceptible de serlo, de una pensión de invalidez o de una pensión de vejez siempre que se cumplan determinados requisitos, entre los que cabe destacar la necesidad de que, a su vez, a dicho cónyuge se le haya reconocido una invalidez.

En todo caso, cuando se hace referencia al derecho a ser beneficiario de una “pension de réversion”, en general, o la específica prevista para el viudo inválido o la viuda inválida, hay que tener en cuenta que se trata de un derecho derivado, en el sentido de que se atribuye al cónyuge superviviente teniendo en cuenta los derechos adquiridos por parte del asegurado fallecido.

A. Requisitos para ser beneficiario

Entre los requisitos para ser beneficiario de esta pensión es posible distinguir: en primer lugar, haber estado casado con la persona asegurada que ha fallecido; en segundo lugar, tener una determinada edad; y, por último, disponer de recursos económicos limitados.

A) Haber estado casado con la persona asegurada fallecida

Pueden beneficiarse de una “pension de réversion” el cónyuge superviviente, incluso si vuelve a contraer matrimonio, así como su excónyuge o sus excónyuges (arts. L353-1 a L353-3, R 353-4 Code de la Sécurité Sociale); sin que se establezca una duración mínima del matrimonio (como sí se exigía con anterioridad a julio de 2004, en concreto, dos años salvo que los cónyuges hubiesen tenido un hijo en el matrimonio) en ningún caso. Al contrario de lo que sucede en nuestro sistema, ya que se exige que el posible beneficiario de la pensión de viudedad acredite que el matrimonio se ha celebrado con un año de antelación en los casos en los que el sujeto causante ha fallecido como consecuencia de una enfermedad común previa al matrimonio; con independencia de que este requisito se pueda suplir si concurren otras circunstancias (hijos comunes, y que se acredite un tiempo de convivencia que, sumado a la duración del matrimonio, supere un período de dos años (art. 174.1 LGSS)). De este modo, puede afirmarse que la legislación francesa en este punto es menos rígida que la española.

Pues bien, el hecho de que puedan ser beneficiarios el excónyuge o los excónyuges supone que la ruptura de la relación no implica una pérdida de su derecho a obtener esta pensión si se cumplen el resto de los requisitos a los que se hará referencia. Es más, al igual que sucede en el caso del cónyuge, un excónyuge que nuevamente contrae matrimonio, o que convive con otra pareja puede igualmente beneficiarse de la pensión; al contrario de lo que sucede en nuestro sistema (art. 174.2 LGSS).

En el supuesto en el que el fallecido hubiese vuelto a contraer matrimonio, la pensión se compartiría entre el cónyuge superviviente y su excónyuge, o excónyuges, a prorrata de la

duración respectiva de cada matrimonio (ésta se determina de fecha a fecha (se redondea al número de mes inferior); algo similar a lo que se establece en el caso español (si bien se garantiza en todo caso el 40 por 100 a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad (art. 174.2 LGSS). El reparto opera en el momento de la liquidación de los derechos del primer beneficiario (cónyuge o excónyuge) que efectúe la demanda. Por tanto, tiene lugar incluso en ausencia de solicitud por parte de alguno de los beneficiarios, y de que uno de ellos no reúna las condiciones necesarias para acceder a la pensión. Si fallece uno de los beneficiarios, su parte vendrá a incrementar la del otro o la de los otros beneficiarios, a partir del primer día del mes siguiente a su fallecimiento.

Sin embargo, no tendrá la condición de beneficiario la pareja del fallecido con la que convivía sin haber contraído matrimonio (al igual que sucede en el caso español), ni la unida por un Pacto Civil de Solidaridad (PACS); lo que no ocurre en nuestro sistema en el que sí tienen condición de beneficiario, aunque deban cumplir ciertos requisitos específicos (art. 174.3 LGSS).

B) La edad

A pesar de que la ley de 21 de agosto de 2003 de reforma de las pensiones había programado la supresión progresiva de la condición de edad (que se concretó en el art. 24 del D. n° 2004-85, al exigirse una edad mínima para poder acceder a esta pensión hasta el 31 de diciembre de 2008 (55 años hasta el 30 de junio de 2005; 52 años hasta el 31 de diciembre de 2006; 49 años hasta el 31 de diciembre de 2007; y 46 años hasta el 31 de diciembre de 2008)), la ley n° 2008-1330 de 17 de agosto de 2008 para la financiación de la seguridad social para 2009 vino a introducir la edad para tener derecho a esta pensión; requisito que no se contempla en nuestro sistema.

De este modo, el beneficiario de una “pension de réversion” debe tener, al menos, 55 años (arts. L 353-1 y D 353-3 Code de la Sécurité Sociale). No obstante, se establece una excepción al respecto. En concreto, si el cónyuge ha fallecido antes del 1 de enero de 2009 (o ha desaparecido antes del 1 de enero de 2008) la edad para poder ser beneficiario de esta pensión se reduce y pasa a ser la de, al menos, 51 años. Esto significa que, salvo en este último supuesto, el cónyuge o excónyuge que no tenga dicha edad no podrá ser beneficiario de esta pensión, si bien, podría, como se verá, tratar de acceder a la denominada “allocation veuvage”.

C) Disponer de recursos económicos limitados.

No será posible beneficiarse de la «*pension de réversion*» si se dispone de recursos económicos que superen una determinada cifra (arts. L 353-1, R 353-1, D 353-1-1 Code de la Sécurité Sociale). Este requisito tampoco se contempla en el caso español, salvo en relación a las parejas de hecho (art. 174.3 LGSS). Pues bien, cuando se hace referencia a estos recursos se incluyen, entre otros, tanto recursos personales (procedentes de su trabajo (un 30 por 100 de los mismos), de una pensión, de una indemnización por desempleo, accidente o enfermedad profesional, de su patrimonio (se estima un 3 por

100 de su valor en el momento de la demanda)), a excepción de su residencia, como recursos procedentes de un nuevo matrimonio, PACS o de la convivencia con su pareja). Para ello se toma como referencia un determinado periodo de tiempo. En particular, los tres meses anteriores al punto de partida de la «pension de réversion», o los doce meses anteriores al citado punto de partida si este periodo le es más favorable.

Por esta razón, es decir, al tener en cuenta todos estos recursos, aunque es cierto que el hecho de que el beneficiario vuelva a contraer matrimonio (en el caso del cónyuge con posterioridad al fallecimiento del asegurado, y en el del excónyuge, ya sea antes o después del fallecimiento del asegurado) no impide que tenga derecho a la pensión, también lo es que, en la práctica, el volver a contraerlo, así como toda forma de vida en común con una pareja, va a tener efectos sobre el derecho o no a percibir pensión de réversion, y, en caso de que lo tenga, sobre la cuantía de la misma.

Esos recursos personales no pueden superar 2.080 veces el salario mínimo interprofesional hora (para el año 2012 el SMIC mensual (35 horas) asciende a 1393,82 euros, y a 9,22 euros, el salario hora). Si el posible beneficiario vive de nuevo en pareja el citado límite se incrementa en un 60 por 100 y se tienen en cuenta los recursos de la pareja (así, para el año 2012, si el beneficiario vive sólo el límite de recursos anual se sitúa en 19.177,60 euros; si vive en pareja, el límite anual será 30.684,16 euros). De este modo, el sujeto que pretenda ser beneficiario de la “pension de réversion”, junto a los requisitos señalados, relativos al matrimonio y a la edad, deberá justificar que cuenta con unos recursos inferiores a los señalados. En este sentido, aunque no se trata de un derecho reservado exclusivamente a la mujer, lo cierto es que en la práctica son muy escasos los supuestos en los que el hombre no supera este límite relativo a los recursos personales del posible beneficiario, por lo que habitualmente son las mujeres las que se benefician de esta pensión.

De todas formas, hay que señalar que la “pension de réversion” puede ser revisada (art. R 353-1-1 Code de la Sécurité Sociale) ya que los mencionados recursos económicos (del beneficiario o de su pareja) pueden sufrir variaciones bien al alza o bien a la baja. Si se produce una variación a la baja la cuantía de la pensión puede ser reevaluada al alza. Es más, puede darse el caso en el que el posible beneficiario no cumpliera con este requisito y, posteriormente, viese disminuidos sus recursos, lo que le permitiría efectuar una nueva solicitud, aunque la primera le fuese denegada. Si la variación es al alza el beneficiario podría ver disminuida su pensión, e incluso llegar a no tener derecho a percibirla.

Sin embargo, esa revisión de la pensión tiene carácter temporal, ya que llega un momento en el derecho a la pensión y la cuantía de la misma pasan a ser fijas. Así, la fecha de la última revisión posible tanto al alza como a la baja será: - tres meses después de la fecha en la que el cónyuge o excónyuge superviviente liquida la totalidad de sus pensiones de jubilación (“*l'ensemble des avantages personnels de retraite de base et complémentaire*”), en el caso en el que fuese posible acceder a las mismas; - en el momento de cumplir la edad necesaria para acceder a la pensión de jubilación, si no tuviese derecho a adquirir a título personal ninguna pensión de las señaladas.

B. Cuantía de la pensión y pago

La cuantía de la «pension de réversion» que percibe el cónyuge supérstite es igual al 54 por 100 de la pensión que percibía o que hubiera percibido el fallecido, sin que se tengan en cuenta las eventuales mejoras de la misma (por ejemplo, por cónyuge, o por hijos). De todos modos la cuantía se verá reducida si añadida a los recursos personales del cónyuge supérstite, o de su pareja, se superase el límite de recursos al que se ha hecho referencia en el apartado anterior; en concreto, se reducirá por la cuantía que sobrepase dicho límite. Si bien, no se tendrá en cuenta la mejora de la «pensión de réversion» por hijos (a la que a continuación se hará mención).

Si el fallecido aún no hubiese liquidado su pensión, ésta se calculará según las disposiciones aplicables a los asegurados de 57 años a la fecha de su fallecimiento. Se establece una cuantía mínima para la pensión (3.359,40 euros por año, es decir, a 279,95 euros por mes) a condición de que el asegurado fallecido haya permanecido, al menos, 60 trimestres como asegurado (art. L 353-1, D 353-1 Code de la Sécurité Social). Si no fuese así, se reduce a *prorata temporis*, es decir, en función del tiempo que haya permanecido asegurado. También existe una cuantía máxima de la “pensión de réversion”.

Corresponde al cónyuge o excónyuge supérstite decidir la fecha en la que desea que su pensión tenga efectos, siempre que cumpla ciertas condiciones. Con carácter general, la fecha de efectos se fija el primer día del mes:- siguiente al mes en el que se reúne la condición de edad; - siguiente a la fecha de depósito de la solicitud de “pension de réversion”, con excepciones. Así, cuando la solicitud se deposita en el plazo de un año siguiente al fallecimiento, el cónyuge supérstite puede beneficiarse de la “pension de réversion” el primer día del mes que sigue al citado fallecimiento. Cuando la solicitud se deposita en el plazo de un año siguiente al periodo de 12 meses transcurridos desde la desaparición, el citado cónyuge se podrá beneficiar de dicha pensión desde el primer día del mes siguiente a aquel en que se produjo la desaparición del asegurado. En general, se trata de una pensión que se abona mensualmente.

C. Mejoras

Cabe distinguir dos tipos de mejoras, por una parte, el beneficiario de la “pension de réversion” puede percibir una mejora, de un lado, de un 10 por 100 por haber tenido o educado, al menos, tres niños; y, de otro, de 93,03 euros por hijo a cargo de menos de 16 años (límite que no se tiene en cuenta en el caso de que realice estudios o está incapacitado o enfermo), a condición de que dicho beneficiario tenga menos de 65 años (art. R 353-9, modificado por el art. 4 del Decreto nº 2011-620, de 31 mayo 2011, y arts. L 351-8 y art. L 161-17-2 Code de Sécurité Social) y no sea titular de una pensión de jubilación (“*avantage personnel de retraite*”). Ambas mejoras se pueden acumular. En el caso de compartir la pensión de réversion con otros cónyuges, la citada mejora por cada hijo a tanto alzado se percibiría en su totalidad. No obstante, si la “pensión de réversion” se ve reducida teniendo en cuenta los recursos del beneficiario, esa mejora también se verá disminuida en las mismas proporciones.

Por otra parte, la pensión de réversion será mejorada en un 11,1 por 100 cuando el cónyuge supérstite ha alcanzado la edad de, al menos, 65 años (arts. L 353-6 y L 351-8 Code de Sécurité Social), y la suma de sus pensiones (“*avantages personnels de vieillesse*”) en un trimestre no supere una determinada cantidad (2.524,37 euros). Si

dicha suma y la mejora la sobrepasaran la mencionada cifra, entonces se reduciría por la cantidad que excediese de la misma. El cónyuge supérstite para poder beneficiarse de la mejora debe justificar la liquidación de las pensiones de jubilación y de réversion.

D. Liquidación

En el momento de fallecer el asegurado no se atribuye de forma automática la “pension de réversion”. Las “Caisses de retraite” no tienen obligación de informar al cónyuge supérstite o al excónyuge divorciado del fallecido de su derecho a esta pension de réversion. Por tanto, es necesario solicitar la pensión. Si no se obtiene respuesta transcurridos 4 meses desde el momento de efectuar la solicitud se entiende que ésta ha sido denegada.

3.2.1. Pensiones de réversion del viudo inválido o de la viuda inválida (“pensions de réversion de veuf ou veuve invalide”)

El cónyuge de una persona fallecida que era titular, o susceptible de serlo, de una pensión de invalidez o de una pensión de vejez, puede, siempre que, a su vez, esté afectado por una invalidez reconocida, beneficiarse de una pensión de invalidez de viudo o viuda cuando cumpla ciertas condiciones, entre ellas, que sea menor de 55 años, o de una pensión de vejez de viudo o viuda, a partir de los 55 años de edad (arts. L342-1 a 342-6; R 342-1 a 324-6; D 342-1 a D 342-3 del Code de la Sécurité Social). Pensión que no se contempla en nuestro sistema.

Así, si el cónyuge supérstite es inválido, simultáneamente a la solicitud de la «pension de réversion » a la que se ha hecho referencia, puede solicitar una pensión de vejez de viudo o de viuda cuando alcance la edad de 55 años; como se verá, esta última sustituirá a la pensión de invalidez de viudo o de viuda. Una vez que se compare la cantidad correspondiente a la pensión de réversion y a la pension de vejez del viudo o la viuda se le abonará aquella cuya cuantía sea más favorable.

A. Pensión de viudo inválido o viuda inválida (“pension de veuf o de veuve invalide”)

El cónyuge del asegurado fallecido debe cumplir una serie de requisitos para poder ser beneficiario de la pensión: - se establece una condición relativa a la edad que en este caso, al contrario de la «pension de réversion» a la que se ha hecho referencia, se sitúa en menos de 55 años ; - estar afectado por una invalidez reconocida que reduzca su capacidad para el trabajo o ganancia de 2/3 ; - justificar que la persona fallecida se beneficiaba de una pensión de invalidez o de vejez o que era beneficiaria de un derecho a pensión de invalidez o de vejez. Todos estos requisitos han de cumplirse de forma acumulativa, de modo que si alguno o alguno de los mismos no se diese el cónyuge del asegurado no podría beneficiarse de la pensión.

La cuantía de la pensión, cuando el cónyuge fallece antes de cumplir la edad de jubilación es igual al 54 por 100 de la pensión de invalidez de la que se beneficiaba o se habría beneficiado el cónyuge fallecido. Si bien, cuando el cónyuge fallece después de cumplir la edad de jubilación, la cuantía de la pensión será igual al 54 por 100 de la pensión de vejez de la que se beneficiaba o se hubiera beneficiado el cónyuge fallecido. En todo caso se establece una cantidad mínima de 276,39 euros por mes. La cuantía de

la pensión puede ser mejorada en un 10 por 100 si el beneficiario ha tenido al menos 3 hijos, o ha educado, al menos, tres niños durante un mínimo de 9 meses antes de que hubieran cumplido 16 años. También se incrementa en 93,03 euros por hijo a cargo de menos de 16 años.

Esta pensión puede ser percibida junto a una renta personal de accidente de trabajo o puede sumarse a una pensión personal de invalidez o vejez, si bien con el límite del 52 por 100 de estas ventajas personales y de la pensión principal del asegurado fallecido que ha servido de base para calcular la pensión de réversion; o con el límite del 73 por 100 de la cantidad máxima de la pensión de vejez atribuida en el régimen general a los 65 años (13.275,78 euros a 1 de enero de 2012). Se optará por la cuantía más favorable, si bien puede ocurrir que se supere estos límites, lo que implicará que la pensión se verá reducida.

Si la pensión se solicita en el plazo del año que sigue a la fecha del fallecimiento del asegurado, la pensión se abonará desde el primer día del mes que sigue a la fecha de fallecimiento, o desde el primer día del mes siguiente a la fecha en la que es reconocida la invalidez. Si se solicita cuando ha transcurrido un año, la pensión se abonará desde el primer día siguiente a la fecha de recepción de la solicitud, o desde el primer día del mes siguiente a la fecha en que es reconocida la invalidez.

El beneficiario puede perder su derecho a percibir la pensión en caso de que vuelva a contraer matrimonio (si bien, podrá volver a beneficiarse de la misma en caso de divorcio o si volviera a enviudar), al igual que si deja de reunir las condiciones de invalidez. Y, en todo caso, cuando el beneficiario cumpla 55 años, momento en el que la pensión se convertirá automáticamente en una pensión de vejez de viudo o de viuda.

B. Pensión de vejez de viudo o de viuda (“pension de vieillesse de veuf o de veuve”)

Esta pensión se atribuye al cónyuge supérstite de un asegurado fallecido beneficiario o susceptible de beneficiarse de una pensión de invalidez cuando reúna una serie de condiciones. En concreto, como se ha señalado, se atribuye, de forma automática, en sustitución de la pensión de invalidez del viudo o de la viuda cuando el beneficiario de la misma cumple 55 años; o al cónyuge de un asegurado fallecido al que se le reconoce una invalidez entre los 55 y 60 años; o en el caso en el que una persona que percibía una pensión de viudo inválido o de viuda inválida que al contraer matrimonio, como se ha señalado, ha perdido su pensión, si de nuevo quedara viuda, o se divorciara, a partir de los 55 años, podría percibir esta pensión de vejez. Al contrario de lo establecido para la pensión de viudo inválido o viuda inválida, si la persona beneficiaria de la misma vuelve a contraer matrimonio esto no implicará la pérdida de la pensión de vejez.

En relación al cálculo de la cuantía de esta pensión, las mejoras por hijos y la posibilidad de acumularla con otras pensiones hay que indicar que son las mismas que las señaladas para la pensión de viudo inválido o de viuda inválida.

Cuando esta pensión sustituya a la de viudo inválido o viuda inválida la fecha de efectos será el primer día del mes siguiente a aquel en que el beneficiario cumple 55 años. Si se trata de una atribución después del divorcio o de que adquiriera la condición de viudo tras un matrimonio que determinó la pérdida de la citada pensión de viudo inválido o viuda

inválida, la fecha de efectos de la pensión de vejez de viudo o de viuda será el primer día del mes que sigue a la fecha del divorcio o a la fecha en que se produzca el fallecimiento del cónyuge. En el caso de una invalidez sobrevenida entre los 55 y los 60 años de edad del cónyuge supérstite, la fecha de efectos quedará fijada el primer día del mes que sigue a la fecha de reconocimiento de la invalidez.

3.2.2. *Subsidio de viudedad: «allocation veuvage»*

Como se ha señalado, quienes no cumplan los requisitos de edad para disfrutar de una pensión de réversion pueden, en ciertos casos, tener derecho al subsidio de viudedad. Este subsidio está regulado en los arts. L 356-1 a L 356-5, y en los arts. D 356-1 a D 356-7 Code de Sécurité Social. Esta prestación se suprimió por el art. 31 de la ley nº 2033-775 de 21 de agosto de 2003, sobre reforma de las pensiones, aunque se mantenía con carácter temporal hasta 31 de diciembre de 2010; si bien, fue restablecida por el art. 93 de la ley nº 2010-1330 de 9 de noviembre de 2010, sobre la reforma de las pensiones (y el Decreto nº 2010-1778, de 30 de diciembre de 2010 relativo al restablecimiento del subsidio de viudedad para los cónyuges de asalariados y de asalariados agrícolas) a partir del 1 de enero de 2011.

En concreto, se garantiza al cónyuge supérstite de un asegurado en el régimen general que fallece cuando se encontraba en activo, o jubilado, o en situación de baja indemnizada, o en desempleo, o era beneficiario de un subsidio para adultos discapacitados, siempre que se cumplan ciertas condiciones, un subsidio de carácter temporal, en concreto, durante dos años, con objeto de que pueda bien integrarse, o bien reintegrarse en el mundo laboral. El beneficiario tipo es la mujer que no ejerce una actividad profesional en el momento del fallecimiento de su marido. Pues bien, la finalidad es que el sujeto que se beneficie de este subsidio pueda hacer frente de forma inmediata a la situación de necesidad en la que se encuentra tras el fallecimiento del cónyuge, aunque con este subsidio se le otorga una protección que no se va a prolongar en el tiempo, sino que de forma generalizada se establece por un determinado periodo. En este sentido, aunque se pueda hacer referencia a un derecho derivado, la nueva regulación tiende a una individualización de los derechos.

A. Requisitos

El acceso a esta prestación se encuentra condicionado por la necesidad de que el sujeto causante cumpla un requisito de carácter general. En concreto, la persona fallecida, debe de haber estado afiliado al seguro de vejez (en el régimen general o en el de asalariados agrícolas) y haber cotizado durante, al menos, 90 días, que pueden ser consecutivos o no, durante el año anterior al fallecimiento, exceptuando el mes en el que éste se produce. No obstante, también se contemplan determinadas situaciones en las que puede encontrarse la persona fallecida que determinan que sea posible acceder a la prestación sin que se cumpla el requisito de cotización al que se ha hecho referencia, tales como: - estar en situación legal de desempleo indemnizado; - o ser titular de pensión de jubilación, de invalidez, o de renta por accidente laboral; - o ser mujer beneficiaria del complemento familiar; - o realizar prácticas de formación profesional no remuneradas.

En este caso, el derecho a la prestación tiene una naturaleza de derecho derivado, puesto que es la muerte del sujeto causante la que puede determinar que sean los supervivientes quienes tengan derecho a esta prestación. Así, también se exige que los citados supervivientes, para poder beneficiarse de este subsidio, cumplan una serie de requisitos específicos. En concreto, se establecen determinadas condiciones relativas a residencia, edad, estado civil y recursos, que deben concurrir de forma acumulativa:

- residir en Francia (con alguna excepción en relación a los cónyuges de asalariados expatriados), o en la Polinesia francesa, o en uno de los Estados miembros de la zona de aplicación de los reglamentos comunitarios, o en uno de los países con los que Francia tenga un convenio en materia de seguridad social.

- tener menos de 55 años (o menos de 51 años si el cónyuge ha fallecido antes del 1 de enero de 2009). Como puede constatarse, la supresión por la citada ley de este subsidio estaba directamente relacionada con las modificaciones introducidas por la misma en la «pension de réversion» a la que se acaba de hacer referencia. En concreto, con el hecho de que se suprimiese la condición de edad para poder ser beneficiario de dicha pension, de forma que dejaba de tener sentido el mantenimiento de la denominada «allocation de veuvage».

De este modo, «pension de réversion» y «allocation veuvage» encuentran su vinculación precisamente en el requisito de la edad. Así, la introducción nuevamente de la condición de edad para tener derecho a dicha pension por la ley (nº 2008-1330) de 17 de agosto de 2008 para la financiación de la seguridad social para 2009 en los términos señalados, ha vuelto a determinar que se restablezca este subsidio de viudedad. Lo cierto es que, desde este punto de vista, «pension de réversion» y «allocation veuvage» parten, en términos generales, de un objetivo común, es decir, permitir que el viudo o la viuda haga frente a una situación de necesidad. Por esta razón, puesto que el restablecimiento de la condición de edad para poder ser beneficiario de la citada pension determinaba que los sujetos que no cumplieren este requisito quedaban desprotegidos, era necesario introducir nuevamente este subsidio precisamente para este colectivo que, aun estando en esa situación de necesidad, estaba al margen del ámbito de los posibles beneficiarios de la « pension de réversion ».

- Haber estado casado con la persona fallecida, no haberse divorciado de ésta, y no volver a contraer matrimonio, ni haber concluido un PACS, y no vivir en pareja. En este caso, el requisito es parcialmente coincidente con el establecido en relación a la «pension de réversion» a la hora de concretar quiénes son los posibles beneficiarios de la misma, ya que, desde este punto de vista, aunque se establece este subsidio para el viudo o la viuda que no cumpla el requisito de edad previsto para poder acceder a una pension de réversion, no existe una identidad en cuanto a la situación en la que ha de encontrarse el posible beneficiario, sino que, por el contrario, a pesar de que es preciso, como se acaba de señalar, haber estado casado con la persona fallecida, en este caso cualquier relación de convivencia en pareja, con o sin vínculo, va a impedir que la persona pueda percibir este subsidio.

- El solicitante no debe de haber dispuestos en los tres meses anteriores al fallecimiento del cónyuge de recursos personales (tales como ingresos profesionales, subsidio de minusválidos adultos, rentas de bienes mobiliarios e inmobiliarios, pensiones vitaliceas

y el denominado «capital décès» al que más adelante se hará referencia (en el art. D 356-3 Code de la Sécurité Social se establece una lista de recursos que quedan excluidos a la hora de determinar los recursos personales del solicitante)) superiores al límite fijado por trimestre de 3,75 veces la cuantía mensual máxima del subsidio, es decir, superiores a 2229,41 euros por trimestre. Esta condición de recursos se aplica durante todo el periodo en el que se abona este subsidio. De hecho, en el momento de solicitar el subsidio se efectuará un control sobre la cuantía de esos recursos y, después, de forma sucesiva, al término de cada semestre (de abono).

El sujeto que solicita el subsidio de viudedad es el que debe facilitar la información relativa a su edad, residencia, situación familiar y recursos. Además, también está obligado a comunicar todos los cambios que se produzcan al respecto.

B. Solicitud y abono

El subsidio de viudedad se debe solicitar en el plazo de 2 años a contar desde el primer día del mes en que se produce el fallecimiento. Como se ha indicado, se trata de un subsidio de carácter temporal ya que se abona durante un periodo máximo de dos años, a contar desde el primer día del mes en que se produjo el fallecimiento del asegurado, siempre que la solicitud se lleve a cabo en el plazo del año que sigue al citado fallecimiento. Si se efectuó en un momento posterior a dicho plazo, el periodo de dos años comenzará a computarse a partir del primer día del mes en el que se depositó dicha solicitud. Su cuantía asciende a 594,41 euros al mes.

C. Suspensión y extinción

Se suspenderá el abono del subsidio si el beneficiario deja de reunir las condiciones que permitieron que le fuese atribuido, como puede suceder si vive en pareja o si concluye un PACS, o si no reúne las condiciones de residencia. No obstante, podría volver a percibir este subsidio desde el momento en que reúna nuevamente las condiciones exigidas a las que se ha hecho referencia, aunque por un periodo limitado; en concreto, por el resto del tiempo hasta el máximo de dos años indicado. El subsidio se suprimirá el día siguiente a aquel en que el beneficiario alcance la edad que le permita beneficiarse de una «pension de réversion»; o al que se produce el fallecimiento del beneficiario; o a aquel en que el beneficiario vuelve a contraer matrimonio.

D. Acumulación con ingresos procedentes de la actividad

En el caso en el que la persona que se beneficia del subsidio retomase una actividad profesional, o iniciase una formación con carácter remunerado, los ingresos se acumularían durante 3 meses con el subsidio, si bien en los 9 meses siguientes se aplicaría una reducción del 50 por 100. Si el beneficiario crea o reanuda una empresa se beneficia también de la acumulación íntegra de las rentas procedentes de esta actividad con el subsidio de viudedad durante los 6 primeros meses. Durante los 6 meses siguientes, los ingresos obtenidos por la nueva actividad son evaluados de manera global, por mes, al 38 por 100 del importe máximo del subsidio y son objeto de una reducción del 50 por 100. Todos estos ingresos se tendrán en cuenta en el cálculo de los recursos del beneficiario. Si se sobrepasa el límite de recursos señalados se reducirá proporcionalmente la cuantía del subsidio.

3.2.3. Indemnización por defunción: «capital décès»

En el marco del régimen general de seguridad social, también hay que hacer referencia al denominado «capital décès» (arts. L 361-1 a 361-5, R 313-2 Code de la sécurité sociale). Se trata de una indemnización que pueden percibir las personas allegadas al asegurado que ha fallecido, con el fin de que puedan hacer frente a los gastos que ocasiona su defunción. Si bien, para ello han de cumplirse una serie de requisitos referidos tanto al fallecido como a los beneficiarios.

En cuanto a los posibles beneficiarios hay que distinguir los que son prioritarios, es decir, aquellos que no ejercen una actividad profesional y en el momento del fallecimiento estaban a cargo del difunto. Puede ocurrir que exista una pluralidad de beneficiarios prioritarios, en ese caso la indemnización se abonará, por orden de preferencia, al cónyuge (incluso separado), a la pareja con la que estaba unido el fallecido por un PACS; o, en su defecto, a sus descendientes (hijos); o, en su defecto, a los ascendientes (padres o abuelos). Pero, además, puede que existan varios beneficiarios prioritarios del mismo rango, por ejemplo, varios hijos, por lo que, en ese supuesto, la indemnización se repartiría entre ellos a partes iguales.

Puede suceder que no existan beneficiarios prioritarios. Así, si en el plazo de un mes (desde que se produce el fallecimiento del asegurado) no se indica ninguna prioridad, la indemnización se asigna, siguiendo el mismo orden de preferencia que se ha señalado, es decir, al cónyuge supérstite (incluso separado), a la pareja con la que estaba unido el fallecido por un PACS; o, en su defecto, a sus descendientes; o, en su defecto, a los ascendientes. Si existiesen varios beneficiarios no prioritarios del mismo rango la indemnización se repartiría entre ellos a partes iguales.

En cuanto al asegurado fallecido, se tiene en cuenta la duración de su trabajo y su situación menos de 3 meses antes de su defunción. En relación a la citada duración, el asegurado debe haber cotizado sobre un salario igual a 60 veces el SMI por hora en el transcurso de un mes o de 30 días consecutivos; o a 120 veces el valor de dicho SMI en 3 meses; o había trabajado 60 horas durante un mes o 30 días consecutivos, o 120 horas durante 3 meses (que también se pueden computar de fecha a fecha). Y, por lo que respecta a la situación del asegurado fallecido, durante los tres meses anteriores a su fallecimiento debía percibir una indemnización a título de seguro de enfermedad, o maternidad o incapacidad temporal de accidente laboral; o ser titular de una pensión de invalidez o de una renta de accidente laboral o de enfermedad profesional correspondiente a una incapacidad física permanente para el trabajo de al menos igual al 66,66 por 100; o ser indemnizado por el seguro de desempleo, o estar en situación de conservación de sus derechos. El desempleado indemnizado se beneficia del mantenimiento de su derecho por el tiempo que percibe su indemnización y 12 meses después, a condición de reunir los requisitos en el momento en que se produce el cese.

La indemnización es igual a los 3 últimos meses de salario del asegurado fallecido, si bien, se establecen una cuantía mínima (363,72 euros (a 1 de enero de 2012)), y una máxima (9093,00 euros (a 1 de enero de 2012)). El plazo para efectuar la demanda cuando se trata de un beneficiario prioritario es de un mes, en concreto, el que sigue al

fallecimiento. Si es un beneficiario no prioritario, tendrá 2 años a contar desde el fallecimiento para presentar la demanda.

3.3. El tratamiento de la viudedad y la orfandad en los regímenes complementarios obligatorios Arrco y Agirc: la «pension de réversion».-

Todos los asalariados del régimen general de la seguridad social deben estar obligatoriamente afiliados a un régimen complementario de pensiones (art. L 921-1 Code de Sécurité Social) y cotizar en ambos. En concreto, como se ha señalado, se hace referencia a Arrco, para los trabajadores por cuenta ajena (Acuerdo Interprofesional de 8 de diciembre de 1961), y a Agirc, para los ejecutivos (Convenio Colectivo nacional para ejecutivos de 14 de marzo de 1947). De este modo, la jubilación básica se complementa con jubilaciones complementarias obligatorias, y, además, en el caso de que fallezca un afiliado a uno de estos regímenes se contemplan una serie de derechos de «réversion», para el cónyuge superviviente, y, en su caso, para el excónyuge, o los excónyuges, y para los huérfanos de padre y madre. De forma que se les abonará una parte de los derechos obtenidos por dicho afiliado si se cumplen una serie de requisitos. Ahora bien, a diferencia del régimen general de seguridad social, en ningún caso se establece una condición de recursos. Tampoco se establece una limitación de estos derechos de réversion por el hecho de que puedan acumularse con otras pensiones, además no se contempla una cuantía mínima ni una cuantía máxima en relación a la pensión.

3.3.1. Derechos del cónyuge superviviente y/o del excónyuge

El cónyuge superviviente y, en su caso, el excónyuge o los excónyuges de la persona afiliada a uno de estos regímenes (jubilada o en activo) que ha fallecido puede obtener una pensión, ya sean hombre o mujer, siempre que se cumplan una serie de requisitos:

- es necesario haber estado casado con la persona fallecida (no se establece una duración mínima del matrimonio), bien en el momento en el que se produce el fallecimiento o bien con anterioridad aunque se haya divorciado; lo que implica que la vida en pareja o la celebración de un PACS va a determinar que no se pueda ser beneficiario de una «pension de réversion», lo mismo que sucede en relación a la «pension de réversion» en el régimen general.

- no haber vuelto a contraer matrimonio, tal y como se establece en nuestro sistema en relación a los beneficiarios de la pensión de viudedad y a diferencia de lo establecido en cuanto a la «pension de réversion» en el régimen general, ya que esto impide acceder a dicha pensión, y suprime los derechos de réversion en caso de ser beneficiario de la misma. Es más, incluso en el supuesto en el que la persona que haya vuelto a contraer matrimonio se divorciase con posterioridad o falleciese su nuevo cónyuge, no se volvería a restablecer la citada «pension de réversion».

- tener, al menos, una determinada edad, o tener dos hijos a cargo, o estar inválido. En relación a la edad hay que señalar que es necesario tener, al menos, 55 años, aunque hay que matizar, ya que existen diferencias entre el régimen Arrco y el régimen Agirc. En concreto : a) para poder ser beneficiario de la «pension de réversion Arrco» el cónyuge, o excónyuge superviviente, hombre o mujer, debe tener al menos 55 años, si el

fallecimiento se produce a partir del 1 de julio de 1996. No obstante, se establece una excepción para el caso de la mujer viuda, cónyuge o excónyuge del fallecido, cuando el fallecimiento ha tenido lugar antes de la citada fecha, ya que en ese supuesto puede obtenerse la pensión a partir de los 50 años.

b) Mientras que para poder ser beneficiario de la «*pension de réversion Agirc*» la edad del viudo o la viuda, cónyuge o excónyuge superviviente, se sitúa en, al menos, 60 años, si el fallecimiento se produce a partir del 1 de marzo de 1994. No obstante, también es posible acceder a la misma a partir de los 55 años, si bien se verá reducida; salvo en el caso de aquellas personas que reciban la «*pension de réversion*» de la seguridad social. Además, al igual que en régimen Arrco, se establece una excepción para la mujer viuda, cónyuge o excónyuge del fallecido, que puede obtener su pensión a partir de los 50 años si el fallecimiento se produce antes del 1 de marzo de 1994.

No será necesario que cumpla el requisito de la edad señalado el cónyuge superviviente (y, en su caso, el excónyuge) que tiene dos hijos a cargo en el momento del fallecimiento. Se tiene en cuenta todo hijo a cargo del beneficiario, aunque no tenga relación de parentesco con la persona que ha fallecido. Se consideran hijos a cargo, los que en el momento del fallecimiento tienen una determinada edad. En concreto: menos de 18 años; o más de 18 años y menos de 25 años si son estudiantes, aprendices, o demandantes de empleo no indemnizados (se ha venido estableciendo una edad máxima diferente en cada uno de los regímenes: menos de 25 años en el régimen Arrco, y menos de 21 años para el régimen Agirc); si bien, en este último régimen la edad se ha elevado hasta los 25 años cuando el fallecimiento ha tenido lugar a partir del 1 de enero de 2012). No obstante, hay que tener en cuenta que no se establece un límite de edad para el caso del hijo inválido, que se considera como hijo a cargo con independencia de su edad siempre que la invalidez haya sido constatada antes de cumplir 21 años de edad. Con carácter general, el beneficiario de la pensión continuará percibiéndola aunque los hijos dejen de estar a su cargo.

Del mismo modo, las personas inválidas, con independencia de su edad, bien en el momento del fallecimiento de su cónyuge o excónyuge, o con posterioridad al mismo. La situación de invalidez debe ser reconocida por la seguridad social (pensión de invalidez, renta de accidente de trabajo correspondiente a una tasa de incapacidad de dos tercios). En el caso de no estar asegurado, por un médico experto designado por “la caisse de retraite”; y, en determinados supuestos, por la Comisión de los derechos y de la autonomía de las personas discapacitadas (Cdaph) cuando se reconozca una incapacidad permanente de, al menos, el 80 por 100, o la imposibilidad de ejercer una actividad profesional); o por una decisión judicial (régimen de tutela, y régimen de curatela).

Hay que tener en cuenta que las pensiones de los regímenes complementarios se calculan por puntos, ya que cada año el importe de las cotizaciones pagadas en función del salario o renta de referencia se traduce en puntos. Así, la pensión que percibe el trabajador se calcula teniendo en cuenta el número de puntos adquiridos durante su vida laboral. Por tanto, para calcular el importe de la pensión se multiplicará el número de puntos adquiridos por el valor del punto en el momento de la liquidación de la pensión (el valor del punto a 1 de abril de 2012 es de 1,2414 euros para el régimen Arrco, y

0,4330 para el régimen Agric). El importe de la pensión es proporcional a los ingresos laborales del conjunto de la vida laboral.

En este caso, la pensión se calcula sobre la base del 60 por 100 de la totalidad de los derechos obtenidos por la persona fallecida (se aplica la siguiente regla: número de puntos de la persona jubilada o asalariada fallecida el 60 por 100 x valor del punto). Aunque, en el caso del régimen Agirc, si, como se ha señalado, se liquida anticipadamente la pensión a partir de los 55 años (en vez de liquidarla a los 60 años), se verá reducida la pensión en función de la edad que tiene el beneficiario en el momento de solicitarla: 55 años el 52 por 100; 56 años el 53,6 por 100; 57 años el 55, 2 por 100; 58 años el 56,8 por 100; 59 años el 58,4 por 100. En principio, esta reducción es definitiva, salvo en el caso de que el cónyuge superviviente o el excónyuge obtuviesen con posterioridad la pensión de reversión de la seguridad social. Si así fuese, se aplicará el 60 por 100 a la fecha del primer día del trimestre que sigue a la atribución de la “pensión de reversión” de la seguridad social.

En cuanto a la distribución de la pensión, la viuda o el viudo, en ausencia de excónyuge, percibirá el 60 por 100 de la totalidad de los derechos obtenidos por la persona fallecida. Por su parte, en el caso de que exista un único excónyuge, y no haya otro beneficiario, se calcula a partir de la misma regla prevista para el cónyuge superviviente, aunque la cuantía que percibirá será proporcional a la duración del matrimonio en relación al tiempo que la persona fallecida ha estado asegurada (en cuanto a este último se establece un límite de 164 trimestres). En el supuesto en el que la duración del matrimonio sea superior a la duración del tiempo en que el fallecido ha permanecido asegura el excónyuge percibirá la totalidad de la «pensión de reversión».

Y en el caso en el que existan varios beneficiarios, cónyuge superviviente y uno o más excónyuges que no han vuelto a contraer matrimonio, la pensión de reversión se distribuirá entre el viudo o la viuda y el excónyuge o los excónyuges a prorrata de la duración de cada matrimonio en relación a la duración de la totalidad de los matrimonios. Es decir, cada uno tiene derecho a una pensión en proporción a la duración del matrimonio en relación a la duración total de los matrimonios.

Si los beneficiarios son varios excónyuges, cada uno de ellos tiene derecho a una pensión que se calcula en función de la relación entre la duración de su matrimonio con el fallecido y el tiempo que éste ha permanecido asegurado en los regímenes de base de la seguridad social. En el caso de que la duración de la totalidad de los matrimonios sea superior al tiempo que el fallecido ha estado asegurado, la pensión se distribuirá entre los excónyuges en función de la respectiva duración de cada matrimonio en relación a la totalidad de los mismos.

Esta pensión no tiene una duración limitada en el tiempo en cuanto a su percepción. De hecho, como se ha señalado, el beneficiario puede continuar percibiéndola aunque deje de tener hijos a cargo. No sucede lo mismo en el caso de que el beneficiario deje de reunir la condición de inválido, ya que la pensión se verá interrumpida hasta que alcance la edad a la que se ha hecho referencia para poder acceder a esta pensión.

En cuanto a la fecha de efectos si la solicitud se deposita en los 12 meses que siguen al fallecimiento o a la fecha en la que se cumplen las condiciones, hay que distinguir, de

un lado, cuando el fallecido estaba en actividad, se fija el primer día del mes siguiente a aquel en que se produce el fallecimiento si se reúnen las condiciones señaladas, o, si no es así, el primer día del mes siguiente a la fecha en la que se reúnen las condiciones; y, de otro, cuando el fallecido estaba jubilado, se fija el primer día del trimestre que sigue al fallecimiento, si se reúnen las condiciones, o, si no se cumplen, el primer día del mes que sigue a la fecha en la que se cumplen las citadas condiciones (para el régimen Agirc, el primer día del trimestre, cuando el fallecido se hubiese jubilado antes del año 1992). La pensión se abona al inicio de cada trimestre.

3.3.2. *Derechos de los huérfanos: «pension de réversion des orphelins»*

Los huérfanos se benefician de la «pension de réversion Arrco» si uno de sus padres era asalariado o jubilado del sector privado. Si uno de sus padres era ejecutivo, pueden beneficiarse igualmente de la «pension de réversion Agirc». En ambos casos han de cumplirse determinadas condiciones:

- En relación a la situación familiar:

a) debe ser huérfano de padre y de madre, es decir, si sólo es huérfano de padre o de madre no podrá beneficiarse de esta pensión; a diferencia de lo que sucede en nuestro sistema en relación a la pensión de orfandad.

b) en el caso de ser adoptado, si reúne las condiciones también puede beneficiarse de la «pension de réversion» si fallecen sus padres adoptivos.

- En cuanto a la edad:

a) debe tener menos de 21 años en la fecha de fallecimiento del último de sus padres, para el régimen Agirc.

b) o, para el régimen Arrco, menos de 25 años y estar a cargo del último de sus padres en el momento de su fallecimiento.

Sin embargo, no se establece condición de edad para los huérfanos inválidos antes de los 21 años, cualquiera que sea su edad en el momento de producirse el fallecimiento.

La pensión se atribuye a cada huérfano que reúne las citadas condiciones. El huérfano puede beneficiarse de una pensión a título de cada uno de sus padres. La cuantía de la «pension de réversion» para cada huérfano es igual al 50 por 100 de los derechos Arrco y al 30 por 100 de los derechos Agirc obtenidos por su padre y/o su madre, con independencia del número de huérfanos.

En cuanto al momento en el que el huérfano comienza a percibir la pensión, será la fecha del primer día del mes o del trimestre siguiente al fallecimiento del último de sus padres. Esta «pension de réversion» se suprimirá cuando el huérfano llegue a la edad de 21 años o de 25 años, incluso antes de esta última edad en el caso de no ser estudiante, aprendiz o demandante de empleo no indemnizado, o si ya no reúne la condición de inválido.

3.4. La prestación familiar denominada «allocation de soutien familial».-

En el marco de las prestaciones familiares (cuya financiación procede de las cotizaciones de los empresarios y de los trabajadores independientes y de una parte de un impuesto (la Contribución Social Generalizada)) se establece la denominada «allocation de soutien familial» (arts. L 523-1 a L 523-3 y R 523-1 a R 523-8 Code de la sécurité social), de la que se beneficiará la persona que tenga a su cargo, efectivo y permanente, a un huérfano de padre y/o de madre (es uno de los supuestos en los que se puede percibir esta prestación). En este sentido, se entiende por tenerlo a su cargo («enfant à charge») el hecho de asumir los gastos de su cuidado y la responsabilidad afectiva y educativa, en este caso del huérfano, con independencia de que esa persona tenga o no una relación de parentesco (por ejemplo, el padre o la madre, según los casos, o el abuelo o la abuela, u otra persona que realmente lo tenga a su cargo). Se considera que se tiene a cargo en los términos señalados en cuanto al abono de esta prestación hasta el mes anterior a aquel en que cumple 20 años.

No existe una condición de recursos para poder beneficiarse de esta prestación. Si bien, es preciso que la persona que la solicita resida en Francia, y también que el niño, o el adolescente sea menor de 21 años, esté a cargo del pariente de forma permanente, viva bajo su techo y su educación sea seguida por éste. Si el huérfano trabaja, su remuneración neta mensual no debe ser superior a 836,45 euros para el año 2012. Por tanto, aunque no existe condición de recursos en relación a la persona que solicita la prestación, esa condición si se proyecta sobre el huérfano en el caso en el que trabaje, ya que si percibe una cantidad superior a la señalada el solicitante no podrá beneficiarse de esta prestación; en este sentido se entiende que en realidad ya no está a cargo en los términos señalados.

En particular, pueden ser beneficiarios, siempre que residan en Francia, el padre o la madre del huérfano que viva solo/a, o la persona que lo haya acogido y viva sola o en pareja, tienen derecho a esta prestación, a partir del mes siguiente al fallecimiento del padre o la madre, o de ambos, del huérfano, cuya cuantía asciende a 89,34 euros al mes, en este caso por huérfano a cargo que se ve privado de la ayuda de uno de sus padres, y a 119, 11 euros al mes si ha perdido a su padre y a su madre.

4.- Las pensiones de supervivencia en Reino Unido.-

4.1. Observaciones generales.-

El sistema de protección de la viudedad y orfandad (en terminología española) en el Reino Unido no es comparable al sistema de seguridad social español. No existe una pensión de viudedad en sentido estricto tal y como la conocemos en el ordenamiento español sino que lo que se instaura son ayudas a tanto alzado, en unas ocasiones, o periódicas en otras así como subsidios que siempre tienen una limitación temporal. Es como si se estableciese una cobertura social en la transición que existe entre la muerte de la persona que causa el derecho y que el beneficiario obtenga otro tipo de rentas o bien alcance la edad de jubilación. También se tiene un especial cuidado en la protección de la infancia, de forma que hay ayudas directamente vinculadas a tener hijos menores o, incluso, jóvenes de hasta los 20 años siempre que dependan del padre o madre viudo/a. Hay que añadir que no todas las ayudas o subsidios son compatibles

entre sí. Junto con estas ayudas o subsidios por fallecimiento que es la denominación que reciben existen otras que no están directamente relacionadas con él porque pueden acceder otro tipo de ciudadanos pero que condicionan, sin lugar a dudas, las cantidades que se reciben. Baste mencionar, las ayudas a viviendas o para la búsqueda de trabajo. Lo que si es claro es que estas prestaciones económicas dependen de dos elementos que afectan al reconocimiento del derecho y a la cuantía, la edad del superviviente y los ingresos que percibe. Aunque también, por supuesto, los períodos de cotización del causante ya que se tratan de ayudas/subsidios contributivos.

Por otra parte, tampoco existe una pensión de orfandad comparable a la que tiene nuestro sistema de Seguridad Social. Es cierto que existe cierta protección o ayudas a la formación o a la vivienda o, incluso, a encontrar trabajo para menores de 18 años y mayores de 16, pero no una prestación vinculada al fallecimiento del padre o de la madre. Esa cobertura se la dan al progenitor superviviente y a los niños se les protege con los parámetros anteriormente mencionados.

La norma que regula estas ayudas o prestaciones económicas es la Social Security Contributions and benefits Act de 1992 (Ley de Cotizaciones y Prestaciones de Seguridad Social de 13 de febrero) que ya ha sido reformada en varias ocasiones. Para lo que aquí interesa, algunas de las modificaciones más importantes se produjeron en 1999 (Welfare Reform Act, 1999 –Ley de Reforma del Estado del Bienestar-) y 2009 (Welfare Reform Act, 2009 –Ley de Reforma del Estado del Bienestar-) donde se elimina el concepto de pensión de viudedad (que realmente era una pensión para la esposa viuda) o pensión de viudedad con hijos a cargo para sustituirlo por los conceptos de subsidio/ayuda por fallecimiento o defunción (bereavement allowance), pagos por fallecimiento o defunción (bereavement payment) o subsidio/ayudas a padres viudos por hijos a su cargo (widowed parent's allowance –WPA-).

La construcción del sistema de las pensiones en el Reino Unido se basa en el reconocimiento de una pensión pública básica y una pensión pública adicional. Para causar derecho a la primera, se necesita realizar una serie de cotizaciones por un determinado número de años; de este modo, se consigue el máximo de la pensión en su cuantía económica. Si no realizas estas cotizaciones suficientes, la cuantía de la pensión básica se reduce proporcionalmente a lo que se ha dejado de contribuir. Junto con la pensión básica pública y al mismo tiempo se pueden realizar contribuciones que dependen de los ingresos del contribuyente para obtener una pensión complementaria mayor y que se adiciona a la básica. Puede ocurrir que se haya cotizado ya por los años que exige la norma y, en principio, si no se quiere cotizar más no hacerlo o bien si estás trabajando o tienes ingresos puedes seguir contribuyendo al Seguro Nacional para conseguir esta pensión pública adicional.

Lo primero que se debe destacar es que el sistema de pensiones cuando fallece uno de los cónyuges o pareja de hecho registrada, el superviviente tiene derecho a alguna de las pensiones estatales básicas sobre la base de sus cotizaciones al Seguro Nacional (NIC). Siempre que el causante se muera y el beneficiario de la viudedad no haya alcanzado la edad que da derecho a una de las pensiones del Estado. Este derecho se perderá si el sujeto vuelve a casarse (antes de que lleguen a la edad de Pensiones públicas del Estado); forme una nueva unión civil (igualmente, antes de que lleguen a la edad que da derecho a alguna de las Pensiones públicas del Estado)

También hay que decir que, la viuda, viudo o pareja de hecho superviviente puede tener derecho a la pensión estatal adicional (conocida como SERPS - State Earnings-Related Pension Scheme). Se puede tener derecho si no se solicitó la pensión pública estatal cuando se llegó a la edad de las Pensiones pública del Estado. Esta pensión estatal adicional proporciona una prestación económica suplementaria a la pensión pública básica del Estado si se estaba empleado, esperando un hijo o cuidando a alguna persona siempre que se cumplan unos determinados requisitos. Suele depender de la fecha de nacimiento de la persona que muere, de tal manera que afectará a la cuantía que modifica la pensión básica estatal. Ahora bien, esta pensión complementaria basa el cálculo en la actualización según los salarios teniendo en cuenta toda la carrera profesional. En el cuadro siguiente se señalan estos extremos:

Fecha de nacimiento si es varón	el porcentaje máximo de la pensión SERPS que la esposa o pareja de hecho pueden heredar
05 de octubre 1937 o antes	100%
Entre el 6 de octubre de 1937 y 05 de octubre 1939	90%
Entre el 6 de octubre de 1939 y 05 de octubre 1941	80%
Entre el 6 de octubre de 1941 y 05 de octubre 1943	70%
Entre el 6 de octubre de 1943 y 05 de octubre 1945	60%
06 de octubre 1945 y después	50%

Fecha de nacimiento si es mujer	el porcentaje máximo de la pensión SERPS que la esposa o pareja de hecho pueden heredar
05 de octubre 1942 o antes	100%
Entre el 6 de octubre de 1942 y 05 de octubre 1944	90%
Entre el 6 de octubre de 1944 y 05 de octubre 1946	80%
Entre el 6 de octubre de 1946 y 05 de	70%

octubre 1948	
Entre el 6 de octubre de 1948 y 05 de julio 1950	60%
06 de julio 1950 y después	50%

Hay una cantidad máxima de pensión pública estatal adicional que se puede recibir. Esta es una combinación tanto de su propia pensión complementaria (ayudas y subsidios por fallecimiento) y de la pensión adicional. La cantidad máxima es revisada cada año y se aplica en la fecha en que el derecho a la pensión adicional se generó. La pensión máxima del Estado adicional entre abril 2011 y abril de 2012 es £ 159.52 cada semana.

En segundo lugar, dentro de las Pensiones públicas del Estado, desde abril de 2002, la pensión adicional se cambió de SERPS a lo que se denominó segunda pensión pública estatal. Ahora bien, cualquier pensión estatal complementaria que se obtuvo a través SERPS está protegida, lo que quiere decir es que se mantiene esa pensión estatal extra con la regulación que le daba cobertura, independientemente de si ha llegado a la edad de Pensiones públicas del Estado o no.

La segunda pensión estatal es más generosa a los perceptores de bajos y moderados ingresos, los cuidadores y las personas con ciertas enfermedades a largo plazo o discapacidad. El cónyuge o pareja de hecho que tiene derecho a la segunda pensión del Estado sólo puede obtener (heredar en terminología del sistema del Reino Unido) un máximo del 50 por ciento de su cónyuge o pareja de hecho de estas Pensiones públicas del Estado de carácter adicional o segundas pensiones estatales. Lo que parece ser que el cambio de nomenclatura ha servido para el ahorro ya que la dinámica de esta pensión es parecida a la del SERPS pero lo que se ha hecho es limitar las cuantías que se reciben por la misma.

El cuadro de protección se completa con un conjunto de beneficios dirigidos a proporcionar al cónyuge superviviente o pareja civil superviviente una mayor cobertura, de manera que la viuda/o legal, la esposa/o o pareja de hecho también puede tener derecho a reclamar determinadas ayudas (sean ayudas o subsidios) por defunción en los siguientes supuestos: a) una sola vez por pago de fallecimiento; b) subsidio/ayuda por defunción por 52 semanas; c) subsidio/ayuda para padres viudos que tienen hijos menores a su cargo o jóvenes de edad inferior a los 20 años.

Todos estos beneficios dependerán de la cantidad de las contribuciones o cotizaciones que a la Seguridad Social se hayan realizado por el fallecido, aunque hay ocasiones, por el nivel de ingresos y por la edad, que se les da el tratamiento de como si se hubieran pagado; son cotizaciones ficticias que, en todo caso, dan lugar a las ayudas por defunción.

Junto con lo anteriormente señalado, si todavía el superviviente está en edad de trabajar pueden solicitar, también, otro tipo de ayudas generales, a la vivienda o a encontrar

trabajo o más vinculadas más concretamente al supuesto de fallecimiento y el nivel de ingresos que se traducen en créditos o exenciones tributarias.

A continuación se señalarán las características esenciales de cada una de las ayudas o subsidios a los que tiene derecho, tras la defunción del causante, el cónyuge o la pareja de hecho que se ha registrado como unión civil.

4.2. Las ayudas por supervivencia.-

Como se ha señalado anteriormente, en el Reino Unido no existen prestaciones por supervivencia en el sentido del sistema de Seguridad Social español sino que se configuran como ayudas a los cónyuges por el fallecimiento del causante que se conforman con elementos distintos dependiendo de que se tengan hijos a cargo o no. A continuación se describirán estas prestaciones económicas y los requisitos de acceso. El único punto en común con nuestro sistema es que se tratan de prestaciones, en la mayoría de ellas, que derivan de las cotizaciones que el causante ha realizado a los largo de su vida laboral, con excepción de que la muerte se haya producido por accidente de trabajo dónde el tratamiento es como si hubiera cotizado aunque no sea así.

4.2.1. Pago único por fallecimiento (Bereavement Payment)

Cuando fallece una persona, el esposo, esposa o pareja de hecho civil puede tener derecho a obtener un pago por defunción o fallecimiento; este pago es único y alcanza la cuantía de 2.000 libras que es libre de impuestos.

Los requisitos para poder solicitar el pago por defunción son que el esposo, esposa o pareja de hecho hubieran pagado sus contribuciones/cotizaciones al Seguro Nacional (NIC); que la muerte haya sido causada por la realización del trabajo o bien:

- que la viuda/o o pareja no había alcanzado la edad que da derecho a obtener alguna de las Pensiones del Estado cuando murió el causante
- que el esposo, esposa o pareja de hecho no estuviera incluido en la categoría A (trabajadores por cuenta ajena) para obtener la pensión de Jubilación del Estado cuando mueren.

En este punto es importante destacar que la edad de jubilación en el Reino Unido está en 65 años entre 2010 y 2020. Se implantará a los 68 años entre 2024 y 2046. Pero si eres mujer y se ha nacido después del 6 de abril de 1950 también aumenta a los 65 años, en edades anteriores está en los 60 años. Ahora bien, no se puede recibir el pago único por fallecimiento (no se causa el derecho) si concurren las siguientes circunstancias: a) se divorció o disolvían la sociedad civil de pareja de hecho; b) se está viviendo con otra persona, casándose de nuevo o siendo pareja de hecho; c) se está en prisión

La cuantía del pago asciende a la cantidad de 2.000 libras a tanto alzado, en un pago único y libre de impuestos. Se trata de una indemnización. El pago único por fallecimiento no suele afectar al derecho a otros beneficios. Sin embargo, los ahorros que se posean y el generar el derecho a esta indemnización puede afectar reduciendo la cantidad que se pueda obtener por otros beneficios, como:

- que la persona reciba ayudas por tener bajos ingresos. No necesitan estar registrados como desempleados.
- que el superviviente tenga una asignación por búsqueda de empleo que es el principal beneficio para las personas en edad de trabajar que están sin trabajo o trabajan menos de 16 horas a la semana en promedio. El posible beneficiario la recibe mientras está buscando trabajo.
- si recibe subsidios de vivienda por tener ingresos muy bajos
- previsión de Empleo y Apoyo que provee ayuda financiera a personas que no pueden trabajar debido a enfermedad o discapacidad. También ofrece apoyo personalizado a aquellos que son capaces de trabajar pero necesitan de apoyo para encontrarlo de naturaleza formativa o de realización de entrevistas etc.

4.2.2. Subsidio por fallecimiento (*Bereavement allowance*)

Una vez que se enviuada se puede solicitar una prestación por defunción (o fallecimiento), el beneficio económico que se obtiene es semanal y para un máximo de 52 semanas a partir de la fecha de la muerte de su esposo, esposa o pareja de hecho.

Los requisitos de los beneficiarios de esta prestación o subsidio son:

- viuda, viudo o pareja de hecho civil, de 45 años o más.
- Si no se tiene hijos a cargo
- Si no has alcanzado la edad para acceder a algunas de las Pensiones del Estado
- Si el difunto esposo, esposa o pareja de hecho ha cotizado a la Seguridad Social (NIC), o murió como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional

No se puede recibir el pago único por fallecimiento si concurren las siguientes circunstancias:

- Se divorció o disolvió la sociedad civil de pareja de hecho
- Se está viviendo con otra persona, casándose de nuevo o siendo pareja de hecho
- Se está en prisión

Si es viudo/a y no ha alcanzado la edad para obtener una pensión pública pero se tiene un hijo a cargo, se puede solicitar el subsidio de padre o madre viudos. Pero es incompatible tener este subsidio con la prestación que se está describiendo.

Según la edad del fallecido, se puede obtener para el año 2011-2012 las siguientes cuantías económicas:

45 años	30.21 libras
46 años	37.26 libras
47 años	44.31 libras
48 años	51.36 libras
49 años	58.41 libras
50 años	65.46 libras

51 años	72.50 libras
52 años	79.55 libras
53 años	86.60 libras
54 años	93.65 libras

Si se alcanza la edad de 55 años que es la mínima para obtener una pensión estatal o pública será de 100,70 libras. No obstante hay que señalar que la cantidad real que se puede obtener depende de:

- las cotizaciones generales que la persona fallecida haya realizado al Estado
- la edad de fallecimiento

Es importante saber que si se era beneficiario de una prestación económica por ser padre o madre viudo/a, por tanto, con hijos a su cargo que se deja de percibir dentro de las 52 semanas del fallecimiento, se puede estar en condiciones de solicitar esta prestación por fallecimiento pero para que sea concedida se tendrá en cuenta el momento en que se enviudó y de la edad que el supérstite tenga.

Si las circunstancias cambian como que se vuelva a casar, o empezar a vivir con alguien como si fueran casados constituyendo una unión de hecho no se tiene derecho a esta prestación y, en este caso, se debe informar a la oficina que se ocupa de sus pagos de forma inmediata.

Como en la prestación anterior, la cuantía puede variar si coincide con otros subsidios o ayudas. Baste señalar a modo de ejemplo:

- ayudas que se conceden a personas con bajos ingresos. No necesitan estar registrados como desempleados.
- asignación por búsqueda de empleo que es el principal beneficio para las personas en edad de trabajar que están sin trabajo o trabajan menos de 16 horas a la semana en promedio. Si es posible beneficiario se paga mientras que está buscando trabajo.
- si recibe subsidios de vivienda por tener ingresos muy bajos
- Previsión de Empleo y Apoyo que provee ayuda financiera a personas que no pueden trabajar debido a enfermedad o discapacidad. También ofrece apoyo personalizado a aquellos que son capaces de trabajar pero necesitan de apoyo para encontrarlo de naturaleza formativa, realización de entrevistas etc

4.2.3. Prestaciones para padres/madres viudos/as con hijos (Widowed Parent's Allowance)

El padre o madre cuyo esposo, esposa o pareja de hecho ha fallecido y tiene a su cargo un hijo menor o persona joven (se entiende como tal entre los 16 y los 20 años) y recibe alguna ayuda o subsidio económico por ese hijo puede, además, obtener un subsidio por ser padre o madre viudos Se puede acceder a esta prestación si:

- se está criando a un niño o joven menor de 19 años y está recibiendo alguna prestación por hijos
- si no se ha alcanzado la edad de jubilación para acceder a una pensión del Estado (pública)

- fallecimiento del cónyuge o pareja de hecho
- si el cónyuge o pareja de hecho ha cotizado al sistema de Seguridad social
- si está esperando un bebé de su cónyuge fallecido o pareja de hecho (incluido embarazos realizados con tratamientos de fertilidad)
- si el cónyuge murió como resultado de su trabajo aunque no hubiera cotizado al sistema de Seguridad Social

Como en los supuestos anteriores no se puede acceder a esta prestación:

- en caso de divorcio en el momento de su muerte o de disolución civil de la pareja en el momento de la muerte
- cuando estuviese conviviendo con otra persona
- en caso de reclusión en centro penitenciario

Se recibe una cuantía de 100.70 libras a la semana que es la cantidad máxima permitida de la ayuda básica para padre o madre viudo desde abril de 2011. Puede ocurrir que, además, se sea titular de una pensión adicional que en este caso será compatible. Si se tiene al menos 45 años de edad pero no se tiene derecho a ninguna pensión del Estado (pública) y el subsidio por ser padre/madre viudo finaliza dentro de las 52 semanas del fallecimiento del cónyuge, se puede tener derecho a obtener un subsidio por fallecimiento, descrito en el apartado anterior.

5.- Las pensiones de supervivencia en Irlanda.-

5.1. Consideraciones generales.-

El sistema de Seguridad Irlandés (Social Welfare Services) se caracteriza por su universalidad subjetiva ya que tienda a ofrecer cobertura a la totalidad de los ciudadanos, con independencia de si son o no trabajadores. Se trata, en este extremo, de un sistema que encuentra semejanzas con el sistema español y a tal efecto diferencia entre dos niveles de prestaciones, las que llamaríamos de naturaleza contributiva cuya cuantía se hace depender de un número previo de cotizaciones; y no contributivas o de carácter asistencial cuyo reconocimiento queda condicionado a la prueba de recursos (means-test). Junto a las anteriores, el sistema de Seguridad Social irlandés reconoce el derecho a otras prestaciones de carácter universal que no se hacen depender ni de cotizaciones previas ni tampoco de la carencia de recursos económicos; se trata del subsidio familiar o por hijos a cargo (Child benefit), que en nuestro Sistema sí que requiere como regla general la prueba de recursos; y el pase gratuito de transporte (Free travel).

Como se ha indicado al comienzo de este apartado, es práctica común en los países del entorno comunitario, la adopción de medidas en materia de protección social (y más específicamente en el ámbito de la seguridad social) con el propósito de garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones. Un proceso del que tampoco ha escapado Irlanda que, igualmente, ha introducidos cambios que se espera habrán de ser significativos a corto y medio plazo. En concreto, el 29 de junio de 2011 entró en vigor The Social Welfare and Pensions Act que introdujo importantes modificaciones a su Ley Básica en materia de pensiones (Pensions Act 1990). Entre otros, la Ley de 2011 ha previsto que para el año 2020 se establezca un sistema de seguridad social en el que sean totalizadas todas las contribuciones que el posible sujeto beneficiario haya ido realizando a lo largo de su vida laboral. La idea es que el nivel (la cuantía) de las

diferentes pensiones que el Sistema otorga sea directamente proporcional al número de contribuciones satisfechas por aquél; superándose así el sistema actual asentado sobre la lógica del cálculo de dichas pensiones a partir del promedio de las cotizaciones realizadas. Un cambio que supondrá que para alcanzar el máximo de la pensión será preciso treinta años de contribución. Es evidente que tras este incremento se está reforzando la exigencia de contributividad en aras al reconocimiento del derecho a las pensiones en mejores condiciones; algo semejante a lo que se ha visto sucede en España.

Este reforzamiento ha sido particularmente relevante en el caso de la pensión de jubilación pero también se prevé que suceda para el caso de la pensión de viudedad. En efecto, la regulación de la pensión de jubilación se articula en Irlanda a través de dos tipos de pensiones nacionales (o pensiones públicas). Por un lado, se encuentra The State Pension (Transition), antes de la Ley de 2006 (The Social Welfare Law Reform and Pensions Act 2006), era conocida como Retirement Pension to State Pension (Transition). Se trata de una pensión de retiro (de ahí su denominación en origen) que se reconoce al sujeto cuando éste alcanza la edad de 65 años, siempre que se éste, además, reúna los requisitos siguientes:

- no alcance la edad de 66 años
- abandone su trabajo de manera total
- y reúna el requisito de carencia exigido antes de una cierta edad, concretamente, debe haber empezado a cotizar antes de cumplir los 55 años. A su vez esta exigencia de cotización se articula de forma que resulta necesario que el sujeto haya satisfecho un número determinado de cotizaciones que será distinto en función de: a) si el sujeto alcanza la edad de 65 años antes del 6 de abril de 2002, el periodo de cotización exigible será de 156 semanas (un total de 3 años); b) si la edad se alcanza después de esa fecha, se incrementa la exigencia de cotización a 260 semanas. Y, por último, será imprescindible haber abonado un promedio mínimo anual de 24 cotizaciones mensuales.

Y por otro, a los 66 años de edad el sujeto puede ser beneficiario de la pensión de jubilación, si bien, ahora bajo la denominación de State Pension (Contributory) que, a diferencia de la anterior, sí que resulta compatible con el trabajo; al igual que en el caso anterior, The Social Welfare Law Reform and Pensions Act 2006 modificó su nombre en los términos actuales ya que hasta entonces se venía conociendo como The Old Age Contributory Pension. Se trata de una pensión que exige el cumplimiento de una edad, 66 años, y haber cumplido un determinado periodo de cotización bajo unos niveles de exigibilidad semejantes al antes descrito:

- el sujeto debe haber empezado a cotizar antes de los 56 años (en lugar de los 55 años)
- haber abonado como mínimo 260 semanas de cotizaciones (es decir, 5 años)
- una media anual como mínimo de 10 cotizaciones semanales abonadas desde 1953 hasta el final del ejercicio fiscal previo al año en que se cumplan los 66 años de edad.

En ambos casos (State Pension (Transition) o State Pension (Contributory)), son pensiones sujetas a tributación, aunque es poco probable que esa obligación se mantenga si la pensión constituye la única fuente de ingresos. En cuanto a sus cuantías previstas para el año 2012 cabe señalar que, respecto de la pensión nacional primera

(the State Pension (Transition)), la cuantía máxima semanal asciende a 230,30 euros que puede verse incrementada para el caso de que el sujeto pensionista de la misma tenga un adulto a su cargo (en cuyo caso habrá de añadirse, como máximo, la cantidad de 153,50 euros/semanales) o un menor (en cuyo caso, dependiendo de las circunstancias de éste, ese incremento máximo puede ser de 29,80 euros/semana o de 14,90 euros/semana). Por lo que hace a la denominada State Pension (Contributory), las cuantías se concretan en los términos siguientes:

Promedio semanal cotización	Cuantía semanal (máxima)	Incremento/semanal por adulto a cargo menor de 66 años (máximo)	Incremento/semanal por adulto a cargo mayor de 66 años (máximo)
48 o más	€230.30	€153.50	€206.30
40-47	€225.80	€146.00	€196.00
30-39	€207.00	€139.00	€186.00
20-29	€196.00	€130.00	€175.00
15-19	€150.00	€100.00	€134.00
10-14	€92.00	€61.00	€83.00

Pues bien, se ha indicado que la Ley de 2011 ha previsto cambios significativos; en concreto, se pretende que la primera de las pensiones, The State Pension (Transition), deje de percibirse a partir del primero de enero de 2014; lo que significará que la edad mínima legal pensionable en caso de la pensión de jubilación pasará a ser única, a los 66 años para todos los sujetos; pero es más, tal y como ha sucedido recientemente en nuestro ordenamiento español, se prevé que dicha edad sea elevada a los 67 años a partir del primero de enero de 2021, e incluso, que la misma alcance la de 68 años para el 2028. Cambios que, igualmente, van a ir acompañados de un mayor esfuerzo contributivo ya que a partir del 6 de abril de este mismo año 2012 la exigencia de cotización dejará de ser de 260 semanas de cotización (5 años) para convertirse en 520 semanas; se trata de un incremento que no es nuevo sino que ya estaba previsto en la normativa de seguridad social irlandesa desde 1997.

El reforzamiento del elemento contributivo, tal y como se ha dicho, también se ha dejado sentir en la pensión de viudedad que presenta en su configuración rasgos significativos si la misma se compara con lo que sucede en España. Una pensión que, como se verá a continuación, guarda ciertas conexiones con la pensión de jubilación lo que justifica que se haya hecho una breve referencia a la misma.

5.2. Las prestaciones por muerte y supervivencia en el sistema de seguridad social irlandés.-

Las prestaciones por muerte y supervivencia que, básicamente, se concretan en las pensiones de viudedad y orfandad presentan en nuestro sistema de Seguridad Social, ya se ha dicho, la condición de ser prestaciones de derecho derivado consecuencia de que el sujeto causante de la misma y el sujeto beneficiario no son la misma persona. Esto determina que los requisitos generales para causar derecho a las referidas pensiones se proyecten en el sujeto causante; limitándose al sujeto beneficiario aquéllas otras exigencias que están relacionadas con la lógica de la prestación, cual es la convivencia con el sujeto que fallece, o el hecho de tener hijos en común, etc. Sin embargo, este tratamiento no es compartido por la práctica totalidad de los países de nuestro entorno comunitario e Irlanda no es una excepción, tal y como se verá a continuación.

5.2.1. Prestación de viudedad (Widow, Widower or Surviving civil partner's Pension)

La configuración de esta pensión de viudedad responde a ese doble nivel de protección que ofrecen las prestaciones contributivas y no contributivas. De este modo, y con el propósito de cubrir la situación de necesidad que deviene del fallecimiento del cónyuge o pareja civil se articulan dos tipos de pensiones en razón del esfuerzo contributivo previo realizado. Junto a las mismas, y completando el cuadro de posibles ayudas dirigidas a facilitar la situación de necesidad que ocasiona para el superviviente la muerte del cónyuge o de la pareja de hecho, se establecen una ayuda por fallecimiento (Bereavement Grant) y la ayuda que se concede al superviviente que tiene hijos a su cargo (Widowed or Surviving Civil Partner Grant)

A. Pensión de viudedad contributiva (Widow, Widower or Surviving civil partner's (Contributory) Pension)

La regulación de esta pensión de naturaleza profesional presenta una peculiaridad si se compara con el tratamiento que recibe en nuestro sistema de Seguridad Social. Así, y en cuanto que pensión de naturaleza contributiva, es evidente que la exigencia de cotización resulta necesaria. Pues bien, esta exigencia presenta una singularidad y es que la misma puede predicarse tanto del sujeto causante (que es lo que sucede en España) como del sujeto beneficiario (esposa/o o pareja civil) lo que resulta cuando menos llamativo si se compara con lo que sucede en España donde su condición de pensión de derecho derivado conlleva que las exigencias para causar derecho a la misma deban referirse, al menos por lo que hace a la cotización, únicamente, al sujeto causante (el que fallece). En todo caso, y hecha esta salvedad, el reconocimiento de este derecho es automático si en el momento del fallecimiento el sujeto causante era pensionista de jubilación (State Pension (Transition o Contributory)) ya que, entonces, se entiende que el esfuerzo de cotización requerido para causar derecho a la misma ha sido debidamente cumplido. A partir de aquí, la exigencia de cotización se concreta en:

- haber satisfecho un mínimo de 156 semanas de cotizaciones efectivas hasta el momento del fallecimiento del cónyuge o hasta la fecha en que éste alcanzó la edad de jubilación
- y un promedio mínimo de cotizaciones semanal de 39 satisfechas durante los 3 o 5 ejercicios fiscales anteriores al fallecimiento del cónyuge o al momento de cumplir la

edad de jubilación. El reconocimiento de una pensión entre valores máximos y mínimos se concreta en el abono de 48 o 24 semanas de cotizaciones, respectivamente, desde que comenzara la vida laboral hasta el final del año fiscal anterior a la fecha en que tuvo lugar el fallecimiento o alcanzó la edad de jubilación.

De manera semejante a lo que se ha señalado para la pensión de jubilación en el Presupuesto anual para el ejercicio 2012 se ha previsto un incremento del esfuerzo contributivo a realizar para el reconocimiento de la pensión contributiva de viudedad. De este modo, el objetivo es que a partir del 27 de diciembre de 2013 el número de cotizaciones que deban ser abonadas pasará a ser de 260 semanas (es decir, el mínimo actual exigido para causar derecho a la pensión de jubilación) en lugar de las mencionadas 156 semanas de cotizaciones. En cualquier caso, y pese al incremento señalado, lo cierto es que se trata de un requisito que, sin duda, no presenta especiales dificultades en cuanto a su cumplimiento ya que basta con que se reúna el periodo de cotización con independencia de quien sea el sujeto que lo genera. Pero es más, si lo que importa es que tal exigencia se cumpla al margen de quien deba ser quien lo haga, resulta más que posible que el derecho a percibir una pensión de viudedad se pueda causar, incluso, cuando se trate de mujeres que no hayan sido trabajadoras siempre, claro está, que el cónyuge o pareja civil superviviente reúna la exigencia legal de carencia.

Un tratamiento beneficioso para una sociedad que, como sucede en la nuestra, cuenta todavía con un nutrido número de mujeres que nunca trabajaron fuera del hogar familiar. Se podría concluir que la configuración de esta pensión contributiva no responde plenamente a la lógica de lo que en nuestro sistema de Seguridad Social se vienen considerando como derechos derivados; el hecho de que la exigencia de carencia pueda proyectarse tanto del sujeto que fallece como del que sobrevive distorsiona, cuando, menos, esta consideración (en términos absolutos).

Algo semejante cabe decir cuando se trata de valorar la posible compatibilidad del disfrute de esta pensión con la pensión de jubilación (State Pension, Contributory) ya que, a diferencia de lo que sucede en nuestro sistema de Seguridad Social, en el caso irlandés el sujeto tendrá el derecho a optar entre una de las dos pero, en ningún caso, podrá ser sujeto beneficiario de ambas. Lo mismo sucede respecto de la pensión de incapacidad permanente (Invalidity Pension); en este caso, la incompatibilidad entre ambas pensiones se solventa permitiendo al sujeto que perciba un porcentaje inferior (la mitad) del subsidio previsto para los casos de enfermedad (Illness Benefit). Mientras que la condición de pensión de derecho derivado que caracteriza a la pensión española es precisamente el que permite que el sujeto beneficiario de la pensión de viudedad (cuyo sujeto causante ha sido el cónyuge superviviente o pareja civil) pueda serlo, también, de cualquiera de las pensiones que ofrece el Sistema en las que aquél cumpla la doble condición de ser sujeto beneficiario/sujeto causante; siendo una de estas situaciones la pensión de jubilación y la de incapacidad permanente. Por el contrario, las posibilidades de compatibilidad en el caso irlandés se reducen a los subsidios previstos para las situaciones de maternidad, desempleo, enfermedad derivada de accidente de trabajo, asistencia sanitaria; aunque existe una compatibilidad con el beneficio previsto para el caso de que la muerte derive de un riesgo profesional (Death Benefit), tal y como se verá posteriormente.

En definitiva, el tratamiento que recibe la pensión de viudedad en Irlanda obliga a reflexionar acerca de cuál sea la contingencia (situación de necesidad) protegida; pues, si en realidad su derecho lo puede generar tanto quien vaya a convertirse en sujeto beneficiario cuanto el que fallece, en la medida en que la exigencia de cotización es posible de uno o de otro, se podría concluir que la contingencia es la propia muerte y no, como sí sucede en nuestro ordenamiento, la disminución de ingresos que provoca en una unidad familiar el fallecimiento de quien aporta dichos ingresos. De este modo, el simple hecho del fallecimiento desencadena una serie de derechos a quienes sobreviven con independencia de que el propio sujeto que fallece haya contribuido previamente al sistema de Seguridad Social; lo cual, dicho sea de paso, resulta excesivamente protector respecto de quien, por ejemplo, se convierte en sujeto beneficiario por el hecho de su cónyuge o pareja haya fallecido a partir de sus propias cotizaciones.

Por último, antes de entrar en el análisis de la dimensión no contributiva de esta pensión es importante subrayar su carácter vitalicio (algo que no sucede en gran parte de los países del entorno comunitario), excepto, claro está que vuelva a contraer nuevas nupcias o conviva con una nueva pareja civil. Es más, el hecho de que el sujeto supérstite sea divorciado o la pareja civil se ha disuelto el derecho a percibir la pensión se mantiene. Así pues, el requisito específico que debe reunir el sujeto beneficiario es mantener el vínculo matrimonial o civil con el sujeto causante, al margen, claro está, de lo ya indicado respecto de la cotización.

En cuanto a la cuantía prevista para el año 2012:

Viudos/as y parejas civiles supérstites	Cuantía máxima semanal
Sujeto causante menos de 66 años	193,50 euros
Sujeto causante mayor de 66 años y menor de 80 años	230,30 euros
Sujeto causante mayor de 80 años	240,30 euros
Incremento por hijo a cargo	29,80 euros

De conformidad con lo señalado, el sujeto beneficiario podrá percibir una pensión máxima de viudedad, según diferentes escalas por razón de edad, desde 774 euros/mes hasta 961, 20/mes. Una regulación que se asemeja a la española que también diferencia según edad: 715,60/mes, 578,90/mes y 468,50 euros/mes en función de si el sujeto tiene 65 años (o es discapacitado), entre 60 y 64 años, o si es menor de 60 años, respectivamente. En todo caso, lo que sí se observa es que la pensión irlandesa es más ventajosa económicamente que la que ofrece nuestro sistema nacional. Bien es verdad, que la misma es compatible con la pensión de jubilación o de incapacidad permanente que pudiera tener el propio sujeto beneficiario, algo que sin embargo no está permitido en el caso de Irlanda.

B. Pensión de viudedad no contributiva (Widow, Widower or Surviving civil partner's (No Contributory) Pension)

La existencia de una pensión de viudedad de naturaleza no contributiva constituye una novedad si se tiene en cuenta el tratamiento que esta pensión recibe en muchos de los

países de nuestro entorno comunitario en los que ni siquiera está prevista (caso de Dinamarca) o como sucede en el nuestro está marcada por la exigencia de contributividad. Así pues, con esta novedad, el sistema de seguridad social irlandés articula una pensión dirigida a cubrir la situación de necesidad del cónyuge superviviente o pareja civil superviviente: En este caso, y en clara diferencia con lo que se ha visto sucede en la prestación contributiva, es preciso que el sujeto beneficiario reúna una serie de requisitos específicos.

El primero y, sin duda, más esencial habida cuenta el carácter no contributivo de esta pensión, es valorar los recursos que el sujeto puede tener para lo cual se le somete a la prueba de recursos (means-test). Pues bien, a tal efecto, se consideran ingresos computables los que devengan de otras pensiones, incluso cuando sean causadas fuera de Irlanda, los que devengan del trabajo siempre que los mismos no superen el importe de 100 euros/semanales; los que resultan del capital entendido como tal ahorros, inversiones, dinero en efectivo o cualquier otra propiedad que no sea su propia casa, excepto que esta permita obtener algún tipo de beneficio, por ejemplo, porque alquile una habitación salvo que esto le permita vivir sólo. Una vez computados los posibles ingresos se suman las diferentes partidas para ver la pensión que en su caso puede el sujeto obtener conforme a la siguiente regla: los primeros 7,60 euros/semanales no afectarán a la cuantía de la pensión; a partir de aquí, la pensión se verá reducida 2,5 euros cada semana por cada 2,5 euros de esos ingresos. Así pues, al menos *a priori*, el derecho a que le sea reconocida una pensión no contributiva de viudedad no decae por el mero hecho de que el sujeto tenga ingresos; cuestión distinta es que la misma se vea afectada (modulada) por esos ingresos hasta el extremo de que finalmente no perciba pensión alguna (sobre todo si se tiene en cuenta la cuantía de esta pensión).

Junto a este rasgo es importante subrayar que el segundo de los requisitos específicos que debe reunir el sujeto beneficiario es que resida habitualmente en Irlanda; una exigencia de la que también participa nuestro sistema y que se justifica por la naturaleza de la prestación y su financiación vía impuestos. Y, el tercero y último, está relacionada con la edad que, al igual que se ha visto sucede en el caso de la contributiva, utiliza como edad de referencia la de jubilación. De este modo, si el superviviente es menor de 66 años la cuantía máxima asciende a 188 euros/semanales y si es mayor de 66 años la cuantía se eleva a 204,30 euros/semanales.

C. Prestación por muerte derivada de riesgos profesionales (Death Benefit)

De manera semejante a lo que sucede en el sistema español la regulación de las situaciones de muerte originadas por un accidente de trabajo o enfermedad profesional reciben un tratamiento más beneficioso para el sujeto superviviente. De este modo, si el cónyuge o pareja de hecho fallece a consecuencia de un riesgo profesional, o para el caso de que, en el momento del fallecimiento, aquél ya fuese beneficiario de una pensión por incapacidad por pérdida de la mitad de sus habilidades físicas o mentales, el cónyuge superviviente o pareja civil superviviente podrá tener derecho a una prestación por muerte en condiciones económicas diferentes a las antes indicadas.

Ahora bien, no se trata, como sí sucede en España, de una indemnización que se añade a la pensión de viudedad; por el contrario, la misma ofrece al sujeto una prestación que no

será compatible (ya se dijo) con la que pudiera corresponderle por razón de su condición de viuda/o o pareja de hecho. Algo que se justifica si se comparan las cuantías que una y otra ofrece ya que, en este caso, dichas cuantías oscilan entre los 218,50 euros/semanales y 244,70 euros/semanales sin contar con posibles incrementos por hijo a cargo. En realidad, se trata de ofrecer una prestación más ventajosa para el sujeto beneficiario, justificada esa mejora por razón de la naturaleza profesional de la causa que originó el accidente o la enfermedad.

5.3. Pensión de orfandad (*Guardian`s payment*).-

El fallecimiento de uno (o de ambos) progenitores no parece ofrecer a los hijos una tutela específica en el marco de la Seguridad Social, o al menos no en los términos en los que se articula en nuestro Sistema a través de una pensión de orfandad. Por el contrario, en este caso se está reconociendo una prestación a quien ostenta la condición de tutor del menor; cabe pues, preguntarse si por tutor debe igualmente entenderse comprendido al otro progenitor, o simplemente se prevé una prestación de seguridad social para el caso del fallecimiento de los dos padres. En todo caso, se trata de una prestación de naturaleza contributiva condicionada a que el sujeto causante reúna, en el momento del fallecimiento, un determinado periodo previo de cotización de 26 semanas a lo largo de su vida laboral. A partir de aquí, la prestación cuya cuantía asciende a 176,50 euros/semanales por cada huérfano será abonada al tutor hasta que el huérfano alcance la edad de 18 años o de 22 para el caso que éste estuviese cursando estudios; es decir, se repite el esquema de la practica totalidad de los países del entorno comunitario que limita la percepción de la pensión al cumplimiento de una edad (en España, de conformidad con la Disposición transitoria sexta bis Ley General de la Seguridad Social, para el año 2012, la edad se cifra en 23 años).

La regulación descrita no deja de sorprender si como se ha señalado la posible pensión sólo se proyecta en casos de orfandad absoluta y no respecto de la simple (sólo uno de los progenitores) que, a tal efecto, quedaría al margen de cualquier posible protección. Sobre todo si se toman en consideración otros posibles mecanismos de tutela dirigidos a favorecer a las familias con hijos aunque no sean propiamente de seguridad social. Tal es el caso del subsidio familiar (*Child Benefit*) que se abona por cada hijo menor a cargo con independencia de los recursos económicos con los que cuente la familia. Se trata, en este caso, de un subsidio pensado para el caso de que sea uno u otro progenitor quien se encargue del cuidado del hijo menor; desde esta perspectiva, resultaría perfectamente posible para el caso de que la razón de que la tutela recaiga en uno solo sea debido al fallecimiento del otro progenitor.

El único problema es que su solicitud y posterior reconocimiento debe hacerse dentro de los tres meses siguientes a que haya tenido lugar el nacimiento del hijo (o su incorporación al hogar familiar); es decir, se trata de un subsidio pensado para favorecer la situación del progenitor que debe afrontar la entrada de un nuevo miembro en la familia (y lo debe asumir solo). Lo que explica que su cuantía sea claramente inferior a la mencionada *Guardian`s payment*; ya que en este caso, la cuantía asciende a 166,00 euros/mes por el primer y segundo hijo y a 203 euros/mes a partir del tercero. Por tanto, y volviendo al caso de la orfandad simple, la percepción de este tipo de subsidio quedaría limitado al supuesto de que el otro progenitor hubiese fallecido al tiempo del nacimiento o en un momento inmediatamente posterior. Así pues, habrá que pensar que,

pese a la propia denominación (Guardian's payment), está incluido el supuesto del progenitor superviviente.

6.- Las pensiones de supervivencia en Finlandia.-

6.1. Introducción.-

El sistema de pensiones finlandés reconoce derechos (tutela) en función de cual sea la condición del sujeto beneficiario. De este modo, es posible diferenciar una pensión basada en ingresos (Earning-related pension) respecto de quien presta servicios en Finlandia; en este caso, la pensión será el uno y medio por ciento de los ingresos anuales del sujeto, incrementándose dicho porcentaje en función de la edad. Así, para quien trabaje después de alcanzar la edad de 53 años el porcentaje será del 1,9 por ciento de los ingresos anuales siendo del 4,3 por ciento para quienes hayan alcanzado la edad de 63 años.

Por el contrario, cuando se trata de sujetos que carecen de trabajo remunerado o perciben ingresos bajos igualmente tendrá derecho a una pensión básica del Sistema (Basic pension); en este segundo caso, es preciso que el sujeto que la solicite haya vivido en Finlandia al menos tres años después de alcanzar la edad de 16 años y que los ingresos que el sujeto pudiera percibir no superen un determinado límite ya que de lo contrario, la pensión básica deja de ser abonada. De este modo, la pensión se calcula en proporción al tiempo durante el cual el solicitante ha vivido en Finlandia, si el solicitante de la pensión no ha vivido en el país al menos 40 años entre el cumplimiento de los 16 años y la edad de 64 años, dicha pensión será reducida en proporción al tiempo en el que éste haya residido en otro país.

A partir de esta dualidad y en relación con la pensiones derivadas de la muerte y supervivencia del sujeto hay que decir que el sistema de Seguridad Social en Finlandia contempla pensiones dirigidas al cónyuge supérstite (también para el caso de las parejas de hecho debidamente registradas) y para los hijos, en principio, menores de 18 años, si bien cabe que esta edad se incremente para el caso de que el hijo esté estudiando y hasta alcanzar la edad de 21 años.

6.2. Pensión de viudedad “*Surviving spouse*”.-

En relación con el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad, teniendo en cuenta lo antes dicho, es posible diferenciar entre aquella pensión basada en los ingresos y la denominada básica.

6.2.1. Pensión vinculada a los ingresos del sujeto causante “Earning-related pension”

Por lo que hace a la figura de sujeto beneficiario, es posible que esta condición recaiga en:

- el cónyuge supérstite siempre que el matrimonio hubiese tenido lugar antes de que el sujeto causante (esto es, el que fallece) hubiese cumplido la edad de 65 años. Una exigencia de edad, que por ejemplo, no existe en nuestro sistema de Seguridad Social y

cuyo objetivo último es evitar el reconocimiento de derechos de protección social respecto de situaciones de convivencia convenida.

- reconoce la posibilidad de ser sujeto protegido por la pensión de viudedad a las parejas de hecho debidamente constituidas (incluso cuando se traten de parejas del mismo sexo) lo que significa que no cabe el reconocimiento del derecho a esta pensión para el caso de que se trate de parejas que sólo conviven.

- los casos de separación o divorcio el derecho a la pensión queda condicionado (de manera semejante a cómo sucede en España desde la reforma introducida en el año 2007) a que el sujeto que sobrevive perciba, en el momento del fallecimiento, algún tipo de pensión compensatoria; en definitiva, el posible disfrute de una pensión de viudedad en los casos de ruptura del vínculo matrimonial (o separación de la pareja de hecho) queda condicionado a que el sujeto que sobrevive mantenga algún tipo de vinculación económica con el causante que justifique la necesidad de compensarle en caso de su muerte.

Delimitados quiénes pueden ostentar la condición de sujeto beneficiario no obstante es preciso que éste reúna una serie de requisitos específicos (propios y no derivados del sujeto causante) para poder adquirir el derecho a percibir la pensión de viudedad:

- que el cónyuge supérstite (o pareja de hecho) tenga menos de 50 años en el momento del fallecimiento

- o, que en ese mismo momento, el mencionado cónyuge esté percibiendo una pensión de incapacidad por un periodo mínimo de tres años

- o, que el cónyuge supérstite tenga menos de 50 años y el sujeto causante menos de 65 años cuando contrajeron matrimonio.

Pero es más, no sólo es preciso que el matrimonio se haya celebrado antes de que el cónyuge supérstite tenga 50 años sino que, además, se exige que el matrimonio haya tenido, como mínimo, una duración de cinco años; bien es verdad, que se prevén reglas más favorables para aquellos supérstites sin hijos que nacieron antes del 1 de julio de 1950. De todas formas, estas reglas sólo funcionan si se trata de matrimonios o parejas de hecho sin hijos en común ya que de haberlos las mismas desaparecen.

En conclusión, el hecho de que la pensión de viudedad quede condicionada a una exigencia de edad, tanto respecto del sujeto que causa el derecho como del que lo percibe, determina que no puedan tener derecho a la misma el cónyuge supérstite que se contrajera matrimonio a los 50 años (y carecían de hijos en común); o respecto de aquellos matrimonios celebrados después de cumplir los 65 años. Un límite de edad que vuelve a estar presente para el caso de que el viudo/a vuelva a contraer matrimonio ya que si ésto sucede antes de cumplir los 50 años, la pensión de viudedad quedara extinguida pasando, entonces, a percibir una indemnización a tanto alzado equivalente a tres años de pensión; cantidad que no le será abonada si esa misma circunstancia sucede una vez cumplidos los 50 años. Así pues, es fundamental para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad cuál sea la edad de los sujetos en juego, estableciéndose el límite en los 50 y 65 años, según se sea beneficiario o causante, siempre, claro está, cuando se trate de matrimonios que no tienen hijos en común. Una regulación que contrasta con la que existe en España y en otros países de nuestro entorno comunitario para los que lo esencial no es la edad sino la convivencia con el causante previa al fallecimiento.

Por último, y a efectos de determinar la cuantía de esta pensión de viudedad es importante subrayar que la misma se calcula tomando como referente la pensión que hubiera correspondido al sujeto causante si aquél hubiese estado trabajando hasta el día de su muerte; así, por ejemplo, para el caso de que aquél no estuviese percibiendo pensión de jubilación en el momento del fallecimiento, la pensión de viudedad que deba corresponder habrá de ser calculada sobre la pensión que le correspondería al tiempo de la muerte. En todo caso, la cantidad total a percibir por la pensión de viudedad y la que pudiera corresponder al hijo menor de edad (pensión de orfandad en terminología española) no pueden ser superiores que la hubiese correspondido al sujeto que fallece. En principio, los ingresos y ganancias del sujeto supérstite van a afectar a la pensión de viudedad, excepto que aquél tenga un hijo menor de 18 años en cuyo caso no se verá afectado mientras no alcance la referida edad. La pensión de viudedad es compatible con la que pensión que pudiera tener también el sujeto supérstite no obstante, si la pensión propia es superior que la cantidad abonada por la viudedad esta segunda será debidamente reducida. Una compatibilidad que no en todos los ordenamientos es posible distorsionando, cuando menos, la posible consideración de esta pensión de viudedad dentro de los denominados derechos derivados.

6.2.2. Pensión nacional “National Pensions”

Se habla en estos casos de una pensión de viudedad general (general survivor’s pension), abonada por el Kela (Institución de Seguridad Social Finlandesa) y que está sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones:

- que el sujeto causante fuese menor de 65 años en el momento del matrimonio
- que el sujeto beneficiario sea menor, también, de 65 años y no reciba otra pensión nacional
- que el sujeto causante haya residido en Finlandia un periodo de tiempo determinado después de haber cumplido la edad de 16 años que se concreta en tres años para los nacionales y los ciudadanos procedentes del entorno comunitario y de cinco años para el resto de países. O, que éste viviese en Finlandia en el momento de la muerte.
- que el supérstite sea residente en Finlandia o en cualquier otro estado miembro
- que el supérstite tenga o haya tenido un hijo en común con el fallecido. Para el caso de que no hubiese hijo en común, la pensión de viudedad quedará condicionada a que el supérstite tenga menos de 50 años en el momento del fallecimiento y a que el matrimonio haya tenido lugar antes de que el viudo/a cumpla los 50 años y haya durado un mínimo de 5 años.

Una vez delimitados los requisitos que repiten, en gran medida, el esquema de la pensión de viudedad vinculada a los ingresos (Earning-related pension), dentro de la pensión nacional es posible diferenciar dos tipos:

A) *The initial pension* que se reconoce desde el primer día del mes siguiente al momento del fallecimiento, abonándose durante un periodo de seis meses, o bien hasta que el sujeto beneficiario alcance la edad de 65 años. No obstante, la misma se extingue si el viudo/a pasa a percibir una pensión nacional finlandesa o pensión en el extranjero equivalente de cuantía superior a la denominada “initial pension”; así como, si contrae nuevas nupcias antes de cumplir los 50 años. Se trata de una pensión de cuantía básica

que importa la cantidad de 313,90 euros mensuales y que puede ser menor en función del municipio donde vive el sujeto beneficiario y de la situación familiar (por ejemplo, porque dicho sujeto resida o trabaje en otro país).

B) *The continuing pension* que será abonada una vez concluido el periodo de los seis meses y consistirá en una cantidad básica y una prueba de recursos suplementaria; en el caso, de que el viudo/a tenga a su cargo un hijo menor de 18 años (suyo o del sujeto causante), esta pensión incluirá una cantidad básica de 98,32 euros por mes. En el supuesto de que no haya hijos en común el derecho quedará condicionado a los ingresos y las propiedades del sujeto beneficiario.

Ambos tipos de pensiones quedan suspendidas cuando el viudo/a alcanza la edad de 65 años; en todo caso, el modelo B) “the continuing pension” siempre se extinguirá si el sujeto pasa a percibir una pensión nacional finlandesa o de cualquier otro país.

Asimismo, la percepción de estas pensiones no resulta compatible con las siguientes prestaciones que también son otorgadas por el Sistema Público de Pensiones (Kela): discapacidad, jubilación, desempleo, o prestación asistencial por desempleo de larga duración, o una pensión semejante de otro país. Por tanto, no es posible calificar este tipo de pensiones dentro de la categoría de derechos derivados ya que el hecho de ostentar la condición de beneficiario de una pensión propia determina su incompatibilidad con el disfrute de la pensión de viudedad.

Sólo una breve referencia a la pensión que deba recibir el sujeto en caso de divorcio, al igual que sucede en España tras la intensa reforma operada en esta prestación del Sistema, la misma no sólo queda condicionada en cuanto a su reconocimiento a que aquél perciba algún tipo de compensación económica por parte del causante sino que la cuantía de la pensión se hará igualmente depender de la cantidad que por tal concepto aquél perciba.

6.3. Pensión de orfandad “*Orphan’s pension*”.-

La pensión de orfandad está vinculada, como suele ser habitual, a que el hijo tenga una edad determinada, más o menos amplia, según qué países. Así, para el caso del sistema de seguridad social finlandés esa edad se concreta en 18 años, si bien la misma podrá ampliarse hasta los 21 años para el caso de que el hijo esté estudiando; al igual que sucede en el caso de la pensión de viudedad no resulta compatible su percepción si el hijo ya está percibiendo una pensión de discapacidad del sistema de pensiones nacional.

Se trata de una pensión que incluye una cantidad básica de 57,76 euros mensuales para el caso de orfandad simple; cantidad que se verá duplicada para el caso de que la orfandad sea absoluta. De manera que en este segundo caso, el huérfano recibe una pensión derivada de cada uno de los padres. No obstante esta cantidad básica suplementaria dependerá de otras eventuales ayudas (prestaciones) que aquél pueda percibir por razón del fallecimiento. Por último, esta pensión es abonada al progenitor con quien conviva el hijo menor de 18 años pero si aquél ya es mayor de esta edad y sigue estudiando podrá abonarse directamente a la cuenta de la que sea titular.

7.- Las prestaciones de supervivencia en Suecia.-

7.1. La protección de la viudedad y orfandad en Suecia: encuadramiento del sistema estatal de pensiones.-

El sistema de pensiones en Suecia se basa en los ingresos (salarios, ahorros etc.) que obtiene el ciudadano durante toda la vida y el sistema está configurado para tolerar los cambios demográficos que se pudieran producir y, además, los ingresos quedan condicionados al crecimiento económico en Suecia ya que el sistema impositivo del país está directamente relacionado con los mismos. El sistema sueco de pensiones se basa en las cotizaciones/contribuciones y en los impuestos (como sucede en el caso español) si bien, en el caso sueco, se puede diferenciar entre: a) la pensión básica basada en los ingresos (salarios) que el ciudadano ha obtenido; b) la pensión por primas que también se basa en los ingresos (salarios más ahorros) y que funciona como un complemento de la anterior; c) la pensión mínima garantizada. Lo que no impide que los sujetos puedan, también, tener planes y fondos de pensiones privados.

Para poder entender como se establece la protección que se otorga al cónyuge o huérfano por fallecimiento del causante es imprescindible entender la dinámica de la pensión de jubilación porque es la que determina el resto de las pensiones. Por ello, se hace necesario explicarlo, si quiera en términos generales. La norma principal es el Código de Seguridad Social (Act on the Introduction of a Social Security Code, 2010:111) que es quien se encarga de regular y establecer la configuración de todo el sistema. Así se puede empezar diciendo que todos los ciudadanos suecos tienen derecho a una jubilación una vez que hayan dejado de trabajar y pueden optar por empezar a recibir la pensión entre los sesenta y un años y los sesenta y siete años de edad; el que el ciudadano se jubile a una edad u otra influirá, como es natural, en la cuantía que reciba de pensión. El promedio de edad de jubilación es actualmente de sesenta y cuatro años.

Se podría resumir la estructura del sistema de jubilación sueco diciendo que se compone de tres partes esenciales: una pensión nacional, una pensión laboral por tiempo de servicio (sufragada por el empleador) y, por último, los ahorros en fondos de pensiones privados. Cada persona cotiza a su pensión nacional, proporcionalmente a sus ingresos, por cada año de servicio. La jubilación nacional también comprende una pequeña parte garantizada, destinada a personas que hayan recibido ingresos reducidos o nulos en su vida. La jubilación garantizada consiste en una cantidad mensual mínima.

La mayor parte de las personas que tienen empleo permanente acumulan además una pensión laboral cotizada por el empleador. La pensión nacional y la laboral representan juntas entre el sesenta y el ochenta por ciento de los ingresos de un jubilado. Por eso, muchas personas optan, para su mayor seguridad, por complementar sus ingresos de pensiones con ahorros en fondos de jubilación privados.

El sistema de pensiones goza de autonomía financiera al tratarse de un presupuesto totalmente independiente del presupuesto del gobierno central; lo que determina que pueda valorarse como un sistema estable a largo plazo tanto financiera como políticamente hablando. Asimismo, su estabilidad se consigue porque el tamaño de las pensiones se determina por la esperanza de vida media y se basa en los ingresos obtenidos y las cotizaciones realizadas que varían dependiendo de la evolución

salarial. De este modo, si se produce un fuerte crecimiento de los ingresos, las pensiones serán más altas; mientras que, si el crecimiento del ingreso es bajo como habrá una menor cotización, esto se traducirá, necesariamente, en un crecimiento de la cuantía de las pensiones correspondientemente más bajo.

Las pensiones que se sostienen dependiendo de los ingresos totales de toda la vida de la persona constituyen la pensión principal del Sistema Nacional de pensiones (da derecho a prestaciones basadas en un sistema de reparto –pensión básica por ingresos-). Cuanto más tiempo se trabaja la pensión que uno recibe es más alta. Esta consideración significa que se tienen en cuenta el valor de todas las cotizaciones durante el curso de la vida laboral y lo que se percibe como pensión es equivalente a lo que se ha cotizado. De forma que parte de los ingresos (salarios) se derivan a sostener la pensión futura, de manera que el dieciocho y medio por ciento se reserva para la pensión (el dieciséis por ciento a la pensión por ingresos –salarios- y el dos y medio por ciento a la pensión por primas que se explicará a continuación. Ambas constituyen, finalmente, la cuantía económica que la persona recibirá por su pensión.

La pensión por primas también está ligada a los ingresos (sería como un complemento de la pensión básica por ingresos) que se perciban a lo largo de vida. La pensión por primas se financia autónomamente y se basa en el ahorro de la persona. Es ella la que decide libremente en que fondos de inversión va a colocar esos ahorros. Se trata de un fondo de capitalización individual. Se tiene que tener en cuenta, para lo que aquí interesa, que la primera vez que se solicita la pensión por primas, se puede suscribir una protección para supérstite. La protección para supérstite implica que la pensión por primas se paga al cónyuge, pareja registrada o, en algunos casos, a la pareja de hecho sin registrar.

A ambas pensiones (basadas en el trabajo remunerado y con el principio de tener en cuenta todos los ingresos vitales), la pensión por ingresos básica y la pensión por primas de reserva, pueden acceder tanto los trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia y se calculan de la misma manera teniendo en cuenta los saldos acumulados y aplicando unos coeficientes que dependen de la esperanza de vida restante. Esta esperanza de vida se determina con las estadísticas vitales y dependiendo de la evolución en el último quinquenio conocido.

Por último, se protege a cualquier persona que no haya podido contribuir al sistema para obtener una pensión por ingresos con una pensión mínima garantizada. Esta compensación se financia con cargo al presupuesto del gobierno central. La pensión mínima garantizada está vinculada al nivel de inflación que anualmente haya y no hace distinción entre trabajadores por cuenta ajena o propia porque se basa en la residencia en Suecia. Aunque se incluye también la posibilidad de acceder a la misma si se ha residido en cualquier país de la UE o en otros con los que Suecia haya firmado un convenio. Es una pensión mínima y la cuantía depende del estado civil, en el caso de las personas solteras es de 2,13 veces de la inflación y de las esperanza de vida; si se está casado 1,90 veces de ese mismo parámetro (9987 y 8809 euros respectivamente para 2011). Hay que señalar para que no lleve a confusión que la pensión de garantía es una parte de la pensión general que se paga a las personas que durante su vida no han tenido ingresos con derecho a pensión o éstos han sido bajos. Se puede tener derecho a la pensión de garantía si ha cumplido sesenta y cinco años o no se tiene derecho a una pensión en función de los ingresos o ésta es baja. Se podría decir que se trata de una

pensión de nivel no contributivo, de garantía de mínimos, si bien condicionado al cumplimiento de una edad y de la residencia en Suecia.

Para percibir la pensión de garantía completa debe haber residido cuarenta años en Suecia. Si ha residido en el país durante menos tiempo, la pensión de garantía es menor. La pensión de garantía también se reduce si se tiene una pensión basada en los ingresos. La reducción se produce gradualmente y cuando la pensión basada en los ingresos supera un cierto importe no se paga ninguna pensión de garantía. La pensión de garantía se puede pagar a las personas que residen en un país de la UE o del EEE (EEE son los países de la UE más Noruega, Islandia y Liechtenstein). La fecha de nacimiento es importante. Así que si la persona nació en 1937, o antes, puede tener derecho a la pensión de garantía.

Por otra parte, en Suecia existe lo que se denomina la pensión complementaria (que puede identificarse con la de garantía) que es una parte de la pensión general que perciben los nacidos antes de 1954. La pensión complementaria es una pensión que cohabita con la pensión general y que queda condicionada en función de los ingresos que ha percibido la persona durante los años en que trabajó. Los ingresos se registran y así los nacidos en el período comprendido entre 1938 y 1953 reciben una parte de su pensión en la forma de pensión contributiva y pensión por primas, y una parte en la forma de pensión complementaria. Cuanto más tarde haya nacido en ese período, mayor será la parte de pensión contributiva/por primas y menor será la parte de pensión complementaria. Si ha nacido antes de 1938, cobra sólo la pensión complementaria como se ha señalado anteriormente. En este último caso, la misma funciona como una compensación por los cambios que se produjeron en el sistema de pensiones de 2003 y que afectaron muy notablemente a configuración normativa de las pensiones para los nacidos en esos años.

Avanzando en el sistema de pensiones sueco hay que señalar que la edad de jubilación es flexible. Las pensiones basadas en los ingresos y en las primas se pueden obtener a la edad de sesenta y un años y se pueden percibir en su totalidad o parcialmente. Esto quiere decir que la persona puede seguir trabajando mientras disfruta al mismo tiempo de una pensión. No obstante, como complemento a los ingresos relacionados con la pensión de jubilación, la protección básica, como ya se señaló, se obtiene en la forma de una pensión mínima garantizada, a la que se puede acceder a la edad de sesenta y cinco años. Aunque se puede trabajar hasta los sesenta y siete años.

Se puede cobrar la pensión a partir del mes en que se cumple sesenta y un años y, en muchas ocasiones, es posible simultanear el trabajo y el cobro de la pensión al mismo tiempo. Se tiene derecho a trabajar hasta la edad de sesenta y siete años, pero si el trabajador y su empleador están de acuerdo, puede continuar trabajando más tiempo. Cuanto más tarde se jubile el trabajador, mayor será la pensión que perciba. Esto se debe a que puede ahorrar más dinero y se considera como pensionista durante menos tiempo. En la solicitud debe indicar si desea cobrar la pensión completa, o una parte de la misma, por mes. También se puede decidir si se desea cobrar la pensión por primas a partir del mismo momento que el resto de la pensión general. El percibo de la pensión no es automático por cumplimiento de la edad sino que debe ser solicitado.

En resumen, el Sistema de Seguridad Social sueco juega de la siguiente manera para el trabajador. Cada año, se retiene el dieciocho y medio por ciento de su salario y otras compensaciones sujetas a impuestos para la pensión general. El dieciséis por ciento se retiene para la pensión contributiva, donde el valor de la pensión sigue la evolución de los ingresos en Suecia. El dos y medio por ciento restante del salario y otras compensaciones sujetas a impuestos se destinan a la pensión por primas, donde él mismo puede elegir los fondos de inversión para invertir su dinero. Si no lo hace, es el Estado quién decide dónde invertirlos. Además de los ingresos del trabajo, hay otros ingresos y compensaciones que dan derecho a pensión. Éstos se denominan “importes con derecho a pensión”. El trabajador puede obtener importes con derecho a pensión por los años dedicados al cuidado de hijos pequeños, por los períodos en que percibió un subsidio de incapacidad laboral o subsidio de actividad, y por los años dedicados a la realización de estudios superiores. Para que puedan computarle los derechos de pensión por años con hijos pequeños en la pensión futura, se debe tener como mínimo cinco años con ingresos del trabajo antes de cumplir setenta años. Los ingresos deben equivaler a dos importes básicos de ingresos como mínimo. Ahora bien, el trabajador sólo puede realizar aportaciones para su pensión hasta un ingreso determinado, que se denomina “tope de ingresos”. El tope de ingresos equivale a ingresos con derecho a pensión de siete y medio “importes básicos” por año.

La Agencia Sueca de pensiones (Pensionsmyndigheten) es el organismo responsable de la gestión de las mismas que depende del Ministerio de Salud y Asuntos Sociales y el control y vigilancia de las pensiones corresponde a la Inspección sueca de seguros sociales.

7.2. Las pensiones de supervivencia.-

La pensión de jubilación nacional incluye tres tipos de compensaciones económicas que afectan a las prestaciones por supervivencia y que se denominan a todas ellas como pensión de supervivencia, estas son, pensiones de orfandad; Ajuste de las pensiones o pensión de compensación o de adaptación y pensión por viudedad propiamente dicha. Todas ellas van acompañadas de la pensión mínima garantizada. Hay que añadir que tanto los trabajadores por cuenta propia como por cuenta ajena tienen la misma protección sea mediante la pensión mínima garantizada basada en la residencia como por la pensión según los ingresos.

7.2.1 La pensión de orfandad y la asignación para los hijos

En Suecia, un niño (menor de dieciocho de años) puede recibir una pensión de orfandad, si uno o ambos padres murieron. Si la pensión del niño es baja o si el fallecido nunca había trabajado en Suecia, se concede un apoyo y atención siempre que el niño viva en Suecia. Estas compensaciones (pensión de orfandad y asignación de supervivientes para su atención) se pueden mantener hasta los veinte años siempre que el menor esté asistiendo a centros de enseñanza básica o secundaria. Además, si al fallecido se le ha aplicado, en algún momento de su vida, las leyes de Suecia por la residencia o por el trabajo, se concederán estas ayudas de asistencia o atención a los huérfanos aunque vivan fuera de Suecia siempre que sea en un país de la UE o del Espacio Económico Europeo (EEE, los países de la UE más Noruega, Islandia y Liechtenstein) o Suiza.

La pensión de orfandad y la asignación de supervivientes para los hijos huérfanos es una prestación económica que tiene su base en los ingresos. Dependerá de lo ingresado por el causante a lo largo de su vida para el cobro de la pensión por ingresos de jubilación, el que la cuantía de la pensión de orfandad sea mayor o menor. Es cierto que a la hora de determinar esa cuantía se aplican elementos correctores de manera que se realiza un cálculo ficticio de lo que habría ingresado el fallecido si hubiera vivido hasta el momento de la edad de jubilación, más exactamente los sesenta y cuatro años, y se calcula la pensión completa que recibiría el fallecido por jubilación. Pues bien, el hijo recibirá un porcentaje que va desde el treinta al treinta y cinco por ciento de la pensión de jubilación así calculada. Si hubiera más de un hijo, cada uno recibirá entre el veinte o veinticinco por ciento. La regla se corrige porque el total que se paga por esta pensión entre los hijos, repartido equitativamente, no puede superar la cuantía total de la pensión de jubilación que recibiría el causante si hubiera vivido.

Como se ha señalado anteriormente, cuando el fallecido no genera derecho a pensión y por lo tanto, el huérfano no puede obtener la pensión de orfandad porque los ingresos no han sido los suficientes o bien la cuantía que percibe es muy baja, entonces es cuando se concede la asignación de supervivientes para hijos que se dedica a su atención y apoyo. Esta equivale al 40 por ciento de la cuantía que se establece para la pensión mínima garantizada de la que se habló en páginas anteriores y que para el año 2011 – es el último dato conocido- fue de 1875 euros (17120 SEK). Ahora bien, cualquier cantidad que se reciba de pensión de orfandad se deducirá de esta asignación incluso si la pensión se ha concedido por otro país.

7.2.2. Ajustes de la pensión o pensión de compensación o adaptación y pensión mínima garantizada

Esta prestación se concede cuando el superviviente convivía de forma permanente con el fallecido y es menor de sesenta y cinco años. Por tanto, la convivencia es el requisito clave para acceder a la misma; convivencia que se exige al menos de cinco años antes del fallecimiento. También se puede acceder a esta pensión si, además de convivir (en este caso no se establece parámetro de medición de esa convivencia), en el momento del fallecimiento, se vivía con un hijo menor de dieciocho años cuya custodia la tuviera alguno de los dos cónyuges. Por supuesto, se equipara los cónyuges a las parejas de hecho registradas.

La pensión tiene una duración de doce meses aunque puede ser prorrogada por un periodo igual de tiempo si el menor del que se tiene la custodia vivía de forma permanente en el domicilio familiar. En todo caso, esta pensión de adaptación sólo se disfruta hasta que el niño cumple los doce años. Si hay varios hijos pues hasta que el más joven alcanza la edad señalada.

La pensión de compensación o adaptación o ajuste equivale al cincuenta y cinco por ciento de la pensión de jubilación ficticia calculada en la forma que ya se ha señalado para la pensión de orfandad. Si el fallecido no generó derecho a esta pensión porque no ingresó las cantidades suficientes o porque el importe es mínimo, entonces se puede compatibilizar con la asignación de supervivientes para hijos. Esta asignación es el resultado de multiplicar el importe básico que se utiliza para la pensión mínima

garantizada por 2,13 veces si el fallecido hubiera cotizado cuarenta años en Suecia. Si la cotización responde a un período menor de tiempo entonces la pensión se reduce en proporción de 1/40 por cada año que falte de cotización hasta alcanzar los cuarenta años obligatorios. Al igual que la anterior cualquier pensión de compensación o adaptación que se reciba se deducirá de la pensión mínima garantizada del superviviente aunque la reciba en otro país o no sea asimilable a la pensión mínima garantizada.

7.2.3. La pensión de viudedad y la pensión mínima garantizada

La pensión de viudedad en general no existe en Suecia ya que fue suprimida en la Reforma de 1990. Ahora bien se dejó abierta la posibilidad de que las mujeres viudas pudieran acceder a este tipo de pensión siempre cuando se den determinadas circunstancias. A saber:

Si se es una mujer nacida en 1944 o antes, puede concederse una pensión de viudedad si no se ha alcanzado la edad de sesenta y cinco años (edad de jubilación que da derecho, al menos, a la pensión mínima garantizada). Es necesario haber estado casada a fecha 31 de diciembre de 1989 y no haber roto el vínculo hasta el momento del fallecimiento. Se puede tener derecho a pensión de viudedad (no en la cuantía total) si la mujer ha nacido en 1945 o más tarde y estaba casada con el causante a fecha de 31 de diciembre de 1989 y hasta la fecha del fallecimiento no rompió el vínculo conyugal siempre que se cumpla con el requisito de tener menos de sesenta y cinco años.

Realmente el procedimiento que se utiliza para la determinación de esta pensión es el que responde al de la pensión de compensación, adaptación o ajuste que ya se ha comentado anteriormente y no remitimos en su integridad. Lo que si debe quedar claro es que si el beneficiario tiene menos de sesenta y cinco años se recibe en primer lugar la pensión compensatoria.

Por último hay que señalar que si el cónyuge, nacido en 1938 o después, había suscrito una protección para superviviente para la pensión por primas cuando solicitó cobrar su pensión general, la Agencia Nacional de Pensiones (Pensionsmyndigheten) le pagará automáticamente el dinero a la viuda en calidad de beneficiario.

8.- Las prestaciones de supervivencia en Austria.-

8.1. Consideraciones generales.-

El sistema de Seguridad Social en Austria se basa fundamentalmente en el trabajo. Tal y como sucede en España, cuando una persona comienza una relación laboral tiene obligación de afiliarse a la Seguridad Social a través de la llamada Caja del Seguro de Enfermedad. Esta institución será la encargada de comunicar dicho alta a las instituciones competentes en materia de accidentes, pensión y desempleo.

Por tanto, en Austria la cobertura de la Seguridad Social lo es por enfermedad, accidente de trabajo, enfermedad profesional, pensiones (los cuales conforman la Seguridad Social en sentido estricto) y desempleo (Seguridad Social en sentido amplio). El sistema contributivo se basa, como en España, en la cotización de los trabajadores la cual corre de su cargo en un cincuenta por ciento correspondiendo el resto al empleador que, por otra parte, es el responsable del ingreso de las cotizaciones. Por otra parte, las personas

que no reúnen los requisitos obligatorios o voluntarios de seguros pueden realizar una cobertura de un seguro médico siendo aceptadas sus contribuciones. Se les llama cobertura “informal” de seguro.

Por lo que se refiere en concreto a las pensiones, debe señalarse que existen dos tipos: aquéllas llamadas pensiones personales y las de los familiares supervivientes. Las primeras son, por tanto, las que disfruta el propio asegurado a través de su seguro de pensiones y que son consecuencia de su propia contribución. En cambio, las restantes son las que se suelen denominar pensiones de derecho derivado, ya que su disfrute deviene corresponderá a sus supervivientes y exigen el previo cumplimiento de condiciones de cotización por parte del trabajador fallecido.s.

Centrando la atención en las prestaciones de supervivientes, existen dos: la pensión de viudedad y la pensión de orfandad.

8.2. Pensión de viudedad y de orfandad.-

En Austria, las pensiones de supervivientes tienen un papel fundamental. De hecho, aproximadamente un veinticinco por ciento de las pensiones son de este tipo. La mayor parte de los beneficiarios son mujeres, las cuales tienen rentas inferiores a las de los hombres. Un ochenta y siete por ciento de las personas que reciben la pensión de viudedad son mujeres y suelen caracterizarse por una escasa introducción en el mercado de trabajo de modo que no cumplen las condiciones para poder acceder a una pensión de jubilación.

Para generar cualquier tipo de pensión de supervivencia, es necesario que el sujeto causante haya cotizado al seguro de pensión cumpliendo una duración mínima de la afiliación.

Tienen derecho a la pensión de viudedad los cónyuges o excónyuges cuando:

- hayan cumplido los 35 años y no hayan vuelto a casarse.
- tengan menos de 35 años y estén incapacitados para trabajar habiendo sido mantenidos fundamentalmente a cargo del sujeto causante
- tengan a su cargo un hijo del sujeto causante
- la viuda está embarazada en el momento del fallecimiento
- los cónyuges hubiesen estado casados durante 10 años.

Si no se cumple ninguno de estos requisitos, se tendrá derecho a esta prestación durante 30 meses. Esto se aplica incluso si el sujeto causante ya estaba jubilado o tenía una pensión de invalidez. Esos casos, el derecho a recibir la pensión depende de la duración del matrimonio (3, 5 o 10 años). Y este criterio de duración depende a su vez de la diferencia de edad entre los cónyuges. Así pues, si la diferencia de edad es de más de 25 años, el matrimonio debe haber durado por lo menos 10 años. En todo caso, siempre se tendrá derecho a esta prestación si hay un hijo nacido en el matrimonio.

Como se adelantaba anteriormente, también puede accederse a la pensión de viudedad en caso de que los cónyuges estuvieran divorciados, siempre que el superviviente

tuviera derecho a la pensión alimenticia o de manutención. En estos casos la pensión tendrá como cuantía límite la de la pensión alimenticia, sin límite máximo.

Por lo que se refiere a la cuantía, la pensión puede llegar hasta un sesenta por ciento de la pensión a que tenía derecho el sujeto causante. Una de las más altas de los países de la Unión Europea. Este porcentaje experimentará variaciones en función del resto de ingresos recibidos por el cónyuge superviviente y el sujeto causante en los dos años naturales anteriores al fallecimiento. Además, si la suma de esta pensión y los ingresos del beneficiario no superan una determinada cantidad, se le abonará una cantidad complementaria de hasta el sesenta por ciento de la pensión del sujeto causante. Pero hay que tener en cuenta que en Austria la composición de los hogares familiares en el caso de las viudas suele ser superior a dos personas, al igual que sucede en España o Portugal. Además a esta pensión se le puede añadir una indemnización compensatoria o una ayuda de dependencia.

En cuanto a la pensión de orfandad está dirigida a los hijos menores de 18 años de edad, a no ser que estén realizando sus estudios y en ese momento se encuentren matriculados, en cuyo caso el límite de edad se amplía a los 27 años. También tienen derecho a ella los incapacitados sin límite edad.

La cuantía de la pensión depende de si el huérfano lo es de padre y madre, en cuyo caso será de un sesenta por ciento de la pensión a que habría tenido el causante, o sólo huérfano de uno de ellos, en cuyo caso la cuantía será de un cuarenta por ciento.

8.3. Ayuda para gastos de sepelio.-

Tal y como sucede en otros países europeos, en Austria también se encuentra prevista una ayuda para gastos de sepelio. Dicha ayuda consiste en una cantidad única destinada a compensar los gastos del sepelio del sujeto causante en los casos en que sus derechohabientes no tengan recursos y que se concede de acuerdo con los estatutos de las cajas de seguros, con lo que no siempre tienen por qué ofrecer esta ayuda. Además, también es posible tener en cuenta los gastos de transporte del sujeto causante siempre que se realice a una distancia mayor que el territorio municipal. Esto suele concederse cuando el transporte se realiza al extranjero o proviene del extranjero, como puede suceder en el caso de los accidentes mortales sucedidos fuera de Austria.

9.- Las prestaciones de supervivencia en Alemania.-

9.1. Consideraciones generales.-

En Alemania los trabajadores asegurados en el régimen del seguro de pensiones están cubiertos por el seguro de supervivientes, lo que implica que cuando fallece un trabajador asegurado en este régimen determinados beneficiarios, siempre que se cumplan ciertos requisitos, pueden acceder a las prestaciones de supervivientes. Se trata de prestaciones de naturaleza contributiva, de modo que el acceso a las mismas está condicionado por el hecho de que el sujeto causante debe cumplir un requisito general, en concreto, debe haber cotizado durante un cierto período de tiempo. Si bien, a este requisito general exigido al sujeto causante, hay que añadir unos requisitos específicos

que se contemplan en relación a los supervivientes, que, en todo caso, si se cumplen disfrutarán de un derecho derivado.

Es decir, la muerte del sujeto causante determina que, en el supuesto de que se cumplan tanto el requisito general como los requisitos específicos, a los que se hará referencia, los posibles beneficiarios tengan derecho a una de las prestaciones de supervivientes, entre las que cabe distinguir, de un lado, la pensión de orfandad, que se concede a los hijos, y a otros sujetos que estén acogidos en su hogar o sean mantenidos por el mismo; y, de otro, la pensión de viudedad. Pensión, esta última, para la que se ha establecido una nueva regulación que, por el momento, convive con otra regulación, es decir, existen dos regulaciones al respecto, de forma que a partir de factores tales como la fecha en la que se ha contraído matrimonio, y la edad que tenían los cónyuges en dicha fecha se determina qué normativa se aplica; lo que, a su vez, implica que se otorga un tratamiento distinto a los posibles beneficiarios.

Es cierto que en todo caso, sea cual sea la regulación que se aplique, tanto en una como en otra, cabe distinguir entre la pensión mayor de viudedad y la pensión menor de viudedad, pero también lo es, como se verá, que se establecen ciertas diferencias fundamentalmente en cuanto a la cuantía y temporalidad de la prestación que determinan esa diferencia de tratamiento. Además, en la nueva regulación se contempla la posibilidad de optar bien por una pensión de viudedad, o bien por un reparto equitativo de las pensiones de jubilación entre ambos cónyuges durante la vida de los mismos (“Splitting”).

Por último, también hay que tener en cuenta que existe un seguro obligatorio de accidentes que se establece para una diversidad de colectivos entre los que se encuentran los trabajadores. En este sentido, cabe destacar que las cotizaciones a este seguro están a cargo exclusivo de la empresa. Pues bien, en el caso de que un trabajador fallezca como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional se contemplan una serie de prestaciones entre las que, por lo que aquí interesa, cabe destacar las denominadas pensiones de supervivientes, y el subsidio por defunción.

9.2. Las prestaciones por muerte y supervivencia en el sistema de seguridad social alemán.-

En Alemania todos trabajadores por cuenta ajena (y ciertos grupos de trabajadores autónomos que reciben unos ingresos superiores a los mínimos) están asegurados en el régimen del seguro de pensiones y están cubiertos por el seguro de supervivientes. Si bien, como se ha indicado, también existe el mencionado seguro obligatorio de accidentes. Por tanto, a continuación se analizarán, por una parte, las prestaciones de supervivientes que se contemplan en el régimen de seguro de pensiones, y, por otra, las prestaciones que se establecen en el marco del seguro obligatorio de accidentes.

9.2.1. Prestaciones de supervivientes en el régimen de seguro de pensiones

Cuando fallece un trabajador por cuenta ajena asegurado en este régimen de seguro de pensiones determinados beneficiarios pueden tener derecho, según los casos, a una pensión de viudedad, o a una pensión de orfandad.

A. Pensión de viudedad

Se trata de una prestación de naturaleza contributiva cuyo acceso se encuentra condicionado por la necesidad de que el sujeto causante cumpla un requisito de carácter general, en particular, que haya cotizado como mínimo 60 mensualidades (5 años). No obstante, junto a este requisito general también se exige que los supervivientes cumplan una serie de requisitos específicos, lo que, como se ha señalado, tiene sentido si se considera que en este caso el derecho a la prestación tiene una naturaleza de derecho derivado, ya que la muerte del sujeto causante es la que puede determinar que sean los supervivientes quienes tengan derecho a esta prestación.

En este caso, con carácter general, se parte de la existencia de una situación de necesidad que se produce por el fallecimiento del trabajador, de forma que la pensión de viudedad viene a cubrir la pérdida o disminución de los ingresos familiares. De este modo se protege a una serie de beneficiarios que deben cumplir ciertos requisitos específicos, en concreto, el cónyuge supérstite (viudo o viuda); la pareja supérstite en una pareja civil declarada (que ha existido durante más de un año), a la que en este caso se aplican las normas previstas para los matrimonios a las que a continuación se hará referencia; y, en algunos supuestos, el cónyuge divorciado puede tener derecho a percibir una pensión de viudedad (art. 46 VI Código de Seguridad Social Alemán (Sozialgesetzbuch VI /SGB VI)). Así, tal y como sucede en nuestro sistema, no sólo se protege la situación de necesidad de un cónyuge que sobrevive al otro, y que en ciertos casos puede estar divorciado, sino también la de la mencionada pareja supérstite, impidiendo de ese modo que se produzca una situación de desprotección y desigualdad en relación a esta última.

No obstante, hay que tener en cuenta que, tal y como se ha indicado, se establecen dos regulaciones diferentes que, por el momento, conviven y se aplican en función del momento en el que se ha contraído matrimonio y de la edad de los cónyuges que, a su vez, puede operar como elemento corrector con respecto al anterior y determinar que se aplique una u otra regulación. En concreto:

- de un lado, una regulación sobre la pensión de viudedad que se aplica cuando se ha contraído matrimonio antes del 1 de enero de 2002, salvo que en dicha fecha los cónyuges tuviesen menos de 40 años, por haber nacido después del 1 de enero de 1962.
- y, de otro, una nueva regulación que se aplica si el matrimonio se ha contraído con posterioridad al 31 de diciembre de 2001, así como en aquellos supuestos en los que se ha contraído antes del 1 de enero de 2002, si ambos en esa fecha eran menores de 40 años, es decir, ambos han nacido después del 1 de enero de 1962.

Esta doble regulación, que va a determinar un tratamiento diferenciado a partir de los requisitos indicados, no se contempla en nuestro sistema, ya que se establece una única regulación al respecto en la que, al contrario de lo que sucede en Alemania, no se tiene en cuenta ni la fecha en la que se ha contraído matrimonio, ni la edad de los cónyuges.

A) En el primer caso, es decir, en el que se ha contraído matrimonio antes del 1 de enero de 2002, salvo que en dicha fecha los cónyuges tuviesen menos de 40 años, se reconoce una pensión de viudedad cuyo beneficiario será el viudo o la viuda, según los casos.

En este supuesto, como se ha señalado, se establece la necesidad de que el matrimonio exista en el momento del fallecimiento del cónyuge, si bien la separación no impide que el cónyuge superviviente tenga derecho a pensión de viudedad. Es decir, al igual que en nuestro sistema, se exige que exista un vínculo con el fallecido. Sin embargo, hay que tener en cuenta que se establecen dos tipos de pensión, por una parte, la pensión mayor de viudedad y, por otra, la pensión menor de viudedad; diferenciación que no se contempla en el caso español. Así, la edad, el hecho de tener cargas familiares, o la situación de incapacidad se configuran como factores que determinan si el beneficiario tiene derecho a percibir una u otra pensión.

A.1) Pensión mayor de viudedad.

Tiene derecho a esta pensión de carácter vitalicio el beneficiario que haya cumplido 45 años de edad (edad que se aumentará de forma progresiva hasta los 47 años entre los años 2012 y 2028), o que se encuentre inválido o tenga un hijo a su cargo (menor de 18 años o que necesite cuidados por invalidez si es mayor de 18 años). Es decir, el requisito de la edad que determina que el sujeto pueda acceder a dicha pensión no se exige si concurre alguna de las condiciones señaladas; si bien, en todo caso, está presente una situación de necesidad. La cuantía esta pensión es del 60 por 100 del importe de la pensión que le hubiese correspondido al fallecido.

A.2) Pensión menor de viudedad.

- Puede ocurrir que el beneficiario no cumpla los requisitos necesarios para acceder a la pensión mayor de viudedad, de este modo se le otorga una pensión cuya cuantía es el 25 por 100 del importe de la pensión que le hubiese correspondido al causante fallecido; lo que supone una amplia reducción de la cuantía en comparación con la pensión mayor de viudedad. Ahora bien, en el momento en que el beneficiario cumple 45 (o 47) años, la pensión menor se transforma de oficio en pensión mayor, con lo que, a partir de esa edad, se presume esa situación de necesidad a la que se ha hecho referencia.

No obstante, los ingresos del beneficiario influyen en el importe de la pensión si superan determinados topes; ingresos que en nuestro sistema se tienen en cuenta en el caso de las parejas de hecho. En este sentido puede afirmarse que se aprecian claros rasgos de asistencialidad, de forma que los ingresos van a operar como factor de corrección de la cuantía de la pensión de viudedad, e incluso, puede implicar que, con independencia de la edad o la situación a la que se ha hecho referencia (invalidez o hijo a cargo), el sujeto no pueda beneficiarse de la pensión. Así, de los ingresos netos del superviviente se descuenta una determinada cantidad que está exenta (cantidad mensual exenta que en la actualidad asciende a 725,20 euros), además de otra cantidad por cada hijo a cargo con derecho a pensión de orfandad (cantidad mensual exenta por hijo que en estos momentos se sitúa en 153,83 euros).

De la cantidad resultante de esos descuentos, el 40 por 100 se deduce del importe de la pensión de viudedad que correspondería. Por tanto, el beneficiario percibiría el importe de la pensión una vez descontado ese 40 por 100, lo que, como se ha indicado, puede llevar, si los ingresos son muy altos, a no tener derecho a la pensión. De todos modos, al margen de los ingresos del beneficiario, por los tres meses siguientes al fallecimiento éste tendrá derecho al importe íntegro de la pensión que correspondería al fallecido. La

pensión de viudedad se extinguirá, lo mismo que en nuestro sistema, en el caso de que el beneficiario contraiga matrimonio. Si esto sucede se le abonará de una sola vez la cantidad que corresponde a 24 mensualidades de la pensión media percibida en los últimos 12 meses.

En caso de divorcio con posterioridad al 1 de julio de 1997, cuando fallezca el excónyuge no existirá un derecho a pensión de viudedad. Desde esa fecha se regula el denominado trasvase de cuotas (“Versorgungsausgleich”) de forma que los cónyuges en caso de divorcio reparten de manera equitativa (a partes iguales) entre ambos el importe de la pensión que correspondería por las cotizaciones durante el matrimonio. De todos modos, se establecen excepciones al respecto.

Por una parte, el excónyuge superviviente podrá percibir la pensión por educación (“Erziehungsrente”) cuando cumpla una serie de requisitos: - acreditar más de 5 años propios de cotización (en este caso no se incluyen los que le podrían corresponder por el mencionado trasvase de cuotas); - no haber vuelto a contraer matrimonio; - tener al menos un hijo a cargo menor de 18 años y como consecuencia de tener que cuidar al hijo o hijos en su caso, no puede ejercer un trabajo. Y, por otra, el cónyuge divorciado en el caso de resultar perjudicado por el trasvase de cuotas puede recuperar las cantidades que se le han deducido cuando el excónyuge fallezca antes de tener derecho a pensión o de que hayan pasado tres años desde que comenzó a percibir una pensión. Sin embargo, el cónyuge divorciado no podrá recuperar esas cuotas, si la persona fallecida hubiese vuelto a contraer matrimonio después del divorcio y el nuevo cónyuge percibiese pensión de viudedad. Esta situación no se contempla en nuestro sistema, sino que, por el contrario, el cónyuge que ha dejado de serlo como consecuencia del divorcio tiene derecho a la pensión de viudedad, siempre que no haya contraído nuevas nupcias y tenga derecho a una pensión compensatoria (art. 174.2 LGSS) si bien con las salvedades que se recogen en la disposición transitoria décimo octava LGSS.

B) En el segundo supuesto, es decir, cuando el matrimonio se ha contraído con posterioridad al 31 de diciembre de 2001, y en aquellos supuestos en los que se ha contraído antes del 1 de enero de 2002, si ambos en esa fecha eran menores de 40 años, es decir, ambos han nacido después del 1 de enero de 1962, se aplicará una regulación distinta. En concreto, se podrá optar bien por una pensión de viudedad, o bien por un reparto equitativo de las pensiones de jubilación entre ambos cónyuges durante la vida de los mismos (“Splitting”). Opción que no se contempla en nuestro sistema.

Si se opta por la pensión de viudedad hay que distinguir nuevamente entre la pensión mayor de viudedad y la pensión menor de viudedad en los términos siguientes:

- en concreto, cuando se trata de la pensión mayor de viudedad, la misma se concede con los mismos requisitos de edad a los que se ha hecho referencia, es decir, 45 años (amentándose hasta los 47 de forma escalonada entre los años 2012 y 2028) en el momento de producirse el fallecimiento de sujeto causante, o si el beneficiario tiene a su cargo un hijo menor, o está afectado por una incapacidad permanente. Por lo que, como en el caso anterior se sigue partiendo de la existencia de una situación de necesidad. No obstante, la cuantía de la pensión de viudedad se ve reducida al 55 por 100 de la pensión del fallecido; aunque se concede un suplemento de carácter mensual por cada hijo

educado (cuya cuantía asciende al importe equivalente a la pensión media por un año de cotización; no obstante, por el primer hijo se atribuye el doble de dicha cuantía).

- por lo que hace a la pensión menor, ésta seguirá ascendiendo al 25 por 100 de la pensión del asegurado fallecido, y también se concederá si no se cumplen los requisitos establecidos para la pensión mayor de viudedad. En este caso la pensión tendrá una duración limitada. En concreto, se concede por un periodo de 2 años; lo que supone que ya no se reconoce un derecho a esta pensión hasta que se cumplan 47 años. De todos modos, como en la legislación anterior, el beneficiario de esta pensión menor de viudedad tendrá derecho a la pensión mayor de viudedad cuando alcance la edad necesaria para acceder a la misma, salvo en el caso en el que haya vuelto a contraer matrimonio. Por tanto, de nuevo se presume la existencia de una situación de necesidad a partir de una determinada edad. En definitiva, esta pensión opera como un subsidio de carácter temporal (2 años), si bien se sigue manteniendo el derecho a obtener una pensión mayor de viudedad cuando el beneficiario alcance la edad necesaria para ello, y se excluye del derecho a la pensión de viudedad a aquellos que contraigan nuevas nupcias.

En este caso, hay que tener en cuenta que tanto en uno como en otro tipo de pensión se exige una duración mínima del matrimonio de un año para poder ser beneficiario; lo que implica que si el posible beneficiario no cumple este requisito adicional no tendrá derecho a obtener una pensión de viudedad aunque concurran el resto de requisitos. De este modo se trata de evitar los matrimonios cuya finalidad es la obtención de la pensión.

En nuestro sistema, en principio, la pensión de viudedad se otorga al cónyuge superviviente, con independencia de la fecha del matrimonio, lo que sucede, como se ha señalado, en el sistema alemán al amparo de la legislación anterior a la que se ha hecho referencia; si bien hay que tener en cuenta que la legislación española también exige que se acredite que el matrimonio se ha celebrado con un año de antelación en los casos en los que el sujeto causante ha fallecido como consecuencia de una enfermedad común previa al matrimonio. Es decir, no en todo caso. Esa exigencia opera de forma alternativa en ese supuesto con el requisito de que existan hijos comunes. Tampoco es necesario cumplir ese requisito si se acredita un tiempo de convivencia que, sumado a la duración del matrimonio, supere un período de dos años (art. 174.1 LGSS). De este modo, puede afirmarse que la legislación alemana en este punto es más rígida que la española, ya que la duración mínima del matrimonio se contempla en términos generales, sea cual sea la causa del fallecimiento, y sin establecer ningún otro requisito alternativo que pueda suplirla.

Como en la regulación anterior los ingresos del cónyuge superviviente vienen a modular la cuantía de la pensión, con lo que se mantienen los rasgos de asistencialidad a los que se ha hecho referencia y las consecuencias que se han señalado. En este caso se descontarán en un 40 por 100 todos sus ingresos siempre que superen las cantidades exentas a las que se ha hecho referencia (cantidades que serán objeto de actualización anual).

Si se opta por el reparto de las pensiones de jubilación entre ambos cónyuge (Splitting), lo que, como se ha señalado, no se ha previsto en nuestro sistema, es necesario el

acuerdo de los cónyuges, de forma que estos aceptan en vida un reparto equitativo de las pensiones de jubilación de ambos. Esto implica, como sucede en el trasvase de cuotas en caso de divorcio, un reparto entre los cónyuges de la parte del importe de la pensión de jubilación que han obtenido durante la vigencia del matrimonio y, a su vez, una renuncia a un futuro derecho a una pensión de viudedad. Ahora bien, se establecen una serie de condiciones para que sea posible dicho reparto a partes iguales entre los cónyuges:

- sólo puede efectuarse el reparto cuando ambos cónyuges han alcanzado la edad de jubilación y
- siempre que por separado puedan acreditar 25 años en el seguro de pensiones.

Puede ocurrir que uno de los cónyuges fallezca antes de que se lleve a cabo el reparto por no haber llegado a la edad de jubilación. En ese caso, el cónyuge superviviente también podrá elegir la opción del reparto. El importe de la pensión Splitting será el 50 por 100 del importe de la pensión del otro cónyuge obtenida durante el tiempo de matrimonio. En este sentido, hay que señalar, de un lado, que esta pensión permanece invariable con independencia de que fallezca el otro cónyuge, y, de otro, que no se pierde por el hecho de que el cónyuge superviviente contraiga matrimonio.

Por último, es preciso indicar que la nueva regulación contempla una serie de mejoras que se aplican a las pensiones iniciadas a partir del 1 de enero de 2002, y que están directamente relacionadas con la pensión de viudedad cuya destinataria principal es la mujer:

- Por una parte, se establece una medida cuyo fin es otorgar un valor superior a los períodos por educación de los hijos, y se aplica con efectos retroactivos del 01.01.92, para la persona que durante los 10 primeros años de vida del hijo, ya sea el padre o la madre, haya cotizado por cantidades inferiores por el hecho de combinar un trabajo a tiempo parcial y la educación del hijo. En ese caso verá revalorizadas las bases de cotización durante ese periodo de tiempo en un 50 por 100 (sin que supere el 100 por 100 de la media de todos los asegurados, siempre que la persona acredite 25 años de aseguramiento.

- Por otra, puede ocurrir que la persona no haya podido realizar ningún tipo de trabajo bien por tener que dedicarse a educar dos o más hijos menores de 10 años, o bien por tener que cuidar a un hijo discapacitado hasta los 18 años de edad. En ese supuesto se bonificarán todos los años hasta que el mayor de los hijos cumpla 10 años, o hasta que el hijo discapacitado alcance la edad de 18 años, con un tercio de la media de todos los asegurados.

La pensión de viudedad se concederá, bien desde la fecha de fallecimiento del asegurado, en el caso en el que se solicite dentro de los 12 meses siguientes al hecho causante, o bien desde el mes siguiente a aquel en el que se solicite, cuando la solicitud tenga lugar después de los 12 meses a los que se ha hecho referencia.

B. Pensión de orfandad

Tras el fallecimiento de una persona asegurada se concede una pensión de orfandad a los hijos, incluidos los adoptivos; también son beneficiarios de este derecho los nietos y los hermanos del causante siempre que estén acogidos en su hogar o sean mantenidos por el mismo (art. 46 VI Código de Seguridad Social Alemán (Sozialgesetzbuch VI /SGB VI)). De este modo, se protege una situación de necesidad que en nuestro sistema estaría vinculada al hecho de estar a cargo.

Pues bien, al igual que la pensión de viudedad, se trata de una prestación de naturaleza contributiva cuyo acceso se encuentra condicionado por la necesidad de que el sujeto causante cumpla un requisito de carácter general, en este caso el mismo que se contempla para la citada pensión. En concreto, la persona fallecida debe de haber cotizado como mínimo 5 años (60 mensualidades). De todos modos, hay que tener en cuenta que, como sucede en la pensión de viudedad, el derecho a la prestación tiene naturaleza de derecho derivado, puesto que es el fallecimiento del sujeto causante el que determina que los citados beneficiarios puedan tener derecho a la misma. Así, junto a ese requisito general también se establece un requisito específico para los beneficiarios, en particular, se exige que tengan una cierta edad. En concreto, los beneficiarios deben ser menores de 18 años. En este caso, la pensión es compatible con los ingresos del huérfano sin que exista ningún límite al respecto.

No obstante, la edad varía en función de la concurrencia de determinadas circunstancias; lo mismo que sucede en nuestro sistema en relación a la pensión de orfandad. De todos modos, la edad máxima que permite tener derecho a pensión es mucho más elevada que la establecida en la regulación vigente, e incluso que la que se contempla en la Ley 27/2011, de 1 de agosto. En concreto:

La edad se amplía hasta los 27 años: a) si el huérfano está cursando estudios y sus ingresos no superan una determinada cantidad mensual, en concreto, 483,47 euros. No obstante, si los ingresos son superiores se aplican las reglas a las que se ha hecho referencia para la pensión de viudedad; b) si el huérfano está incapacitado de manera absoluta. La edad se amplía más allá de los 27 años cuando el huérfano que está cursando estudios debe interrumpirlos para realizar el servicio militar o el servicio social sustitutorio. En ese caso tendrá derecho a la pensión de orfandad después de haber cumplido 27 años por tantos meses como haya durado la interrupción por esas causas.

En cuanto al importe de la pensión hay que señalar que es distinto en función de si la orfandad es o no absoluta:

- Si fallece el padre o la madre, la cuantía ascenderá al 10 por 100 de la pensión que le correspondería al fallecido más un suplemento familiar (cuyo importe depende de los meses de seguro del causante).
- Si es un huérfano absoluto, la cuantía de la pensión de orfandad ascenderá a un 20 por 100 a la que habrá que sumar el citado suplemento familiar.

De todos modos, hay que tener en cuenta que la pensión se reducirá en un 10,8 por 100 en el caso de que la madre o el padre fallezcan antes de cumplir los 60 años de edad. Si esto sucediese cuando hay cumplido 60 años y antes de cumplir los 63 años de edad, la

pensión se vería reducida en un 0,3 por 100 por cada mes que falte hasta que el fallecido hubiera cumplido 63 años.

En cuanto a la fecha de concesión, hay que indicar que se aplican las mismas reglas previstas para la pensión de viudedad.

9.2.2. Prestaciones en caso de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional

En Alemania, como se ha indicado, existe un seguro obligatorio de accidentes para diferentes colectivos entre los que se encuentran los trabajadores, aunque las cotizaciones a este seguro están a cargo exclusivo de la empresa. Pues bien, una vez que se produce el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se abonan las prestaciones de este seguro de accidentes, pero, en todo caso, debe existir una relación de causalidad entre la actividad asegurada y el accidente o enfermedad. De este modo, entre las prestaciones que podrían solicitarse cuando se produzca el citado accidente de trabajo, o la enfermedad profesional se encuentran aquellas que están vinculadas a los supuestos en los que el fallecimiento del sujeto causante tiene lugar como consecuencia de estos. En concreto, se contemplan, por una parte, las denominadas pensiones de supervivientes cuyos beneficiarios pueden ser tanto el cónyuge como los hijos del fallecido; y, por otra, el subsidio por defunción.

A. Las pensiones de supervivientes en el caso de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional.-

En el caso en el que el fallecimiento del cónyuge se produzca como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional tanto el cónyuge superviviente como los hijos del fallecido tendrá derecho a una pensión de supervivientes. Esta pensión no está prevista en nuestro sistema, no obstante hay que señalar que sí se contempla una indemnización para este supuesto (art. 177 LGSS).

De todos modos, en relación a la pensión de supervivientes, hay que distinguir, por una parte, el caso del cónyuge, y, por otra, el de los hijos:

- en el caso del cónyuge, se establecen unos requisitos específicos que siguen un esquema similar al establecido para la pensión de viudedad mayor y para la pensión de viudedad menor:

a) si el cónyuge tiene 47 o más años de edad, o si se encuentra en situación de invalidez profesional o de incapacidad general de ganancia, o tiene a su cargo a un hijo con derecho a prestación de orfandad, tendrá derecho a la citada pensión cuya cuantía ascenderá al 40 por 100 de los ingresos profesionales anuales del fallecido.

b) si el cónyuge no se encuentra en una de las situaciones anteriores, y no alcanzado dicha edad y no tiene ningún hijo a su cargo, percibirá una pensión por un periodo máximo de dos años que ascenderá al 30 por 100 de los citados ingresos. En el supuesto en el que la fecha del fallecimiento sea anterior al 1 de enero de 2002, o si los cónyuges, alguno de los cuales ha nacido antes del 2 de enero de 1962, contrajeron matrimonio antes del 1 de enero de 2002, la pensión de supervivientes no se verá limitada al periodo de dos años señalados sino que se mantendrá.

- Por su parte, los hijos menores de 18 años tienen derecho a percibir una pensión de orfandad y en el caso en el que continúe cursando estudios se podrá beneficiar de la misma hasta que cumpla 27 años. La cuantía de la pensión también varía en este caso en función de si se trata de un huérfano de padre o de madre, o de un huérfano absoluto. En el primer caso recibirá el 20 por 100 de los ingresos profesionales anuales del fallecido; mientras que en el segundo percibirá un 30 por 100 de dichos ingresos.

Con carácter general, si el cónyuge viudo o el huérfano tuviesen ingresos propios se deducirían de la cuantía de la pensión.

B. Subsidio por defunción en el supuesto de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional

Cuando el fallecimiento se produzca como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional se abonará un subsidio por defunción a quien se haga cargo del sepelio cuya cuantía asciende a la séptima parte del salario de referencia.

II. ANÁLISIS COMPARADO DEL TRATAMIENTO DE LAS PENSIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA.-

1.- El tratamiento de la pensión de viudedad en el ordenamiento europeo.-

Con carácter general, se puede decir que la pensión de viudedad presenta, entre los ordenamientos europeos estudiados, regulaciones variadas; desde los que combinan modelos más protectores (caso de los Países Mediterráneos, especialmente Italia y Portugal) hasta aquéllos otros en los que su reconocimiento se encuentra fuertemente condicionado por factores tales como la edad o los ingresos de quienes sean los sujetos beneficiarios de aquéllas (algo muy habitual entre los Países Nórdicos) llegando, incluso a suprimirla, como es el caso de Islandia y Dinamarca, y prácticamente, en Suecia (aunque en este último caso con matices). De todas formas, más que hablar de una desaparición real de esta pensión en los mencionados países lo que se observa es que su tutela ha quedado absorbida (diluida) por otras prestaciones del Sistema; por ejemplo, en el caso de Islandia por la pensión por hijo a cargo; y en el caso de Dinamarca, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el superviviente podrá acceder a una pensión social anticipada que será abonada en un pago único (en lugar de la pensión de viudedad).

No se puede obviar que la viudedad es una prestación especialmente sensible, dado el colectivo protegido, a cualquier propuesta de cambio o reforma. Todo ello sin olvidar que en la regulación de la misma existe una notable carga social que no es sino reflejo de las distintas concepciones que los Estados tienen respecto a las estructuras familiares y del papel de la mujer en la sociedad del trabajo. Por eso, hablar de reformulaciones o de una posible supresión de la misma en los términos en los que está diseñada en España se convierte en tarea compleja, tal y como ya se ha comentado.

El debate pues, acerca de si los sujetos beneficiarios por los sistemas de Seguridad Social lo deben ser, sólo respecto de sus propios derechos, o también respecto de los derechos que son causados por un tercero (los llamados “derechos derivados”) se acentúa cuando se trata de la pensión de viudedad. No en balde, pese a las constantes reformas, nuestro Sistema sigue manteniendo esa lógica; mientras que en otros, como sucede en el Irlandés, la pensión de viudedad contributiva proyecta el cumplimiento del requisito de carencia respecto de ambos sujetos (causante y beneficiario). De forma que dicho requisito se entenderá cumplido cuando uno u otro sujeto lo reúnan; lo que significa que, en realidad, el derecho a la pensión de viudedad puede ser tanto derivado (en los términos antes indicados) o propio (en tanto que generado por quien es el sujeto beneficiario).

1.1. Requisitos del sujeto beneficiario.-

Uno de los aspectos que se ha podido observar de este acercamiento a la regulación de la pensión de viudedad en diferentes ordenamientos europeos es que los requisitos exigidos para adquirir la condición de sujeto beneficiario no se limitan a la convivencia con el sujeto causante en el momento del fallecimiento (como sí sucede en España). Por el contrario, a la exigencia de convivencia, se suman la edad y los ingresos del cónyuge

o pareja de hecho que, a tal efecto, se convierten en esenciales para causar derecho a esta pensión.

Unos rasgos que sin embargo, no se presentan en nuestro ordenamiento, excepto por lo que hace al supuesto especial (y algo marginal) de supérstites en situaciones económicas precarias y con una edad avanzada; o el caso de las parejas de hecho. De este modo, la convivencia del beneficiario con el causante de la pensión de viudedad se convierte, en el sistema español de Seguridad Social, en el requisito por excelencia en orden a su acceso; ofreciéndose así un abanico de posibilidades en función de cuál haya sido la situación de convivencia previa al momento del fallecimiento (si de matrimonio o pareja de hecho, o de supuestos de divorcio o de separación legal). Lo que no significa que ambos factores, edad o ingresos, no sean tenidos en cuenta en algún supuesto, tal y como sucede en el caso de segundos matrimonios a efectos del mantenimiento de la pensión de viudedad.

La especial importancia que reviste la edad en el acceso a la pensión de viudedad, y sus efectos en la determinación de la cuantía de la pensión y en la propia configuración de una pensión bajo parámetros de temporalidad (frente a la lógica permanente o vitalicia con la que se presenta en nuestro ordenamiento), justifican que este apartado dedicado a los requisitos del sujeto beneficiario comience por su estudio; dejando los otros requisitos que, igualmente, afectan al sujeto beneficiario, convivencia con el sujeto causante y la posible incidencia de sus ingresos en orden a causar la pensión de viudedad, para un segundo y tercer apartado respectivamente.

1.1.1. El elemento de la edad

Se ha señalado la incidencia que ofrece el factor edad en la práctica generalidad de los ordenamientos europeos analizados en orden a causar el derecho a la pensión de viudedad; si bien esa incidencia no opera por igual en todos los casos. Así, en el sistema de Seguridad Social irlandés la edad sólo va a incidir en la cuantía de la pensión, no en el derecho a su reconocimiento. En otros, como sucede en Italia, el factor edad sólo va a condicionar el mantenimiento de la pensión causada en el caso de que el beneficiario pretenda contraer nuevas nupcias (de manera semejante a lo que sucede en España). Y, en el supuesto de Portugal, según la edad del sujeto beneficiario, menor o mayor de 35 años, se habla de subsidio (temporal) o de pensión (permanente), respectivamente.

Hecha esta salvedad, la regla general es que la edad actúe como elemento clave para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de viudedad; con excepciones que, de forma reiterada, aparecen en los distintos ordenamientos relacionadas con motivos familiares (hijos a cargo) o con la propia condición de incapacitado del sujeto beneficiario. Así, en el Reino Unido, la pensión de viudedad cuando es de carácter vitalicio, precisa que el cónyuge supérstite tenga cumplidos los 45 años; mientras que cuando se trata de la prestación temporal de viudedad tal exigencia se diluye a favor de la exigencia de hijos menores a cargo.

El tratamiento de la edad se presenta pues, de distinta manera en según qué países. Por ejemplo, en los de Centro Europa se observa una tendencia a restringir el derecho a quienes son jóvenes, con excepciones por razón de cargas familiares e incapacidad. En concreto, el Sistema Austriaco establece que el acceso a la pensión de viudedad sólo

será posible respecto del cónyuge supérstite (o excónyuge) que haya cumplido la edad de 35 años y no vuelva a contraer matrimonio. No obstante lo anterior, como ya se ha indicado, el límite de edad no funciona cuando aquél es un incapaz y dependa económicamente del sujeto causante; o cuando exista un hijo a cargo, o cuando la viuda se encuentre embarazada en el momento del fallecimiento, o si la duración del matrimonio de los cónyuges fue, por lo menos, de 10 años.

En esta misma línea, el Sistema Alemán establece la edad del beneficiario para acceder a la pensión mayor de viudedad en 45 años en el momento de producirse el fallecimiento del sujeto causante (una edad que se irá incrementando de forma progresiva hasta los 47 años entre los años 2012 y 2028). Una vez más, este requisito de edad desaparece cuando el supérstite se encuentre inválido o tenga un hijo a su cargo (menor de 18 años o que necesite cuidados por invalidez, caso de ser mayor de 18 años). En ambos casos, se trata de un límite de edad que coloca a los supérstites jóvenes (especialmente en el caso alemán) al margen de la tutela que ofrece la pensión de viudedad; lo que contrasta, entre otros, con el modelo español o irlandés, para los que la edad del supérstite no es determinante. Pero es más, en el caso de Alemania (como ya se ha dicho antes) el factor edad también tiene importantes repercusiones en la cuantía de la propia pensión; y así, si el beneficiario no cumple los requisitos necesarios para acceder a la pensión mayor de viudedad (por edad, cargas familiares o situación de incapacidad) se le otorga una pensión menor de viudedad. Lo que se traduce en una amplia reducción de la cuantía de la pensión ya que, de ser la mayor, el importe de la misma será del sesenta por ciento de la cuantía de la pensión que le hubiese correspondido al fallecido; mientras que, al tratarse de la pensión menor, ese porcentaje se ve reducido hasta el veinticinco por ciento de dicho importe (unos porcentajes que, con la nueva regulación, han pasado a ser del cincuenta y cinco por ciento o del veinticinco por ciento, respectivamente).

Esa edad se eleva, aún más, en el Sistema Francés expulsando así a un mayor colectivo de supérstites, aunque con matices en función del régimen en el que nos encontremos. Recordemos que el Sistema Francés presenta la singularidad de ofrecer para el caso de la viudedad dos sistemas distintos: a) el denominado régimen general, vinculado, entre otros requisitos, a una carencia de recursos; b) y, unos regímenes complementarios y obligatorios denominados Association de Régimes de retraite Complémentaire (Arrco) para los trabajadores por cuenta ajena y Association Générale de Institutions de Retrait des Cadres (Agirc) para los ejecutivos. Pues bien, desde esta dualidad, y por lo que hace al régimen general, el derecho a ser beneficiario de la "*pension de réversion*" por razón de viudedad está condicionado a que el cónyuge o excónyuge supérstite tenga cumplidos, al menos, 55 años (o 51 años, si el cónyuge hubiese fallecido antes del 1 de enero de 2009, o si hubiese desaparecido antes del 1 de enero de 2008). En el caso de que el cónyuge supérstite no cumpliera este requisito podría tratar de acceder al subsidio de viudedad ("*allocation veuvage*").

No obstante lo anterior, es posible acceder a esta pensión de viudedad siempre que, a su vez, el beneficiario esté afectado por una invalidez reconocida y, además, el sujeto causante fuera, a su vez, titular (o susceptible de serlo) de una pensión de invalidez o de vejez. De este modo, podrá beneficiarse de una pensión de invalidez de viudo o viuda cuando cumpla ciertas condiciones, a saber: ser menor de 55 años, o de una pensión de vejez de viudo o viuda, a partir de los 55 años de edad. Se articula de una forma un

tanto singular la excepción a la regla general de edad pues, a diferencia de lo que se ha visto sucede en otros ordenamientos europeos (caso de Austria o de Alemania), aún en el supuesto de que el beneficiario sea incapaz, el derecho a la posible pensión de viudedad se condiciona a dos factores : por un lado, al de la edad, y por otro, a la situación de la que parta el causante, si incapaz o jubilado.

En el caso de los regímenes complementarios, Arrco y Agric, el cónyuge supérstite y, en su caso, el excónyuge o los excónyuges de la persona afiliada a uno de estos regímenes (jubilada o en activo) que ha fallecido puede obtener la pensión de viudedad siempre que tenga 55 años, con matices en función de cual de los dos regímenes se trate. Así, con carácter general, en el régimen Arrco, dicha edad se establece cuando el fallecimiento ha tenido lugar a partir del 1 de julio de 1996; mientras que en el régimen Agric la edad se sitúa en 60 años si el fallecimiento se produjo a partir del 1 de marzo de 1994. A diferencia de lo que sucede en el régimen general, tratándose de los regímenes complementarios Arrco y Agric, la exigencia de edad desaparece, una vez más, cuando el beneficiario tuviese dos hijos a su cargo en el momento del fallecimiento del sujeto causante; o se encuentre en situación de incapacidad en el momento del fallecimiento de su cónyuge o excónyuge, e incluso con posterioridad al mismo. En definitiva, en el modelo francés la franja de edad de acceso se hace coincidir con las edades en las que resulta más fácil que el fallecimiento tenga lugar; aunque con ello se esté produciendo la expulsión de la tutela de este tipo de pensión respecto de un colectivo aún más amplio que en los casos alemán y austriaco.

En el caso del régimen Agric la edad también provoca de inmediato (como en el caso alemán) consecuencias en la cuantía de la pensión ya que si la misma se liquida anticipadamente (esto es, a partir de los 55 años en lugar de los 60 años), se verá reducida la pensión en función de la edad que tuviera el beneficiario en el momento de solicitarla. Esta reducción es definitiva, salvo en el caso de que el cónyuge supérstite o el excónyuge obtuviesen con posterioridad la “*pension de réversion*” de la seguridad social

Por el contrario, en el Sistema Finlandés la edad opera en sentido contrario al señalado en Francia (y también en los casos de Austria y Alemania); en efecto, como se recordará, en este Sistema es posible diferenciar entre la pensión de viudedad vinculada a ingresos y la denominada pensión nacional de viudedad. Pues bien, en relación con la primera (ya se dijo) la pensión de viudedad queda condicionada a una exigencia de edad, tanto respecto del sujeto beneficiario como del causante (lo que es una novedad si lo comparamos con los supuestos anteriores). De este modo, el supérstite no podrá acceder a la pensión de viudedad cuando tenga 50 o más años de edad, salvo que tenga hijos en común con el causante, o estuviera incapacitado por un periodo mínimo de tres años; límite que vuelve a estar presente para el caso de que el viudo/a vuelva a contraer matrimonio ya que, si esto sucede antes de cumplir los 50 años, la pensión de viudedad quedará extinguida pasando, entonces, a percibir una indemnización a tanto alzado equivalente a tres años de pensión. Asimismo, no podrá causarse si el sujeto que fallece tuviera más de 65 años en el momento de contraer matrimonio. El factor edad se presenta pues, en ambos sujetos, aunque de manera distinta, menos de 50 años (caso del beneficiario) y menos de 65 años para considerar válido a estos efectos el matrimonio; pero, ambos, en sentido inverso a los casos antes mencionados ya que en Finlandia la tutela se dirige a quienes aún no han alcanzado la edad de 50 años.

No cabe decir lo mismo cuando se trata de la pensión nacional, entonces, la edad de referencia se eleva a 65 años, siempre que no tenga derecho a otra pensión; lo que significa que si puede acceder, por ejemplo, a la de jubilación por razón de la edad perderá la de viudedad. Se trata pues de pensiones incompatibles; de hecho, como se ha visto, esta pensión nacional se articula en una pensión inicial de seis meses que habrá de finalizar, precisamente, entre otras razones, por el cumplimiento de la mencionada edad. Por último, una breve referencia al tratamiento de la pensión de viudedad en Suecia que, como ya dije, no existe como tal. Ahora bien, se dejó abierta la posibilidad de que las mujeres viudas pudieran acceder a este tipo de pensión siempre y cuando se dieran determinadas circunstancias, esencialmente, la de edad. De este modo, si se trata de una mujer nacida en 1944 o antes, puede concederse una pensión de viudedad siempre que ésta no haya alcanzado la edad de 65 años (que en Suecia coincide con la edad de jubilación que da derecho, al menos, a la pensión mínima garantizada). En el caso de que el nacimiento hubiese tenido lugar en el año 1945 o más tarde, y siempre que ya estuviese casada con el causante a fecha de 31 de diciembre de 1989 y el vínculo matrimonial se hubiese mantenido hasta el momento del fallecimiento, aquélla podrá acceder a la pensión de viudedad si, además de los requisitos anteriores, tiene menos de 65 años.

Por tanto, en líneas generales se puede decir que el hecho de establecer entre los requisitos específicos del sujeto beneficiario un límite de edad para poder acceder a este tipo de pensión puede valorarse como una medida que puede favorecer que el colectivo de estos sujetos pueda ser amplio. Bien es verdad que las edades que se barajan, como ya se ha dicho, no son particularmente amplias; lo que induce a pensar que es fácil que la misma se cause. Por eso, el factor edad no puede entenderse como un elemento aislado sin tener en cuenta otros requisitos que, también, deben estar presentes para adquirir la condición de sujeto beneficiario, tal es el caso de sus ingresos. O de otros aspectos de la configuración misma de esta pensión como su temporalidad frente a la idea de permanencia.

A. Temporalidad o permanencia de la pensión de viudedad

La pensión de viudedad en España nace con vocación de permanencia salvo que, como tantas veces se ha dicho, interfieran situaciones que provoquen la pérdida de la misma (como sucede, como regla general, con el hecho de contraer nuevas nupcias). Pero, en ningún caso, la duración de la misma se hace depender, como sí sucede en otros ordenamientos europeos, del trascurso de un periodo de tiempo más o menos amplio, del acceso a otras prestaciones, o del cumplimiento de una determinada edad (generalmente la de jubilación).

Esto significa que existen ordenamientos del entorno comunitario en los que es fácil advertir cómo la pensión de viudedad se ha articulado con carácter temporal (eso sí, de duración variable) y, consecuentemente, incompatible con otras prestaciones que pudiera causar el propio sujeto beneficiario. Dos circunstancias que no operan en nuestro sistema de Seguridad Social, al menos de momento, al ser precisamente la pensión de viudedad uno de los supuestos de compatibilidad prestacional que se escapa de la limitación contenida en el artículo 122 LGSS (se trata de un ejemplo de derecho derivado).

Es lo que sucede, por ejemplo, en el Reino Unido, donde la pensión se percibe hasta que el sujeto beneficiario alcance la edad en la que puede acceder a la pensión de jubilación (esto es, 65 años). En esta misma línea se sitúa el sistema de Seguridad Social francés, ya que tratándose de la pensión de viudo inválido o viuda inválida, cuando el beneficiario cumpla la edad de 55 años la pensión se convierte, automáticamente, en una pensión de vejez de viudo o de viuda. O, en el denominado subsidio de viudedad que tiene una duración de 2 años (de manera semejante a lo que sucede en nuestro ordenamiento, art. 174 bis LGSS). Bajo el prisma de la temporalidad también se sitúa el sistema de Seguridad Social finlandés que diferencia, dentro de la denominada pensión nacional, entre una pensión inicial de viudedad a percibir durante los seis meses siguientes al momento del fallecimiento, o al momento en el que el supérstite alcance la edad de 65 años, o cuando éste empiece a percibir otra pensión nacional del Sistema. Y una pensión prorrogada (o continuada) que será abonada una vez concluido el periodo anterior de seis meses. O el caso de Dinamarca, donde la idea de la temporalidad se evidencia en el dato de que las prestaciones abonadas se van reduciendo progresivamente a partir de los 66 años hasta desaparecer al alcanzar los 70 (con la única excepción en el supuesto de que el momento del fallecimiento tuviese lugar a los 70 o más años).

Otros sistemas de Seguridad Social, como el irlandés, parecen sin embargo responder a la lógica de la permanencia como en España; recordemos que en este Sistema, la pensión contributiva no tiene límite de edad de forma que el sujeto beneficiario, igual que sucede en España, podrá compatibilizarla con la propia de jubilación o de incapacidad. Lo mismo cabe decir en el caso de la pensión de viudedad no contributiva, si bien en este supuesto, el límite viene dado por los ingresos que pudiera tener el beneficiario, no así por razón de edad (algo que es característico de este nivel de protección).

En otros casos, el papel de la edad del sujeto beneficiario se deja sentir en el modo de configurar la propia tutela. Es lo que sucede, por ejemplo, en Portugal, cuyo sistema de Seguridad Social no prevé ninguna limitación por razón de la misma en el acceso pero que, sin embargo, en función de la edad, la pensión de viudedad se articula, bien como un subsidio de carácter temporal a percibir durante cinco años en los casos en los que el sujeto tenga menos de 35 años en la fecha del fallecimiento; o bien, como una pensión vitalicia si aquél tuviese 35 años, o estuviese en situación de incapacidad total o permanente para cualquier trabajo, en la fecha de la muerte del causante. Por su parte, en el Sistema de Seguridad Social alemán existe la denominada pensión menor de viudedad de aplicación cuando el beneficiario no reúna los requisitos para tener derecho a una pensión mayor de viudedad; y que, como se recordará, se concede por un periodo de dos años. Se trata pues, de un subsidio de carácter temporal, con independencia de que, con posterioridad, el sujeto beneficiario pueda tener derecho a la pensión mayor de viudedad cuando alcance la edad necesaria para acceder a la misma, esto es, cuando cumpla la edad de 45 (o 47 años), según se ha visto.

1.1.2. El elemento de la convivencia

Junto a la exigencia que representa la edad también hay que hacer referencia a la que representa la convivencia durante un periodo de tiempo, más o menos amplio en función

del tipo de vínculo, con el sujeto causante. De este modo, y por lo que hace a los sujetos beneficiarios, la pensión de viudedad corresponde a los cónyuges supervivientes, exónyuges y a las parejas de hecho. Bien es verdad, que en relación con estos últimos el tratamiento en nuestro ordenamiento no siempre ha sido tolerante (de manera semejante a lo que sucedía en países de nuestro europeo más cercano, véase el caso de Francia e Italia). Sin embargo, como se tendrá ocasión de comprobar posteriormente, los cambios operados desde el año 2007 han supuesto un notable avance, tanto en relación con la tutela dispensada a las parejas de hecho como respecto de los exónyuges. En todo caso, y al margen de cuál sea la amplitud con la que se haya diseñado el alcance del derecho a estas pensiones, la regla general, es la exigencia de un tiempo de convivencia previo al momento del fallecimiento con el sujeto causante (asegurado); que sólo se exceptiona para el caso de que existan hijos comunes a cargo del beneficiario. Por tanto, la regulación española poco (o nada) se diferencia de la ofrecida por el resto de los países analizados.

En este sentido, el Sistema Portugués es prácticamente igual que el Español, salvo por el hecho de que en este Sistema se contempla, también, la modalidad no contributiva de pensión de viudedad. En efecto, la pensión de viudedad contributiva se otorga al cónyuge superviviente sin ningún condicionante temporal previo de convivencia, salvo en el supuesto en el que el fallecimiento derivase de una enfermedad común anterior al matrimonio; en este caso (tal y como sucede en España) deberá quedar acreditado que el matrimonio se ha celebrado un año antes al momento del fallecimiento o, alternativamente, que existan hijos comunes. También puede beneficiarse de esta pensión la persona con la que el fallecido haya mantenido una unión de hecho, si bien el nivel de exigencia (como ocurre en nuestro sistema) es más elevado que para el supuesto anterior ya que, en este caso, se establece un periodo más amplio de convivencia aunque sin necesaria vinculación de recursos (como sí sucede en el caso español). Por último, puede beneficiarse de esta pensión la persona el exónyuge si a la fecha de la muerte del beneficiario recibiese una pensión compensatoria, o si ésta no le hubiese sido atribuida por falta de capacidad económica del fallecido reconocida por un Tribunal. La limitación que representa la condición de ser beneficiario de una pensión compensatoria vuelve a estar presente en el caso de Austria.

Y, como es habitual, la pensión de supervivencia se extingue cuando el cónyuge (exónyuge o pareja de hecho) contraiga matrimonio o pasen a constituir una nueva unión de hecho. Así pues, pocas son las diferencias que este sistema de Seguridad Social ofrece con respecto a nuestro ordenamiento; excepto por el tratamiento más favorable a las parejas de hecho en relación con la exigencia de recursos económicos, y por lo que haya de representar para los supervivientes la posibilidad de acceder a la pensión en su modalidad no contributiva.

La exigencia de convivencia previa está presente en la regulación alemana que se exige al respecto una duración mínima del matrimonio de un año para poder ser beneficiario, tanto si se trata de una pensión de viudedad mayor, como de la pensión de viudedad menor. Se trata de evitar matrimonios que persigan obtener la pensión. No sucede lo mismo en Italia donde el derecho a la pensión apenas sí tiene requisitos ligados a la convivencia. De este modo, la exigencia de una convivencia mínima sólo se contempla, de forma un tanto anecdótica, en el caso de viudos/as no discapacitados o cónyuge superviviente del pensionista que hubiesen contraído nuevas nupcias a una edad superior a

los 72 años y el matrimonio hubiese tenido una duración inferior a dos años; es evidente que el objetivo de esta regulación peculiar es evitar un posible fraude, si bien no deja de sorprender que establezcan una limitación de edad para entender su posible comisión. Por lo demás, el Sistema Italiano también prevé el reconocimiento de este derecho para los excónyuges estableciendo diferencias entre el caso de la separación y el divorcio. Así, respecto de la separación ha de ser tenido en cuenta que la misma fue debida a la culpa o no del cónyuge supérstite; siendo sólo en este último caso cuando se contempla el derecho a la pensión; ya que en el primer supuesto (cuando medie culpa) la misma quedará condicionada a que el excónyuge tenga reconocida una pensión compensatoria a cargo del sujeto causante. A su vez, y por lo que hace al caso divorcio, los requisitos son más exigentes aplicándose criterios vinculados a ingresos o la hecho de no haber contraído nuevas nupcias. Lo que sí es importante es que aún no se reconoce derecho alguno a las parejas de hecho.

Algo parecido sucede en el Sistema Francés que no contempla como posible beneficiario de la pensión, tanto en el régimen general cuanto en los complementarios, a la pareja del fallecido con la que éste convivía sin haber contraído matrimonio, ni a la unida por un Pacto Civil de Solidaridad. Por tanto, cualquier relación de convivencia en pareja, con o sin vínculo, va a impedir que la persona pueda percibir la pensión de viudedad. Junto a esta singularidad que, como se ha visto comparte con Italia, es destacable que en el régimen general, y por lo que hace a la “pensión de réversion”, el hecho de que el viudo o viuda vuelva a contraer matrimonio no implica la pérdida de su derecho. Por el contrario, el beneficiario de la pensión de viudo inválido o de viuda inválida podrá volver a beneficiarse de la misma en caso de divorcio, o si volviera a enviudar. Por lo demás, es significativo que en Italia no se exija periodo de convivencia previo.

El tratamiento de la convivencia vuelve a estar presente en Finlandia que lo establece en cinco años, como regla general, para todas las pensiones (sea la vinculada a los ingresos del sujeto causante, sea la pensión nacional), salvo como viene siendo común a todos los Sistemas que existan hijos comunes (al margen de las ya mencionadas reglas referidas a la edad de ambos sujetos).

En conclusión, la exigencia de una convivencia previa con el causante, con mayor o menor rigor, se predica en la generalidad de los países de nuestro entorno. El papel que desempeña la pensión de viudedad en orden a tutelar la situación de necesidad de los supérstites explica (o justifica) esa convivencia; de ahí que en los casos de divorcio o separación todos los ordenamientos analizados establezcan el condicionante de la existencia de alguna pensión compensatoria (de alimentos). Es decir, la idea de que el supérstite mantenía, pese a la ruptura del vínculo, algún tipo de dependencia económica. Sobre este particular, es significativo el sistema de reparto y compensación de cotizaciones establecido en el Sistema Alemán (el conocido como Splitting); conforme al mismo, los cónyuges aceptan en vida un reparto equitativo de las pensiones de jubilación que ambos pudieran causar. Lo que implica, como sucede en el trasvase de cuotas en caso de divorcio, un reparto entre los cónyuges de la parte del importe de la pensión de jubilación que hayan obtenido durante la vigencia del matrimonio y, a su vez, una renuncia a un futuro derecho a una pensión de viudedad. Es evidente que esta fórmula está pensada para aquellos casos en los que ambos sujetos sean trabajadores.

1.1.3. La incidencia de los ingresos del sujeto beneficiario

Finalmente, y junto al factor edad y la convivencia del sujeto beneficiario con el causante por un tiempo previo al momento del fallecimiento, hay que hacer referencia, igualmente, a los ingresos de aquél cuando los mismos puedan ser condicionantes del acceso a la pensión de viudedad; más allá de los casos en que por su propia naturaleza no contributiva la prueba de recursos sea una característica, tal y como sucede en Irlanda en la pensión de modalidad no contributiva. Se ha dicho que existen ordenamientos en el ámbito europeo en los que está presente el binomio nivel de ingresos del eventual beneficiario y tutela. Algo así sucede en Francia que obliga a diferenciar el tratamiento de este requisito en función de cuál sea la pensión de que se trate; así, en el caso de la pensión de *réversion* del viudo/a o excónyuge (es decir, aquélla que representa una parte de la pensión que percibía o que hubiese percibido el fallecido), se prevé que la misma estará condicionada a que el beneficiario no disponga de un determinado volumen de ingresos; entendiéndose como tal, tanto los recursos personales procedentes de su trabajo como de posibles prestaciones del Sistema (desempleo, accidente de trabajo). Una exigencia de insuficiencia de recursos que igualmente se predica respecto del subsidio de viudedad (*allocation veuvage*) que, como se recordará, se otorga al supérstite que se encuentra en situación de incapacidad permanente en el momento del fallecimiento del cónyuge, o por no alcanzar la edad de acceso a la pensión de *réversion* y no dispone de recursos económicos.

En otros casos, su posible incidencia encuentra excepciones; en concreto, en el caso de Finlandia la posible repercusión de los ingresos y ganancias del supérstite en la pensión de viudedad se predica, tanto si se trata de una pensión de viudedad vinculada a los ingresos del causante, como de una pensión nacional. En efecto, y por lo que hace al primer caso, la incidencia de éstos es absoluta, salvo que el beneficiario tenga a su cargo un hijo menor de 18 años. Por su parte, cuando se trata de la pensión nacional denominada de “continuación o prórrogada”, el derecho a la misma queda igualmente condicionado a los ingresos y propiedades del beneficiario, salvo que hubiese hijos en común con el causante. Es decir, la existencia de cargas familiares actúa como corrector al factor ingresos; de lo contrario, la cuantía de la pensión se verá afectada por el propio patrimonio que de quien vaya a ser destinatario de la misma. Todo ello, al margen, claro está, de si cómo sucede en Irlanda, existe la pensión de viudedad en su modalidad no contributiva ya que, entonces, la prueba de recursos es lógica.

En el caso Alemán, los ingresos del beneficiario influyen en el importe de la pensión si los mismos superan determinados topes (algo que en nuestro Sistema sólo entran en juego en el caso de las parejas de hecho) modulando la cuantía de la pensión. De este modo, de los ingresos netos del superviviente se descontará una determinada cantidad (en la actualidad esa cantidad exenta asciende a 725,20 euros), además de otra cantidad por cada hijo a cargo con derecho a pensión de orfandad (que en estos momentos se sitúa en 153,83 euros/mes). De la cantidad resultante, el cuarenta por ciento habrá de deducirse del importe de la pensión de viudedad que habría de corresponder; esto significa que, para el caso de sujetos beneficiarios con ingresos muy altos, resulta más que posible que no lleguen a causar derecho a la pensión de viudedad. En todo caso, y al margen de los ingresos del beneficiario, durante los tres meses siguientes al fallecimiento (como se recordará) aquél tendrá derecho, al menos, al importe íntegro de la pensión que correspondería al fallecido; es decir, se muestra como una pensión

provisional pensada, únicamente, para hacer frente a la situación de necesidad surgida (cuando la haya). En Noruega, si el cónyuge superviviente dispone (o es esperable que lo haga), de ingresos anuales superiores en un cincuenta por ciento al importe base, la pensión será equivalente a la diferencia entre una pensión completa y el cuarenta por ciento de los ingresos por encima de la misma.

En un sentido similar, en el sistema de Seguridad Social italiano se contemplan una serie de condicionantes que podrán representar una reducción de la cuantía de la pensión a percibir, entre los que cabe mencionar los ingresos del beneficiario. De este modo, y de conformidad con los cambios operados por la ley de reforma de 1995, se proyectan respecto de estas pensiones unos límites de acumulación (por ejemplo, que las rentas del beneficiario sean inferiores a tres veces la pensión mínima).

Así pues, los ingresos del posible sujeto beneficiario pueden servir para modular la cuantía de la pensión, reduciéndola en proporción a los mismos; e incluso, para evitar que sea percibida cuando, precisamente, aquéllos sean muy elevados. Por tanto, los ingresos actúan, también, como posible factor de corrección de este tipo de pensión.

2. El tratamiento europeo de las pensiones de orfandad.-

Como regla general, se puede decir que las prestaciones derivadas de muerte y supervivencia están vinculadas a previas carreras de seguro por parte de quien es el sujeto que las causa (esto es, el que fallece); por tanto, condicionadas a que el sujeto causante sea en el momento del fallecimiento trabajador, o lo haya sido anteriormente y se encuentre en ese momento siendo pensionista del Sistema. El caso español presenta al respecto una singularidad cuando se trata de la pensión de orfandad si se compara con lo que sucede en otros países europeos, ya que tras la reforma operada por la mencionada Ley 40/2007, de 4 de diciembre, no es preciso el cumplimiento del requisito de cotización previa por parte del sujeto que fallece; permitiéndose así que pueda causarse el derecho a favor de los supervivientes sin que haya sido completado un periodo previo de cotización (art. 175 LGSS).

La naturaleza contributiva de estas prestaciones se observa en la práctica generalidad de los países analizados sin que eso impida que, en según qué casos, sea posible acceder a su protección por razones que no guardan relación directa con la cotización y sí, por el contrario, con la carencia de recursos. Es el caso de Portugal, en el que es posible diferenciar entre una pensión de supervivencia de carácter contributivo de la que pueden ser beneficiarios los hijos, ya sean hijos naturales, aunque no hayan nacido en el momento del fallecimiento, o adoptados; así como un subsidio por defunción del que estos también pueden ser beneficiarios. De este modo, el acceso a la prestación por su naturaleza contributiva está condicionado a que el fallecido beneficiario del régimen general de la Seguridad Social hay completado un período mínimo de 36 meses de cotizaciones. Y otro tipo de pensión de dimensión no contributiva cuyos requisitos de acceso se condicionan a la escasez de recursos que se cuantifican teniendo en cuenta tanto la situación económica del sujeto beneficiario cuanto la que ofrezca el hogar familiar en función de sus miembros. Una dualidad que, por ejemplo, no contempla nuestro sistema de Seguridad Social.

El caso alemán y el austriaco responden claramente a la lógica contributiva; así, en el primer supuesto se exige que la persona fallecida haya completado un periodo de cotización mínimo 5 años, esto es 60 mensualidades. Lo que no es obstáculo para que en el caso de Austria se contemplen determinadas ayudas para aquellos supuestos en los que el sujeto causante no hubiera contribuido previamente al Sistema. Algo semejante sucede en el Reino Unido en el que las ayudas previstas para los huérfanos se hacen depender de las cotizaciones del sujeto causante, salvo que la razón del fallecimiento haya sido de naturaleza profesional en cuyo caso las cotizaciones pasan a un segundo término. O para el caso irlandés que estructura su sistema de Seguridad Social en dos niveles de protección (en términos semejantes al español) y que sitúa a las pensiones de orfandad dentro del contributivo (o profesional).

Los países nórdicos diseñan un modelo de protección basado en ingresos; así, en Suecia, son tenidos en cuenta los ingresos (salarios más ahorros) que obtiene el ciudadano durante toda la vida. De modo que la pensión para el huérfano se hace depender de los ingresos obtenidos por el sujeto causante a lo largo de su vida laboral; quedando condicionada la cuantía de la pensión a percibir por éstos en función de que dichos ingresos sean mayores o menores. No obstante, cuando el fallecido no genera derecho a pensión, y por tanto, el huérfano no puede obtener la pensión de orfandad porque los ingresos no han sido los suficientes, o bien la cuantía que se percibe es muy inferior, el propio sistema diseña otro tipo de prestaciones aunque de cuantía muy baja. Cabe decir lo mismo en el modelo finlandés asentado, como el sueco, en la lógica de los ingresos obtenidos por el causante; sin que ello impida que se articule otro tipo de tutela (se habla, entonces, de pensión básica) para quienes carezcan de trabajo remunerado o perciban ingresos bajos.

Las pensiones de supervivencia en Italia suelen agruparse, por lo menos en apariencia, bajo una sola figura; sin embargo, cuando se desciende a su tratamiento específico se observa cómo, al igual que sucede en España, se diferencia entre la pensión de viudedad, la de orfandad y la del resto de los familiares, aunque no se atribuya un término específico a cada una de ellas. Pues bien, entre sus características más relevantes cabe señalar la existencia de dos regímenes principales en función de la situación del sujeto causante; se habla, entonces de pensión directa cuando éste ostenta en el momento de su fallecimiento la condición de pensionista (invalidez o vejez) o de pensión indirecta respecto de quienes en el momento del fallecimiento se encuentran en situación de activo. En ambos casos, se trata de pensiones esencialmente contributivas; por ejemplo, la exigencia de cotización en el caso de la pensión indirecta es de 15 años o de 5 años; una regulación que, dicho sea de paso, recuerda a la que recibe la pensión de viudedad en nuestro Sistema y que, igualmente, era predicable respecto de la pensión de orfandad antes del cambio introducido por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Lo mismo cabe decir en el caso del sistema de Seguridad Social irlandés para el que la prestación quedará condicionada a que el sujeto causante reúna, en el momento del fallecimiento, un determinado periodo previo de cotización de 26 semanas a lo largo de su vida laboral.

El sistema de protección francés presenta una singularidad ya que diferencia entre un régimen general que contempla pensiones de viudedad, no así de orfandad, siempre que el sujeto beneficiario cumpla determinados requisitos, entre otros, carencia de recursos económicos. Y unos regímenes complementarios y obligatorios (Arrco) para los

trabajadores por cuenta ajena y (Agirc) para los ejecutivos (como se ya se ha dicho). Sólo en el caso de los regímenes complementarios encontramos pensión de orfandad; lo que significa que los huérfanos sólo se pueden beneficiar en el ámbito de las pensiones complementarias (Arrco y Agirc). A partir de esta consideración, los huérfanos se benefician de la «pensión de réversion Arrco» si uno de sus padres era asalariado o jubilado del sector privado. Si uno de sus padres era ejecutivo, pueden beneficiarse igualmente de la «pensión de réversion Agirc». Se trata de pensiones que se calculan por puntos, ya que cada año el importe de las cotizaciones pagadas en función del salario o renta de referencia se traduce en puntos; de modo que, la cuantía de la pensión de réversion para cada huérfano será igual al 50 por 100 de los derechos Agirc obtenidos por el progenitor, con independencia del número de huérfanos.

2.1. Requisitos específicos del sujeto beneficiario.-

En líneas generales, y al igual que sucede en España, junto a los requisitos generales que han de estar presentes en la persona del sujeto causante en el momento del fallecimiento y que, como se ha visto, están vinculados a la naturaleza contributiva de este tipo de pensión, es preciso también destacar los requisitos específicos que habrán de reunir los hijos del sujeto causante (los beneficiarios de la pensión). A tal efecto, estos requisitos se concretan en, por un lado, la existencia del vínculo familiar, al margen de cuál sea la naturaleza legal de su filiación; y por otro, en la exigencia de edad que se convierte en pieza esencial en el acceso y disfrute de la pensión de orfandad. Lo que no impide que, en según qué casos, sean tenidos en cuenta factores distintos como la incapacidad del sujeto beneficiario o su dependencia respecto del sujeto causante.

2.1.1. El elemento de la edad

La existencia de un límite de edad, o de una edad máxima para acceder y disfrutar de una pensión de orfandad, encuentra su justificación en el carácter temporal que la situación de necesidad del huérfano presenta para el sistema de Seguridad Social. Se ha dicho que la finalidad de esta pensión es sustituir la pérdida o disminución de ingresos que provoca en el hijo la pérdida de uno de los progenitores cuando éste conviviese con el fallecido; por este motivo, se diseña un tipo de tutela que, a diferencia de la viudedad, se presume que perderá tal justificación cuando el hijo se convierta (o se entienda que pueda hacerlo) en independiente económicamente. De ahí que la mayoría de los países sitúen esa edad límite de acceso en la mayoría de edad, aunque luego ofrezcan un abanico de posibilidades por razón de estudios. Por eso no deja de sorprender que el cambio normativo que recientemente se ha llevado en España haya situado esa edad en 21 años (o en 25 para el caso de que esté cursando estudios, si bien, este aumento es de carácter progresivo, tal y como se verá posteriormente) y no se haya aprovechado la ocasión para unificarla con los otros países del entorno comunitario. En todo caso, y dado que el elemento de la edad se convierte en pieza esencial para el acceso y disfrute del derecho a esta pensión de orfandad es preciso detenerse en cuál es el estado actual de la cuestión en España (aunque sea anticiparse a su explicación posterior) para ver qué sucede en los países analizados.

Hasta la reforma operada por la Ley 27/2011, de 2 de agosto al contenido del art. 175 LGSS, la edad de acceso a la pensión de orfandad se limitaba a 22 años, caso de la orfandad simple, y a 24 años, caso de la orfandad absoluta. Tras la mencionada reforma

(Disposición Adicional 1.1. de la Ley de referencia), el elemento de la edad se configura del siguiente modo: con carácter general, y desde el 2 de agosto de 2011, la pensión de orfandad corresponderá a los hijos menores de 21 años o mayores que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez; lo que significa que se ha reducido la edad de acceso a la pensión de orfandad en un año, excepto por lo que hace a los casos de incapacidad, para los que sigue sin operar límite de edad alguno. En estos casos, la existencia de un límite por razón de edad no rige en tanto que se considera que la situación de necesidad presunta tiene un carácter permanente frente a la idea (antes apuntada) de la provisionalidad o temporalidad de esta pensión.

En relación con la edad, se mantiene la diferente regulación según la orfandad sea absoluta (inexistencia de progenitores o adoptantes) o simple (cuando sobreviva uno de los progenitores o adoptantes); así, para el caso de la absoluta, si el huérfano no efectúa un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente del salario mínimo interprofesional (SMI) fijado en cada momento, también en cómputo anual, el límite de edad de los 21 años se amplía hasta los 25 años. Si por el contrario, el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al de inicio del siguiente curso académico.

Por el contrario, cuando se trata de casos de orfandad simple, si el huérfano no trabaja o sus ingresos son inferiores al SMI, esa ampliación del límite de edad a los 25 años no actúa de forma automática sino que se ha establecido una aplicación gradual de la misma. En concreto, y hasta completarlo en 2014 (que es cuando operará el límite de edad de los 25 años equiparándose a los casos de orfandad absoluta), el límite de edad se sitúa en 22 años para el 2011, en 23 años para el año 2012 y en 24 años para el 2013. Para el caso de que el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al de inicio del siguiente curso académico.

Pues bien, lo señalado hasta ahora prácticamente se repite en los países analizados, aunque, como se verá a continuación, en según que casos, el tratamiento se presenta algo más favorable que en el caso español. Es lo que sucede, por ejemplo, en Portugal que, si bien la edad límite es sensiblemente inferior a la española 18 años de edad, lo cierto es que las excepciones a la regla general amplían dicho límite en términos más favorables en función de la concurrencia de ciertas circunstancias; en concreto, dicho límite se eleva hasta los 25 años si el huérfano está cursando estudios, e incluso hasta los 27 años, si realiza cursos de postgrado o está preparando la tesis de licenciatura o de doctorado, o si está realizando el periodo de prácticas necesario para la obtención del diploma. En todo caso, y al igual que sucede en nuestro Sistema, no existirá límite de edad para los discapacitados que perciban determinadas prestaciones. Hay que decir que en Portugal, tal y como antes se ha indicado, existen pensiones de supervivencia de naturaleza no contributiva para las que el límite de edad vuelve a situarse en los 18 años, salvo que el hijo se hubiese ya emancipado.

Algo semejante sucede en Alemania que, una vez más, sitúa el límite de edad en los 18 años, aunque con ampliaciones en función de la concurrencia de determinadas circunstancias. En concreto, la edad se amplía hasta los 27 años si el huérfano está cursando estudios y sus ingresos no superan una determinada cantidad mensual. E incluso, se amplía más allá de los 27 años cuando el huérfano que está cursando estudios debe interrumpirlos para realizar el servicio militar o el servicio social sustitutorio. En ese caso tendrá derecho a la pensión de orfandad después de haber cumplido 27 años tantos meses como haya durado la interrupción por las causas mencionadas. Una regulación semejante ofrece Austria cuya pensión de orfandad está dirigida a los hijos menores de 18 años de edad, a no ser que estén realizando sus estudios y en ese momento se encuentren matriculados, en cuyo caso el límite de edad se eleva hasta alcanzar los 27 años. En el caso irlandés esta edad se sitúa en 18 años o en 22 años para el caso que éste estuviese cursando estudios; es decir, se repite el esquema de la práctica totalidad de los países del entorno comunitario que limita la percepción de la pensión al cumplimiento de una edad.

El caso de Italia resulta ser algo más restrictivo pues si bien se repite la regla general de fijar el límite de edad en los 18 años (no exigiéndoles otros requisitos adicionales) no obstante, se contemplan situaciones en las que, superando la mayoría de edad, el hijo puede tener derecho a esta pensión; y que, una vez más, se vinculan a incapacidad o realización de estudios. De manera semejante sucede en Finlandia que sitúa esa edad en los 18 años, si bien la misma podrá ampliarse hasta los 21 años para el caso de que el hijo esté estudiando; al igual que sucede en el caso de la pensión de viudedad no resulta compatible su percepción si el hijo ya está percibiendo una pensión de discapacidad del sistema de pensiones nacional. En esta línea más restrictiva se sitúa Suecia para la que la posibilidad de que sea reconocida una pensión de orfandad sólo está prevista para el caso de que el hijo sea menor de 18 de años, si uno o ambos padres fallecen. Bien es verdad que también se prevé que esta pensión de orfandad pueda mantenerse hasta la edad de 20 años (incluso inferior a la de 21 años que es la que viene siendo habitual en la practica generalidad de situaciones) condicionada, claro está, a razones de estudio.

Por su parte Francia participa de una regulación que, como se ha indicado, sólo es posible en los denominados regímenes complementarios que de nuevo establece el condicionante de la edad. En concreto, en ambos casos han de cumplirse determinadas condiciones relativas a la edad: tener menos de 21 años en la fecha de fallecimiento del último de sus padres, para el régimen Agirc. O ser menor de 25 años y estar a cargo del último de sus padres en el momento de su fallecimiento, para el régimen Arrco. Sin embargo, no se establece condición de edad para los huérfanos inválidos antes de los 21 años, cualquiera que sea su edad en el momento de producirse el fallecimiento.

La singularidad la encontramos en la regulación que ofrece el Reino Unido, que si bien muestra un especial cuidado en la protección de la infancia, de forma que hay ayudas directamente vinculadas a tener hijos menores o, incluso, jóvenes de hasta los 20 años siempre que dependan del padre o madre viudo/a, no se puede decir que sin embargo exista, al menos no en sentido estricto, una pensión de orfandad comparable a que tiene nuestro sistema de Seguridad Social.

2.1.2. La condición de estar a cargo del sujeto causante: dependencia económica

Las prestaciones por muerte y supervivencia cumplen en nuestro sistema de Seguridad Social la función de ser sustitutivas de la disminución de ingresos familiares generada por el fallecimiento de una persona (que se puede encontrar en activo o ser ya pensionista del Sistema por razón de jubilación o de estar incapacitado permanentemente para el desempeño de una actividad profesional). Delimitada en estos términos la situación protegida lo cierto es que en nuestro Sistema la situación de necesidad vinculada al hecho de estar a cargo del sujeto que fallece se presume en tanto que no se exige que la misma sea real y efectiva. Esta falta de acreditación de la situación de necesidad real y efectiva se proyecta respecto de la pensión de orfandad que, como se ha dicho, no es tenida en cuenta respecto de los hijos menores de 18 años o mayores afectados por un grado de discapacidad; dicho de otro modo, su condición de menor o de discapacitado les confiere un estatus de protección más allá de que el mismo sea necesario.

Ahora bien, cuando el hijo huérfano que pretende la pensión de orfandad percibe ingresos por realizar trabajos por cuenta ajena o por cuenta propia, en virtud del cual perciba ingresos que, en cómputo anual, resulten superiores al 100 por 100 de la cuantía anual del SMI vigente en cada momento, la pensión de orfandad se suspenderá. Asimismo, habrán de ser tenidas en cuenta las retribuciones y las prestaciones de Seguridad Social sustitutivas de éstas, tales como desempleo, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad. El derecho a la pensión se recupera cuando se extinga el contrato de trabajo, cese la actividad por cuenta propia o, en su caso, finalice la prestación por desempleo, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o maternidad o, en los supuestos en que se continúe en la realización de una actividad o en el percibo de una prestación, cuando los ingresos derivados de una u otra no superen los límites establecidos. Así pues, si dichos ingresos superan la cuantía referida al SMI se presumirá, sin que sea posible admitir prueba en contra, que la situación de necesidad no concurre, aunque realmente exista la condición de encontrarse a cargo y ser dependiente del sujeto causante en el momento del fallecimiento. Por tanto, la dependencia económica del huérfano, medida en función del nivel de ingresos de éste, determinará la suspensión de la pensión.

Bien es verdad que esta mayor rigidez vuelve a no ser tenida en cuenta cuando el huérfano es menor de 21 años o tenga reducida su capacidad para el trabajo en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez ya que, entonces, la pensión se abonará con independencia de cual sea la cuantía de los ingresos obtenidos con su trabajo. No cabe decir lo mismo cuando el huérfano es mayor de 21 años y no esté incapacitado; en este supuesto, la pensión quedará en suspenso si los ingresos derivados del trabajo que viniese realizando el menor, no incapacitado, superan el límite establecido.

En definitiva, la condición de ser menor de la edad establecida como límite que, como ya se ha dicho, en España se sitúa en 21 años, o el hecho de tener un grado de incapacidad relevante, no impiden que aquél pueda ser beneficiario de la pensión de orfandad presumiéndose, en consecuencia, la situación de necesidad. No cabe decir lo mismo, si el sujeto es mayor de esa edad, excepto que igualmente sea un incapaz.

El binomio edad y límite de ingresos (dependencia económica del beneficiario respecto del sujeto causante) se observa en otros países europeos. En líneas generales se puede afirmar que el funcionamiento es similar al seguido en España, compatibilidad cuando se trata de menores, e incompatibilidad en el caso de mayores con excepciones que están sujetas al nivel de ingresos obtenidos por el huérfano. En el caso de que, además, el huérfano sea un incapaz entran de nuevo reglas de incompatibilidad, especialmente dirigidas a los casos en los que el huérfano reúna, también, la condición de ser mayor de edad. Una incompatibilidad que, como ya se dijo en relación a la prevista en nuestro ordenamiento, responde a la idea de autosuficiencia económica; por eso, el mayor rigor se predica respecto de las situaciones en las que, por razón de edad, se comprende que el huérfano dispone ya de los medios suficientes para poder hacer frente a sus necesidades personales. Sin que esto impida, claro está, introducir salvedades relacionadas con la realización de estudios, o por su propia incapacidad.

Así, por ejemplo, en Portugal el acceso a la pensión de orfandad queda condicionado, no sólo por el elemento de la edad sino, también, por la prohibición de no realizar prestación profesional alguna. Bien es verdad que el legislador ha tenido en cuenta la posibilidad de ampliar dicha edad hasta los 27 años para el caso de que el huérfano esté realizando cursos de postgrado, o esté preparando la tesis de licenciatura o de doctorado, o esté realizando el periodo de prácticas necesario para la obtención del diploma, siempre que no obtenga por esta circunstancia unos ingresos superiores a dos tercios del valor índice de referencia de las ayudas sociales (que entendemos actúa de referente semejante a nuestro SMI o indicador público de rentas de efectos múltiples, IPREM). Por tanto, en el sistema portugués la situación de necesidad vinculada a la condición de estar a cargo se convierte en efectiva y real ya que, sólo en determinadas circunstancias y en según qué casos, resulta posible la compatibilidad entre el percibo de la pensión de orfandad y los ingresos del huérfano. Si esta dependencia económica se convierte en requisito cuando se está en el nivel contributivo, ni que decir tiene que su presencia es ineludible cuando nos movemos en el terreno de lo no contributivo; y así, se articula la limitación de ingresos con dos posibles centros de imputación, el nivel de ingresos del propio huérfano y los ingresos del hogar por persona debiéndose encontrar la familia en situación de riesgo social grave debido a la pérdida de ingresos o a un aumento normal de las deudas.

El elemento carencia de recursos también está presente en el caso francés ya que el hecho de que no se precise carencia de recursos para acceder a las pensiones de los regímenes complementarios que, como se ha dicho, es donde se encuentra la pensión de orfandad, no impide que en el caso del régimen Arrco, se condicione el derecho a que el huérfano pueda beneficiarse de la pensión de réversión a la exigencia de que se encuentre a cargo del último de sus padres en el momento del fallecimiento (además de tener menos de 25 años). El supuesto de pensión de orfandad alemana, de la que son beneficiarios los menores de 18 años, es compatible con los ingresos del huérfano sin que exista ningún límite al respecto. No obstante, en los casos en los que la edad se ha visto ampliada hasta los 27 años por el hecho de estar cursando estudios, los ingresos del beneficiario no deben superar una determinada cantidad. En caso de que la superen, esos ingresos van a operar como factor de corrección de la cuantía de la pensión de orfandad, llegando, incluso, a dar lugar a que el sujeto no pueda beneficiarse de la pensión pese a cumplir el requisito de la edad y de estar cursando estudios.

Por su parte, en Italia, en principio, la pensión de orfandad de los menores de 18 años, no tiene establecido ningún régimen de incompatibilidad con la prestación de servicios, con lo que será posible que compaginen la pensión con el desarrollo de una actividad autónoma o por cuenta ajena. Es en los casos en que el huérfano supera dicha edad y se encuentra cursando determinados estudios, cuando se exigen requisitos adicionales entre los cuales se encuentra la incompatibilidad en la prestación de servicios. En efecto, de manera semejante a lo que sucede en España, la dependencia económica se proyecta respecto de los hijos mayores de 18 años, estudiantes o incapaces; se trata de una dependencia relevante y constante que se traduce en la imposibilidad de ser autosuficientes económicamente (esto es, cuando los posibles ingresos del huérfano no supere unos determinados niveles) y en la necesidad de convivencia con el sujeto causante. Por este motivo, y debido al cambio introducido por la Corte Costituzionale, el criterio actual que se sigue para valorar si el huérfano mayor de edad (que está realizando estudios) se encuentra a cargo del progenitor que fallece es atender al volumen de ingresos que éste pueda percibir; siendo así que si supera un determinado umbral (el equivalente al salario mínimo incrementado en un 30 por 100) no tendrá derecho a la pensión de orfandad. De manera semejante, se aplican criterios respecto de los casos en los que el huérfano sea un discapacitado mayor de edad; en este supuesto, no perderán la condición de beneficiario supérstite siempre que mantengan el requisito de no autosuficiencia económica (actividad laboral tenga finalidad terapéutica, no tenga una duración superior a 25 horas semanales, o que sea realizada en talleres protegidos, o cooperativas).

2. Compatibilidad pensión de orfandad y otras prestaciones o ayudas.-

Se completa este estudio con una breve y última referencia a la posible compatibilidad entre esta pensión y otras que igualmente pudiera percibir el huérfano.

En el sistema de Seguridad Social español, al margen de las reglas sobre compatibilidad entre el percibo de la pensión de orfandad e ingresos de los huérfanos, también se contemplan reglas en relación con la posibilidad de que aquéllos se conviertan en beneficiarios de otras posibles prestaciones. De este modo, los huérfanos con derecho a pensión de orfandad que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, cuando perciban otra pensión de la Seguridad Social en razón de la misma incapacidad, deberán optar entre una y otra. Asimismo, y para el caso de que el huérfano hubiese sido declarado incapacitado para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de la edad de 18 años, la pensión de orfandad que viniera percibiendo será compatible con la de incapacidad permanente que pudiera causar, después de los 18 años, si la misma es debida a unas lesiones distintas a las que dieron lugar a la pensión de orfandad. En el juego de las compatibilidades, en relación con la posibilidad de percibir otra pensión de orfandad, se establece una regla de compatibilidad entre las pensiones de orfandad causadas por cada uno de los padres, aunque sean del mismo régimen, si bien sólo una de ellas podrá ser incrementada con el porcentaje de viudedad.

En los países del entorno europeo objeto de análisis también se observan reglas de compatibilidad con otras prestaciones con la finalidad de dotar de una protección más completa a quienes constituyen sujetos beneficiarios de estas pensiones (sean por razón de viudedad o de orfandad). En este sentido, por ejemplo, en el sistema de Seguridad

Social portugués se prevé que quienes estén percibiendo una pensión de supervivencia, o una pensión de orfandad del régimen no contributivo podrán recibir, además, un complemento económico por dependencia siempre, claro está, que se acredite que se encuentren en esa situación. Por su parte, en Italia, los titulares de las pensiones de supervivencia pueden tener derecho, siempre que reúnan determinados requisitos, entre los que destaca la escasez de rentas, a determinadas prestaciones (“integrazione al trattamento minimo”, “assegno per il nucleo familiare” o a la “quote di maggiorazione per carichi familiari”). En realidad, no se trata de prestaciones que perciba el huérfano sino el núcleo familiar al que pertenece. Sí se contempla compatibilidad entre la pensión de orfandad y aquella que pudiera corresponderle cuando el fallecimiento deviene de accidente de trabajo o enfermedad profesional. Asimismo es importante subrayar que en el sistema italiano la posibilidad de que el huérfano simple pueda obtener una segunda pensión de orfandad por adquirir la condición de absoluto no funciona automáticamente sino que a la hora de computar los ingresos que éste percibe (en los términos antes señalados) será computada la pensión de orfandad que ya percibe.

PARTE SEGUNDA

“Evolución normativa y estado actual de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia en el Sistema Español de la Seguridad Social”

Sebastián de Soto Rioja
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva

Manuel García Muñoz
Profesor. Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

I. DE LA ASISTENCIALIDAD A LA CONTRIBUCIÓN Y DE LA CONTRIBUCIÓN A LA ASISTENCIALIDAD: EL EJE EN LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTINGENCIA Y PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

Sumario:

1. Instauración, Constitución Española de 1978 y Consenso político y social: elementos determinantes en la evolución del régimen jurídico de la Contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia. 2. **Primera etapa: implantación del sistema de seguridad social (ley de bases de 1963).** 2.1. Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. 2.1.1 Presupuestos. 2.1.2. Requisitos. 2.1.3 Contenido. 2.1.4. Dinámica. 2.1.5. Gestión. 2.2. Decreto 907/1966, de 21 de abril. 2.2.1. Presupuestos. 2.2.2 Requisitos. 2.2.3. Contenido. 2.2.4. Dinámica. 2.2.5. Gestión. 2.3. Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre. 2.3.1. Presupuestos. 2.3.2. Requisitos. 2.3.3. Contenido. 2.3.4. Dinámica. 2.4. Orden de 13 de febrero de 1967. 2.4.1. Presupuestos. 2.4.2. Requisitos. 2.4.3. Contenido. 2.4.4. Dinámica. 2.4.5. Gestión. 2.5. Ley 24/1972, de 21 de junio. 2.5.1. Presupuestos. 2.5.2. Requisitos. 2.5.3. Contenido. 2.5.4. Gestión. 3. **Segunda etapa: la incidencia de la Constitución de 1978 en el régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia.** 3.1 Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978. 3.2. Ley 30/1981, de 7 de julio. 3.2.1. Presupuestos. 3.2.2. Contenido. 3.2.3. Dinámica. 4. **Tercera etapa: el consenso político y social sobre las reformas del régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia.** 4.1. **Primer período: de 1995 a 2001.** 4.1.1. “Pacto de Toledo”, de 6 de abril de 1995. 4.1.2. “Acuerdo sobre la consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social”, de 9 de septiembre de 1996. 4.1.3. Ley 24/1997, de 15 de julio. A) Presupuestos. B) Contenido. 4.1.4. Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre. A) Contenido. B) Dinámica. C) Gestión. 4.1.5. Real Decreto 4/1998, de 9 de enero. A) Presupuestos. B) Dinámica. 4.2. **Segundo período: de 2001 a 2006.** 4.2.1. “Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social, de 9 de abril de 2001”. 4.2.2. Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre. A) Presupuestos. B) Contenido. C) Dinámica. 4.2.3 Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre. 4.3. **Tercer período: de 2006 a 2011.** 4.3.1. “Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006. 4.3.2 Ley 40/2007, de 4 de diciembre. A) Presupuestos. B) Contenido. C) Dinámica. 4.4. **Cuarto período: a partir de 2011**

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA. UN ANÁLISIS DE SUS NORMAS DE ORDENACIÓN

Sumario:

1. Consideraciones generales sobre la acción protectora: la dificultad de construir un concepto unívoco de la contingencia. 1.1. Clases de prestaciones 1.2. Normas de gestión 1.3. La imprescriptibilidad del derecho 1.4. Régimen de compatibilidad de las prestaciones (remisión) 2. **Requisitos comunes de acceso.** 2.1. Sujeto causante 2.2. Hecho causante 2.3. Periodo de carencia 3. **Viudedad.** 3.1. Beneficiarios 3.2. Cuantía de la prestación 3.2.1 Porcentaje 3.2.2 Base Reguladora 3.3. Dinámica de la prestación 3.3.1 Nacimiento y duración 3.3.2 Causas de extinción 3.4

Compatibilidad. 4. Orfandad. 4.1. Beneficiarios y requisitos. 4.2. Cuantía de la prestación. 4.3. Causas de extinción. 4.4. Compatibilidad 5. Prestaciones a favor de familiares. 5.1. Pensión. 5.1.1. Beneficiarios y requisitos. 5.1.2 Cuantía de la prestación 5.1.3 Causas de extinción 5.1.4 Compatibilidad 5.2. Subsidio 6. Pensiones especiales. 6.1. Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez 6.2. Extraordinarias por acto de terrorismo 7. Otras prestaciones. 7.1. Indemnización a tanto alzado en caso de fallecimiento derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional. 7.2. Auxilio por defunción

I. DE LA ASISTENCIALIDAD A LA CONTRIBUCIÓN Y DE LA CONTRIBUCIÓN A LA ASISTENCIALIDAD: EL EJE EN LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTINGENCIA Y PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

1. Instauración, Constitución Española de 1978 y Consenso político y social: elementos determinantes en la evolución del régimen jurídico de la Contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia.-

La regulación de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, si bien se introdujo en el ordenamiento jurídico español por la normativa del correspondiente seguro social, posteriormente completada de forma paralela por la del mutualismo laboral, se configuró, en sus actuales términos estructurales, por la normativa instauradora del Sistema de Seguridad Social, aunque manteniendo determinadas características aquella normativa. Desde entonces y hasta la actualidad, su evolución ha estado motivada, en gran medida, por las mismas razones que la del resto de contingencia y prestaciones protegidas dicho Sistema. No obstante, la evolución normativa de esta contingencia y prestaciones no ha dependido únicamente de las razones de índole económica que han impulsado las diferentes reformas de la normativa de la Seguridad Social, encaminadas, sobre todo durante los últimos treinta años, a perfeccionar y garantizar el equilibrio económico financiero del Sistema de Seguridad Social, sino también de índole jurídica, debido a la adaptación del ordenamiento jurídico a los derechos y deberes constitucionales (principio de igualdad y no discriminación, entre otros) y, fundamentalmente, a los cambios sociales experimentados por la población española a partir del tránsito al régimen democrático (especialmente el derecho de familia) y que afectan a los presupuestos de esta contingencia, así como al contenido y a la dinámica de las prestaciones que la protegen. Además, la peculiaridad de que la situación de necesidad amparada por la contingencia de muerte y supervivencia recaiga en una persona o personas distintas al sujeto que padece la actualización del riesgo social protegido, con el que mantienen una relación filial o mantienen o han mantenido una relación afectiva (conyugal o análoga), determina que el régimen jurídico de esta contingencia sea especialmente sensible, sobre todo, a las modificaciones normativas motivadas por las transformaciones sociales generadas por la forma de constituir, conservar y extinguir esa relación afectiva, así como por la forma en que el ordenamiento jurídico concibe esa relación y la posición que en ella ocupan sus componentes. Por ello, la evolución de la regulación de esta contingencia responde, en gran medida, aunque no exclusivamente, a dichas modificaciones normativas y, por tanto, está marcada por las distintas etapas en que se han producido.

La primera etapa, en la que se implanta el Sistema de Seguridad Social en España, a través de la Ley 193/1963, sobre las Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre, está acotada por la configuración jurídica de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, realizada por la citada Ley de Bases, por el Decreto de 21 de abril de 1966, por el que se aprueba su Texto Articulado Primero, por el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, por la Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y

supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social y, finalmente, por la Ley 24/1972, de 21 de junio de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social. Las normas contenidas en estas disposiciones establecieron, en consecuencia, el régimen jurídico originario, si bien con base en determinadas normas de la regulación precedente del seguro social y del mutualismo laboral, de esta contingencia y prestaciones del Sistema de Seguridad Social, conformado por los presupuestos de la contingencia y prestaciones, por los requisitos del hecho causante para acceder a las prestaciones, por el contenido de éstas y por la dinámica y gestión de las mismas, y, definieron, asimismo, sus características esenciales que, con mayor o menor intensidad, serán objeto de modificación en las etapas posteriores de la evolución normativa de esta contingencia y prestaciones.

Así pues, en esta etapa inicial, el régimen jurídico originario se caracterizaba, de un lado, por la limitación del presupuesto que actualiza la contingencia, ya que la normativa solamente preveía el presupuesto general, y por así decir normal, de esta contingencia que, lógicamente, se concreta en el fallecimiento del sujeto protegido, sin aludir a otros acontecimientos que pueden generar la misma situación necesidad que éste y que posteriormente serían incluidos legalmente, como sucedió con los supuestos de desaparición de dicho sujeto. De otro lado, por la exigencia de que los sujetos beneficiarios, que también como característica destacada de esta contingencia son distintos al sujeto protegido, se encontraran en una probable situación de carencia real de rentas, ya que los presupuestos que tenían que reunir para ostentar la condición de sujeto beneficiario indirectamente aludían a esta situación, como sucedía, por ejemplo, respecto a la prestación de viudedad, al requerirse la concurrencia de presupuestos que evidenciaban la dificultad del sujeto beneficiario de procurarse por sí solo ingresos, es decir, que la viuda tuviera una determinada edad, estuviera incapacitada para el trabajo o tuviera hijos habidos del causante. Asimismo, se caracterizaba por la desigualdad en la ostentación de la condición de sujeto beneficiario por razón de sexo, puesto que los presupuestos para acceder, entre otras, a la prestación de viudedad eran distintos, si el cónyuge del sujeto causante era la mujer o el marido, siendo más restrictivos en éste último caso. Igualmente, se caracterizaba por la diferenciación en los requisitos del hecho causante en atención a que el fallecimiento se produjera por riesgos profesionales o por riesgos comunes, siendo más estrictos en este último supuesto, al exigirse, en todo caso, que el sujeto causante se encontrara en el momento del hecho causante en situación de alta real o asimilada y que reuniera un determinado periodo de carencia, período que no se exigía si la causa de la muerte era por riesgo profesional y, del mismo modo, se admitía, en este caso, la situación de alta presunta del sujeto causante. Finalmente, se caracterizaba por la distinción en el contenido de las prestaciones, según el riesgo causante fuera también profesional o común, de modo que la cobertura protectora era mayor, si el fallecimiento es debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional.

No obstante, algunas de estas características pronto fueron en parte modificadas, a través de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, consolidándose con ello el régimen jurídico originariamente establecido en esta primera etapa. Así, mediante esta ley, se amplió el presupuesto de la contingencia al considerarse actualizada no sólo por el fallecimiento del sujeto protegido, sino también por su desaparición con ocasión de un accidente de trabajo o no en circunstancias que hiciera presumible su muerte.

Igualmente, se ampliaron los presupuestos para causar las prestaciones en favor de familiares para las hijas y hermanas del sujeto causante que tuvieran la condición de pensionista. En esta mismo sentido de ampliar la cobertura de esta contingencia, se suprimió la exigencia de que la beneficiaria de la prestación de viudedad se encontrara en una situación de carencia real de rentas, al eliminarse los presupuesto que indirectamente presumía esta situación, como era que la viuda tuviera una determinada, incapacidad para el trabajo o hijos a cargo habidos del sujeto causante con derecho a la percibir la pensión de orfandad, en el momento del hecho causante. Asimismo, se eliminó el requisito del cumplimiento del período de carencia por el sujeto causante, en el caso de que el fallecimiento se debiera a accidente no laboral, aproximándose así, aunque no completamente, la protección por riesgos profesionales y por riesgos comunes. Finalmente, en esta misma línea de mejora de la cobertura, se introdujo una nueva regla en el procedimiento para calcular la cuantía de las prestaciones económicas periódicas, consistente en integrar la base reguladora con la totalidad de las bases de cotización por las que hubiera cotizado el sujeto causante durante el período establecido para su determinación. De este modo, la Ley 24/1972, de 21 de junio, perfeccionó la cobertura inicial de la contingencia, eliminando algunos de los elementos de su régimen jurídico e introduciendo otros nuevos, pero sin llegar a modificar completamente aquellos aspectos que mantenían diferencias en la protección, por ejemplo, en atención al sexo o a la filiación de los beneficiarios, y que serían objeto de reforma en las siguientes etapas.

La segunda etapa viene determinada por la aprobación de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) en la que se reconoce expresamente el derecho de igualdad ante la ley y de no discriminación de todos los ciudadanos, independiente de su nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14 de la CE). La igualdad ante la ley entre sexos conlleva directamente que la consideración de beneficiario de las prestaciones de muerte y supervivencia, concretamente, de la prestación de viudedad, la ostenten los dos cónyuges y no solamente, como sucedía con carácter general hasta ese momento, el cónyuge femenino. Con ello, se produce un cambio sustancial en la configuración de en uno de los presupuesto de la contingencia, esto es, el matrimonio, que al concebirse, a partir de entonces, como una institución basada en la igualdad de derechos y obligaciones entre cónyuges, determina que cada uno de ellos puede generar derechos y obligaciones respecto al otro y, entre estos derechos, destaca precisamente el acceso a las prestaciones de Seguridad Social. La presunción implícita de que el cónyuge femenino es el único que padece la situación necesidad protegida por la contingencia, debido a que está dedicado a la realización de las tareas domésticas y al cuidado de la familia y, por ello, no realiza una actividad productiva remunerada, desaparece, de modo que cualquiera de los cónyuges, independientemente de su sexo, puede generar o percibir la prestación de viudedad. La presunción de situación de necesidad encuentra, pues, su fundamento, como en el resto de contingencias, en la actualización de un riesgo social que provoca una disminución de ingresos, en este caso, el fallecimiento de uno de los cónyuges, independientemente de su sexo.

Asimismo, la CE reconoce la igualdad de los hijos ante ley con independencia de su filiación y el correlativo deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39. 2 y 3 de la CE). Del mismo modo, el derecho de igualdad, en este caso entre hijos, equipara a todos los hijos del progenitor

causante de la protección, independientemente de la naturaleza de su filiación, adoptiva o natural, y, en este último caso, sin distinción por haber sido concebidos por progenitores casados o no entre sí, desapareciendo, en consecuencia, la diferenciación entre, los denominados en el pasado, hijos legítimos e hijos ilegítimos en el acceso a los derechos que por condición de filiación establece el ordenamiento jurídico, entre estos derechos, específicamente el acceso a la prestaciones de Seguridad Social.

Por la otra parte, la aprobación de la denominada “ley del divorcio”, al modificar la institución del matrimonio, mediante la reforma de los preceptos correspondientes del Código Civil y al introducir su Disposición Adicional Décima, referida a la protección de la contingencia por muerte y supervivencia, supuso un cambio sustancial de los presupuestos para causar la prestación de viudedad y de las reglas para determinar su contenido. Efectivamente, la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, produjo, por un lado, la desaparición de la exigencia de la convivencia habitual del beneficiario de la prestación de viudedad con el causante, puesto que las situaciones de separación, divorcio o nulidad implican necesariamente la interrupción de la convivencia entre cónyuges. Asimismo, relativizó el cumplimiento del presupuesto de la existencia de matrimonio para causar la prestación por viudedad, ya que, a estos efectos, solamente exigía que hubiera existido matrimonio con anterioridad al momento del hecho de causante, independientemente de que continuara plenamente vigente en todos sus extremos en dicho momento, es decir, de que hubiera antecedido separación matrimonial; de que se hubiera disuelto, esto es, de que hubiera precedido declaración judicial de divorcio; o, incluso, de que hubiera sido declarado nulo, si hubiera mediado buena fe del contrayente superviviente. Incluso, ni siquiera exigía la existencia de matrimonio entre el causante y el beneficiario, si dicho matrimonio no hubiera podido contraerse por la existencia de un matrimonio previo entre estos sujetos y otras terceras personas, al no estar prevista, antes de la aprobación de la citada ley, la disolución del vínculo matrimonial por divorcio entre los cónyuges. Por otro lado, estas modificaciones conllevaron, al mismo tiempo, la introducción de una regla para la determinación del contenido de la prestación de viudedad, en los casos de concurrencia de beneficiarios derivada de la ostentación de la condición de beneficiario tanto por el cónyuge como por el ex cónyuge del sujeto causante.

La tercera etapa responde a las recomendaciones establecidas en el denominado “Pacto de Toledo”, aprobado por el Congreso de los Diputados el 6 de abril de 1995, y, correlativamente, por los Acuerdos Sociales alcanzados en los distintos períodos que se pueden distinguir en esta etapa. En el primer período (de 1995 a 2001), el “Acuerdo sobre la consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad”, de 9 de septiembre de 1996, con base en las citadas recomendaciones referidas al reforzamiento de los principios de “contribución” o “contributividad” y de “equidad”, así como de “solidaridad” y de “garantía de suficiencia”, recogió las primeras líneas de reforma que debían realizar en el Sistema de Seguridad Social, fruto del consenso político y social alcanzado sobre las mismas. Esencialmente, las líneas de reforma sobre el régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia se basaban en estos dos últimos principios, a fin de mejorar su protección, mediante la elevación gradual del límite de edad para ser beneficiario de la pensión de orfandad hasta los 21 o hasta los 23 años, en caso de orfandad absoluta, así como mediante el incremento de la gradual de la cuantía de la pensión de viudedad reconocidas a beneficiarios con menos

de 60 años, en el supuesto de que esta constituya garantía de suficiencia, debido al nivel de rentas y a las cargas familiares de estos sujetos, hasta equipararla a la cuantía de la de los beneficiarios mayores de esa edad. La Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre y por el Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, concretó jurídicamente estas propuestas, iniciándose así un cierto retorno de la exigencia del presupuesto de la carencia de rentas para ostentar la condición de sujeto beneficiario, si bien en supuestos especiales, de la pensiones de viudedad y de orfandad.

Igualmente, en el segundo período de esta etapa (2001 a 2006), con apoyo en el “Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Seguridad Social, de 9 de abril de 2001, en el que se preveía, entre otras actuaciones normativas, la mejora de las prestaciones por muerte y supervivencia, el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, eleva, nuevamente, con carácter general la cuantía de la prestación económica por viudedad como resultado del establecimiento del aumento paulatino del porcentaje aplicable a la base reguladora para su cálculo y también, como novedad en el régimen jurídico de la prestación por viudedad, eleva este porcentaje, de forma excepcional, en los supuestos en los que el beneficiario acredita carencia real de rentas, además, de cargas familiares. Al mismo tiempo, también de forma excepcional y como elemento novedoso el régimen jurídico de esta prestación, permite la percepción de la prestación por viudedad, aunque el beneficiario contraiga un nuevo matrimonio, siempre que, igualmente, acredite carencia real de rentas, además, del cumplimiento de otros presupuestos. Y, en fin, de nuevo incrementa, el periodo en que se puede percibir la prestación por orfandad y a favor de determinados familiares, al incrementarse el límite de edad hasta los 22 o 24 años, si no existen ninguno de los progenitores, siempre que igualmente acrediten carencia real de rentas. Sin embargo, no es la mejora económica, incorporada por la norma reglamentaria en la acción protectora de la contingencia por muerte y supervivencia, la que señala una línea de separación de esta etapa, iniciada en su primer período, con la etapa anterior, pues esta medida por sí sola únicamente comportaría una modificación técnica en uno de los elementos para el cálculo de la prestación, sino que la línea de separación se produce con la confirmación del presupuesto de la carencia real de rentas para ostentar la condición de beneficiario en determinados supuestos excepcionales. Así pues, en cierta medida, esta etapa supone un punto de inflexión, en la configuración jurídica de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, al consolidar el legislador en su régimen jurídico, si bien manteniendo casi intacta la regulación general existente en ese momento y solamente con objeto de ampliar la cobertura protectora de esta contingencia a supuestos excepcionales, la regla característica del modelo no contributivo o asistencial de Seguridad Social y que constituye el presupuesto común de todas las situaciones de necesidad amparada por este modelo, como es la acreditación de carencia real de rentas por el sujeto beneficiario en el momento del hecho causante y durante el período de percepción de la prestación correspondiente. Con ello, se empieza a transformar, aunque sea de forma mínima, al referirse la reforma indicada solamente a supuestos excepcionales, la concepción jurídica de esta contingencia y prestaciones, ya que, siendo una contingencia que únicamente se protege por el nivel contributivo del Sistema de Seguridad Social, en determinados supuestos excepcionales de ampliación de la cobertura, se requiere que los posibles sujetos beneficiarios acrediten que sus ingresos reales no superaran concretos límites de rentas, es decir, que acrediten el presupuesto esencial de las situaciones de necesidad protegidas por el nivel no contributivo del

Sistema de Seguridad Social. A partir de este momento, la exigencia del presupuesto de la carencia de rentas constituirá, en cierto modo, el hilo conductor de las posteriores reformas del régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia realizadas en los sucesivos períodos de esta etapa.

Efectivamente, en el tercer período de esta etapa (2006 a 2011), en atención al “Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social”, firmado por UGT, CCOO, CEOE, CEPYME y el Gobierno, el 13 de julio de 2006, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, extiende la prestación de viudedad, así como, el auxilio por defunción y las indemnizaciones a tanto alzado en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, a los supuestos de pareja de hecho, rompiéndose así el criterio mantenido hasta entonces no sólo por el legislador sino también, aunque con alguna excepción, por los pronunciamientos de los tribunales de justicia y, fundamentalmente, por la doctrina constante del Tribunal Constitucional, de reservar la condición de beneficiario de esta prestación a quien fuera en el momento del hecho causante cónyuge o ex cónyuge del sujeto protegido fallecido. Pero, esta extensión no se hace en igualdad de condiciones con la institución matrimonial, sino que para poder ser beneficiario de la prestación se requiere que la pareja de hecho superviviente dependiera económicamente del sujeto causante, que no es más, en definitiva, que la acreditación por el beneficiario del presupuesto de la carencia real de rentas. En esta misma línea, la citada ley introduce la condición de que el cónyuge separado o ex cónyuge, para poder ser beneficiario de la prestación de viudedad, sea acreedor de una pensión compensatoria debida por el sujeto causante en el momento del hecho causante. Por otra parte, por primera vez se establece legalmente la regla para distribuir la prestación de viudedad en los supuestos de concurrencia de beneficiario, derivada de la coexistencia del cónyuge actual con otro u otros ex cónyuges del sujeto fallecido en el momento del hecho causante, modificándose así la regla jurisprudencial que hasta este momento se venía aplicando en estos casos. Asimismo, también se establece, como novedad, para ser beneficiario de la pensión de viudedad, que el matrimonio haya tenido una duración determinada, si no existen hijo comunes entre el sujeto causante y su cónyuge, si el fallecimiento se produce por enfermedad común, de modo que si no se cumplen uno de estos dos presupuestos el beneficiario únicamente tenderá derecho a percibir un prestación temporal de viudedad de nuevo implantada para este supuesto excepcional, pretendiéndose así evitar las consecuencias en materia de Seguridad Social de los denominados matrimonios de conveniencia.

Finalmente, el cuarto período (a partir de 2011) cierra esta etapa por el momento con las previsiones contenidas en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, en la que, continuando con las recomendaciones establecidas en el “Pacto de Toledo”, en los sucesivos Acuerdos Sociales y, específicamente, en el “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo”, de la comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, de 29 de diciembre de 2010) de mejorar la acción protectora de la pensión de viudedad, nuevamente se prevé, de un lado, la elevación paulatina del porcentaje aplicable a la base reguladora para obtener la cuantía de la prestación, a partir del 1 de enero de 2012. Pero, confirmándose la tendencia legislativa iniciada en la etapa anterior, la elevación no se establece no carácter general, sino exclusivamente en supuestos excepcionales en los que el beneficiario, además de tener cumplida una edad determinada, acredite que no percibe otra pensión pública o ingresos por trabajo por cuenta ajena o propia o, si los percibe por otros conceptos, que su cuantía no supere un

concreto límite económico. De este modo, se mantiene la exigencia del presupuesto de carencia de rentas en uno de sus formas posibles: bien porque el beneficiario no dispone de otros ingresos distintos a los de la pensión de viudedad, bien porque disponiendo de ellos no superan el límite fijado legalmente. No obstante, el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, ha aplazado la aplicación de la citada elevación del porcentaje aplicable a la base reguladora para calcular el importe de la pensión de viudedad. De otro lado, nuevamente la elevación de la edad, para acceder y mantener el percibo de la prestación de orfandad, en el supuesto de que el sujeto beneficiario de esta prestación no realice un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o, aun realizando, no obtenga unos ingresos superiores a un determinado límite económico, previéndose que, en el plazo de dos años, se equipare la nueva fijada sin distinción entre orfandad simple o absoluta.

Además, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, introduce una previsión de orden fiscal, consistente en introducción, en la normativa tributaria correspondiente, de un mecanismo corrector de la progresividad para cuando la cuantía de la prestación de viudedad se acumule con rentas procedentes del trabajo u otras pensiones, tomando como referencia el importe de la pensión mínima de viudedad con objeto, también de mejorar, si bien de forma indirecta, mediante una cierta disminución de la imposición fiscal, el contenido de esta prestación.

2. Primera etapa: implantación del sistema de seguridad social (ley de bases de 1963).

2.1. Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.-

La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, superando el modelo de protección social instaurado hasta entonces mediante los Seguros Sociales, estableció los principios para la configuración del Sistema de Seguridad Social actual y, en consecuencia, de su acción protectora, en la que se encontraba incluida, como un elemento esencial del nuevo mecanismo de protección social implantado por esta ley, la contingencia de muerte y supervivencia, así como las rasgos generales del régimen jurídico de las prestaciones previstas para su protección. Concretamente, la Base 10ª, dedicada a esta contingencia y a sus prestaciones, dispuso las líneas generales para la regulación, a través de los instrumentos normativos pertinentes (norma legal de articulación de las bases y normas reglamentaria de desarrollo), los presupuestos de la contingencia y de sus prestaciones, los requisitos del hecho causante, el contenido, la dinámica y la gestión de la protección.

2.1.1 Presupuestos

En cuanto a los presupuestos de la contingencia, la Ley de Bases únicamente estableció el presupuesto natural y general que la conforma, consistente, como es lógico, en el fallecimiento del sujeto protegido por el Sistema de Seguridad Social, cualquiera que fuese la causa de la que derivara, es decir, independientemente de que la muerte se produjera debido a riesgos comunes o profesionales. En cambio, al preverse más de una prestación para reparar las consecuencias surgidas de la actualización del riesgo protegido, cada una con beneficiarios distintos, la Ley de Bases dispuso diferentes presupuestos para cada una de las prestaciones establecidas, esto es, un subsidio de defunción para hacer frente a los gastos del sepelio a favor de quien los hubiera

soportado; un pensión de viudedad a favor de la viuda o, en su caso, viudo o un subsidio de viudedad a favor de la viuda; una pensión de orfandad a favor a cada hijo, un pensión o subsidio a favor de otros familiares y una indemnización a tanto alzado, si el fallecimiento es causado por accidente de trabajo o enfermedad profesional, a favor de la viuda o viudo. Así, el presupuesto del subsidio de defunción, aunque la ley explícitamente no lo señalaba, explícitamente se deducía que se concretaba únicamente en la realización del sepelio. Por el contrario, la pensión de viudedad exigía, además de la existencia de un matrimonio previo del que se deriva el estado civil de viudez, aunque la ley expresamente tampoco lo mencionaba, la concurrencia de diferentes presupuestos que, a su vez, variaban, según el sexo del beneficiario. De este modo, si la beneficiaria era la viuda, debía encontrarse en alguna de las situaciones siguientes: a) haber cumplido la edad de cuarenta años; b) estar incapacitada para el trabajo; c) tener a su cargo hijo habidos del causante con derecho a pensión de viudedad. En cambio, si el beneficiario era el viudo, debía estar incapacitado para el trabajo y sostenido por su mujer en vida de ésta. Asimismo, en ambos casos, se requería la convivencia habitual entre los cónyuges o, en caso de separación judicial, sentencia firme que reconociera la condición de inocente del cónyuge superviviente. El subsidio de viudedad, además de éste último presupuesto, exigía también explícitamente la existencia de un matrimonio previo entre el causante y el beneficiario. El presupuesto de la pensión de orfandad se limitaba a que el hijo tuviera menos de dieciocho años o estuviera incapacitado para el trabajo. Y el presupuesto para la pensión o subsidio para otros familiares a la prueba de dependencia económica de estos con el causante. Finalmente, el presupuesto de la indemnización por muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional se reducía a que el fallecimiento se produjera por accidente de trabajo enfermedad profesional.

2.1.2. Requisitos

La Ley de Bases únicamente exigía expresamente el cumplimiento de un requisito para causar la prestación y solamente, en el caso de que el fallecimiento se produjera por riesgos comunes, es decir, por enfermedad común o accidente no laboral, consistente en que el sujeto causante hubiera completado el correspondiente período de carencia, aunque la extensión de este período no se especificaba expresamente por la ley. Sin embargo, este requisito no se exigía por la ley, si el fallecimiento se producía por riesgos profesionales, esto es, accidente de trabajo o enfermedad profesional. No hacía referencia alguna a ningún otro requisito, quizás porque implícitamente se sobreentendía que el sujeto causante debía estar en alta (probablemente en cualquiera de sus modalidades posibles) ante el Sistema de Seguridad Social y que se precisaría en la norma de articulación de las correspondientes bases.

2.1.3 Contenido

El contenido de las prestaciones, establecidas en forma de pensión y de subsidio por la Ley de Bases para la reparación de las consecuencias de la actualización de esta contingencia, era de carácter económico, consecuentemente con el objetivo previsto de que sustituyeran las rentas aportadas a la unidad familiar hasta el momento del fallecimiento por el sujeto causante. El procedimiento de cálculo, tanto si la prestación consistía en un subsidio como si consistía en una pensión, se basaba en la regla, típicamente tributaria, de aplicar un porcentaje a una base reguladora. No obstante,

estos dos elementos, porcentaje y base reguladora, no se concretaban de la misma manera para calcular la cuantía de todas las prestaciones previstas por esta contingencia, sino que su concreción dependía de cada prestación. Así, para la prestación de viudedad, ya fuera pensión o subsidio, la Ley de Bases disponía que el porcentaje sería de carácter uniforme, que se fijaría reglamentariamente y que se aplicaría sobre una base reguladora, que no especificaba expresamente, si el sujeto causante se encontraba en activo en la fecha del fallecimiento, o sobre la pensión de vejez o de invalidez que estuviera percibiendo en es momento. Igualmente, para la pensión de orfandad, la citada ley reiteraba que el porcentaje sería de carácter uniforme y que se fijaría reglamentariamente, pero que, en este caso, se aplicaría sobre la base de cotización del causante, con el período de carencia y determinación del salario regulador de prestaciones que se especificara, es decir, podía deducirse así que la base reguladora se compondría del promedio de las bases de cotización, calculadas de conformidad con el salario regulador que se determinara, correspondiente al período de carencia exigido para causar la prestación. Asimismo, precisaba que la suma de la pensiones de viudedad y de orfandad no podría exceder de la base de cotización del causante, en coherencia con la particular configuración de esta contingencia, esto es, una única contingencia protegida con diversas prestaciones para distintos beneficiarios. En cambio, para la pensión o subsidio a favor de otros familiares, la Ley de Bases no realizaba ninguna especificación sobre la forma de determinación de su cuantía, sino que directamente remitía su determinación a la norma reglamentaria. Finalmente, tampoco realizaba la ley ninguna especificación sobre la regla de cálculo para determinar la cuantía de la indemnización a tanto alzado, en el caso de que la muerte fuera causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

2.1.4. Dinámica

Las referencias a la dinámica de todas las prestaciones por muerte y supervivencia, realizadas por la Ley de Bases, destacaban por su escasez, puesto solamente se indicaba que la pensión de viudedad tendría carácter vitalicio, carácter inherente a este tipo de prestación económica, y que sería compatible, como es lógico con la particularidad de esta contingencia, con la pensión de orfandad generada por el mismo sujeto causante, así como que sería también compatible, en este caso por decisión legislativa, con las rentas de trabajo del cónyuge superviviente beneficiario. Seguramente, esta escasez se debía a que el legislador consideraba que no era necesario establecer principios concretos sobre el nacimiento, duración, suspensión y extinción de las prestaciones por muerte y supervivencia más allá de los expresamente establecidos -por ejemplo la compatibilidad mencionada- o de aquellos que por las características de las prestaciones podían fácilmente deducirse, -como sucede con la duración de las pensiones también antes mencionada-, remitiendo implícitamente la regulación sobre estos extremos a las normas legales y reglamentarias de desarrollo de las bases establecidas.

2.1.5. Gestión

Asimismo, ninguna mención contenía la Base 10ª sobre la gestión de estas prestaciones, cuyas referencias únicamente podían extraerse de los principios generales establecidos sobre la gestión completa del Sistema de Seguridad Social en la Base 17ª. En esta base se disponía que la gestión de la Seguridad Social se efectuaría bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo, por entidades gestoras, con plena

capacidad jurídica y patrimonial para el cumplimiento de sus fines, que estarían constituidas respecto al Régimen General por el Instituto Nacional de Previsión y por las Mutualidades Laborales y respecto a los Regímenes Especiales por las creadas en las disposiciones que los regulen. A estos efectos, se autorizaba al Ministerio de Trabajo para que determinara la competencia de cada una de las entidades gestoras, de forma que se coordinaran sus actividades para conseguir la debida homogeneización y racionalización de los servicios que prestaran y que se evitara la concurrencia competencial sobre un mismo régimen. Igualmente, se autorizaba al Gobierno para que, a propuesta del Ministerio de Trabajo, creara el Instituto Nacional de Seguridad, Rehabilitación y Accidentes para que desarrollara las funciones que oportunamente se determinaran. Asimismo, se preveía la colaboración de la Organización Sindical, en la medida y condiciones que se establecieran, así como la colaboración de las empresas en los regímenes de enfermedad, protección a la familia e incapacidad transitoria derivada de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en la forma que reglamentariamente se determinara. Finalmente, se atribuía la gestión, en compatibilidad con la asignada a las Mutuas Patronales, del régimen de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a las Mutualidades laborales, dentro de sus respectivas competencias, y a las entidades de estructura mutualista en los Regímenes Especiales, mediante la coordinación de su actuación con el citado Instituto que se preveía crear. Consecuentemente, la Ley de Bases declaraba que Mutualidades Laborales se consideraban entidades gestoras de la Seguridad Social para el cumplimiento de los fines que, en este sentido, le correspondía y que, por tanto, tendrían naturaleza de corporaciones de interés público, que estarían integradas por empresas y trabajadores e instituidas y tuteladas por el Ministerio de Trabajo para el cumplimiento de dichos fines y para dispensar las prestaciones que, de acuerdo con las bases de esta ley, fijaran sus respectivos estatutos. Así pues, de conformidad con esta organización de la gestión de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, el reconocimiento, la administración y el pago de las prestaciones por muerte y supervivencia corresponderían al Instituto Nacional de Previsión y a las Mutualidades Laborales con la colaboración de la Organización Sindical, en la medida y condiciones que se establecieran, y de las Mutuas Patronales, en las condiciones que reglamentariamente se determinaran.

2.2. Decreto 907/1966, de 21 de abril.-

De conformidad con la técnica legislativa de colaboración entre una ley de bases y un texto articulado, por la que se implanto el Sistema de Seguridad Social en España, el Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobó el Texto Articulado primero de la Ley de Bases de la Seguridad Social, estableciéndose así la regulación del Sistema de Seguridad Social y, en consecuencia, el régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, con vigencia a partir del 1 de enero de 1967. El Texto Articulado, en sus artículos 157 a 166, reprodujo, como no podía ser de otro modo, los principios contenidos en la Base 10ª sobre los presupuestos de la contingencia y sus prestaciones, los requisitos del hecho causante, el contenido y la dinámica de estas prestaciones, completándolos en alguno o algunos de sus extremos y remitiendo otros a su desarrollo reglamentario.

2.2.1. Presupuestos

Así pues, el Texto Articulado reprodujo el presupuesto natural y general que conforma la contingencia de muerte y supervivencia, esto es, el fallecimiento del sujeto protegido, cualquiera que fuera su causa común o profesional, y el elenco de prestaciones establecidas para su protección: subsidio de defunción; pensión vitalicia o subsidio temporal de viudedad; pensión de orfandad; pensión vitalicia o subsidio temporal a favor de familiares y, finalmente, indemnización a tanto alzado, en el caso de muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 157). Igualmente, reprodujo los presupuestos de cada una de estas prestaciones que tenían que cumplir sus beneficiarios (literalmente los previstos en la Ley de Bases para la pensión de viudedad y de orfandad) y especificó, como complemento a lo establecido en la Base 10^a, que el beneficiario del subsidio de defunción sería la persona que hubiera soportado los gastos del sepelio, estableciendo expresamente, en este sentido, la presunción, salvo prueba en contrario, de que dichos gastos han sido satisfechos, en este orden, por la viuda, hijos y parientes que conviviesen con el sujeto causante habitualmente (art. 159). Asimismo, también reconoció a los beneficiarios de las prestaciones por viudedad (viuda o viudo) y por orfandad la condición de beneficiarios de la indemnización a tanto alzado, en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional (164). En cambio, no identificó los beneficiarios de la pensión o subsidio a favor de familiares, sino que solamente reiteró el presupuesto de que estos familiares debían probar su dependencia económica del causante, remitiendo la determinación de estos beneficiarios a las normas reglamentarias de desarrollo (art. 163).

2.2.2 Requisitos

Efectivamente, el Texto Articulado precisó el primer requisito general del hecho causante, esto es, el alta ante el Sistema de Seguridad Social, que no había sido mencionado explícitamente por la Ley de Bases, señalando expresamente que el sujeto causante debía encontrarse en el momento del fallecimiento en situación de alta o asimilada a ella, remitiendo a las normas de desarrollo reglamentario las situaciones que, de conformidad con lo establecido en el artículo 93 de este texto, se considerarán especialmente asimiladas a la de alta, o, en su caso, ser el sujeto causante en ese momento inválido provisional o pensionista por vejez o invalidez permanente (art. 158.1 y 3). Por el contrario, del mismo modo que la Ley de Bases, el Texto Articulado se limitó a exigir el segundo requisito general del hecho causante, consistente, si la muerte derivara de enfermedad común o accidente no laboral, en la acreditación del correspondiente período de carencia, pero sin especificar su extensión, remitiéndose nuevamente su determinación a las normas reglamentarias de desarrollo (art. 160.1. a. y art. 162.1). Estos dos requisitos, sin embargo, en el sentido enunciado por la Ley de Bases, no son exigidos por el Texto Articulado, en los casos en los que el fallecimiento del sujeto causante derivara de accidente de trabajo o enfermedad profesional, reputándose, a estos efectos, fallecidos por estas estos riesgos profesionales los sujetos que tengan reconocidas por accidente de trabajo o enfermedad profesional una invalidez permanente y absoluta para todo trabajo o la condición de gran inválido. Asimismo, en el supuesto de que no concorra esta circunstancia, deberá probarse que la muerte ha sido debida a accidente de trabajo siempre que el fallecimiento haya ocurrido dentro de los cinco años siguientes a la fecha del accidente, o a enfermedad profesional cualquiera

que sea el tiempo transcurrido desde que se contrajo (art. 158.2 a. y b.; art. 160. 1. b y art. 162.1).

2.2.3. *Contenido*

Igualmente, el Texto Articulado, pese a remitirse una vez más al desarrollo reglamentario para la concreción del régimen jurídico de la contingencia de muerte y supervivencia en determinados aspectos, estableció los principios sobre el procedimiento para determinar el contenido de las prestaciones por esta contingencia y, particularmente, sobre las correspondientes bases reguladoras para hallar su cuantía. Así, el citado Texto Articulado disponía que la base reguladora para calcular la cuantía de pensión o subsidio de viudedad se determinaría reglamentariamente del siguiente modo: a) si el sujeto causante estuviera en activo en el momento del fallecimiento, la base reguladora sería la misma que la establecida para la pensión de vejez (art. 165. 1. a), que, a su vez, también, se determinaría reglamentariamente (art. 151.2); b) si el sujeto causante fuera pensionista de vejez o de invalidez, en el momento del fallecimiento, la base reguladora sería el importe de su pensión, si bien no se computaría a estos efectos el cincuenta por ciento que pudiera tener reconocido por su condición de gran invalido para remunerar la persona que le asistiese; c) si el fallecimiento se debería a accidente de trabajo o enfermedad profesional sería, en todo caso, independientemente de la situación laboral del accidentado o del enfermo en el momento de su fallecimiento, el salario real determinado de conformidad con lo establecido en el número cuatro del artículo 136 de este mismo texto legal (art. 165. 1. C.). Salario real que, de nuevo, según el Texto Articulado, se determinaría reglamentariamente con las siguientes salvedades, es decir, si el salario real resultase inferior a la base de cotización del sujeto causante, se tomaría esta base de cotización o, si por razones de edad, capacidad disminuida o cualquier otra circunstancia similar, el salario real fuese inferior a la cifra del salario interprofesional mínimo correspondiente a los trabajadores adultos, se tomaría como salario real dicho salario mínimo interprofesional. Asimismo, el Texto Articulado establecía esta última regla de determinación de la base reguladora para el cálculo de la pensión de orfandad, si el fallecimiento se debía a accidente de trabajo o enfermedad profesional, disponiendo en caso contrario, esto es, si la muerte derivaba de accidente no laboral o enfermedad común, que la base reguladora sería la base de cotización del sujeto causante (art. 165.2). Finalmente, el mencionado Texto Articulado remitía a la norma reglamentaria la determinación de la base reguladora para calcular ambas prestaciones en los supuestos en los que el sujeto causante se encontrase en alguna de las situaciones especialmente asimiladas a la de alta, referidas en el número tres del artículo 157 de este texto (art. 165. 5). Por otra parte, también remitía, sin más especificación que su carácter uniforme, al desarrollo reglamentario la fijación del porcentaje aplicable a las bases reguladoras señaladas para calcular la pensión o el subsidio de viudedad o la pensión de orfandad (art. 165.3), reiterando el límite señalado en la Ley de Bases, de que la suma de las pensiones de viudedad y de orfandad no podría exceder de la cuantía de las mencionadas bases reguladoras (art. 166.4). Del mismo modo, el Texto Articulado remitía a la norma reglamentaria los criterios para la determinación de la cuantía del Subsidio de Defunción, así como para hallar la cuantía de la pensión o del subsidio a favor de familiares (art. 164).

2.2.4. Dinámica

El texto Articulado, como la Ley de Bases, contenía escasas referencias a la dinámica de las prestaciones por muerte y supervivencia, limitándose, por un lado, a reiterar que la duración de las pensiones previstas sería vitalicia y que la duración de los subsidios establecidos se determinaría reglamentariamente (art. 157. y art. 165.5). Por otro lado, reproducía la regla de compatibilidad de las pensiones y los subsidios de viudedad con cualesquiera rentas del trabajo (art. 166.1) y de la pensión de orfandad con cualquier renta del trabajo del cónyuge superviviente o del propio huérfano, así como con la pensión de viudedad del citado cónyuge superviviente (art. 166.2). Asimismo, añadía la regla de incompatibilidad de la pensión de orfandad con la pensión de incapacidad para el trabajo reconocida a favor del mismo sujeto beneficiario, en cuyo caso establecía el derecho de opción de este sujeto por una u otra prestación (art. 166.3). Por último, remitía al desarrollo reglamentario la determinación de los efectos de la concurrencia en un mismo beneficiario de las pensiones de orfandad causadas por el padre y la madre (art. 166.5).

2.2.5. Gestión

Por otro lado, el Capítulo XII del Texto Articulado, artículos 194 a 209, desarrollaban las bases sobre la gestión del Sistema de Seguridad Social y, en consecuencia, disponía las normas de las que se podía extraer las reglas sobre la gestión de la contingencia y prestaciones por muerte su supervivencia. Efectivamente, de acuerdo con la organización de la gestión de la Seguridad Social prevista por la Ley de Bases, correspondería la gestión de las prestaciones por muerte y supervivencia, cualquiera que fuese la causa, común o profesional, de la derivaran, a la Mutualidades Laborales (art. 196. 1. b.), previéndose la colaboración de las Mutuas Patronales en dicha gestión, en los casos que derivaran de accidentes de trabajo o enfermedad profesional (art. 201. 1. y 2.), respecto a las empresas que opcionalmente tuvieran cubierta las contingencias por riesgos profesionales con una Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo, por no estar obligadas a tener concertada su cobertura con las Mutualidades Laborales, de acuerdo con la enumeración de estas empresas recogida en el Texto Articulado (art. 204). Así pues, el reconocimiento de las prestaciones por esta contingencia correspondería a la Mutualidad Laboral y el pago al Instituto Nacional de Previsión, al tener la gestión del correspondiente Servicio Común de carácter financiero, asumiendo el coste económico de las mismas la entidad gestora o la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo, en cuyo caso, debería constituir dicha Mutua el valor actual del capital coste de las prestaciones en el citado Servicio Común (art. 195. 2; art. 196.b; art. 202. 2 a. y b. y art. 213.3). Lógicamente, las prestaciones se abonarían al sujeto beneficiario, con la excepción de la pensión de orfandad que se abonaría a quien tuviera a su cargo a sus beneficiarios, en los términos que reglamentariamente se determinarían, según preveía el Texto Articulado (art. 162.2).

2.3. Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre.-

La colaboración entre las normas legales y las normas reglamentarias para la configuración del régimen jurídico de cualquier materia objeto de regulación jurídica, en materia de Seguridad Social es, con toda probabilidad, imprescindible, debido a la extensión y a la variedad de su contenido que exige una amplia y detallada regulación,

no siempre fácil de conseguir por las normas legales, así como a su carácter especialmente sensible a los cambios políticos, sociales y económicos que requieren la adopción de medidas inmediatas para la adaptación de su regulación jurídica a las nuevas situaciones sociales y económicas o a las posiciones políticas de cada momento, que solamente, en ocasiones, con un instrumento normativo de sencilla y rápida elaboración, como es el reglamento, se puede alcanzar. Por ello, no resultan extrañas las continuas y excesivas remisiones a la normativa reglamentaria contenidas en la Ley de Bases y por el Texto Articulado sobre la Seguridad Social para regular un considerable número de aspectos y extremos del Sistema de Seguridad Social, en general, y del régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y Supervivencia, en particular.

En este sentido, el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, desarrolla determinados aspectos de las normas referidas a los presupuestos de las prestaciones, a los requisitos del hecho causante, al contenido y a la dinámica de la acción protectora de la contingencia por muerte y supervivencia. No obstante, con relación a los presupuestos de las prestaciones por esta contingencia, no sólo realizó su delimitación, sino que también, en algunos casos, identificó a sus beneficiarios, al no haber realizado su identificación el Texto Articulado. Concretamente, especificó que los beneficiarios de la pensión a favor de familiares serían determinados familiares consanguíneos hasta el segundo grado del sujeto causante, esto es, nietos y hermanos, varones y hembras; madre y abuelas; padre y abuelos (art. 40). Igualmente, especificó que también serían estos familiares los beneficiarios del subsidio a favor de familiares, pero, en este caso, solamente las hijas y hermanas del sujeto causante (art. 42).

2.3.1. Presupuestos

Así, para ostentar la condición de beneficiario de la pensión a favor de familiares los familiares identificados por este decreto tenían que cumplir los siguientes presupuestos: a) nietos y hermanos, varones y hembras, que fueran menores de dieciocho años o mayores de dicha edad incapacitados para el trabajo, si esta incapacidad es anterior al cumplimiento de dicha edad; huérfanos de padre; que convivieran con el sujeto causante y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento del sujeto causante o desde la muerte del familiar con el que convivieran si éste hubiera ocurrido dentro de dicho período; que no tuvieran derecho a pensión del Estado, Provincia o Municipio o a prestaciones periódicas de la Seguridad Social; que, a juicio del órgano de gobierno competente, carezcan de medios de subsistencia y que no quedaran familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos, según la legislación civil (art. 40. 1º). En definitiva, los presupuestos exigidos a estos beneficiarios se reducían a la acreditación de una determinada edad o capacidad, de la convivencia y dependencia económica con y del sujeto causante y a la carencia real de rentas propias; b) madre y abuelas que fueran viudas, casadas, en el caso de que el marido estuviera incapacitado para el trabajo, o solteras; que convivieran con el sujeto causante y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento del sujeto causante o desde la muerte del familiar con el que convivieran si éste hubiera ocurrido dentro de dicho período; que no tuvieran derecho a pensión del Estado, Provincia o Municipio o a prestaciones periódicas de la Seguridad Social; que, a juicio del órgano de gobierno

competente, carezcan de medios de subsistencia y que no quedaran familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos, según la legislación civil (art. 40. 2º). Con ello, los presupuestos exigidos a estas beneficiarias se reducían a la acreditación del estado civil concreto, de la convivencia y dependencia económica con y del sujeto causante y a la carencia real de rentas propias; c) padre y abuelos y que fueran mayores de sesenta años de edad o que estuvieran incapacitados para el trabajo y que convivieran con el sujeto causante y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento del sujeto causante o desde la muerte del familiar con el que convivieran si éste hubiera ocurrido dentro de dicho período (art. 40. 3º). En este caso, los presupuestos exigidos a estos beneficiarios se limitaban a la acreditación de una determinada edad o capacidad y de la convivencia y dependencia económica con y del sujeto causante. Del mismo modo, para ostentar la condición de beneficio del subsidio a favor de familiares a las hijas y hermanas del sujeto causante se les exigía el cumplimiento de los siguientes presupuestos: que fueran mayores de dieciocho años de edad; que fueran solteras o viudas; que convivieran con el sujeto causante y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento del sujeto causante o desde la muerte del familiar con el que convivieran si éste hubiera ocurrido dentro de dicho período; que no tuvieran derecho a pensión del Estado, Provincia o Municipio o a prestaciones periódicas de la Seguridad Social; que, a juicio del órgano de gobierno competente, carezcan de medios de subsistencia y que no quedaran familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos, según la legislación civil (art. 42). Así, los presupuestos exigidos a estas beneficiarias se reducían a la acreditación de una determinada edad, de un estado civil concreto, de la convivencia y dependencia económica con y del sujeto causante y a la carencia real de rentas propias. Asimismo, este decreto reiteró los presupuestos de la pensión de orfandad, dispuestos por la Ley de Bases y por el Texto Articulado, de que los hijos del sujeto causante fuera menores de dieciocho años o estuvieran incapacitados para el trabajo en el momento del fallecimiento de aquél, y añadió, además, que estos hijos fueran legítimos, legitimados, adoptivos o naturales reconocidos (art. 37).

2.3.2. Requisitos

En cuanto a los requisitos del hecho causante, el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por un lado, incorporó las siguientes situaciones asimiladas a la de alta, a efectos de considerarse cumplido el primer requisito general del hecho causante para poder acceder a las prestaciones por muerte y supervivencia: a) la excedencia forzosa del trabajador por cuenta ajena, motivada por su designación para ocupar un cargo público o del Movimiento, con obligación por parte de la empresa de readmitirle al cesar en el desempeño de dicho cargo, de conformidad con la legislación laboral aplicable; b) el traslado del trabajador por su empresa a centros de trabajo radicados fuera del territorio nacional; c) el cese en la condición de trabajador por cuenta ajena, con la suscripción del oportuno convenio especial con la mutualidad correspondiente; d) el desempleo involuntario total y subsidiado; e) el paro involuntario que subsista después de haberse agotado las prestaciones por desempleo (art. 29.1 y art. 28.2); y, además de estas situaciones, específicamente, la permanencia en filas para el cumplimiento del servicio militar, bien con carácter obligatorio o voluntario para anticiparlo (art. 29.2). Por otro lado, precisó, como segundo requisito del hecho causante, el período de carencia requerido para causar las prestaciones por esta

contingencia, fijándolo en quinientos días de cotización dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante (art. 32.1).

2.3.3. *Contenido*

Igualmente, respecto al contenido de las prestaciones por muerte y supervivencia, esta norma reglamentaria especificó, por una parte, la correspondiente base reguladora para determinar la cuantía de las prestaciones por esta contingencia, en atención, a la situación concreta en la que se encontrara el sujeto causante en el momento de su fallecimiento y a la causa común o profesional de la que derivara la muerte. Así, para hallar la cuantía de la pensión de viudedad, si el sujeto causante fuera trabajador en activo en el momento de su fallecimiento y éste se debiera a enfermedad común o a accidente no laboral, la base reguladora sería el cociente que resultara de dividir entre veintiocho la suma de sus bases de cotización durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses, elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que se causara la pensión, esto es, a la fecha del hecho causante (art. 49.3). En cambio, si el sujeto causante en el momento de su fallecimiento fuese pensionista de vejez o de invalidez, la base reguladora sería el importe de la pensión por estas contingencias, esto es, por vejez o invalidez (art. 49.3). Finalmente, si el sujeto causante fuera trabajador en el activo en el momento de su fallecimiento y éste se debiera a enfermedad profesional o accidente de trabajo, la base reguladora sería su salario real, determinado por las normas establecidas en el Capítulo V del Reglamento aprobado por Decreto de veintidós de junio de 1956 (art. 51.2). Asimismo, para hallar la cuantía de la pensión de orfandad, el mencionado decreto, disponía que se tomaran estas mismas bases reguladoras para cada uno de los supuestos previstos para calcular la pensión de viudedad (art. 36.19). Esta misma regla, se preveía por este decreto para calcular la pensión a favor de familiares, esto es, para hallar la cuantía de esta pensión, las bases reguladoras serían, igualmente, las establecidas para determinar la cuantía de la pensión de viudedad (art. 39.1).

Por otra parte, el citado decreto fijó los porcentajes aplicables a las expresadas bases reguladoras para obtener la cuantía de las correspondientes prestaciones. Concretamente, el porcentaje aplicable a la base reguladora para calcular la pensión de viudedad prevista para el supuesto de que el trabajador se encontrara en activo en el momento del fallecimiento, independientemente de la causa de la que derivara, sería el cuarenta y cinco por ciento o el sesenta por ciento, si el sujeto causante fuera en dicho momento pensionista de vejez o de invalidez, siempre que la cuantía de la pensión así obtenida no fuese superior a la que le correspondería de no ser pensionista por estas contingencias el sujeto causante, puesto que si fuera superior, la cuantía que le correspondería sería la prevista para el sujeto causante que no fuera pensionista de vejez e invalidez (art. 31). Asimismo, el porcentaje aplicable a la base reguladora correspondiente para hallar cuantía la pensión de orfandad para cada huérfano sería del veinte por ciento, estableciéndose, en todo caso, una cuantía mínima por esta pensión de doscientas cincuenta pesetas (art. 36.1). No obstante, este porcentaje del veinte por ciento se incrementaría con el porcentaje establecido para calcular la pensión de viudedad, si en el momento del fallecimiento del sujeto causante no quedase cónyuge sobreviviente o si el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciera estando percibiendo dicha pensión. En este caso, si existieran varios huérfanos con derecho a pensión de orfandad, el citado incremento de porcentaje se distribuiría

entre todos ellos por partes iguales. No obstante, como prescribía la Ley de Bases y el Texto Articulado, la suma de las pensiones de viudedad y orfandad no podría exceder de la cuantía de las bases reguladoras correspondientes (art. 36.2). Además, en el supuesto de que concurriera en los mismos beneficiarios pensiones de orfandad causadas por el padre y la madre y procediese el mencionado incremento del porcentaje fijado para la pensión de viudedad, podrían alcanzar las pensiones de orfandad originadas por cada uno de los sujetos causantes hasta el cien por cien de sus respectivas bases reguladoras, aunque la cuantía mínima de doscientas cincuenta pesetas sólo sería aplicable a las que provengan de uno de estos sujetos causantes (art. 36.3). Igualmente, el porcentaje aplicable a la base reguladora correspondiente para calcular la pensión a favor de familiares sería el fijado para hallar la pensión de orfandad, es decir, el veinte por ciento para cada uno de los familiares con derecho a percibir esta prestación (art. 39.1). Del mismo modo previsto para la pensión de orfandad, si en el momento del fallecimiento del sujeto causante no quedase cónyuge sobreviviente, o si éste falleciera estando percibiendo la pensión de viudedad, la pensión correspondiente a los nietos y hermanos del sujeto causante se incrementaría con el porcentaje previsto para la pensión de viudedad y si fueran varios nietos o hermanos dicho porcentaje se distribuiría entre todos ellos por partes iguales. Asimismo, si en dicho momento del fallecimiento tampoco quedase cónyuge sobreviviente, ni nietos ni hermanos con derecho a esta pensión, el porcentaje previsto para calcular la pensión de los familiares ascendientes, es decir, el mencionado veinte por ciento, se incrementaría de la misma forma prevista para los beneficiarios que fueran los nietos o hermanos (art. 39.2).

A su vez, el mencionado decreto preveía que la cuantía del subsidio de viudedad se calcularía del mismo modo fijado para calcular la pensión de viudedad (art. 33). Igualmente, preveía el decreto que la cuantía del subsidio en favor de familiares, se hallaría de la misma forma establecida para hallar la pensión en favor de familiares, sin que le fuera de aplicación la regla del incremento del porcentaje fijada para la determinación de la pensión en favor de familiares en los términos antes citados (art. 42).

De otro lado, este decreto disponía que la cuantía de la indemnización especial a tanto alzado, prevista para la viuda o viudo, sería equivalente al importe de seis mensualidades de la base reguladora que correspondiera en cada caso para hallar la pensión de viudedad (art. 35.1). Y que la cuantía de la indemnización especial a tanto alzado, establecida para cada huérfano, sería la equivalente al importe de una mensualidad de la base reguladora que correspondiera en cada caso para calcular la pensión de orfandad. Además, en el supuesto de que no existiera cónyuge sobreviviente, la cuantía de la indemnización especial a tanto alzado prevista para la viuda o viudo incrementaría la cuantía de la indemnización especial a tanto alzado establecida para el huérfano, distribuyéndose en partes iguales si existieran varios huérfanos con derecho a percibir esta indemnización especial a tanto alzado (art. 35.2 y art. 38.2).

Por el último, esta norma reglamentaria disponía que el subsidio de defunción, abonado por una sola vez, tendría una cuantía de cinco mil pesetas, si el sujeto beneficiario fuera alguno de los familiares que ostentaran esta condición, o una cuantía equivalente al importe de los gastos ocasionados por el sepelio, si el sujeto beneficiario no fuera familiar beneficiario indicado por esta norma y demostrara haber soportado los gastos

del sepelio En todo caso, este importe no podría ser superior a cinco mil pesetas (art. 30).

2.3.4. Dinámica

En la referente a la dinámica de las prestaciones por muerte y supervivencia, el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, únicamente añadía la precisión de que el subsidio de viudedad tendría una duración de veinticuatro meses, es decir, que se abonaría solamente durante veinticuatro mensualidades al sujeto beneficiario (art. 33), siempre que no concurría ninguna causa de extinción de esta prestación, así como que el subsidio a favor de familiares tendría una duración máxima de doce meses, esto es, que se percibiría como máximo durante doce mensualidades (art. 41). A parte de la disposición de estas reglas, no contenía ninguna mención más a la dinámica de estas prestaciones, ni tampoco a la gestión de las mismas.

2.4. Orden de 13 de febrero de 1967.-

Consecuentemente, con su finalidad de desarrollar las normas contenidas en la Ley de Bases y en el Texto Articulado, para determinar la cuantía y establecer las condiciones (los presupuestos) con carácter general de las contingencias y prestaciones del Sistema de Seguridad Social, el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, se limitó, respecto a la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, como se ha expuesto, a precisar los presupuestos de estas prestaciones, a identificar a algunos de sus beneficiarios, a especificar los requisitos del hecho causante y a fijar las reglas para el cálculo de la cuantía de las prestaciones, así como a fijar la duración de las de las prestaciones económicas periódica de carácter temporal, manteniéndose aún pendiente del correspondiente desarrollo reglamentario concretos aspectos del régimen jurídico de esta contingencia y prestaciones, sobre todo los referidos a su dinámica y a su gestión. Así pues, la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social, incorporó específicamente las normas relativas a todos aquellos aspectos del régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia todavía no desarrollados reglamentariamente o no desarrollados reglamentariamente con el detalle previsto por el legislador, de conformidad con lo dispuesto en el apartado b) del número uno del artículo cuarto y en la disposición final tercera del Texto Articulado. No obstante, esta norma reglamentaria no sólo introdujo el desarrollo reglamentario aún no establecido o no establecido exhaustivamente, sino que reprodujo, ordenó y sistematizó el régimen jurídico de esta contingencia y prestaciones hasta ese momento existente, unificándose conjuntamente en esta Orden.

2.4.1. Presupuestos

Las novedades introducidas por esta norma reglamentaria se refirieron, en primer lugar, si bien de forma mínima, a algunos de los presupuestos de la prestación de viudedad, para precisar que el presupuesto relativo a que la viuda o viudo hubiera convivido habitualmente con su cónyuge sujeto causante de esta prestación no exigiría en caso de separación judicial, si la sentencia de separación le reconociera como inocente o, como nueva circunstancia, obligase al marido, esto es, al cónyuge causante, a prestarle

alimentos (art. 7.1.a.). Asimismo, matizó que la incapacidad que debía tener reconocida el marido para reunir el presupuesto necesario para ser beneficiario de la pensión de viudedad debía ser de carácter permanente y absoluto que le inhabilitara por completo para toda profesión u oficio (art. 7.3). Además, precisó que los hijos adoptivos del causante ostentarían la condición de sujeto beneficiario de la prestación de orfandad, si concurría el presupuesto de que la adopción se hubiera producido con dos años de antelación al menos a la fecha del fallecimiento del sujeto causante (art. 16.2). A su vez, incorporó como sujetos beneficiarios también de la pensión de orfandad a los hijos que el cónyuge superviviente hubiera llevado al matrimonio, siempre que cumplieran los siguientes presupuestos: a) que el matrimonio se hubiese celebrado con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante; b) que se pruebe que convivía con el causante y a sus expensas; c) que no tuviesen derecho a otra pensión de la seguridad social, ni tuvieran familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos, según la legislación civil (art. 16). Por último, introdujo también como beneficiario, pero en este caso, del subsidio de defunción, en defecto de los familiares enunciados por el Texto Articulado o de la persona que se hubiese hecho cargo del sepelio, a la Mutuality Laboral (art. 5.2).

2.4.2. Requisitos

En segundo lugar, se dedicó esta norma reglamentaria, de un lado, a concretar el momento en el que se considera producido el hecho causante, ya que, si bien podría sobrentenderse del presupuesto general de esa contingencia, no se había concretado por las normas legales y reglamentarias anteriores, disponiéndose que éste se produce en la fecha del fallecimiento del sujeto causante, momento en el que, por tanto, si concurren los presupuestos y requisitos correspondientes, se causan las prestaciones previstas, salvo la prestación de orfandad y con respecto al hijo póstumo, en cuyo caso el hecho causante se considera producido en la fecha del nacimiento y, si procede, causada la prestación de orfandad en ese momento (art. 3). De otro lado, con relación a los requisitos del hecho causante, a precisar que, a efectos de la consideración de sujeto protegido por esta contingencia que ostentan no solo las personas afiliadas y en el alta en sus distintas modalidades, sino también las personas en situación de invalidez provisional, los perceptores de subsidio de espera y de asistencia y de pensiones de invalidez permanente o de vejez, que serían considerados pensionistas de vejez las personas que habiendo cesado en el trabajo por cuenta ajena, reuniendo en ese momento todas las condiciones (presupuesto y requisitos) para causar la pensión de vejez, falleciesen dentro de los tres años siguientes a la fecha de su cese en el trabajo sin haber solicitado dicha pensión, correspondiendo la prueba de que la persona reunía estas condiciones a los posibles beneficiarios a sus posibles beneficiarios de las prestaciones por muerte y supervivencia (art. 2.3). Igualmente, la orden reproducía las situaciones que se consideraban asimiladas a la de alta establecidas por el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, en los mismos términos, solamente con la matización de que la situación asimilada a la de alta por la permanencia en filas para el cumplimiento del Servicio Militar, bien con carácter obligatorio o voluntario, se amplía en los dos meses previstos en el número dos del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo.

2.4.3. Contenido

En tercer lugar, la citada norma reglamentaria aclarar que la base reguladora, para calcular la cuantía de la prestaciones de viudedad y, en consecuencia, de orfandad y a favor de familiares, establecida para el caso de que el sujeto causante se encontrara en activo o en situación asimilada a la de alta, en el momento de su fallecimiento y éste no fuera debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional, sería el cociente que resultase de dividir entre veintiocho la suma de las bases de cotización del causante durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses naturales aun cuando dentro del mismo periodo no existieran lapsos en los que no haya habido obligación de cotizar, así como que esta misma base reguladora sería de aplicación en el supuesto de que el sujeto causante fuera invalido provisional o estuviese percibiendo el subsidio de espera o de asistencia (art. 9. a. y c.). Igualmente, introdujo las regla aplicable para determinar la base reguladora de las prestaciones mencionadas, en el caso de que el sujeto causante se encontrar en situación de pluriempleo, consistentes en que se computarían todas sus bases de cotización en las distintas empresas y que se le aplicaría a la base reguladora así determinada en todo máximo establecido a efectos de cotización (art. 32.1). Por último, en cuanto al contenido de la pensión de orfandad, estableció que la regla de que en el caso de que se hubiera aplicado en el cálculo de la pensión de viudedad y de la pensión de orfandad el límite de que no pudieran exceder de la cuantía de la base reguladora sobre la que se hubieran hallado esta prestaciones, se extinguiera el derecho de los beneficiarios de cualquiera de ellas, se volvería a calcular nuevamente las cuantías correspondientes a los restantes beneficiarios hasta que la suma de las mismas alcanzaran el citado límite (art. 18).

2.4.4. Dinámica

Aparte de estas precisiones, concreciones y aclaraciones sobre los aspectos mencionados, esta orden introdujo sobre todo las reglas aplicables a la dinámica y gestión de las prestaciones por muerte y supervivencia. En este sentido, como uno de los elementos de la dinámica, enumeró las causas de extinción de cada una de ellas, que se basaban en la desaparición de alguno de los presupuestos esenciales para causar la prestación, en la conducta personal del sujeto causante o en su fallecimiento. Así, respecto a la pensión de viudedad, dispuso que se extinguiría, en atención al primer motivo citado: a) por contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso, en cuyo caso, si el cambio de estado tuviera lugar antes de que la beneficiaria cumpliera sesenta años de edad, percibiría por una sola vez un cantidad igual al importe de veinticuatro mensualidades de la pensión que estuviera percibiendo; por cesar en la incapacidad por la que se le reconoció la pensión, siempre que la viuda no hubiera cumplido cuarenta años o el viudo sesenta. De acuerdo con el segundo motivo: a) por la pérdida o privación de la patria potestad, según las causas previstas en los artículos 169 y 171 del Código Civil, o ausencia que implique abandono de los hijos, siempre que en ambos casos la viuda hubiese accedido a la pensión por tener a su cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad; b) por observar una conducta deshonesto o inmoral; c) por declaración en sentencia firme de su culpabilidad en la muerte del sujeto causante. Finalmente, por su fallecimiento (art. 11). Igualmente, con relación al subsidio de viudedad, recogió las mismas causas que para la pensión de viudedad, salvo la pérdida o privación de la patria potestad y por cesar en la incapacidad, en ambos casos en los mismos términos expuestos, además del agotamiento del período de duración del

subsidio fijado como máximo (art. 16). En cuanto a la pensión de orfandad, estableció como causa de extinción: a) el cumplir los dieciocho años de edad; b) cesar en la incapacidad por la que se le otorgaba el derecho a la pensión; c) adquirir estado matrimonial o religioso; d) observar una conducta deshonesto o inmoral; e) fallecimiento (art. 21). Por último, estas mismas causas de extinción de la pensión de orfandad, constituía también las causas de extinción de la pensión a favor de familiares prevista para los nietos y hermanos del causante y para los ascendientes, salvo en este caso, el cumplimiento de los dieciocho años de edad y el cese en la incapacidad (art. 24); así como constituían causas para la extinción del subsidio a favor de familiares, además de las coincidentes de la pensión como observar una conducta deshonesto o inmoral o el fallecimiento, el agotamiento del período de duración fijado como máximo (art. 27).

2.4.5. Gestión

Con relación a la gestión, la citada orden dispuso, de un lado, que el reconocimiento de las prestaciones, correspondería, según la causa que hubiera ocasionado el fallecimiento, a las siguientes entidades, instituciones o servicios: a) si el fallecimiento se debía a enfermedad común o accidente no laboral, a la Mutualidad Laboral; b) si el fallecimiento, se debía a accidente no laboral, a la Mutualidad Laboral o a la Mutua Patronal que tuviera a su cargo la protección de la contingencia por este riesgo; c) si el fallecimiento se debía a enfermedad profesional, al Servicio Común de la Seguridad Social (art. 30).

De otro lado, estableció que el pago de las prestaciones correspondía a la Mutualidad Laboral, a la Mutua Patronal y al Servicio Común de la Seguridad Social que hubiese reconocido el derecho a las mismas (art. 31.1). Además, estableció las siguientes reglas especiales: en primer lugar, para en el caso de que existiese duda sobre la contingencia que hubiese ocasionado el fallecimiento del sujeto causante, se previó que el subsidio de defunción sería satisfecho de forma inmediata por la Mutualidad Laboral en la que estuviera encuadrado, si bien esta Mutualidad Laboral podría repetir su coste contra la entidad que finalmente resultara obligada al pago de la prestación (art. 31.2). En segundo lugar, en los supuestos en los que el sujeto causante se encontrara en situación de desempleo y el fallecimiento se debiera a enfermedad común o accidente no laboral, la prestación se abonaría (y se reconocería) íntegramente por una sola Mutualidad Laboral, que sería aquella en la que el sujeto causante tuviera una base de cotización de cuantía superior en el mes inmediatamente anterior a su fallecimiento y, si éstas fueran iguales, en la que tuviera reconocido el subsidio de defunción (art. 32.2 y 33 a.). En cambio, si el fallecimiento se debiera a accidente de trabajo, el pago (y el reconocimiento) de las prestaciones se realizaría por la Mutualidad Laboral o Mutua Patronal, en su caso, que cubriese la indicada contingencia en la empresa en la que se hubiera producido el accidente, y el importe de las prestaciones satisfechas, incluido el capital coste de las prestaciones, se prorratearía, en proporción a las respectivas bases por las que viniera cotizando el sujeto causante, entre todas la Mutualidades Laborales o Mutuas Patronales que, en su caso, cubrieran la citada contingencia en las distintas empresas en las que se diese la situación de pluriempleo (art. 33. b). Finalmente, si el fallecimiento se debiera a enfermedad profesional el pago (y el reconocimiento) se realizaría por el correspondiente Servicio Común de la Seguridad Social, que sería el

Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (art. 33 c. y disposición transitoria).

Con todo ello, se completó el régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia protegida por el Sistema de Seguridad Social, instaurado a través de la Ley de Bases. Las posteriores reformas normativas modificaron, en consecuencia, las reglas que lo integran en determinados aspectos, hasta situarse en los términos actuales.

2.5. Ley 24/1972, de 21 de junio.-

Cinco años y medio después de la entrada en vigor del nuevo modelo de protección social instaurado por la Ley de Bases, la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, modificó parcialmente el régimen jurídico tanto del recientemente implantado Sistema de Seguridad Social, en general, como el régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, en particular. Concretamente, la reforma operada por esta ley, respecto al régimen jurídico de esta contingencia y prestaciones, afectó a los presupuestos de la contingencia y de las prestaciones, a los requisitos del hecho causante y al contenido de las mismas, con objeto de ampliar su acción protectora inicialmente establecida.

2.5.1. Presupuestos

Con el este objeto, la citada ley introdujo un nuevo presupuesto de la contingencia, de forma que su actualización se produciría, a partir de su entrada en vigor, el 22 de junio de 1972, no solo con el fallecimiento del sujeto causante, sino también con su desaparición con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte y sin que se hayan tenido noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes al del accidente, en cuyo caso, podrían causarse las prestaciones por esta contingencia, salvo, lógicamente, el subsidio de defunción, devengándose sus efectos económicos desde la fecha del accidente (art. 6.1). Asimismo, a fin de facilitar la protección de la prestación de viudedad, eliminó los presupuestos para ostentar la condición de beneficiaria, hasta ese momento exigidos, consistentes en que tuviera una determinada edad, incapacidad para el trabajo o hijos a cargo habidos del causante con derecho a pensión de orfandad en la fecha del hecho causante (art. 4.2 párrafo primero). De este modo, los presupuestos de la pensión de viudedad se reducían a la existencia del matrimonio y de la convivencia con el causante en los términos requeridos con anterioridad, equiparándose con ello los presupuestos de esta pensión con los exigidos para las pensiones previstas para otras contingencias, al desaparecer la carencia real de rentas que, en definitiva, se traducían los presupuestos antes mencionados, desapareciendo, al mismo tiempo con ello, el subsidio de viudedad, puesto que precisamente estaba previsto para los supuestos en los que la viuda no reunía los presupuestos ahora eliminados para causar la pensión de viudedad. Igualmente, amplió los presupuestos que permitían el acceso a las prestaciones en favor de familiares para las hijas y hermanas, en este caso, del sujeto causante que tuviera la condición de pensionista de jubilación o invalidez, mediante la incorporación de nuevas circunstancias que podrían originar el acceso a esta prestación y que se concretaron en que las hijas y hermanas acreditaran en la fecha del hecho causante las siguientes

circunstancias: a) ser mayor de cuarenta y cinco años y tener el estado civil de soltera o viuda; b) haber convivido con el sujeto causante y a su cargo; c) probar su dedicación prolongada al cuidado del sujeto causante; d) carecer de medios de vida propios (art. 4.2 párrafo segundo). Finalmente, la citada ley recoció la condición de beneficiario de la indemnización especial a tanto alzado en el caso de que el fallecimiento del sujeto causante se debiera a accidente de trabajo o enfermedad profesional, al padre y la madre de dicho sujeto si vivieran a sus expensas, no tuvieran derecho a la pensión en favor de familiares ni existieran otros familiares con derecho a esta pensión (art. 6.1).

2.5.2. Requisitos

En la misma línea de aumentar la acción protectora del Sistema de Seguridad Social y, por tanto, particularmente, de la contingencia de muerte y supervivencia, redujo los requisitos del hecho causante, de un lado, eliminando la exigencia de la acreditación del período de cotización previo por el sujeto causante, en el supuesto de que el fallecimiento se debiera a accidente no laboral, equiparando de este modo, este riesgo común a los riesgos profesionales, esto es, al accidente de trabajo y a la enfermedad profesional (art. 14.1). Así pues, los requisitos del hecho causante, si la muerte derivara de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional se limitaba a que el sujeto causante se encontrara en situación de alta, en cualquiera de sus modalidades prevista para causar las prestaciones por esta contingencia, o en situación de invalidez provisional, o percibiendo el subsidio de espera y de asistencia o las pensiones de invalidez permanente o de vejez, o, incluso, en este último caso, si no estaban percibiendo las pensiones por vejez, que reuniera, en la fecha del hecho causante, todas las concisiones (presupuesto y requisitos) para causar la pensión de vejez, sino hubieran transcurrido más de tres años desde que cesó en el trabajo y, en consecuencia, podría haber solicitado dicha pensión de vejez. De otro lado, facilitó la acreditación del período de cotización previo requerido, mediante el cómputo de la cotización correspondiente a la situación de incapacidad laboral transitoria (art. 14.2).

2.5.3. Contenido

Igualmente con la finalidad de mejorar la acción protectora del Sistema de Seguridad Social y, por tanto, de la contingencia por muerte y supervivencia, esta ley introdujo en el procedimiento para hallar el contenido de sus prestaciones económicas periódicas, es decir, pensiones y subsidios, la regla consistente en que la base reguladora, en los casos en estuviera integrada por las bases de cotización, se compondría de la totalidad de las bases de cotización por las que hubiera cotizado el sujeto causante durante el período establecido para su determinación (art. 3 párrafo primero). Del mismo modo, incorporó también esta regla en el procedimiento para calcular las demás prestaciones económicas que estuviera basado en las bases de cotización correspondientes al sujeto causante (art. 3 párrafo segundo). Paralela y directamente relacionada con esta modificación, aunque con una finalidad principal distinta, como era aumentar la financiación del Sistema de Seguridad Social, mediante el incremento de las cuotas de cotización, esta ley, reformuló la norma para determinar la base de cotización, en términos sustancialmente idénticos en los que se expresa actualmente, salvo determinadas matizaciones y precisiones que sucesivamente se han incorporado, disponiendo que la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional,

estaría constituida por la remuneración total cualquiera que sea su forma o denominación, que tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que ejecute por cuenta ajena, excluidas las cantidades percibidas por conceptos extrasalariales, con los límites fijados legalmente como topes máximo y mínimos de cotización y sin que esta norma pueda ser alterada por sus destinatarios (art. 2). Con el mismo sentido de mejorar la acción protectora, también previó esta ley la revalorización periódica de las pensiones, incluidas lógicamente, las de muerte y supervivencia, por el Gobierno y a propuesta del Ministerio de Trabajo, en atención, entre otros factores indicativos, a la elevación del nivel medio de los salarios, el índice del coste de la vida, la evolución general de la economía y las posibilidades económicas del Sistema de Seguridad Social (art. 5), a fin de que de que estas prestaciones no perdieran su valor adquisitivo.

2.5.4. Gestión

Por último esta ley, añadió una regla relativa la gestión de las prestaciones por jubilación y por muerte y supervivencia, salvo el subsidio de defunción, por la que se reconocía la imprescriptibilidad del derecho a su reconocimiento y que sus efectos económicos se retrotraerían, como máximo, a los tres anteriores a la fecha de la solicitud de la correspondiente prestación (art. 16. 1 y 2), con el límite, lógicamente, de la fecha del hecho causante.

La disposición final tercera de la Ley 24/1972, de 21 de julio, encomendaba al Gobierno, previo informe de la Organización Sindical y dictamen del Consejero de Estado, la aprobación del texto refundido de la Ley de Seguridad Social, de esta ley y de las que regulan los Regímenes agrario y de trabajadores del mar, así como de los preceptos que en materia de Seguridad Social figuren en otras disposiciones de igual rango, estableciendo en la refundición la concordancia debida y la sistematización y depuración técnica adecuadas para lograr regularizar, aclarar y armonizar las leyes citadas mediante los preceptos del nuevo texto. De conformidad con esta disposición, el Decreto 2965/1974, de 30 de mayo, aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, recogiendo en su Capítulo IX, artículos 157 a 166, el régimen jurídico legal de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, establecido en las leyes objeto de refundición y en los términos expresados en las mismas, antes expuestos, sin añadir, consecuentemente, menciones jurídicas no previstas en las citadas leyes.

3. Segunda etapa: la incidencia de la Constitución de 1978 en el régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia.-

3.1. Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.-

La instauración del régimen democrático y, en consecuencia, la normativa aprobada a partir de este momento, tanto materia de Seguridad Social, como en otras distintas pero conectadas directa o indirectamente con la protección social, repercutirá en el régimen jurídico del Sistema de Seguridad Social y, particularmente, en la de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia. Efectivamente, en el ámbito de la Seguridad Social, pocos meses antes de la promulgación de la CE, se aprobaron dos importantes normas, aún en vigor, sobre la gestión del Sistema de Seguridad Social. En primer

lugar, el Real Decreto 2318/1978, de 15 de septiembre, por el que se establece la Tesorería General de la Seguridad Social, creó la Tesorería General de la Seguridad Social, con carácter de Servicio Común de la Seguridad Social, en la que se unifican todos los recursos financieros, sean dinero, valores o créditos, del Sistema, tanto por operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias (art. 1), a la que le corresponde, por tanto, entre sus competencias financieras, el pago de las prestaciones económicas, incluidas las prestaciones por muerte y supervivencia (art.3. c.). En segundo lugar, el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, creó el Instituto Nacional de la Seguridad Social, como entidad gestora competente para la gestión y administración de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social (art. 1.1) y, entre ellas, lógicamente las prestaciones por muerte y supervivencia. Así pues, a partir de este momento, se reasignan las funciones de reconocimiento y pago de las prestaciones por muerte y supervivencia, correspondiendo al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social respectivamente. En tercer lugar, la CE, en su parte orgánica incluyó, entre los principios rectores de la política social y económica, a la Seguridad Social, como una institución esencial del Estado, al encomendar a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (art. 41). De este modo, la CE no rompe con el modelo de Seguridad Social instaurado por la Ley de Bases y vigente en el momento de aprobación de la Norma Fundamental, aunque sí parece reorientar la tendencia de su configuración hacia el modelo de Seguridad Social no contributivo, permaneciendo inalterado con carácter general el régimen jurídico de las contingencias y prestaciones que integran su acción protectora y, entre ellas, el de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia. Al mismo tiempo, y también mediante su reconocimiento como principios rectores de la política social y económica, la CE refuerza jurídicamente ámbitos concretos de la Seguridad Social, a través del reconocimiento directo del derecho a la protección de la salud (art. 43), así como de la atribución a los poderes públicos de acciones dirigidas a asegurar la protección social y económica de la familia y la protección integral de los hijos en régimen de igualdad ante la ley con independencia su filiación, y de las madres cualquiera que sea su estado civil (art. 39.1 y 2.); a realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que los requieran y los ampararán para el disfrute de los derechos que el Título III otorga a todos los ciudadanos (art. 49); a garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad, y a promover su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atiendan sus problemas específicos de salud (art. 50). En buena parte, como puede apreciarse, la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, en mayor o menor medida, es objeto de este reforzamiento constitucional y, por tanto, deberá repercutir en su régimen jurídico.

De otro lado, la inclusión de determinados derechos en la parte dogmática de la CE, aunque no referidos directamente al régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, por su alcance general, afectan también a su régimen jurídico, eliminando, adecuando o ampliando algunos de sus aspectos. Concretamente, la declaración expresa del derecho de igualdad ante la ley y de no discriminación de todos los ciudadanos, independiente de su nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier

otra condición o circunstancia personal o social (art. 14 de la CE), así como del derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32) conlleva la derogación tácita de los presupuestos establecidos con carácter especial para la pensión de viudedad a favor del cónyuge superviviente de sexo masculino del sujeto causante, que hasta este momento eran distintos a los establecidos para el cónyuge superviviente de sexo femenino, por contravención sobrevenida de este derecho de igualdad formal ante la ley, al no existir ningún motivo que justificara esta desigualdad y diferencia de trato, sobre todo tras haberse eliminado por la Ley 24/1972, de 21 de junio, los presupuestos exigidos a la viuda que indirectamente podía revelar su carencia de rentas (edad, capacidad o hijo a cargo habido del sujeto causante). Asimismo, no sólo este derecho de igualdad formal ante la ley reconocido con carácter general, sino también el derecho a la protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos en régimen de igualdad ante la ley, conlleva, al mismo tiempo, la derogación de los presupuestos para la pensión de orfandad que entrañaban desigualdad y discriminación, al basarse en la condición de su filiación legítima derivada de la situación de en la que había sido habidos por sus progenitores. Efectivamente, la condición de hijo legítimo, fundamentada en el hecho de haber nacido de progenitores casados entre sí, vulneraba este derecho de igualdad y no discriminación y, por tanto, debía entenderse tácitamente derogada, por su inconstitucionalidad sobrevenida.

El derecho de igualdad ante la ley también afecta a la dinámica de las prestaciones por muerte y supervivencia, originando la derogación tácita de las causas de extinción establecidas por la normativa reglamentaria contrarias a este derecho constitucional. Así pues, con la entrada en vigor de la CE, debía entenderse derogada tácitamente las causa extintiva de las prestaciones de viudedad, orfandad y a favor de familiares consistente en tomar estado religioso, puesto que suponía una discriminación basada en una condición personal de índole religioso no equiparable, como parece que expresaba la norma, a contraer nuevas nupcias el sujeto beneficiario de estas prestaciones, entre otros motivos, porque esta causa podía generar un derecho a la prestación por viudedad, mientras que aquella no. Del mismo modo, debía entenderse derogada la causa extintiva de las prestaciones de viudedad, orfandad y a favor de familiares que suponía observar una conducta deshonesto o inmoral, ya que, aparte de entrañar un concepto indeterminado que supone una valoración subjetiva de quien que la emite, por ejemplo, la entidad gestora, no constituye un hecho que pueda tener repercusión en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social dentro de un Estado de Derecho como el que con la entrada en vigor de la CE constituye España.

3.2. Ley 30/1981, de 7 de julio.-

Asimismo, la remisión de la CE al legislador para regular las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos (art. 32.2), cumplida con la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, también influyó directa y sustantivamente en el régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia vigente hasta entonces. Efectivamente, esta ley, a través de su disposición adicional décima, modificó los presupuestos de las prestaciones, el contenido y la dinámica.

3.2.1. Presupuestos

En cuanto a los presupuestos de la prestación de viudedad, relativizó la exigencia de que en el momento del hecho causante existiera matrimonio entre el sujeto causante y el beneficiario de la prestación, puesto que el elemento relevante se concretó en que hubiera existido vínculo matrimonial previo al hecho causante, aunque este vínculo estuviera separado o, disuelto en el momento del acaecimiento de dicho hecho causante. Igualmente, declaró que la separación o el divorcio entre los cónyuges, lógicamente, no afectarían al presupuesto de la filiación para las prestaciones de orfandad y a favor de familiares (disposición adicional décima primera). Pero es más, incluso previó que el presupuesto de la existencia de matrimonio anterior al hecho causante entre el sujeto causante y el sujeto beneficiario, no sería exigible, en los supuestos en los que la legislación vigente, hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, (20 de julio de 1981) impedía a estos sujetos su celebración, si hubieran vivido como matrimonio, y el fallecimiento se hubiera producido antes de la entrada en vigor de esta Ley (disposición adicional décima segunda).

Estas modificaciones sobre el presupuesto del matrimonio de la prestación de viudedad originaron, a su vez, una alteración en el posible número de beneficiario de esta prestación, puesto que, en los casos en los que el sujeto causante hubiera contraído matrimonio con una persona, pero conviviera maritalmente con otra sin estar casado por imposibilidad legal, con anterioridad a la entrada en vigor de de la Ley 30/181, de 7 de julio, o contrajera más de un patrimonio con posterioridad a la misma, podría existir más de un beneficiario de la pensión de viudedad. En estos casos, lógicamente, si se reunieran los presupuestos de esta prestación y los requisitos del hecho causante para su reconocimiento, únicamente se causaría una pensión, pero a favor de más de un beneficiario, esto es, de la personas que hubiera sido cónyuge y de la que lo sea del sujeto causante, o en su caso, de la que conviviera maritalmente si estar casada con el sujeto causante, en el momento del fallecimiento.

3.2.2. Contenido

Consecuentemente, con esta modificación del presupuesto del matrimonio previo en la prestación de viudedad, la ley introdujo una regla particular para calcular el importe del contenido de la prestación en los supuestos en los que el matrimonio estuviera separado o disuelto en la fecha del hecho causante. Así pues, según esta regla, la prestación le correspondería a la persona que fuera (en caso de separación) o que hubiera sido (en caso de divorcio) cónyuge legítimo, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio (disposición adicional décima tercera). En estos casos, por tanto, la cuantía pensión de viudedad se hallaría de acuerdo con el procedimiento establecido, esto es, mediante la aplicación del porcentaje fijado a la base reguladora que correspondiera en atención a la situación del sujeto causante en el momento del fallecimiento (pensionista o activo) y del riesgo profesional o común del que derivara la muerte, y, a continuación, se determinaría la parte proporcional de la cuantía hallada en función del período temporal durante el que hubiera vivido el sujeto beneficiario con el sujeto causante, constituyendo esta parte proporcional el importe de la pensión a percibir por su beneficiario, es decir, la persona que fuera o hubiera sido cónyuge legítimo del sujeto causante. Asimismo, el supuesto de que sujeto causante tras su

separación o divorcio contrajera nuevo matrimonio o viviera maritalmente con otra persona sin esta casado con ella por impedirse la legislación anterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y, por tanto, existieran más de un beneficiario de la pensión de viudedad, la parte de pensión no reconocida a favor del sujeto beneficiario que fuera (en caso de separación) o hubiera sido (caso de divorcio) cónyuge del sujeto causante, se reconocería a favor del cónyuge existente o de la persona que conviviera como tal con el sujeto causante por no haber podido legalmente contraer matrimonio de conformidad con la legislación anterior a la mencionada ley.

3.2.3. *Dinámica*

Finalmente, la modificación del presupuesto del matrimonio previo en la prestación de viudedad, en los términos expuestos, también determinó una modificación en la dinámica de la prestación, al introducirse una nueva causa de extinción de esta prestación, a través de la remisión realizada por la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, al artículo ciento uno del Código Civil. Efectivamente, esta disposición estableció que, entre otros derechos, las pensión de viudedad se extinguiría, además, en los supuestos previstos en el citado artículo del Código Civil, entre los que se encontraba la situación de vivir maritalmente el sujeto beneficiario de dicha pensión con otra persona (disposición adicional décima y art. 101). La inclusión de esta nueva causa de extinción, suscitó, al mismo tiempo, la cuestión de si la convivencia marital del sujeto causante con una persona con la que no hubiera contraído matrimonio, con posterioridad a la entrada en vigor de la citada ley, podría constituir un nuevo presupuesto de esta prestación y, en consecuencia, si concurrieran los requisitos del hecho causante, podría causarse esta pensión. Esta cuestión jurídica, resuelta en un sentido u otro por los tribunales de justicia, obtuvo una respuesta negativa por el Tribunal Constitucional, al considerar que no constituía un nuevo presupuesto de la prestación de viudedad.

Por último, se cierra esta etapa con una nueva armonización y sistematización de la normativa del Sistema de la Seguridad Social, en general, y de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, en particular, realizada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), de conformidad con la autorización establecida en la disposición adicional decimocuarta de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, estableciéndose en su Capítulo VIII, artículos 171 a 179, su correspondiente régimen jurídico.

4. Tercera etapa: el consenso político y social sobre las reformas del régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia.-

4.1. Primer período: de 1995 a 2001.-

4.1.1. “Pacto de Toledo”, de 6 de abril de 1995.-

A mediados de la década de los noventa y como respuesta a las posiciones políticas, jurídicas, sociales y, principalmente, económicas sobre el Sistema de Seguridad Social

surgidas desde comienzos de esa década y que, de un modo u otro, señalaban su posible situación de crisis y, por consiguiente, cuestionaban su viabilidad financiera, los Grupos Políticos con representación parlamentaria en ese momento decidieron consensuar las reformas que deberían realizarse, a partir de entonces, en materia de Seguridad Social y, de ese modo, excluirlas del debate partidista. Como resultado de esta decisión, el 6 de abril de 1995, el Congreso de los Diputados aprobó un *“informe sobre los problemas del Sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que debería acometerse”*, conocido como *“Pacto de Toledo”*, en el que se recogía un conjunto de recomendaciones sobre la reforma del Sistema de Seguridad Social en su totalidad, con objeto de garantizar su mantenimiento futuro. Estas recomendaciones, aunque afectaban, con carácter general y en mayor o menor medida, a los cuatro elementos estructurales del Sistema de Seguridad Social (estructura del ámbito subjetivo, financiación, gestión y acción protectora), concretamente, respecto al ámbito de la acción protectora, se referían, fundamentalmente, a la protección desarrollada a través de las pensiones, al ser las prestaciones a las que el Sistema de Seguridad Social destina la mayor parte de sus recursos económicos. Así pues, a través de las recomendaciones dedicadas a la acción protectora, se proponía específicamente la reforma de las reglas de cálculo del contenido de las pensiones, mediante el reforzamiento, por una parte, de los principios de “equidad” y de “contribución” (también denominado de “contributividad”), a fin de que estas prestaciones guarden una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización realizado, si bien limitados por el tope máximo de prestación, cuyo mantenimiento se estima pertinente, y se eviten situaciones de falta de equidad en su reconocimiento, de forma que en el futuro y progresivamente se consiga que los sujetos protegidos que realicen un similar esfuerzo de cotización generen prestaciones equivalentes (Recomendación nº 9). Por otra parte y en contraste con los principios anteriores, mediante el reforzamiento también de los principios de “solidaridad” y de “garantía de suficiencia”, a través de la adopción de reglas que, en la medida en que la situación financiera lo permita, mejoren la protección de determinadas prestaciones, entre otras, precisamente, las prestaciones por muerte y supervivencia, a través de la elevación de la edad máxima de permanencia en el percibo de las pensiones de orfandad o del aumento de la cuantía de las pensiones de viudedad en el caso de menores ingresos (Recomendación nº 12), así como que garanticen el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, proponiéndose para ello la revalorización automática de su importe, en función de la evolución del índice de precios al consumo (Recomendación nº 11).

4.1.2. “Acuerdo sobre la consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social”, de 9 de septiembre de 1996

El consenso político recogido en el “Pacto de Toledo” fue refrendado con el consenso social alcanzado en el *“Acuerdo sobre la consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social”*, suscrito, el 9 de septiembre de 1996, por el Gobierno y las organizaciones sindicales CC.OO y UGT, en el que, igualmente, se establecieron las líneas de reforma más inmediata del Sistema de Seguridad Social. Así, aparte de las líneas referidas a la estructura del ámbito subjetivo y, fundamentalmente, a la financiación del Sistema de Seguridad Social, las líneas dedicadas a la acción protectora se centraron, por un lado, en reproducir y concretar las recomendaciones previstas en el “Pacto de Toledo”, en atención a los principios de “contribución” y de “solidaridad”, consistentes en la modificación de las reglas para determinar, con carácter general, el

contenido de las pensiones (incremento progresivo del número de años, hasta alcanzar quince, para el cálculo de la pensión, así como revalorización automática de las pensiones, en función del Índice de Precios al Consumo previsto para cada año y con revisión a ejercicio vencido en el supuesto de que el citado Índice previsto para ese ejercicio sea inferior al que efectivamente se haya producido), así como para poder acceder a las mismas, mediante la modificación del requisito del hecho causante del período de carencia específica o cualificada, de forma que se amplíe a diez, para el año 1997, y a quince, a partir del año 1998, el período de años inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante en el que el sujeto protegido debe acreditar dos años cotizados. Por otro lado, igualmente, se centraron en reproducir y concretar las recomendaciones específicamente previstas en el citado Pacto de Toledo para mejorar la protección por muerte y supervivencia, mediante la ampliación de forma gradual del límite de edad para el percibo de las pensiones de orfandad a 21 años o a 23 años, en el supuesto de que no sobreviva ninguno de los padres, así como del incremento de las pensiones de viudedad, en los casos en los que la prestación de viudedad constituye garantía de supervivencia, con atención al nivel de rentas del beneficiario y cargas familiares y con prioridad respecto de las pensiones mínimas de viudedad de los menores de 60 años, a fin de equiparar su cuantía con la de las pensiones mínimas reconocidas a los beneficiarios de esta prestación mayores de 60 años, realizándose de forma gradual en función de las disponibilidades económicas del Sistema de Seguridad Social.

4.1.3. Ley 24/1997, de 15 de julio.-

Las recomendaciones y las líneas de actuación sobre la reforma del Sistema de Seguridad Social, contenidas en el “Pacto de Toledo y en el Acuerdo Social, respectivamente, fueron parcialmente establecidas por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social. Fundamentalmente, esta ley plasmó jurídicamente las recomendaciones y las líneas de actuación referidas a la financiación y, en parte, las dedicadas a la acción protectora, sobre todo, las relacionadas con las contingencias y prestaciones de jubilación, de incapacidad permanente y por muerte y supervivencia.

A) Presupuestos

Concretamente, respecto a la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, en el sentido señalado por los citados Pacto y Acuerdo para mejorar su protección, la reforma operada por esta ley afectó, por una parte, a los presupuestos de la prestación de viudedad, estableciéndose, nuevos presupuestos adicionales para casos excepcionales de carencia real de rentas de los sujetos beneficiarios menores de sesenta años edad, en cuyo caso, se incrementaría la cuantía de su pensión en términos equivalentes a las pensiones reconocidas a los sujetos beneficiarios de esta prestación mayores de sesenta años. Por otra parte, respecto a la pensión de orfandad, la mencionada Ley 24/1997, de 15 de julio, efectuó una nueva redacción del artículo 175 de la LGSS, en cuyo apartado segundo introdujo, como presupuesto excepcional, la elevación de la edad, para ostentar la condición de sujeto beneficiario, en el momento del fallecimiento del causante, de la pensión de orfandad de dieciocho a veintiuno o veintitrés años, si no sobreviviera ninguno de los padres, exclusivamente en el supuesto de que el hijo del sujeto causante no realizara trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia (art. 10.1). No obstante, la elevación de la edad, en estos términos, se produciría a partir del uno de enero de 1999,

de modo que hasta esta fecha, la elevación de la edad se realizaría de forma gradual, en los dos años siguientes a la entrada en vigor de la Ley 24/1997, de 15 de julio, según dispuso la nueva disposición transitoria sexta bis, incorporada por esta ley, en la LGSS. Así pues, durante el año 1997 la elevación de la edad establecida sería de los dieciocho a los diecinueve años o a los veinte, si no sobreviviera ninguno de los padres, y durante el año 1998, de dieciocho a veinte o veintidós años, en el caso de inexistencia de los dos progenitores, de modo que durante estos dos años ostentarían la condición de beneficiario de la pensión de orfandad los hijos del causante mayores de dieciocho y menores de las citadas edades, respectivamente, que no realizaran un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia (art. 10.2).

B) Contenido

Específicamente, en cuanto a la modificación del régimen jurídico de la pensión de viudedad, la Ley 24/1997, de 15 de julio, incorporó, en la LGSS una nueva disposición adicional séptima bis, en la que se dispuso la equiparación, de modo gradual y en el plazo de tres años, a partir de la entrada en vigor de la citada Ley 24/1997, de 15 de julio, de las cuantías de las pensiones mínimas de viudedad para beneficiarios menores de sesenta años, que reunieran determinados requisitos, a los importes de las pensiones de viudedad para beneficiarios con edades comprendidas entre sesenta y sesenta y cuatro años. Estos requisitos suponían, ciertamente, un retorno a la acreditación de carencia de real de rentas para ser beneficiario, si bien limitada a este nuevo supuesto excepcional previsto por esta norma, de la pensión de viudedad, ya que exigían que el sujeto beneficiario, tuviera cargas familiares, no superara los límites de renta fijados anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para tener derecho a los completos a mínimos y, además, no alcanzara un determinado límite de rentas. No obstante, esta nueva norma, no establecía los términos en los que se produciría la citada equiparación de importes de la pensión de viudedad, sino que éstos se remitían a lo que dispusiera la norma reglamentaria de aplicación (art. 9).

Asimismo, la Ley 24/1997, de 15 de julio, incorporó legalmente, mediante la nueva redacción del apartado primero del artículo 48 de la LGSS, la revalorización, con carácter general, de las pensiones contributivas, incluidas las pensiones por muerte y supervivencia, al comienzo de cada año, en función del correspondiente Índice de Precios al Consumo previsto para dicho año. A estos efectos, disponía la nueva norma que, si el Índice de Precios al Consumo acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico al que se refiere la revalorización, fuese superior al Índice previsto, y en función del cual se calculó la revalorización, se procedería a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. En este caso, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, se les abonaría la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior. Asimismo, si el citado Índice acumulado fuese inferior al previsto, en función del cual se practicó la revalorización, las diferencias existentes serán absorbidas en la revalorización que corresponda aplicar en el siguiente ciclo económico (art.11).

4.1.4. Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre

Determinadas novedades introducidas por la Ley 24/1997, de 15 de julio, fueron reproducidas y desarrolladas reglamentariamente por el Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social.

A) Contenido

En cuanto a la pensión de viudedad, estableció que el límite de renta para que se produjera la elevación de las pensiones mínimas de viudedad, reconocidas a beneficiarios menores de sesenta años, con objeto de equipararse a los importes fijados para beneficiarios con edades comprendidas entre los sesenta y los sesenta y cuatro años, sería el fijado anualmente por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para el reconocimiento de los complementos a mínimos. A estos efectos, se considerarían como ingresos o rentas computables cualesquiera bienes y derechos derivados del trabajo y del capital y los de naturaleza prestacional, referidos al año anterior a aquél en que deba aplicarse los complementos citados. Por otra parte, estableció que se consideran cargas familiares la convivencia del beneficiario con hijos menores de veintiséis 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 mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Asimismo, dispuso que el beneficiario está obligado a presentar ante la entidad gestora que corresponda, en plazo de 30 días, a partir de la fecha en que se produzcan, comunicación debidamente acreditada de cuantas variaciones hubieran tenido lugar en su situación económica o familiar, que puedan suponer el nacimiento o la extinción del derecho al complemento por mínimos citado, así como a presentar, antes del 1 de marzo de cada año, declaración expresiva de los ingresos tanto propios como los de la unidad familiar indicada, a efectos de determinar la subsistencia de cargas familiares (art. 8).

B) Dinámica

Respecto a la dinámica de la pensión de orfandad, incorporo una causa de suspensión del percibo de la pensión, en el supuesto de que sujeto beneficiario fuese mayor de 18 y realizara un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, de modo que el percibo de la pensión se suspendería, cuando este sujeto concierte un contrato laboral en cualquiera de sus modalidades o efectuara un trabajo por cuenta propia que supusiera la inclusión en algún Régimen de la Seguridad Social. En este caso, la pensión se recuperaría a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se extinga el contrato de trabajo, cese el trabajo por cuenta propia o, en su caso, finalice prestación por desempleo, siempre que la recuperación de la pensión se solicitara dentro de los tres meses siguientes a la extinción del contrato, al cese de la actividad o a la finalización de la percepción por desempleo, si no la pensión recuperada tendría una retroactividad máxima de tres meses, a contar desde la fecha de la solicitud (art. 9).

También, modificó el apartado 1 del artículo 21 de la Orden de 13 de febrero de 1967, a fin reformar la causa de extinción de la pensión de orfandad debida al cumplimiento del beneficiario de la edad fijada legalmente en cada caso, señalando que la pensión no

extinguirá por esta causa, si el beneficiario tuviera reducida su capacidad para el trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (disposición adicional única).

C) Gestión

Asimismo, con relación a la pensión de orfandad, reformuló los supuestos de compatibilidad de esta pensión, estableciendo que: a) la pensión de orfandad de beneficiarios menores de 18 años o que tengan reducida su capacidad para el trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad absoluta o gran invalidez, sería compatible con cualquier renta del trabajo del cónyuge superviviente o del propio huérfano, así como, en su caso, con la pensión de viudedad que aquél perciba; b) la pensión de orfandad de beneficiarios mayores de 18 años, no incapacitados, sería compatible con cualquier renta del trabajo del cónyuge superviviente, así como, en su caso, con la pensión de viudedad que aquél perciba. Igualmente, estableció el derecho de opción a favor del sujeto beneficiario de la pensión de orfandad que tenga reducida su capacidad para el trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y tenga reconocida, en atención a esta incapacidad otra pensión de la Seguridad Social, entre una u otra prestación (art. 10).

También, respecto al pago de la pensión de orfandad, reformulo la correspondiente regla, estableciendo que esta prestación se abonaría, en el caso de que el beneficiario fuera menor de dieciocho años o mayores incapacitados judicialmente, a la persona que lo tuviera a su cargo en tanto que cumpla la obligación de mantenerlo y educarlo, y directamente al beneficiario, si fuera mayor de dieciocho años. Asimismo, dispuso que si la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores, constatará que el huérfano se encontrara en situación de desamparo, la entidad gestora adoptaría las medidas oportunas para que la pensión sea abonada a quine sea atribuida la guarda del menor, en los términos previstos en el Código Civil (art. 11).

4.1.5. Real Decreto 4/1998, de 9 de enero

Dos meses más tarde de la aprobación del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, fue objeto de modificación parcial por el Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, sobre revalorización de las pensiones del Sistema de Seguridad Social para 1998.

A) Presupuestos

Efectivamente, esta norma reglamentaria modificó el apartado 2 del artículo 9 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, con objeto de flexibilizar, respecto al presupuesto de la edad, en el caso excepcional de que el huérfano no realizará trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, esta última circunstancia, al añadir la posibilidad de que, aún realizando este trabajo, se consideraría que concurre esta circunstancia, si los ingresos obtenidos por ello resultan inferiores al 75 por 100 de la cuantía del salario mínimo interprofesional, en cómputo anual, fijada en cada momento (disposición adicional octava).

En idénticos términos, modificó el apartado 1.1 del artículo 22 de la Orden de 13 de febrero de 1967, con la finalidad de reformar el presupuesto de la edad, en el mismo supuesto excepcional de no realización de trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, con relación a la pensión en favor de familiares, prevista para los nietos y hermanos del sujeto causante, añadiendo, igualmente, que se consideraría que concurre este presupuesto aunque se realizara este trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, si los ingresos obtenidos, en cómputo anual, resultaran inferiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, fijada en cada momento (disposición adicional novena). Asimismo, reformó el artículo 25 de la Orden de 13 de febrero de 1967, para elevar el presupuesto de la edad, con carácter general, para poder ostentar la condición de beneficiario del subsidio en favor de familiares, establecido para los hijos y hermanos (independientemente de su sexo) del sujeto causante, de los dieciocho a los veintiún años, si bien paulatinamente, ya que, a partir del 1 de enero de 1998, se elevaría a los veinte años, y, a partir de 1 de enero de 1999, a los veintiún años (disposición adicional décima).

B) Dinámica

En cuanto la dinámica de la pensión de orfandad, a través de la nueva redacción efectuada por esta norma del apartado 2 del artículo 9 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, reformuló la causa de suspensión de la pensión de orfandad, en el caso de que el beneficiario concierte un contrato laboral o efectúe un trabajo por cuenta propia por los que obtenga ingresos superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, fijado en cada momento, en cómputo anual, con efecto desde el día siguiente a aquel en que concorra esta circunstancia. Igualmente, si el trabajo por cuenta ajena o propia lo estuviera realizando antes de cumplir los dieciocho años de edad y obtuviera una cantidad superior a la indicada, teniendo efectos la suspensión en la fecha en que cumpla el sujeto beneficiario esta edad, si bien para la determinación de los ingresos no se computarían los obtenidos antes de cumplir los dieciocho años de edad. Asimismo, precisó esta norma reglamentaria, que la suspensión desaparecería y, por tanto, se recuperaría el percibo de la pensión, si se extinguiera el contrato, cesara la actividad por cuenta propia o, en su caso, finalizara la percepción de la prestación por desempleo, incapacidad temporal, o maternidad, o si continuara realizando el trabajo o actividad o percibiendo la prestación, los ingresos obtenidos no superaran el citado límite de ingresos, teniendo efectos desde la fecha de extinción del contrato de trabajo, del cese de la actividad o de la finalización de la percepción de la prestación o del día siguiente a aquel en que se modifique la cuantía de los ingresos percibidos por un motivo u otro, si se solicita la recuperación de la pensión dentro de los tres meses siguientes a la indicada fecha, en caso contrario, la percepción de la pensión recuperada tendría una retroactividad de tres meses, a contar desde la solicitud (disposición adicional octava).

Finalmente, respecto a las prestaciones a favor de familiares, el Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, mediante la nueva redacción efectuada del apartado 1.1 del artículo 22 de la Orden de 13 de febrero de 1967, reformuló, consecuentemente, la misma causa de suspensión, antes expuesta, de la pensión de orfandad y en los mismos términos con relación a las pensiones de los nietos y hermanos del sujeto causante.

4.2. Segundo período: de 2001 a 2006.-

4.2.1. “Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social, de 9 de abril de 2001”

De acuerdo con el modo de actuación marcado por el “Pacto de Toledo” y por el “Acuerdo sobre la consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social”, de 9 de septiembre de 1996, para las sucesivas reformas del Sistema de Seguridad Social, el Gobierno, CC.OO, CEOE y CEPYME, el 9 de abril de 2001, alcanzaron un nuevo “Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social. Igualmente que su antecesor, este Acuerdo continuó profundizando en las recomendaciones establecidas en el “Pacto de Toledo” para la proposición de las líneas de reforma más inmediatas que deberían realizarse sobre el Sistema de Seguridad Social. Estas líneas, nuevamente, se referían a la adopción de medidas concretas sobre los cuatro elementos estructurales del Sistema de Seguridad Social, esto es, estructura del ámbito subjetivo, gestión, financiación y acción protectora y, específicamente, respecto a éste último elemento, a la desarrollada por las pensiones. Así, en cuanto a este tipo de prestación, las líneas de reforma propuestas insistían en la necesidad de reforzar los principios de “contribución” o de “contributividad y de “equidad”, con el mismo fin de lograr una mayor proporcionalidad entre el esfuerzo de cotización realizado por el sujeto beneficiario y el nivel de prestación alcanzado y, al mismo tiempo, dotar de una mayor estabilidad al Sistema de Seguridad, así como, en contraste con estos dos principios, en la necesidad de avanzar en la extensión del principio de solidaridad para conseguir la mejora de determinadas prestaciones que cubren situaciones de mayor necesidad o que su cuantía es más reducida, como sucede, precisamente, respecto a las de muerte y supervivencia.

Para ello, en el citado acuerdo, se recogieron medidas consistentes, con relación a la prestación de viudedad, de un lado y con carácter general, en la modificación de uno de los elementos para determinar el contenido de la prestación, como es el porcentaje aplicable a la base reguladora, mediante su elevación de forma progresiva del 45 al 52 por ciento, así como en el incremento lineal de las pensiones mínimas de viudedad para beneficiarios menores de sesenta y cinco años. De otro lado, en la introducción de nuevos presupuestos adicionales, basados en la carencia real de rentas del sujeto beneficiario de la pensión de viudedad, para que, en supuestos excepcionales de falta de recursos económicos y de cargas familiares, pudiera acceder a una pensión de mayor cuantía; o por disponer de un menor nivel de rentas y por su edad o situación de capacidad pueda mantener la percepción de la pensión de viudedad aunque contraiga nuevas nupcias, al no extinguirse esta prestación, en este supuesto, como consecuencia del nuevo matrimonio (Acuerdo VI nº 1 y 3.).

Asimismo, con relación a la pensión de orfandad, en la línea iniciada por el citado Acuerdo de 9 de septiembre de 1996 y desarrollada jurídicamente por la Ley 24/1997, de 15 de julio, nuevamente, se acordó la modificación del presupuesto de la edad para ser beneficiario de esta prestación, mediante su elevación, en esta ocasión, de 21 a 22 años y de 22 a 24 años, si no existieran ninguno de los progenitores. Además, se flexibilizó, en estos supuestos, la circunstancia para ostentar la condición de sujeto beneficiario de esta prestación de que el huérfano no realizara trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, matizándose que en el caso de que realizara este tipo de trabajo,

se continuaría cumpliendo este presupuesto, si los ingresos percibidos por ello no superasen el setenta y cinco por ciento del salario mínimo interprofesional, considerándose, de este modo, que se mantiene la situación de carencia real de rentas, en la que se basa la elevación de la edad de 18 a 22 o 24, en este supuesto excepcional, para ostentar la condición de sujeto beneficiario de la prestación de orfandad (Acuerdo VI nº 2).

4.2.2. Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre

Con objeto de plasmar la líneas de reforma del Sistema de Seguridad Social, contenidas en el “Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social, de 9 de abril de 2001”, el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia modificó las correspondientes normas establecidas en el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, en la en la Orden de 13 de febrero de 1967 y en el Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, referidas a los presupuestos, al contenido y a la dinámica de las prestaciones de viudedad y orfandad, así como a los presupuestos de la prestación a favor de otros familiares.

A) Presupuestos

En cuanto a los presupuestos de la pensión de viudedad, reformó el artículo 31 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, con objeto, por una parte, de introducir nuevos presupuestos adicionales para, excepcionalmente, poder percibir el sujeto beneficiario la pensión de viudedad en una cuantía superior, al acreditar la concurrencia de una situación de carencia real de rentas. Así pues, estos presupuestos se concretaban, en que la pensión de viudedad constituyera la principal o única fuente de ingresos del beneficiario, no superaran una determinada cuantía y, además, tuviera el citado beneficiario cargas familiares. A estos efectos, precisaba la norma, en primer lugar, que la pensión de viudedad constituye la principal o única fuente de ingresos del pensionista, si el importe anual de la misma, incluido el importe del complemento a mínimo que pudiera corresponder, representa, como mínimo, el 50 por 100 del total de sus ingresos en cómputo anual. En este sentido, se consideran ingreso computables cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional, en el valor percibido en el ejercicio anterior al que deba reconocerse o mantenerse el percibo de la pensión, excluidos los dejados de percibir como consecuencia del hecho causante y aquellos que se prueben que no han de ser percibidos en el ejercicio corriente. En segundo lugar, que la cuantía de los ingresos anuales del pensionista no podían superar la obtenida de sumar el límite que, en cada ejercicio económico, esté previsto para el reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas, al importe anual que, en cada ejercicio, corresponda a la pensión mínima de viudedad en función de la edad del pensionista. En tercer lugar, que se entiende por cargas familiares la convivencia del beneficiario con hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, si los rendimientos de la unidad familiar, así constituida, incluido el pensionista, dividida entre le número de miembros que la compongan, no supera, en cómputo anual, el 75 por 100, del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Finalmente, precisaba también la norma, que estos presupuestos deben concurrir durante todo el período de percepción de la pensión, por lo que el beneficiario

está obligado a presentar ante la Entidad Gestora correspondiente, en el plazo de treinta días, a contar desde la fecha que se produzca, comunicación debidamente acreditada de cuantas variaciones hubieran tenido lugar en cuanto a la concurrencia o no de estos presupuestos; y, en todo caso, está obligado a presentar antes del uno de marzo de cada año, declaración expresiva de los rendimientos propios y de la unidad familiar, antes mencionada, a efectos de determinar la subsistencia del presupuesto de las cargas familiares (art. 1).

Respecto a los presupuestos de la pensión de orfandad, esta norma reglamentaria modificó el apartado 2 del artículo 9 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, con objeto de reformar, nuevamente, el presupuesto de la edad, en el caso excepcional de que el huérfano no realizará trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, elevándola a los veintidós años y, en el caso de que no sobreviviera ninguno de los dos padres, a los veinticuatro años (art. 3.1). Asimismo, precisó esta norma, que la elevación de la edad tendría efectos desde el 1 de enero de 2002 y que se aplicarían respecto a las prestaciones que se hubiera extinguido por cumplimiento de la edad anterior antes del 1 de enero de 2002, siempre que sujeto beneficiario acredite la edad y los rendimientos económicos exigidos (art. 3.2).

Con idénticos términos, la citada norma reglamentaria reformó el presupuesto de la edad, en el mismo supuesto excepcional de no realización de trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, con relación a la pensión en favor de familiares, prevista para los nietos y hermanos del sujeto causante, esto es, elevación de la edad a los veintidós años (art. 4.1), mediante la nueva redacción efectuada del párrafo a) del artículo 22.1 de la Orden de 13 de febrero de 1997 (art.4.1). Asimismo, precisó esta norma reglamentaria que la elevación de la edad tendría efectos desde el 1 de enero de 2002 y que se aplicarían respecto a las prestaciones que se hubiera extinguido por cumplimiento de la edad anterior antes del 1 de enero de 2002, siempre que sujeto beneficiario acredite la edad y los rendimientos económicos exigidos (art. 4.2 del Real Decreto 1465/1997, de 27 de diciembre). Por último, reformó el artículo 25 de la Orden de 13 de febrero de 1967, para elevar el presupuesto de la edad, con carácter general, para poder ostentar la condición de beneficiario del subsidio en favor de familiares, establecido para los hijos y hermanos (independientemente de su sexo) del sujeto causante, a los veintidós años (art. 5.1).

B) Contenido

Respecto al contenido de pensión de viudedad, el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, modificó, por otra parte, el artículo 31, apartado primero, el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, a fin de elevar, de un lado, el porcentaje aplicable, con carácter general, a la base reguladora para calcular el importe de esta prestación, al 46 por 100, tanto para las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2012, como para las causadas con anterioridad a esa fecha, cuya aplicación se realizara de oficio (art. 1.1 y 2). Y, de otro lado, el porcentaje aplicable, para el supuesto excepcional, antes referido, en el que el sujeto beneficiario cumple el presupuesto introducido nuevamente de la carencia real de renta, en los términos expresados, al 70 por 100. A estos efectos, la nueva redacción del citado artículo 31, apartados 2 a 4 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, establece las siguientes precisiones. En primer lugar, que, en el caso de que este presupuesto de la carencia real de renta se produjera con posterioridad al hecho

causante de la pensión de viudedad, la aplicación del porcentaje del 70 por 100 sobre la base reguladora, se produciría desde el día primero del mes siguiente a la fecha en que se efectúe la correspondiente solicitud. En segundo lugar, que la aplicación del porcentaje del 70 por 100 sobre la base reguladora no podrá dar lugar a que la suma de la cuantía, en cómputo anual, de la pensión de viudedad, más los rendimientos anuales percibidos por el interesado, excedan del límite de rentas establecido, antes expuesto, de modo que, si se superara dicho límite, se reduciría la cuantía de la pensión de viudedad, a fin de no superar este límite. En tercer lugar, que este porcentaje sería de aplicación a partir del día 1 de enero de 2002, tanto a las pensiones que se causen a partir de esa fecha, como a las causadas con anterioridad a la misma, en cuyo caso, produciría previa solicitud del interesado, siempre que acredite la concurrencia de los presupuestos establecidos para la aplicación de este porcentaje, mediante la presentación de la declaración de los ingresos percibidos en el ejercicio anterior por el pensionista y los hijos menores de veintiséis años o menores acogidos que convivan con él (art. 1.2 y 3). Finalmente, el artículo 1.4 del Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre especificaba que, la suma de las pensiones de viudedad y orfandad derivadas del mismo sujeto causante no podrá superar el límite al que se refiere el artículo 179.4 de la LGSS, esto es, el 100 por 100 de la base reguladora prevista para determinar el contenido de las prestaciones por muerte y supervivencia.

C) Dinámica

Por el último, el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, introdujo las modificaciones sustantivas más novedosas en las reglas relativas a la dinámica de las prestaciones de viudedad y de orfandad. Efectivamente, mediante la reforma del artículo 11.1 de la Orden de 13 de febrero de 1967, modificó una de las causas de extinción de la pensión de viudedad más significativa, como es la celebración de un nuevo matrimonio por la viuda o viudo del sujeto causante, puesto que, aunque, de acuerdo con la lógica de esta prestación, se mantiene como causa de extinción, con carácter general, se prevé, excepcionalmente, que no constituya causa de extinción, en el caso de que el sujeto beneficiario tenga una edad determinada o capacidad y se encuentre en una situación de carencia real de rentas. Así pues, la nueva norma reglamentaria, dispuso que podrán mantener el percibo de la pensión de viudedad, aunque contraigan nuevo matrimonio, los pensionistas de viudedad que reúna los siguientes presupuestos: a) que sean mayores sesenta y un años o menor de dicha edad, si tienen reconocida una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez o acrediten un grado de discapacidad igual o superior al sesenta y cinco por ciento; b) que la pensión o pensiones de viudedad que perciban constituyan la principal o única fuente de ingresos, considerándose que la constituyen, si el importe anual de esta pensión o pensiones, incluida la cantidad por complemento a mínimos que pudiera corresponder, representa el 75 por 100 del total de sus ingresos, en cómputo anual, computándose como ingresos, a estos efectos, los bienes y derechos derivados del trabajo y del capital y los de naturaleza prestacional, en el valor percibido en el ejercicio anterior, computados de acuerdo con las reglas que estén establecidas para la percepción de los complementos a mínimos y excluyéndose los dejados de percibir, en su caso, como consecuencia del hecho causante de las prestaciones y los que se prueben que no serán percibidos en el ejercicio corriente; c) que los ingresos anuales de cualquier naturaleza, incluida la pensión o pensiones de viudedad, del nuevo matrimonio no sean superiores al doble del importe del salario mínimo interprofesional, en cómputo anual, vigente en cada

momento. Asimismo, si la cuantía de pensión o pensiones de viudedad no supera el 75 por 100 del total de los ingresos del beneficiario, pero sumada a los demás ingresos percibidos por los cónyuges, sobrepasaran el doble del importe del salario mínimo profesional referido, se reducirá el importe de la pensión o pensiones de viudedad, a fin de que no superen este importe, de modo que si existe más de una pensión se reducirá cada una de ellas proporcionalmente a la relación existente entre cada pensión y la suma total de todas ellas. Finalmente, precisa la norma reglamentaria, que la nueva pensión de viudedad que pudiese generarse, como consecuencia del fallecimiento del nuevo cónyuge, será incompatible con la pensión o pensiones de viudedad que estuviera percibiendo el interesado, debiendo optar por una de ellas (art. 2). Además de esta causa, la norma mantiene, como causas de extinción de esta pensión, la declaración de culpabilidad de la muerte del sujeto causante, en sentencia firme, y el fallecimiento del beneficiario (art. 2).

En cuanto la suspensión de la pensión de orfandad, el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, en la nueva redacción del apartado 2 del artículo 9 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, añadió que en los supuestos en los que proceda la recuperación de la pensión, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo concertado por el huérfano, el cese de la actividad por cuenta propia que estuviera ejerciendo o por finalización de la prestación por desempleo, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o maternidad, si los ingresos anuales obtenidos por el sujeto beneficiario fuesen superiores al límite de ingresos, ésta tendría efectos desde el día primero del año siguiente, si continuara reuniendo los presupuestos para ello. Asimismo, si al finalizar el ejercicio económico, los ingresos obtenidos percibidos por el sujeto beneficiario, hubiesen sido, en cómputo anual, inferiores al límite señalado, se abonaría la pensión, por el tiempo no percibido, desde el día primero de enero del dicho ejercicio o desde la fecha en que se suspendió la pensión de ser esta fecha posterior, si se solicita dentro de los tres primeros meses del año siguiente, si no la percepción de la pensión se reduciría en tantos días, como se haya retrasado la presentación de la solicitud (art. 3.1)

Igualmente, esta norma reglamentaria, modificó el apartado 1 del artículo 21, de la Orden de 13 de febrero de 1967, relativo a las causas de extinción de la pensión de orfandad, a fin de adatarla a las transformaciones experimentadas por el régimen jurídico de esta prestación. Así pues, dispuso que la pensión de orfandad se extinguiría por alguna de las siguientes causas: a) cumplimiento por el beneficiario de la edad mínima fijada en cada caso, previstas en el artículo 175 de la LGSS, salvo que ese momento, tuviera reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez; b) cesar la incapacidad que le otorgaba el derecho a la pensión; c) contraer matrimonio; d) fallecimiento (art. 3.3).

Finalmente, respecto a las prestaciones a favor de familiares, el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, introdujo, consecuentemente, la misma causa de suspensión de la pensión de orfandad y en los mismos términos con relación a las pensiones de los nietos y hermanos del sujeto causante, para cuyo reconocimiento previamente había incorporado modificado el presupuesto de la edad, en el caso de que no realizan trabajo por cuenta ajena o propia o, aun realizándolo, los ingresos obtenidos no superaran un determinado límite. Con esta finalidad, el art. 4.1 de esta norma reglamentaria reformó el artículo 22.1 de la Orden de 13 de febrero de 1967.

Asimismo, el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, modificó el artículo 24 de la Orden de 13 de febrero de 1967, con objeto de adaptar, igualmente, la causas de extinción de las prestaciones en favor de familiares a las transformaciones experimentadas por su régimen jurídico. En este sentido, dispuso que la pensión a favor de familiares se extinguiría por las siguientes causas: a) la de los nietos y hermanos por las señaladas para la pensión de orfandad en el artículo 21 de la presente Orden; b) la de los ascendientes por a) contraer matrimonio; b) fallecimiento (art.4.3).

4.2.3. Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre

Con base también en las recomendaciones establecidas en el “Pacto de Toledo” y en las líneas de reforma del Sistema de Seguridad Social previstas en el “Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social, de 9 de abril de 2001”, el Real Decreto 1795/2003, modificó la normas recogidas en el Decreto 3158/1966, de 23 diciembre y en el Decreto 1646/1972 de 23 de junio, relativas a las reglas para la determinación del contenido de la prestaciones por muerte y supervivencia. Concretamente, respecto a la prestación de viudedad, Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad, efectuó una nueva redacción del apartado primero del artículo 31 del Decreto 3158/1966, de 23 de noviembre, para elevar al 52 por 100 el porcentaje aplicable, con carácter general, a la base reguladora para calcular la cuantía de esta prestación (art. 1). Asimismo, dispuso que este nuevo porcentaje del 52 por 100 sería de aplicación de oficio a las pensiones de viudedad causadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma reglamentaria (1 de enero de 2004), siempre que el porcentaje aplicado a la base reguladora, en el momento de causar la pensión, fuese inferior a éste, teniendo efecto, en todo caso, este porcentaje del 52 por 100, desde el día 1 de enero de 2004 (art. 1.2). Igualmente, realizó una nueva redacción de los apartados 2 y 3 del artículo 7 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, con objeto de establecer la base reguladora a la que se le aplicaría el correspondiente porcentaje para calcular las prestaciones por muerte y supervivencia, a partir del 1 de enero de 2004, fecha de entrada en vigor de esta norma reglamentaria. Así, en el apartado segundo de este artículo, estableció que la base reguladora de las pensiones de muerte y supervivencia, esto es, viudedad, orfandad y a favor de familiares, derivada de contingencias comunes, sería el cociente que resulte de dividir entre 28 la suma de las bases de cotización del sujeto causantes durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegido por el sujeto beneficiario dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al hecho causante de la pensión. Y, en el apartado tercero, especificó que la citada base reguladora, si el sujeto causante, en el momento de su fallecimiento fuese pensionista de jubilación o de incapacidad permanente, sería la misma base reguladora que se tomó para determinar la pensión de jubilación o incapacidad permanente, incrementándose la cuantía de la correspondiente pensión por muerte y supervivencia obtenida con las mejoras o revalorizaciones que para este tipo de pensión por muerte y supervivencia, se hubieran producido desde la fecha del hecho causante.

4.3. Tercer período: de 2006 a 2011.-

4.3.1. *“Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006*

Con la periodicidad quinquenal indicada en el “Pacto de Toledo”, el 13 de julio de 2006, se suscribió por el Gobierno, UGT, CC.OO, COE y CEPYME, un nuevo “Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social”, en el que se establecieron las próximas líneas de reforma del Sistema de Seguridad Social. De mismo modo, que sus predecesoras, estas líneas se refirieron a la estructura del ámbito subjetivo, a la gestión, a la financiación y, fundamentalmente, a la acción protectora, desarrollada, entre otras, por las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia, así como por determinadas situaciones protegidas por el nivel no contributivo. Concretamente, respecto al régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, algunas de las reformas que debería adoptar el legislador suponían, en cierta medida, un retorno a determinadas reglas previstas inicialmente por las normas que configuraron este régimen jurídico, como así expresaba el propio acuerdo, al señalar, por ejemplo, que la pensión de viudedad debía *“recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstite: matrimonio, parejas de hecho (novedad mencionada por este acuerdo), siempre que tuviesen hijos en común con derecho a pensión de orfandad y/o existiese dependencia económica del sobreviviente respecto del causante de la pensión, o personas divorciadas perceptoras de las pensiones previstas en el Código Civil”*. Otras reformas se dirigían a adecuar la protección por esta contingencia a las nuevas realidades sociales. Con esta doble finalidad, las líneas de reformas proponían, esencialmente, la modificación de alguno de los presupuestos de la pensión de viudedad y la introducción de otros nuevos, así como la eliminación o la incorporación de precisas reglas para determinar el contenido de esta prestación, incluso, la recuperación de una prestación desaparecida, como es la “pensión temporal” de viudedad.

En cuanto a la modificación de los presupuestos existentes, establecían que, en los supuestos en los que el fallecimiento del sujeto causante se debiera a enfermedad común, además, de exigirse la existencia de matrimonio previo entre este sujeto y el potencial beneficiario, debería requerirse la existencia de hijos en común, entre estos sujetos, con derecho a pensión de orfandad o, en caso de inexistencia de estos hijos, un duración del vínculo conyugal de dos años previos a la fecha del hecho causante. Así pues, en el caso de que el cónyuge del sujeto causante no reuniera este presupuesto, en estos términos, no podría acceder a la pensión de viudedad vitalicia, sino únicamente a una nueva pensión de viudedad temporal. Asimismo, la introducción de nuevos presupuestos se realizó para dar cobertura a las denominadas parejas de hecho, ya que, constituyen una forma de unidad familiar en la que se genera una situación de necesidad parecida a la producida con el fallecimiento de uno de los cónyuges en la unidad familiar matrimonial, pero que no eran objeto de protección por la normativa reguladora de la contingencia por muerte y supervivencia. No obstante, la introducción del presupuesto de la existencia de unidad familiar, constituida por pareja de hecho, no se propone en idénticos términos a la constituida por matrimonio, sino que aquélla, debe reunir un período temporal de convivencia previo al hecho causante y una situación de dependencia económica del sujeto sobreviviente, en más de 50 por 100, de los ingresos del sujeto causante, si existen hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, o en

más del 75 por 100 de los ingresos del sujeto causante, si no existieran hijos comunes, con derecho a pensión de orfandad. Así pues, si el sujeto sobreviviente no reuniera este presupuesto no podría acceder a la pensión de viudedad, en cuyo caso, se propone que, si no existieran hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, el importe que hubiera correspondido a la pensión de viudedad debería incrementarse a la pensión de orfandad.

Finalmente, con relación a la reglas para determinar el contenido de la prestación, por una parte, se propuso la modificación del criterio para distribuir la pensión de viudedad entre el cónyuge sobreviviente y otras personas que hubieran sido cónyuge del sujeto causante con anterioridad, de manera que el importe de la pensión a favor de la persona que fuera cónyuge sobreviviente en el momento del hecho causante represente, al menos, el 50 por 100 de la cuantía de la pensión. Por otra parte, se acordó que la aplicación del 70 por 100 a la base reguladora para calcular la pensión de viudedad, no supusiera un detrimento de la cuantía de las pensiones de orfandad, así como la mejora progresiva de la pensión de orfandad correspondiente a sujetos beneficiarios menores de 18 años con una discapacidad igual o superior al 65 por 100.

4.3.2. Ley 40/2007, de 4 de diciembre

La ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, desarrolló legalmente las líneas de reforma del Sistema de Seguridad Social establecidas en el “Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social”, mediante la modificación, supresión o incorporación de determinados preceptos de la LGSS dedicados a la regulación del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia. Estos preceptos se referían al propio elenco de prestaciones previstas para la protección de esta contingencia, a los presupuestos de las pensiones de viudedad y de orfandad, a las reglas para determinar su contenido y a su dinámica. Así pues, introdujo una nueva redacción del apartado 1 del artículo 171 de la LGSS, como objeto de incorporar la recuperada pensión de viudedad propuesta en el citado Acuerdo, y que, por tanto, literalmente establece que, que en caso de muerte, cualquiera que fuera su causa, se otorgaran, según los supuestos, alguna o algunas de las prestaciones siguientes: a) un auxilio por defunción; b) una pensión vitalicia de viudedad; c) una prestación temporal de viudedad; d) una pensión de orfandad; e) una pensión vitalicia de o, en su caso, subsidio temporal a favor de familiares (art. 5.1).

A) Presupuestos

Igualmente, efectuó una nueva redacción del artículo 174 de la LGSS, a fin de modificar, por un parte, el presupuesto de la existencia de matrimonio entre el sujeto causante y el sujeto beneficiario para acceder a la pensión de viudedad, en el caso de que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal, para evitar la posible concurrencia de los denominados matrimonios de conveniencia o *in artículo mortis*. De este modo, la celebración del matrimonio deberá haberse producido con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento, si no existieran hijos comunes o si en la fecha de celebración se acreditara un período de convivencia de los cónyuges estable, notorio e inmediato al fallecimiento que, sumado al período de duración del matrimonio, supere los dos años (art. 5.3).

Por otra parte, para incorporar, como presupuesto para causar la pensión de viudedad, la constitución de pareja de hecho entre el sujeto causante y el sujeto beneficiario. A estos efectos, la citada ley dispone que considera pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quines 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 sujeto causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años y se acreditará su constitución mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las CC.AA. o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste su constitución, en ambos casos (inscripción o documento público) producidos con una antelación mínima de dos años a la fecha del fallecimiento. No obstante, en la CC.AA. con Derecho Civil propio, la consideración de pareja de hecho y su acreditación depende de lo que establezca su legislación específica. Además, el sujeto beneficio debe reunir alguna de las dos siguientes circunstancias: a) debe acreditar que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por 100 de la suma resultante de sus ingresos y de los del sujeto causante habidos en el mismo período, o el 25 por 100, en el caso de que no existan hijos comunes con derecho a pensión de orfandad; d) debe acreditar que sus ingresos resultan inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, incrementado en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional por cada hijo común con derecho a pensión de orfandad que conviva con el sujeto beneficiario. A estos efectos, señala el legislador que consideran ingresos los rendimientos de trabajo, de capital y de carácter patrimonial en los términos computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de las pensiones. En ambos casos, el legislador, siguiendo la tendencia de mejorar la cobertura de la protección de muerte y supervivencia, en determinados supuestos, nuevamente recurre a la acreditación de la situación de carencia de real de rentas, determinada en un concreto límite, si bien, esta situación puede no darse en la primera circunstancia, al no establecerse este límite, sino únicamente el porcentaje que los ingresos del sujeto beneficiario representa en la suma de ingresos comunes con el sujeto causante, porcentaje que puede ser significativo, en atención a la cuantía de los ingresos, tanto del sujeto causante como del sujeto beneficiario (art. 5.3).

Por último, modificó, también, el presupuesto de la existencia de vínculo matrimonial previo al fallecimiento, en el caso de que en el momento fallecimiento el sujeto causante y el sujeto beneficiario estuviesen separados o divorciados. En este sentido, la ley especifica que estos casos, la persona que sea o haya sido cónyuge legítimo, siempre que no hubiese contraído nuevo matrimonio o constituido una pareja de hecho, en los términos expuestos, deberán tener reconocida a su favor la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y que ésta se extinga por el fallecimiento del sujeto causante para poder causar la pensión de viudedad. Asimismo, en el caso de nulidad matrimonial, la persona que hubiera contraído matrimonio con el sujeto causante, si no hubiera contraído nuevo matrimonio o constituido pareja de hecho, en los términos indicados, deberá tener reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil para poder acceder a la pensión de viudedad (art. 5.3).

No obstante, ante la cierta contestación social generada por la incorporación de la regla por la que se exige, en caso de separación o divorcio, que el cónyuge superviviente sea acreedor de la citada pensión compensatoria debida por el sujeto causante, al frustrar las expectativas de determinados sujetos beneficiarios de acceder a la pensión de viudedad, en estos supuestos de separación o divorcio, de acuerdo con la regulación anterior, posteriormente, el legislador introdujo dos excepciones a esta regla para, de algún modo y con determinada exención, mitigar sus efectos. En este sentido, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, por un lado, modificó el primer párrafo del apartado 2 del artículo 174 de la LGSS, a fin de disponer que, en todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, sin tener recocida la citada pensión compensatoria, puedan acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento del sujeto causante y, en defecto, de sentencia, mediante la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como cualquier medio de prueba admitido en Derecho. Por otro lado, añadió una nueva disposición transitoria decimoctava a la LGSS, aplicable a los hechos causantes producidos tanto a partir de su entrada en vigor, esto es, 1 de enero de 2010, como los producidos entre el 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, y el 31 de diciembre de 2009, para establecer que no se requerirá el reconocimiento de la mencionada pensión compensatoria, en el supuesto en que concurren los siguientes requisitos: a) que entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del sujeto causante haya transcurrido un período de tiempo no superior a 10 años; b) que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de 10 años; c) que existan hijos comunes del matrimonio o, alternativamente, que el sujeto beneficiario tenga una edad superior a 50 años en la fecha del fallecimiento del sujeto causante; d) que la separación o divorcio se haya producido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, esto es, antes del 1 de enero de 2008. En este caso, la cuantía de la pensión de viudedad será calculada de acuerdo con las reglas dispuestas por la normativa vigente anterior a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Posteriormente, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, ha añadido un nuevo apartado 2 a la disposición adicional transitoria decimoctava de la LGSS, que extiende, en caso de separación o divorcio, el acceso a la pensión de viudedad al sujeto beneficiario, aunque no cumpla los presupuestos citados, si tienen más de 65 años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el sujeto causante de pensión no haya sido inferior a 15 años (disposición final séptima apartado novena).

Asimismo, Ley 40/2007, de 4 de diciembre, dio nueva redacción al apartado 2 del artículo 175, a fin de modificar, respecto al presupuesto de la edad de la pensión de orfandad, en sus dos extremos. Por una parte, incorpora una circunstancia de capacidad, en caso de que no sobreviviera ninguno de los padres, al especificar que podrá ostentar la condición de beneficiario el hijo del causante menor de 24 años o con una discapacidad igual o superior al 33 por 100. Por otra parte, eleva los ingresos derivados del trabajo por cuenta ajena o propia que puede obtener el sujeto beneficiario con una edad comprendida entre los 18 años y los 22 años o 24 años o con una discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100, en caso de huérfano absoluto, para acceder o mantener la pensión de orfandad (art. 5.6).

B) Contenido

Igualmente, respecto a la reglas para determinar el contenido de la prestaciones por muerte y supervivencia, de un lado, efectuó una nueva redacción del apartado 2, párrafos 2 y 3 de artículo 174 de la LGSS, a fin de incorporar nuevos criterios para distribuir esta prestación en los casos de concurrencia de sujetos beneficiarios. En este sentido, dispuso que el importe de pensión correspondiente a cada sujeto beneficiario será determinado en proporción al tiempo vivido con el causante, pero, en todo caso, con el límite de que el 40 por 100 de la cuantía de la pensión corresponderá a la persona que sea cónyuge sobreviviente o la persona que conviviera con el sujeto causante y por constituir una pareja de hecho, en los términos expuestos, tuviera la condición de sujeto beneficiario de la pensión de viudedad (art. 5.3). Posteriormente, a través de la modificación del primer párrafo del apartado 2 del artículo 174 de la LGSS, efectuada por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, se añadió otro límite a la cuantía de la pensión de viudedad correspondiente al cónyuge separado o divorciado, ya que ésta no podría ser superior al importe de la pensión de compensatoria, de modo que si aquella cuantía fuese superior a este importe se reducirá hasta igualarlo. Con ello, la cuantía de la pensión de viudedad reconocida al cónyuge separado o divorciado, en todo caso, no podrá ser superior al importe de la pensión compensatoria que tuviera reconocida a su favor y, en el supuesto de concurra concurra con la pensión de viudedad correspondiente al cónyuge o a la persona conviviente, por haber constituido una pareja de hecho con el sujeto causante, no podrá ser superior al 60 por 100 de la cuantía total de la pensión de viudedad generada por el sujeto causante.

Con este mismo objeto, modificó el artículo 177 de la LGSS para incorporar, en su apartado 1, como sujeto beneficiario de la indemnización a tanto alzado, en caso de muerte del sujeto causante por accidente de trabajo o enfermedad profesional, a la persona que hubiera constituido con este sujeto una pareja de hecho, en los términos expresados. Y, en su apartado 2, establecer que la cuantía de la citada indemnización, en caso de separación, divorcio o nulidad, se distribuirá entre los sujetos beneficiarios, de conformidad con el criterio establecido para distribuir, en esos casos, la pensión de viudedad (art. 5.7). Asimismo, modificó el artículo 173 de la LGSS para incorporar también como sujeto beneficiario del auxilio por defunción a la persona sobreviviente que hubiera constituido con en el sujeto causante una pareja de hechos, en el términos indicados, al presumirse salvo prueba en contrario, que ha satisfecho los gastos del sepelio (art. 5.2). Y, respecto a la cuantía de esta prestación, dispuso su incremento lineal en un 50 por 100 durante los cinco años siguientes, a la entrada en vigor de esta norma legal, en 10 por 100 anual, así como su actualización, a partir de esos cinco años, en cada ejercicio económico, según el Índice de Precios al Consumo (disposición adicional décima).

De otro lado, introdujo un nuevo artículo 174 bis de la LGSS para incorporar la nueva “pensión temporal de viudedad” a favor del cónyuge del sujeto beneficiario, fallecido por enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo matrimonial, que no reúna los requisitos duración temporal del matrimonio o que no tenga hijos habidos del causante. La cuantía de esta prestación, según dispone este precepto, se determina de acuerdo con las mismas reglas previstas para calcular la pensión de viudedad, pero se diferencia de ésta en que su duración es de dos años (art. 5. 4).

Por último, añadió un último párrafo en el apartado 4 del artículo 179, para establecer que el porcentaje del 100 por 100 de la base reguladora de las prestaciones por muerte y supervivencia podrá ser rebasado, con objeto de mejorar las pensiones de orfandad, en caso de concurrencia de varias pensiones de orfandad con una pensión de viudedad calculada mediante la aplicación del porcentaje del 70 por 100 a la correspondiente base reguladora, sin que la suma de las pensiones de orfandad pueda superar el 48 por 100 de la citada base reguladora. Con el mismo objeto de mejorar las prestaciones de orfandad de cuantía mínima, encomendó al Gobierno que, en los próximos ejercicios económicos, adoptara las medidas necesarias para que la cuantía mínima de la pensión de orfandad, alcance el 33 por 100 de la cuantía del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (disposición adicional quinta).

C) Dinámica

En cuanto a la dinámica de las prestaciones por muerte y supervivencia, en la nueva redacción del apartado 4 del artículo 174 de la LGSS, introdujo como causa de extinción de la prestación de viudedad, junta la celebración de nuevo matrimonio por el sujeto beneficiario, la constitución de una pareja de hecho por parte de este sujeto, en los términos mencionados anteriormente, especificando que sin perjuicio de las excepciones establecidas a estas causas reglamentariamente (art. 5.3).

Finalmente, respecto a la gestión de la pensión de orfandad, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, modificó el apartado 3 del artículo 179 de la LGSS, con la finalidad de, manteniendo con carácter general incompatibilidad de la pensión de orfandad reconocida a favor de sujeto beneficiario incapacitado con otra pensión del Sistema de Seguridad Social reconocida en atención a la misma incapacidad, resuelta mediante el derecho de opción del sujeto beneficiario, establecer la compatibilidad de esta pensión, en el supuesto excepcional, de que el sujeto beneficiario haya sido declarado incapacitado para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de la edad de 18 años, con la pensión de incapacidad permanente que pudiera causar, tras cumplir 18 años, como consecuencia de lesiones distintas a las consideradas para el reconocimiento de la orfandad, o con la pensión de jubilación que pudiera causar por el trabajo que realice por cuenta propia o ajena.

Por último, en atención a las recomendaciones del “Pacto de Toledo, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, encomienda al Gobierno la elaboración de un estudio sobre la reforma integral de la pensión de viudedad (disposición adicional vigésima quinta).

4.4. Cuarto período: a partir de 2011.-

Al igual que en los períodos anteriores, previamente a la reforma de la legislación de la Seguridad Social, se alcanzó nuevamente un “Acuerdo para la Reforma y Fortalecimiento del Sistema Público de Pensiones”, dentro de un acuerdo global de naturaleza social y económica, el 2 de febrero de 2011. Sin embargo, este acuerdo en contraste con sus predecesores, aunque contiene menciones sobre la estructura del ámbito subjetivo, la financiación y la gestión, se refiere fundamentalmente a la acción protectora desarrollada por las pensiones y, entre estas, esencialmente por la pensión de jubilación, destacando por su ausencia las referencias a las prestaciones por muerte y

supervivencia. Puede ser que esta ausencia, probablemente, se debiera a que las propuestas sobre la reforma más inmediata del régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, indicadas en el “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo”, (aprobado por la comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo en su reunión de 29 de diciembre de 2010), se hubieran considerado adecuadas por los firmantes del citado acuerdo y, por tanto, no necesarias de reiteración en el texto de este acuerdo.

En cualquier caso, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, aprobada con base en este acuerdo, y sobre todo en atención a las propuestas recogidas en el mencionado informe, contempla, por un lado, en su disposición adicional trigésima la elevación paulatina del porcentaje aplicable, a la base reguladora para obtener la cuantía de la prestación, a partir del 1 de enero de 2012. Si bien, el incremento del porcentaje no se prevé con carácter general, sino exclusivamente para los supuestos excepcionales en los que el beneficiario, además de tener cumplida una edad determinada, acredite que no percibe otra pensión pública o ingresos por trabajo por cuenta ajena o propia o, si los percibe por otros conceptos, que su cuantía no supere un concreto límite económico. No obstante, el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, ha aplazado la aplicación del incremento del porcentaje aplicable a la base reguladora para calcular la pensión de viudedad, en estos supuestos excepcionales (disposición adicional novena).

Por otro lado, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, también en la línea señalada en citado informe, efectúa una nueva redacción de los apartados 1 y 2 del artículo 175 de la LGSS, con objeto de, una vez más, modificar el presupuesto de la edad para ostentar la condición de sujeto beneficiario de la pensión de orfandad, y así adaptar la cobertura de estas prestaciones a la realidad social existente en el momento, en el caso de que el hijo del sujeto causante no realice un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o si lo realizara y los ingresos que obtuviera por ello fueran inferiores, en cómputo anual a la cuantía vigente del salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Nuevamente, la modificación consiste en la ampliación de la edad, pero en este caso y a diferencia de las modificaciones anteriores de este presupuesto, sin distinción basada en la existencia o no de uno de los progenitores, de modo que se eleva, con carácter general, a los 25 años. Asimismo, precisa la norma que, en el supuesto de que el sujeto beneficiario, estuviera realizando estudios y cumpliera 25 años durante el curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendría hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico (disposición adicional). No obstante, a través de la modificación de la Disposición transitoria bis de la LGSS, se prevé que la elevación de la edad a los 25 años, en el caso de sobrevivir uno de los progenitores del sujeto causante, se realice de forma paulatina, fijándose para el año 2012 en 23 años y para el año 2013 en 24 (disposición adicional primera dos)

Además, la citada Ley 27/2011, de 1 de agosto, también de conformidad con las estimaciones del reiterado informe, establece una previsión de orden fiscal, consistente en la introducción en la normativa tributaria aplicable (Renta de las Personas Físicas, Sociedades, Renta de no Residentes y patrimonio) de un mecanismo corrector de la progresividad para cuando la cuantía de la prestación de viudedad se acumule con rentas procedentes del trabajo u otras pensiones, tomando como referencia el importe de la

pensión mínima de viudedad. De este modo, los sujetos beneficiarios de ésta prestación que obtengan conjuntamente ingresos del trabajo o de otras prestaciones no estarán obligados a declarar por el impuesto correspondiente, si no sobrepasan el límite, en caso establecido, y si están obligados a declarar, se le aplicará a los rendimientos del trabajo y a los de las pensiones de viudedad, la separación de la escala de tributación en el IRPF por ambos conceptos. Con ello, se consigue indirectamente una nueva mejora, con carácter general, de las prestaciones de viudedad, al disminuirse, en su caso, la presión fiscal sobre los ingresos obtenidos por estas pensiones (disposición adicional trigésima).

Con ello, se cierra por el momento la evolución normativa del régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, concretándose en los términos vigentes analizados en el siguiente capítulo.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA. UN ANÁLISIS DE SUS NORMAS DE ORDENACIÓN

1. Consideraciones generales sobre la acción protectora: la dificultad de construir un concepto unívoco de la contingencia.-

Analizado el devenir de este conjunto de prestaciones por muerte y supervivencia a través del estudio de su evolución legislativa, en cuanto que método imprescindible para comprender el reflejo que en su diseño han dejado los profundos cambios axiológicos y sociales producidos en el último medio siglo, parece que puede ser de interés repasar ahora su régimen jurídico vigente. Pues al fin y al cabo es su reglamentación positiva, compleja a la par que insatisfactoria en determinados extremos la que sigue provocando la necesidad de su replanteamiento, tal y como se viene recomendando por la práctica totalidad de los estudios e informes que se han venido realizando desde que se alcanzara el Pacto de Toledo. Y es que existe la sensación más que fundamentada de que la fisonomía de esta parcela del sistema no termina de convencer del todo pese a los continuos retoques de los que ha sido objeto, hasta el punto de resultar extraordinariamente difícil reconocer en ella cuáles han de ser realmente las líneas rojas que deben resultar inquebrantables.

En ese sentido se acaba de exponer cómo se han producido numerosas e importantes rectificaciones en los últimos años en el régimen jurídico de la pensión de viudedad, prestación por antonomasia frente a la contingencia de muerte, y que no cabe en modo alguno calificar de puntuales o de mero ajuste, pues muchas de esas reformas se han referido precisamente a conceptos definitorios y claves de su estructura. Así, y junto a las necesarias adaptaciones para evitar todo atisbo de discriminación por razón de género –aunque quizás haya podido quedar algún vestigio que ha pasado más o menos desapercibido-, se ha transformado por completo la noción que hace surgir el estado de viudedad operativo a efectos de Seguridad Social, que en definitiva es el que da origen a esta prestación de supervivencia; o el cambio cualitativo que supuso la irrupción de importantes matices asistenciales antes desconocidos en la misma, como los que facilitan un incremento sensible del importe de su cuantía o hasta la pervivencia del derecho pese a que se contraigan nuevas nupcias.

Sin que por ello haya desaparecido el debate, ni mucho menos, más bien al contrario sobre todo ahora en una época de fuerte crisis económica como la que se atraviesa, en torno a la conveniencia de que continúen intactas otras tantas notas de su régimen jurídico netamente contributivas y que persisten por ello en la normativa. Como es el caso de las reglas sobre compatibilidad del devengo de la prestación y la obtención de otro tipo de rentas, la definición de los periodos de carencia, los niveles ciertamente mínimos de carrera contributiva que se exigen para su perfeccionamiento, el escaso peso de las modalidades temporales frente a las vitalicias, la propia imprescriptibilidad de los derechos o hasta la consideración patrimonialista que se deduce del conjunto de la regulación, en el sentido de poder disposición del capital coste de la prestación por parte de los causantes y beneficiarios.

Por todo ello no resulta nada fácil adivinar el destino u objetivo cierto que se persigue en su ordenación. Incluso si se apura, no resulta fácil siquiera una correcta catalogación general de este singular capítulo de la acción protectora conforme a las categorías más

asentadas en esta disciplina que conforma el Derecho de la Protección Social. Y es que basta una mera aproximación con un criterio de análisis sistemático a algunas de las denominaciones que se utilizan en los principales referentes normativos del derecho de protección de la familia, para ratificar la necesidad de realizar importantes matizaciones cuando se inicia el abordaje de estas prestaciones. Sobre todo a poco que se repara en la evolución que han experimentado otros capítulos de la Ley General de Seguridad Social. Muy especialmente, los referidos a las distintas manifestaciones que se derivan del embarazo y el nacimiento de los hijos, o aquél que aglutina pretendidamente de forma conjunta las «prestaciones familiares», por no mencionar otras importantes acciones de la Política Social, como la que representa la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuya ligazón evidente con las situaciones de necesidad objetivadas dentro de un entorno familiar resulta también indiscutible.

Y es que no puede obviarse que la *ratio* o causa justificativa última en todos estos grupos normativos resulta cuando menos parcialmente coincidente. Por cuanto que cabe detectar un denominador común cuál es el de la necesidad de proteger y salvaguardar toda célula o unidad familiar frente a las contingencias que pueda acaecer a alguno de sus miembros, muy en especial cuando se refiere a aquellos que desempeñen el papel de sostén económico principal de la misma.

De ahí que las concretas previsiones del sistema de Seguridad Social asociadas a la contingencia de la muerte del trabajador y a la supervivencia de sus seres más cercanos, requiera de un cierto redimensionamiento, quizás de una delimitación, en aras a mejorar tanto la lógica interna del conjunto como la mayor eficiencia de cada una de las medidas. De hecho, en su acepción más originaria incluso, la referencia a la contingencia o a las prestaciones de muerte y supervivencia ya resulta en sí algo equívoca. Pues de una parte es posible una lectura aislada de uno de sus elementos conceptuales, el del fallecimiento (en cuanto que causa específica de un aumento cierto de los gastos que supone), aunque sin duda la más importante sea la que los contempla de manera conjunta resaltando el peso de la segunda, al conllevar ese fallecimiento una necesaria pérdida de ingresos para las personas que sobreviven en su entorno.

Esa ligazón necesaria entre la muerte del sujeto causante y la determinación de los sujetos supervivientes (dependientes) vinculados a aquél, será la que provoque de forma necesaria la irrupción de un régimen jurídico considerablemente más complejo que el del común de las prestaciones. Al tenerse que prever por las normas situaciones referidas a distintos tipos de sujetos (el causante y los beneficiarios), y pese a que utilice en todo caso y como único módulo de referencia la carrera de cotizaciones de uno solo – o precisamente por esa razón-, lo que hará que surjan una serie de derechos mediatos o derivados que no solo deben conjugarse atendiendo al conjunto de las reglas y principios más comunes del sistema (compatibilidad de las prestaciones, topes aplicables, etc.), sino lo que es más peculiar, entre sí mismos. Al representar la carrera contributiva del causante una especie de tope cuantitativo específico que se ha repartir o distribuir entre los distintos beneficiarios que pueden presentarse en cada caso concreto.

El resultado final de todo este proceso evolutivo y de reformas legales mostrará, como se decía, una regulación técnicamente hablando mucho más rica en matices, a veces confusa y en ocasiones también hasta algo contradictoria si analizada desde la

perspectiva que marca la evolución de otras líneas de tendencia que informan el conjunto del sistema (vgr., expansión subjetiva de beneficiarios vs. recortes en otras ramas principales de la acción protectora).

De ello da buena muestra por ejemplo el importante volumen de litigiosidad que protagonizan sus normas. En ese sentido el carácter aluvional de las reformas, hasta ahora siempre diseñadas como manifiestas acciones de mejora de la protección ha tenido sin duda mucho que ver, originando un buen número de cuestionamientos no solo desde la perspectiva constitucional, tal y como ya ha sido reseñado, sino también de mera legalidad ordinaria. En ocasiones por la necesidad de puntualizar el alcance de algunos de los requisitos constitutivos establecidos *ex novo* en el ámbito de la Seguridad Social, aunque preexistentes en el ordenamiento jurídico (vgr., concepto de pareja de hecho); y en otras, por la constante preocupación del sistema por evitar prácticas tradicionalmente consideradas como fraudulentas (vgr., matrimonios de conveniencia).

Cabe anotar incluso en este elenco de causas la ausencia de un adecuado tratamiento de las situaciones transitorias generadas por las constantes rectificaciones de rumbo en la principal de sus prestaciones (vgr., normas de reparto de la pensión de viudedad cuando existen múltiples beneficiarios), sin que haya coadyuvado tampoco como debiera un deseable desarrollo de la potestad reglamentaria. Parcela que en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, en claro contraste con lo que ocurre es otras vertientes de esta misma Administración como es la de recaudación y la liquidación de recursos, se muestra más obsoleta o al menos con menor agilidad en su capacidad de respuesta. No en vano siguen siendo de aplicación normas que parecen casi perennes pese a la evolución continua de la normativa de rango legal, recogida por cierto en el Capítulo VIII del Título II de la LGSS, como la que representa la aún vigente OM de 13 de febrero de 1967, sobre prestaciones derivadas de muerte y supervivencia.

Acorde con todas estas coordenadas se repasará a continuación, siempre de forma sintética, el régimen legal de todas estas prestaciones, entre las que se incluirá no solo la pensión de viudedad sino también el resto de las medidas asociadas a la contingencia de muerte y supervivencia. A fin de facilitar la detección de los aspectos que pueden considerarse más críticos de su ordenación, pues no debe olvidarse que el análisis en profundidad de los principales problemas de transversalidad en la principal de las prestaciones se realizará en los siguientes apartados del estudio. De ahí que la verdadera virtualidad del presente capítulo sea en realidad la de servir de marco de referencia para el contraste de esos otros análisis en detalle.

1.1. Clases de prestaciones.-

La definición más asentada de las prestaciones de (/por) muerte y supervivencia es aquella que las presenta por razón de la finalidad tuitiva que pretenden cumplimentar. En concreto, la de compensar el desequilibrio económico que origina en un entorno familiar la ausencia definitiva de uno de sus principales aportantes. Suele decirse así que son prestaciones que tratan de proteger a los familiares de un trabajador, ya se encuentre en activo o haya pasado a una situación pasiva (pensionista), del desequilibrio económico que viene a provocar su fallecimiento, por la necesaria pérdida objetiva de ingresos que ello provoca en el entorno en el que se encuadraba; así como a suplir el aumento de gastos que conlleva su sepelio.

Los sujetos protegidos son así aquellas personas que estaban unidas por vínculos familiares y/o afectivos con el fallecido y que, como regla general, dependerán económicamente del mismo. Extremo éste que se presumirá directamente por la norma y que hará por ello que la caracterización principal de estas prestaciones sea la propia de una acción típicamente contributiva, al no requerirse como requisito de acceso, y con carácter general, prueba alguna de una auténtica (real) situación de necesidad.

En cuanto al elenco y las clases de prestaciones vigentes adscritas a esta contingencia puede afirmarse que permanecen inalterables desde hace años. El art. 171 de la LGSS las enumera del siguiente modo: Auxilio por Defunción, Pensión de Viudedad (temporal y vitalicia), Pensión de orfandad, Pensión y Subsidio en Favor de Familiares e Indemnización a tanto alzado derivadas de fallecimiento por Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional (en adelante, ATEP).

De ellas sin duda las más cuestionables en una primera aproximación, y desde el punto de vista de su oportunidad y virtualidad, son: el auxilio por defunción, de pírrica cuantía económica pese al considerable aumento proporcional experimentado recientemente; el subsidio temporal en favor de familiares, casi también la propia pensión por idéntico concepto, por su clara función asistencial desde el punto de vista de evitar la marginación o facilitar la inserción de personas o grupos sin recursos; así como el mantenimiento de prestaciones públicas exclusivamente vinculadas a contingencias de carácter profesional, como la que representa la indemnización a tanto alzado derivada de un fallecimiento por accidente de trabajo. Sobre todo, a poco que se repara en que se encuentran más que generalizadas otras vías de compensación para el pleno resarcimiento patrimonial de los daños causados por este tipo de eventualidad.

1.2. Normas de gestión.-

La gestión de estas prestaciones corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en caso de fallecimiento derivado de enfermedad común o accidente no laboral (EC o ANL en adelante), con la posibilidad de colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional (MATEP) para el supuesto de que el fallecimiento se derive de una contingencia de esta naturaleza. Para ello, y como en el más común de los casos, la empresa deberá tener suscrita este tipo de cobertura, correspondiendo su atención al INSS solo en los demás casos. Matizar tan solo que en el caso de trabajadores afiliados al Régimen Especial de Trabajadores del Mar, la Entidad Gestora competente sigue siendo el Instituto Social de la Marina (ISM).

El plazo máximo fijado para la resolución de los expedientes administrativos de las prestaciones derivadas de muerte y supervivencia es de noventa días, salvo que el trabajador hubiese desaparecido con ocasión de un accidente, sea o no laboral, en cuyo caso el plazo se dilata algo más; o que simplemente hubiese desaparecido sin mediar accidente alguno, en cuyo caso el plazo no sólo va mucho más allá, dependiendo de la edad de la persona desaparecida, sino que se hace necesaria la declaración judicial de fallecimiento, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 193 y 194 del Código Civil. Sobre este extremo se habrá de volver más adelante.

1.3. La imprescriptibilidad del derecho.-

Otra característica definitoria de este conjunto de prestaciones es la relativa a que el derecho al reconocimiento de las mismas es imprescriptible, salvo en el caso del auxilio por defunción, como expresamente señala el art 178 de la LGSS. No obstante, y pese a la proclamación general de esta regla de la imprescriptibilidad ello no implica que los efectos económicos se hayan de extender siempre desde la fecha del hecho causante de la prestación. La regla general en realidad es que los efectos económicos del reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia tendrán una retroactividad máxima de tres meses a contar desde la fecha de solicitud, por lo que si entre el perfeccionamiento del hecho causante y la efectividad de la solicitud media un periodo superior a ese plazo, habrá una pérdida equivalente a dicho retraso en las consiguientes prestaciones.

En este concreto campo de la acción protectora las prestaciones se van a devengar también por meses completos al igual que ocurre con otros tantos tipos de pensiones periódicas. De modo que en caso de fallecimiento del sujeto beneficiario, la pensión o el subsidio que percibía se seguirán devengando y se abonará a los herederos que resulten de este segundo causante.

Desde una perspectiva meramente conceptual cabe observar una cierta falta de sintonía entre esta regla específica y la presunta situación de necesidad a paliar. Pues si lo que se intenta corregir con este tipo de prestación es el desequilibrio económico que produce el fallecimiento del causante, difícilmente resulta entendible el mantenimiento de esta presunción cuando ni siquiera se insta el reconocimiento del derecho en un tiempo prudencial y posterior al de su desaparición. Es obvio que son situaciones que rara vez suceden y que puede entenderse que están debidamente compensadas (sancionadas) con la pérdida de la retroactividad de los efectos económicos más allá de los tres meses citados, incluso en supuestos extremos como el que puede representar un reconocimiento tardío de la filiación o una declaración civil de fallecimiento puede defenderse que esta regla alcanza hasta un sentido propio y autónomo -dejando al margen el juego que siempre puede dar a esos efectos la determinación del *dies a quo*- pero desde el punto de vista de la seguridad jurídica quizás sea suficiente protección la que otorga el plazo general de prescripción para el reconocimiento de las prestaciones (5 años), tal y como está recogido en el art 43 de la LGSS para el común del sistema.

1.4. Régimen de compatibilidad de las prestaciones (remisión).-

Más allá de alguna precisión que se deslice al hilo de la exposición del régimen singular de cada prestación, y aún plenamente conscientes de la trascendencia que presenta la regla general de la plena compatibilidad entre las pensiones de viudedad y orfandad con las rentas del trabajo proclamada en los dos primeros apartados del art. 179 LGSS, por lo que ello representa de exponentes máximos de un régimen netamente contributivo, debemos remitir la presentación de los problemas que ello genera al análisis singular que al respecto se le dedica en la siguiente parte de este estudio.

2. Requisitos comunes de acceso.-

2.1. Sujeto causante.-

El art. 172 de la LGSS establece de forma genérica quienes pueden causar derecho a las prestaciones derivadas de muerte y supervivencia, con una regulación que quizás pueda entenderse metodológicamente algo incompleta, toda vez que habrá que acudir a los preceptos específicos de las distintas prestaciones para su correcto perfeccionamiento. Al ser en éstos en definitiva donde se terminan de identificar quiénes pueden entenderse realmente capacitados para ser considerados sujetos beneficiarios. En concreto en el art. 174, para la pensión de viudedad; y en los arts. 175 y 176, sobre orfandad y prestaciones a favor de familiares, respectivamente.

En virtud de ese régimen puede decirse que el primer requisito para poder causar estas prestaciones es que la persona fallecida habrá de cumplir al tiempo de su defunción los requisitos exigidos en el art. 124 de la LGSS, es decir, estar afiliada y en situación de alta o asimilada y acreditar el cumplimiento de la carencia exigida para cada caso. Siendo más precisos cabe decir que, en realidad, la carencia se va a exigir sobre todo cuando el fallecimiento se deriva de enfermedad común, y que incluso cabe acceder a este tipo de prestaciones aún sin estar en alta o situación asimilada a ésta en el momento de la muerte, si bien en ese caso se exigirá una carencia notablemente reforzada. Pues en el caso de que el fallecimiento se produzca por AT o EP, operará en todo caso el principio de alta presunta o de pleno derecho, y consecuentemente el principio de automaticidad de las prestaciones. Por lo que si el empresario cumplió con sus obligaciones de encuadramiento (afiliación, alta y cotización) se generarán las prestaciones con cargo al INSS o la MATEP, y solo si media incumplimiento, será el empresario el declarado total o parcialmente (en caso de infracotización) responsable de la prestación, sin perjuicio del anticipo que corresponda a cargo del INSS o la MATEP correspondiente. En el caso de accidente no laboral, y como regla general, no se exigirá tampoco carencia, salvo que el trabajador no estuviera en alta o situación asimilada, en cuyo caso será exigible la misma carencia reforzada que para toda contingencia común.

En segundo lugar, también pueden causar estas prestaciones los perceptores del subsidio de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia o permiso de paternidad, los pensionistas de incapacidad permanente y jubilación en su modalidad contributiva, y también los pensionistas potenciales, es decir, aquellos trabajadores que cesaron en su trabajo por cuenta ajena, cumplían los requisitos de acceso a la jubilación, pero fallecieron antes de haberla llegado a solicitar.

En tercer lugar, serán también sujetos causante los trabajadores desaparecidos en AT o ANL, en circunstancias que hagan presumir su fallecimiento, y de los que no se ha tenido noticias en los 90 días naturales siguientes al accidente. En este supuesto no se causará sin embargo la prestación del auxilio por defunción.

2.2. Hecho causante.-

El hecho que genera el acceso a las prestaciones estudiadas es el fallecimiento del sujeto causante. En consecuencia, el hecho causante de las prestaciones se habrá de fijar en la fecha de fallecimiento del mismo, momento en el que se deben cumplir todos los

requisitos de acceso a estas prestaciones según precisa el art. 3 de la OM de 13/2/1967. La excepción a esta regla general la constituye, aparte del supuesto de la persona desaparecida que verá a continuación, el caso de hijos póstumos. Es decir, los hijos concebidos antes del fallecimiento pero que nacen tras el óbito del causante.

Pese a que el fallecimiento es un hecho que suele ser cierto no faltan por ello supuestos en los que se generan una serie de dudas aplicativas, por cuanto que junto a la fecha, de especial trascendencia en los supuestos de desaparición, también resulta trascendente la determinación de la causa o el modo en que se produce, así como la calificación de la contingencia que la provocó. Respecto de este último extremo cabe apuntar que si el sujeto causante tenía ya reconocida una pensión de Invalidez Permanente y Absoluta o una Gran Invalidez derivada de contingencias profesionales, se reputará que su fallecimiento derivará de las mismas contingencias conforme a lo establecido en el art 172.2 LGSS. Presunción que se ha de conceptuar del tipo *Iuris et Iure*, es decir, frente a la que no cabe por tanto prueba en contrario. Debiéndose considerar perfeccionadas por esta misma causa las prestaciones de muerte y supervivencia que se hayan de reconocer por derivación. Por tanto, sin exigencia de carencia alguna, devengando las prestaciones complementarias que procedan, y utilizando las mismas bases reguladoras para su cuantificación (art. 2.2 de la OM de 13/2/1967 y SSTS Sala 4º de 18/1 y 14/5/2002).

Por el contrario, y conforme a ese mismo precepto, si el causante tuviese reconocida cualquier otro tipo de prestación por invalidez, aunque sea derivada también de una contingencia profesional, no operará la anterior presunción. Debiendo considerarse en ese caso derivadas las prestaciones de muerte y supervivencia por una contingencia de carácter común. Los beneficiarios podrán instar no obstante la declaración del origen profesional del fallecimiento, mediando prueba suficiente para ello, siempre que la muerte se produzca en el plazo los de cinco años subsiguientes a la declaración del accidente laboral. Para el supuesto de enfermedad profesional dicha instancia se podrá realizar sin embargo en cualquier momento o sin el límite que supone el referido plazo.

Respecto a la fecha y el modo de dotar de fehaciencia al fallecimiento, se suscitan también ciertas dudas en el caso de desaparición del sujeto causante. Dudas que son solventadas conjuntamente por la normativa de Derecho Común y la de Seguridad Social, a través del art. 172.3 de la LGSS y los arts. 193 y 194 del Código Civil. En ese sentido, si el trabajador hubiere desaparecido con ocasión de un AT o ANL, en circunstancias que hagan presumir su muerte y sin que aparezca en el plazo de 90 días subsiguientes, se podrán causar las prestaciones de muerte y supervivencia a excepción del auxilio por defunción, retro trayéndose en todo caso los efectos económicos de las prestaciones a la fecha del accidente.

En el caso de que la persona desaparezca sin que haya mediado accidente alguno, el acceso a estas prestaciones derivadas quedará condicionado a la previa declaración judicial de fallecimiento de la persona ausente, de conformidad con lo establecido en los arts. 193 y 194 del Código Civil. Sobre este régimen cabe puntualizar que el primero de ellos establece reglas generales, mientras que el segundo reglas especiales. Reglas que deben sin embargo entenderse absorbidas por la regulación dada por el art. 172.3 LGSS, en cuanto que ley especial a estos efectos. Por lo que respecta a las reglas generales, prevé el 193.1 y 2 del Código Civil que *procede la declaración de fallecimiento: 1. Transcurridos 10 años desde las últimas noticias habidas del ausente, o a falta de éstas*

desde su desaparición. 2. Pasados 5 años desde las últimas noticias o, en defecto de éstas desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente 75 años.

2.3. Periodo de carencia.-

A la hora de fijar la carencia para acceder a estas prestaciones la normativa exige diferenciar según el tipo de contingencia de la que deriva la prestación, así como el tipo de prestación misma que se pretende. Si bien cabe identificar un régimen casi común a la totalidad de las mismas en el art. 174 de la LGSS, referido a la viudedad, por cuanto que a éste se remitirán también los arts. 175 y 176, relativos a la pensión de orfandad y a las diferentes prestaciones a favor de familiares. Para el auxilio por defunción destacar la falta de exigencia de carencia alguna, cualquiera que hubiere sido el tipo de contingencia que provocase el fallecimiento.

Así, cuando la prestación pueda reputarse como derivada de una contingencia profesional la regla a aplicar es la más común del sistema, es decir, no se exige carencia alguna al respecto. Para el supuesto de contingencia común, la exigencia del alta o situación asimilada se convierte en requisito idéntico con independencia de que se trate de una enfermedad o un accidente. Sin embargo, en cuanto a la carencia necesaria en estos casos sí divergen las exigencias, pues no se requerirá periodo cotizado previo en el caso del ANL, y de 500 días efectivos para el supuesto de EC. La cotización se habrá de haber efectuado en los 5 años anteriores al fallecimiento del causante, o al momento en que cesó la obligación de cotizar, aplicándose en este caso la conocida doctrina del paréntesis tal como la formuló en su momento el Tribunal Supremo (STS de 25 de julio de 2000) por cuanto que recogida expresamente en el precepto legal.

Cuando el causante fuera pensionista de jubilación o invalidez en su modalidad contributiva, no se exigirá carencia alguna, generándose el derecho a las correspondientes prestaciones derivadas de modo automático.

Desde el 1 de enero de 2008, y específicamente para la pensión de orfandad, la norma no exige ya acreditación de carencia alguna cualquiera que fuese el tipo de contingencia por el que se produjo el fallecimiento, siempre que, de nuevo, el sujeto causante estuviese en alta o situación asimilada a ésta (art. 175.1 de la LGSS, en redacción dada por el art. 9 de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre). Respecto de aquellos supuestos en los que la fecha del hecho causante fuere anterior al 1/1/2008, y para el supuesto de que derivase de una enfermedad común, debe recordarse que se sigue exigiendo la carencia común de 500 días cotizados en los 5 años anteriores al fallecimiento.

Por la pertinente modificación legal se estableció también en su momento la posibilidad de acceder a este tipo de prestaciones desde una situación de no alta o de falta de alta en el momento del fallecimiento por parte del sujeto causante (art. 174.1, pár. 2º LGSS). En ese caso, y destinado al supuesto de fallecimiento por contingencia común o no profesional, se habrá de acreditar sin embargo la existencia de un mínimo de 15 años cotizados durante la vida laboral del causante.

Medida ésta que no hace sino mostrar una vez más el reforzamiento de los principios contributivos que vienen informando el proceso de reformas iniciado sobre todo en la

década de los noventa del siglo pasado, al equiparar la carencia necesaria de estas prestaciones con la propia de la pensión de jubilación contributiva (art. 161.1.b LGSS), y que no hace sino trasladar la idea de que una cotización mínima del causante da lugar en todo caso al origen de prestaciones originarias o, en su caso también, derivadas. Lo que supone alejar de manera considerable la acción protectora de la noción real de la situación de necesidad, por razón del juego de la ficción o de la presunción legal.

Pero junto a esta medida, que de algún modo puede considerarse como algo más excepcional (piénsese que basta la acreditación de ser demandante de empleo –o no haber podido serlo por sufrir padecimientos graves o crónicos-, para ser considerado en situación asimilada al alta a efectos del art. 124 LGSS), sobre todo porque mitiga la corta edad de los potenciales sujetos beneficiarios al exigirse una carrera contributiva algo más larga, lo que cabe sobresaltar sobre todo es la escasa entidad de la carencia general o común, de apenas dieciséis-diecisiete meses en un arco temporal de cinco años. Lo que no parece muy proporcionado si se tiene en cuenta la duración temporal media que llega a alcanzar la mayor de sus prestaciones (viudedad), menos aún en el supuesto de fallecimientos tempranos.

3. Viudedad.-

Dentro de las prestaciones que se prevén frente a la contingencia de muerte de la persona del trabajador (activo o pasivo) y las necesidades que ello puede originar respecto de la supervivencia de sus familiares más próximos, la pensión de viudedad se ha de considerar sin duda la prestación básica por excelencia. Incluso a nivel global en el conjunto del sistema puede decirse que ocupa un puesto claramente destacado, al superar según los últimos datos estadísticos publicados el veintiséis por ciento del total de las pensiones contributivas.

Su fuente de regulación principal viene establecida en los arts. 174, 174 bis y 179 LGSS, en la OM de 13 de febrero de 1967, así como en la Disposición Transitoria Decimoctava del mismo Texto Refundido, por lo que a ellos se habrá de estar.

3.1. Beneficiarios.-

Lo primero que hay que señalar a fin de exponer de una manera adecuada quiénes pueden ser considerados beneficiarios de esta prestación es que tras la reforma operada por la Ley 40/2007, de 30 de diciembre, existen en realidad dos tipos de pensiones de viudedad: la pensión de carácter vitalicio y la pensión de carácter temporal.

Comenzando por la pensión de carácter vitalicio, sus beneficiarios están determinados por el art. 174 LGSS, el cual considera acreedores de dicha pensión a: el cónyuge superviviente, aún mediando separación, divorcio o nulidad del matrimonio; y a la persona unida al causante mediante una relación de afectividad que le permita su calificación como propia de una pareja de hecho.

Respecto del supuesto más común, aquél en el que preexiste un vínculo matrimonial, debe tenerse en cuenta que los titulares del derecho a la prestación de viudedad habrán de acreditar haber contraído matrimonio jurídicamente válido, bien sea conforme a la normativa de Derecho común –en la que expresamente se encuentra incluido el contraídos entre personas del mismo sexo, art. 44 de la Ley 13/2005, de 1 de julio-; bien

conforme a un rito o forma religiosa de las legalmente previstas. En este último sentido se debe destacar que el Ordenamiento jurídico español permite a estos efectos el matrimonio canónico, el evangélico, el matrimonio judío y el matrimonio islámico, sin perjuicio de que resulte en principio necesaria su posterior inscripción en el Registro Civil a efectos constitutivos. No obstante lo anterior, por STC 199/2004, de 15 de noviembre, se estableció que no es necesario que el matrimonio canónico esté inscrito en el Registro Civil a efectos de devengo de la prestación de viudedad, debiendo reconocérsele plena eficacia jurídica aún a falta de dicho requisito. En idéntico sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 2170) respecto de un matrimonio celebrado conforme al rito de la Iglesia Evangélica, al considerar que acreditada la existencia del matrimonio, el incumplimiento del requisito formal de su inscripción no puede enervar la realidad del presupuesto que da origen a la prestación. Problemas distintos son los que plantea el matrimonio celebrado conforme al rito islámico, dado que en la legislación de origen de algunos países en los que esta confesión es única o predominante se permite la poligamia. Posibilidad que en España, como se sabe, se encuentra expresamente prohibida incluso a nivel de tipificación delictiva (art. 217 del Código Penal), si bien hay que decir que han sido ya varios los casos en los que de un mismo causante se han generado pensiones para varias viudas casadas a la vez sin que se hayan excepcionado hasta ahora razones de orden público constitucional. Sobre esta realidad, convenios internacionales de Seguridad Social suscritos con carácter bilateral con Túnez y Marruecos, llegan a prever incluso que en tales casos se divida la prestación de viudedad por mitades, en función del número de viudas a reconocer de acuerdo con su legislación nacional. Sobre otros supuestos conflictivos como puede ser el del matrimonio celebrado bajo el rito gitano, las dificultades de acreditación de la imposibilidad de contraer matrimonio antes de la reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, la necesaria inscripción de las parejas de hecho u otros supuestos distintos del matrimonio heterosexual, como el de las personas transexuales, permítase la remisión al estudio monográfico que se realiza al respecto en el siguiente capítulo de este trabajo.

Pese a la existencia de vínculo matrimonial válido, el art. 174.1 LGSS establecerá otras reglas específicas y adicionales. Aunque éstas, como después se verá, están preferentemente diseñadas para la nueva prestación temporal de viudedad. Así, se señala que:

1. En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante hubiera sido consecuencia de una enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente que existan hijos comunes.
2. No será necesario el cumplimiento del requisito de duración anterior, cuando en la fecha de celebración del matrimonio se pruebe un periodo de convivencia acreditada con el causante que sumando al de duración del matrimonio hubiera superado los dos años.

La explicación de dicha regla se ha de buscar en la necesidad de evitar que tengan acceso a la pensión de viudedad aquellos matrimonios considerados de conveniencia, como presumiblemente son los celebrados tras contraer uno de los cónyuges una

enfermedad de las que hacen previsible su próximo deceso, con el único objetivo (o principal) de lucrar la prestación. En este sentido se ha de añadir que en este caso, a diferencia de lo que ocurre con las parejas de hecho cuyo régimen se analizará de inmediato, la convivencia puede ser probada por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, es decir, sin necesidad de aportar certificado de inscripción registral específico.

En cuanto a los supuestos de separación y divorcio, señala el art. 174.2 LGSS que quien haya sido cónyuge legítimo y no haya contraído nuevas nupcias o constituido una pareja de hecho, también podrá causar derecho a la pensión de viudedad. Si bien, siempre que en ese caso sean acreedores de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil y ésta quede extinguida por razón del fallecimiento. Requisito este último con el que se pretende reforzar la idea de que la pensión solo debe reconocerse cuando la muerte cause una pérdida efectiva de ingresos, pero no cuando la situación económica de los sobrevivientes quede inalterada.

De interés específico para la norma resultan también los supuestos de nulidad matrimonial, en los que se reconocerá el derecho a la pensión de viudedad si al sobreviviente se le hubiera reconocido mediante resolución judicial la indemnización a la que se refiere el art. 98 del Código Civil.

A efectos de evitar posibles problemas de transitoriedad e incluso de vulneración de expectativas razonables de derechos, el mismo art. 174.2 LGSS, tras su reforma por medio de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, se establecerán las siguientes excepciones a la exigencia de existencia y extinción de la pensión compensatoria:

1. Que el ex cónyuge acredite la condición de víctima de violencia de género en el momento de la separación judicial o divorcio, mediante cualquier medio de prueba de los admitidos en derecho. De entre los que cabe enumerar: sentencia firme, archivo de la causa penal por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento, orden de protección dictada a favor, informe del Ministerio Fiscal y, en definitiva, cualquier otro medio que acredite dicha condición.

2. Por aplicación de la Disposición Transitoria 18ª de la LGSS, se excepcionan de tal cumplimiento también aquellos casos en los que concurran, además de la existencia de hijos comunes en el matrimonio o contar con más de 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión, las siguientes circunstancias:

- Que el divorcio o separación judicial se hubiera producido con anterioridad al 1 de enero de 2008
- Que hubieran transcurrido menos de diez años entre la fecha del divorcio o separación judicial y el momento del fallecimiento.
- Que el matrimonio hubiera tenido una duración mínima de diez años

En este último caso además, se calculará el importe de la pensión que le corresponda conforme a las normas vigentes con anterioridad a la promulgación de la Ley 40/2007.

Junto a los supuestos anteriores, destacan también los constituidos por cónyuges deudores pero no pagadores de la referida pensión compensatoria, a los que se les denegará la prestación de viudedad en el caso de fallecimiento del cónyuge acreedor.

Sobre estos mismos aspectos transitorios que provoca el nuevo régimen instaurado ha incidido también la más reciente Ley 27/2011, de 1 de agosto, por la que se añade un nuevo apartado 2 a la citada Disposición Transitoria relativa los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, en cuya virtud, tendrán también derecho a la pensión de viudedad las personas que aunque no reúnan los requisitos señalados tengan 65 o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años.

El tercero de los grandes grupos de beneficiarios con reglas de determinación especiales es el que constituyen los supuestos configurados como de pareja de hecho. A tal efecto, y tras la modificación producida por la Ley 40/2007, se establecerán una serie de requisitos sin duda mucho más exigentes que los aplicables en el caso de que medie matrimonio, y que de hecho solo permitirán lucrar en estos casos prestaciones de viudedad de carácter vitalicio y no de naturaleza temporal. Establece al efecto el art. 174.3 LGSS, que se entiende por pareja de hecho la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes no hallándose impedidos para contraer matrimonio, ni tengan vínculo matrimonial con otra persona, acrediten una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. Definición en la que de nuevo resultan evidentes las cautelas del legislador por evitar prácticas presuntamente fraudulentas o de mera conveniencia, razón última que se suele argumentar para justificar la negativa a otorgar un trato verdaderamente igual al que se dispensa al vínculo matrimonial.

La constitución como pareja de hecho se acredita mediante certificación de la inscripción en los Registros específicos existentes en las Comunidades o Ayuntamiento del lugar de residencia, o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja, que deberá haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante. En las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio se habrá de estar a sus normas de aplicación para determinar el momento en el que pueda considerarse cuándo se constituyó la pareja de hecho (vgr., Ley 10/1998, de 15 de julio, para el caso de Cataluña). Señalar que este requisito se configura en todo caso como un elemento constitutivo, es decir, sin su acreditación no se podrá obtener derecho a la prestación de viudedad, tal y como ha sido recientemente declarado por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de mayo de 2011. En cuanto a los documentos públicos hábiles para que así lo acrediten se han considerado como tales en ocasiones los formalizados ante Notario, pero no otros como el Libro de Familia.

En segundo lugar es necesaria que la pareja de hecho sea notoria y estable, por lo que es necesario que tenga una duración ininterrumpida durante los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Para acreditar este concreto requisito la legislación exigía que se realizara a través del certificado de empadronamiento, sin embargo en la actualidad y tras fijarse un cierto cuerpo de doctrina judicial, es permitido que se pruebe este hecho a través de cualquier medio válido admitido en Derecho (documental, testifical, etc.). En este mismo sentido es importante tener en cuenta que el beneficiario no tenga vínculo matrimonial alguno, ni esté tampoco inscrito como pareja de hecho con otra persona, ni antes ni después del fallecimiento, pues debe recordarse que

también es ahora causa de extinción de la pensión de viudedad la constitución de una pareja de hecho.

En tercer lugar, y en consonancia con la lógica legislativa que se muestra cada vez como más preponderante –marcando quizás lo que pueda ser la regla general de futuro, en el sentido de que la pensión de viudedad responda a una auténtica situación de necesidad del miembro sobreviviente-, se establecerá también un límite en el nivel de ingresos del beneficiario respecto del caudal disponible en la pareja durante ese mismo periodo mínimo de convivencia efectiva que se prevé. Pues se exigirá que los rendimientos imputables a éste no hayan supuesto más del 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante. A tal efecto, y a diferencia de lo que sucede con otras prestaciones derivadas por esta misma contingencia, se consideran ingresos imputables todos los rendimientos de trabajo y de capital, así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones. Si no existen hijos comunes con derecho a pensión, la regla se endurece considerablemente, pues entonces el porcentaje que pueden representar los ingresos del superviviente se reducirá a sólo el 25 por ciento como máximo del total.

Sin embargo, habrá de reconocerse el derecho con independencia del porcentaje que representen o hayan representado los ingresos del sobreviviente, cuando éstos resulten inferiores a 1,5 veces el importe del SMI vigente en el momento del hecho causante. Requisito que deberá concurrir tanto en el momento de perfeccionamiento del derecho como durante todo el período durante el que se extienda su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del SMI por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad, que conviva con el sobreviviente. Lo que supone sin duda todo un conjunto de derechos y deberes de información y colaboración, inauditos hasta ahora en la relación jurídica de seguridad social salvo para el devengo de prestaciones de claro carácter asistencial (vgr., complementos de mínimos).

Por lo que respecta a la pensión de viudedad de carácter temporal, decir que está prevista en el art. 174 bis de la LGSS, y consiste en el reconocimiento de una prestación de igual cuantía que la que hubiera podido corresponder al viudo o viuda de cumplirse los requisitos establecidos para la de carácter vitalicio, solo que limitada temporalmente a dos años de duración. El supuesto material para su devengo se reserva a los casos en que el matrimonio no haya tenido una duración mínima de un año por haberse producido el fallecimiento como consecuencia de una enfermedad preexistente o cuando alternativamente no existan hijos comunes, pese a reunir el resto de requisitos enumerados en el art. 174.1 LGSS.

3.2. Cuantía de la prestación.-

La tradicional insuficiencia asociada a la cuantía de la pensión de viudedad, ligada sobre todo a esquemas familiares más propios de anteriores generaciones, muy en especial a aquélla en la que un solo cónyuge (el causante) era el único productor de la misma y por tanto su fuente única de ingresos, ha motivado que en los últimos años se hayan producido distintos incrementos en esta prestación. En la actualidad, y conforme a lo establecido por el art. 1.1 del RD 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad, por el que se da nueva redacción al art. 31.1 del Reglamento

General de Prestaciones, se establece que los porcentajes a aplicar serán: el 52 por ciento y el 70 por ciento, según los distintos casos a distinguir.

Estaba previsto incluso normativamente un aumento paulatino del porcentaje aplicable a esta pensión hasta alcanzar el 60 por ciento de la Base Reguladora (BR), y con carácter casi general toda vez que se ligaba fundamentalmente a personas mayores de 65 años que son la inmensa mayoría de los beneficiarios de esta pensión -*ex* nueva Disposición Adicional Trigésima LGSS-, pero la misma ha sido de momento aplazada o suspendida de vigencia, en virtud de lo dispuesto por la Disposición Adicional novena del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para la corrección del déficit público.

En cualquier caso es evidentemente que la cuantía final de cada pensión viene determinada por el resultado de aplicar un porcentaje o tipo a la BR del sujeto causante, por lo que se habrán de analizar separadamente cada uno de estos elementos.

3.2.1. Porcentaje

Como se acaba de afirmar, el porcentaje de general aplicación para todas las pensiones de viudedad, con independencia del momento en que haya producido su reconocimiento, es en la actualidad del 52 por ciento BR. Si bien se prevé la posibilidad de su elevación hasta el 70 por ciento cuando se cumplan una serie de requisitos complementario. Requisitos que están destinados, ahora sí, a la acreditación de una auténtica o real situación de necesidad, es decir, no presunta o presumida por ley como en el común de las prestaciones contributivas, y que por ello cabe calificarlos como de carácter asistencial. Dichos requisitos adicionales son:

1. Que la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos del pensionista. En este sentido se considera que constituye la principal fuente de ingresos cuando su importe anual represente como mínimo el 50 por ciento del total de sus ingresos.
2. Que no se supere un límite determinado de ingresos. Límite que es el mismo que se fija anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para poder lucrar el derecho al complemento por mínimos.
3. Que existan determinadas cargas familiares. Se consideran cargas familiares a estos efectos la convivencia del beneficiario con hijos menores o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando los rendimientos del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluidos los del pensionista y divididos por el número de miembros, no supere en cómputo anual un promedio del 75 por ciento del SMI.

Para los supuestos de separación y divorcio en los que exista concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, la regla general es que ésta será reconocida en la cuantía proporcional al tiempo convivido, garantizándose un 40 por ciento como mínimo a favor del cónyuge superviviente. A tales efectos, se considerará que el tiempo convivido es el transcurrido desde la fecha de celebración del matrimonio hasta la fecha de efectos de la sentencia firme de separación judicial o divorcio. Para los casos de reconciliación sin comunicación de este hecho, este tiempo posterior no se incluye. Una

vez hecho el reparto en función del tiempo de convivencia, en ningún caso se rectifica el mismo por extinguirse la prestación de alguno de ellos, resultando por tanto la cuantía inamovible en ese sentido.

Significar por últimos dos reglas especiales, una de ellas aplicable a partir de 1 de enero de 2010, para los casos de separación judicial y divorcio que tengan derecho a la prestación de viudedad por tener reconocida la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil, en virtud de la cual si el importe de ésta resultare inferior a la pensión resultante de aplicar las reglas anteriores, se disminuirá hasta el importe de la pensión compensatoria. La segunda regla especial, aplicable a las viudas que tengan derecho a pensión en todo caso por haber sido objeto de violencia de género, es que no se limitará a la pensión compensatoria sino que recibirán el importe de la pensión que corresponda por prorrateo en su integridad.

3.2.2. Base reguladora

La base reguladora, como ocurre prácticamente con todas las prestaciones contributivas de Seguridad Social, varía en función de la causa de la muerte o de la condición del sujeto causante. Así, si el fallecimiento deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la BR se determinará sobre el salario real del causante, es decir, tomando en consideración todas sus retribuciones, horas extraordinarias incluidas. Si por el contrario se ha de reputar como consecuencia de una contingencia común la BR será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del causante durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. Fórmula que resulta operativa desde el 1 de enero de 2010, tras la reforma operada en el art. 179 bis LGSS por la Ley 26/2009. Para el caso de que se detecten lagunas de cotización, se ha de tener en cuenta que no cabe la integración como ocurre con otros tipos de prestación, por ejemplo, la de jubilación o la de incapacidad permanente.

En el caso de que el sujeto causante sea pensionista de jubilación o de incapacidad permanente, la base reguladora será la que sirvió para determinar la pensión del causante, con aplicación en todo caso de las revalorizaciones y mejoras que hayan experimentado las pensiones de ese tipo. En el supuesto de acceso desde una situación de jubilación parcial, las prestaciones se calcularán a partir de la posición de activo o desde la de pensionista, a opción de los beneficiarios.

3.3. Dinámica de la pensión.-

3.3.1. Nacimiento y duración

De conformidad con lo dispuesto en el art. 178 de la LGSS la pensión de viudedad suele concebirse como el derecho a una prestación económica de carácter vitalicio e imprescriptible, aunque en la actualidad el primero de estos caracteres solo es aplicable a la pensión vitalicia pero no a la temporal. Por su condición imprescriptible se puede solicitar su reconocimiento en cualquier momento, sin perjuicio de que los efectos económicos sólo se retrotraigan, conforme al art. 43 de la LGSS, hasta los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud.

Expuesta la regla general, sobre la misma caben sin embargo ciertas excepciones o supuestos especiales. Así, para los casos de desaparición por accidente, la fecha de comienzo de la prestación será la del día del accidente, siempre que se solicite dentro de los 180 días naturales siguientes a los 90 días posteriores a la desaparición (art. 7.1 Orden de 31 de julio de 1972). En otro caso se aplicará la regla general de la retroactividad de tres meses anteriormente citada. Si por el contrario la desaparición acaece sin que concurra accidente o evento del que pueda presumirse la muerte del causante, habrá que estar a la fecha que se fije en la resolución judicial por la que se declare el fallecimiento, devengándose desde esta fecha o desde el mes siguiente a la misma para el caso de que se causara en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, siempre que evidentemente se solicite dentro del citado plazo de tres meses.

En el caso de la modalidad de pensión indefinida, su duración será vitalicia; mientras que la de carácter temporal tendrá como ya se ha dicho una duración máxima de dos años (art. 174 bis LGSS).

3.3.2. Causas de extinción

Las causas de extinción de la pensión de viudedad son las siguientes:

1. Contraer nuevas nupcias o constituir una pareja de hecho (art. 174.4 LGSS). Respecto de este último caso, en realidad solo parece aplicable para aquellas prestaciones nacidas con posterioridad al 1 de enero de 2008, en cuanto que antes no cabía la posibilidad de que las uniones de hecho lucrarán este derecho. De lo más significativo es la desaparición de la convivencia no marital como causa autónoma de extinción.

No obstante lo anterior, cabe la posibilidad de que no se extinga la pensión pese a contraer nuevas nupcias (o se constituya pareja de hecho) si se dan los siguientes requisitos:

- Que el beneficiario tenga 61 años o más, o esté declarado como incapacitado permanente con grado de absoluta o gran invalidez, o tenga reconocida una discapacidad igual o superior al 65 por ciento.
- Que la pensión de viudedad sea su principal fuente de ingresos, debiendo entenderse cumplido este requisito cuando la pensión represente al menos el 75 por ciento de sus ingresos.
- Que los ingresos del nuevo matrimonio no superen en su conjunto y computo anual, el doble del SMI vigente con inclusión de pagas extras.

2. Por ser declarado, en sentencia firme, culpable de la muerte del sujeto causante. Causa que fue introducida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y cuyos efectos retroactivos no parece que sean objeto de discusión.

3. Por fallecimiento de la persona del beneficiario.

4. Por reaparición del causante declarado judicialmente como fallecido y del presuntamente desaparecido en caso de accidente.

En el supuesto de extinción de una de las pensiones de viudedad, para el caso de que concurrieran varias, y dejando al margen la posibilidad de acrecer en ese mismo supuesto las pensiones de orfandad y a favor de familiares que después se analizan, el régimen a aplicar varía según se trate de hechos causantes anteriores o posteriores al 1 de enero de 2008. Pues en el primer caso solo acrecerá la pensión de quien fuese cónyuge al tiempo del fallecimiento, mientras que en el segundo no se variará el importe de ninguna otra pensión.

3.4. Compatibilidad.-

Sin duda el tema más conflictivo, a la par que sorpresivo por lo que representa de contraste con el régimen aplicable al común de las demás de las prestaciones contributivas del sistema de Seguridad Social, es el relativo a la amplia compatibilidad que se le reconoce a la pensión de viudedad. De hecho, y conforme a lo previsto en el art. 10 OM de 13 de febrero de 1967, la pensión resulta compatible con:

1. Cualquier renta del trabajo del cónyuge supérstite, incluida la prestación de desempleo y en su caso los subsidios. Independientemente además de la cuantía que ésta pueda alcanzar o de que provengan de cualquier otro tipo de actividad, sea profesional, empresarial o de fuente patrimonial.
2. La pensión de jubilación
3. La pensión de incapacidad permanente

Como excepción, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 179.1 LGSS, el derecho a la pensión de viudedad se debe entender incompatible con el reconocimiento de otra pensión de viudedad en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan al menos durante 15 años.

4. Orfandad.-

La pensión de orfandad encuentra su cuerpo de regulación principal en el art. 175 de la LGSS. Precepto que ha tenido también continuas modificaciones, la última de ellas con motivo de la aprobación de la Ley 27/2011, de 1 de Agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, en cuya Disposición Adicional 1ª se da una nueva redacción parcial al precepto. Con carácter genérico, y al margen de los requisitos exigidos al sujeto causante y que ya han sido expuestos, destacar que conforme a la Disposición Adicional 8ª de la LGSS, en redacción del art. 9 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, cabe destacar también en este inicio que su régimen es aplicable a todos los regímenes del Sistema de Seguridad Social y no sólo a su Régimen General.

4.1. Beneficiarios y requisitos.-

Podrán ser beneficiarios de esta prestación, en primer lugar, los hijos del causante que sean menores de 21 años, cualquiera que fuese la naturaleza de su filiación. La trascendencia real de la fijación de este primer umbral de edad se alcanza en relación a

las normas que ordenan la compatibilidad de estas prestaciones con las posibles rentas del trabajo, por cuanto que por debajo de esta edad no resulta aplicable ninguna clase de limitación. Es decir, los hijos huérfanos hasta los 21 años de edad tienen plenamente garantizado el derecho al total de la pensión que les corresponda, con independencia de la cuantía del salario o las rentas que perciban.

En segundo lugar, podrán ser beneficiarios de la misma prestación los hijos del causante que fueran mayores de 21 años y menores de 25 años. Si bien en este caso será necesario distinguir algunos supuestos concretos. Así, y para el caso de orfandad absoluta, se prevé que si el hijo es mayor de 21 años y menor de 25, y no trabaja por cuenta ajena o no obtiene rentas por la realización de servicios por cuenta propia, o teniéndolos éstos son inferiores al SMI (excluidas las pagas extraordinarias), también acrecerán de forma plena el derecho al cobro de la prestación. Pero si trabajando sus ingresos resultan superiores entonces no podrá acceder o mantener el derecho a al cobro de la pensión. Nótese que estas circunstancias pueden ser sobrevenidas y temporales, es decir coyunturales, por lo que la pensión sufrirá entonces las vicisitudes suspensivas correspondientes. Para el caso de orfandad simple, este régimen aplicable entre los 21 y 25 años de edad tiene una tabla diferida para su entrada en vigor. De manera que se extenderá la edad de disfrute, siempre que el huérfano no trabaje o no obtenga rentas por éste superiores al SMI, en los siguientes términos: durante el año 2011, 22 años; durante el año 2012, 23 años y, durante 2013, de 24 años. Por lo que se igualará el régimen entre las dos clases de orfandad, es decir, el límite de los 25 años, a partir del 1 de enero de 2014.

Apuntar también respecto de estos mismos grupos que, conforme a la nueva redacción del art. 175.2. 2º párrafo (dada por la Disposición Adicional 1ª.1 de la citada Ley 27/2011), si el huérfano estuviese cursando estudios y cumplierse los 25 años durante el curso escolar, podrá seguir percibiendo la pensión hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico.

En tercer lugar, serán beneficiarios de esta prestación los hijos del causante que se encuentren incapacitados para el trabajo en un grado equivalente al de una IPA o una GI, que se encuentre declarada a la fecha del fallecimiento del sujeto causante. Grado de invalidez que ha de entenderse equivalente a un porcentaje de discapacidad del 65% o superior, conforme a lo que en su momento estableció la Disposición Adicional 3ª, párrafo 2, del RD 356/1997, por el que desarrolla el régimen de las prestaciones de invalidez en su modalidad no contributiva. La declaración de este grado de minusvalía o discapacidad, como se sabe, es competencia del órgano correspondiente que a tal efecto se determine en cada Comunidad Autónoma. En este tercer supuesto, lo remarcable es que no hay límite de edad, siendo por tanto una prestación de carácter vitalicio salvo mejora en los padecimientos del huérfano. En todo caso, sí es una prestación incompatible con otras generadas por el Sistema, de modo que si a la fecha del fallecimiento ya devengase una prestación por razón de la misma incapacidad o minusvalía, y se tuviese derecho a la pensión de orfandad, se deberá optar por una u otra conforme establece el art. 179.3 de la LGSS.

En cuarto lugar, serán beneficiarios de la pensión de orfandad los hijos del cónyuge superviviente, cualquiera que fuese su filiación, y que hubieren sido aportados al matrimonio, siempre que se cumplimenten junto a los requisitos señalados en los

apartados anteriores otros adicionales como que el matrimonio se hubiese celebrado con dos años de antelación al fallecimiento del causante, que el hijo conviviere con el causante y a sus expensas, que no hubiere familiares con obligación y posibilidad de prestarle alimentos conforme a los arts. 142 y 143 del Código Civil y que el otro progenitor, no cónyuge del causante, haya fallecido o sea desconocido.

En este último supuesto caben ciertos apuntes en relación a concretos problemas aplicativos que se están planteando. Y es que es cierto que la LGSS se refiere literalmente a los hijos aportados al matrimonio, pero cabe perfectamente entender en una interpretación mínimamente integradora de la norma que pueden considerarse igualmente incluidos los hijos aportados por el miembro superviviente a una pareja de hecho. Siempre que en ese caso se acrediten, junto a los anteriores requisitos específicos, los propios de constitución y registro de la propia pareja de hecho, por supuesto con el mismo mínimo de antelación previsto para el matrimonio con carácter previo a la fecha del fallecimiento, pues no se alcanza a comprender razón suficiente para diferenciar las consecuencias de este régimen jurídico respecto de un supuesto que, en esencia, resulta sustancialmente igual.

De la misma forma que parece razonable que debiera tenderse a dotar de protección efectiva al huérfano incluso en el caso de que el progenitor natural no haya fallecido y sea conocido, más si resulta menor de edad, si existía una dependencia económica real del sujeto causante. Pues será más que presumible entonces que ese progenitor natural sea insolvente o, cuando menos, incapaz de satisfacer las necesidades básicas del hijo, sufriendo el cónyuge superviviente en todo caso un deterioro económico evidente por razón del fallecimiento del causante.

A resaltar de todo este conjunto sin duda la penalización que supone para el mayor de 21 años la obtención de un trabajo y, sobre todo, de un trabajo de una mínima calidad en cuanto que pueda representar la obtención de una retribución superior al SMI. Y no ya tanto porque deba defenderse la bondad o necesidad de la ampliación de esta acción protectora en todo caso, sino por el agravio comparativo que supone el hecho de que ese mismo huérfano, aun sin trabajar, pueda obtener rentas superiores que sí resultarán compatibles por la sola razón de que el rendimiento tenga un origen patrimonial (de capital mobiliario o inmobiliario), en cuyo caso no tendrá dificultad en extender la prestación hasta los 25 años o incluso más, tras la última reforma operada, si estuviese cursando estudios.

La posible explicación basada en la mayor capacidad de control de la que goza la Seguridad Social para conocer tanto la veracidad de todo trabajo, como del monto exacto de la cuantía salarial, no parece razón suficiente ni convincente para establecer esta distinción. Menos aún, a poco que se tenga en cuenta la facilidad existente para controlar cualquier tipo de renta a poco se reforzaran las líneas de conexión entre las distintas dependencias adscritas a la misma Administración Estatal. Y todavía menos, a poco que se repare en el hecho de que como a todo beneficiario se le podrá exigir, en especial si solicita ampliar la protección desde los 21 a los 25 años, la obligación puntual de colaboración e información.

4.2. Cuantía de la prestación.-

La cuantía de la pensión de orfandad se determina aplicando un porcentaje del 20% a la Base Reguladora de la prestación, siendo los efectos económicos a partir del día siguiente al del fallecimiento del causante. Salvo en el caso de los hijos póstumos, cuyo devengo no se producirá hasta el momento de su nacimiento. La BR es la misma que sirve para calcular la BR de la pensión de viudedad, a cuyas normas pues nos remitimos. En cuanto a la naturaleza de la fuente, señalar que la LGSS no indica nada al respecto, debiendo estarse a lo dispuesto en el art. 17 de la OM de 13/2/1967.

El citado tipo del 20 por cien para el cálculo de la pensión de orfandad no es inmutable, dándose supuestos en los que el mismo puede verse hasta modificado en varias ocasiones y de manera ininterrumpida. Así, se prevé que si a la muerte del causante no existe cónyuge superviviente, la cuantía de la hipotética pensión de viudedad del 52% de la BR se distribuirá de modo equitativo o a partes iguales entre los posibles beneficiarios de la pensión de orfandad. Igual proceder se deberá llevar a cabo si el cónyuge del causante que esté percibiendo la pensión de viudedad fallece, debiendo incrementarse igualmente la cuantía de la pensión o pensiones de orfandad. Del mismo modo, si a la muerte del causante hubiese algún posible beneficiario de la pensión de viudedad, pero que no perciba la prestación íntegra, la parte de pensión de viudedad no asignada incrementará las posibles pensiones de orfandad que hubiere. Otro supuesto singular lo constituye el caso de que concurrieren en un mismo beneficiario la condición de pensionista de orfandad causada por ambos progenitores, es decir, tanto por su padre como por su madre. En este caso se podrán percibir ambas pensiones, pero sólo procederá aplicar el incremento del porcentaje de viudedad de uno de ellos, que lógicamente será el que tenga la BR más elevada.

Aún en el terreno de la cuantía de la prestación, cabe señalar la singularidad que estas prestaciones suponen respecto de la aplicabilidad de los límites establecidos en el art. 47 de la LGSS respecto de los topes de pensiones o cuantía de la pensión máxima del sistema. Y es que este precepto señala literalmente que el importe inicial de las pensiones contributivas de la Seguridad Social no podrá superar una cuantía íntegra mensual máxima que se fijará cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Pues bien, el límite particular de esta prestación, y de las restantes prestaciones derivadas de muerte y supervivencia, lo fija autónoma y específicamente el art 179.4 de la LGSS al señalar que *“la suma de las cuantías de las pensiones por muerte y supervivencia no podrán exceder del importe de la BR que corresponda (...)”*. Lo que supone tanto como decir que: a) Las prestaciones de muerte y supervivencia no podrán superar entre todas ellas el 100% de la BR; b) La pensión de viudedad es preferente sobre la de orfandad, de modo que si la suma hipotética de la pensión de viudedad y las de orfandad superasen el 100% de la BR, se mantendrá íntegra e inalterable la de viudedad y se reducirán a partes iguales las de orfandad; c) Del mismo modo, es también preferente la pensión de orfandad respecto a las pensiones a favor de familiares, manteniéndose la idea del punto b, por lo que de concurrir ambas, permanecerán inalterables las pensiones de orfandad y se reducirán las de favor familiar.

Otros supuestos de modificación o alterabilidad de la pensión de orfandad son los que provee la concurrencia de beneficiarios de viudedad y de orfandad, sobre todo cuando éstos tienen reducida su prestación por debajo del 20% a fin de no superar el tope del

100% de la BR, siempre que dé una causa legal de extinción de alguna de las orfandades (fallecimiento, cumplimiento de edad límite, cese de incapacidad u otra). En todos estos casos las pensiones de orfandad que se mantienen vigentes son recalculadas, distribuyéndose el porcentaje que quede vacante o sin asignación entre los restantes beneficiarios, siempre con el tope del 100% de la BR y el del 20% de la propia de orfandad. A título de ejemplo, si se genera una viudedad con el 52% y cuatro orfandades que se repartirían el restante 48% correspondería a cada uno de éstos una pensión equivalente al 12% a fin de no superar el límite del 100% de la BR. Pero si uno de los beneficiarios de orfandad ve extinguida su pensión pasarían los otros tres a percibir un 16%; sin embargo, si lo mismo le sucede a otro los dos restantes ya sólo cobrarán, como máximo cada uno, el 20% del total.

Indicar por último que si bien la regla general es que la suma de todas estas prestaciones derivadas no puede superar el 100% de la BR, existe un supuesto especial de concurrencia en el que sí puede resultar factible la superación de dicho límite. Es el caso en el que el beneficiario de la pensión de viudedad tenga derecho no a un 52% de la BR sino a un 70% de la BR, en cuyo caso la suma de las pensiones de orfandad no podrá superar el límite del 48%, pero sí se podrá llegar a alcanzar un tope del 118%.

Por lo que respecta la diferenciación entre beneficiario y perceptor legal de la prestación económica, hay que tener en cuenta que la pensión de orfandad se abonará en todo caso a la persona que tenga a su cargo a los beneficiarios, normalmente el progenitor supérstite; en ausencia de éste, a la persona que hubiese sido nombrado tutor legal si es menor o incapacitado, conforme a la normativa establecida al efecto en el Código Civil. Cuando el huérfano sea mayor de 18 años y no está incapacitado, se le abonará la prestación directamente al beneficiario.

4.3. Causas de extinción.-

Las causas de extinción de la pensión de orfandad no se enumeran en la LGSS sino en la OM de 13/2/1967, debiendo tenerse en cuenta la modificación operada al efecto por el RD 1335/2005, de 22 de noviembre. Concretamente son:

1. El cumplimiento de la edad legalmente establecida para ello, salvo en el caso de hijos discapacitados.
2. El cese de la causa de incapacidad.
3. La adopción del beneficiario de la prestación.
4. Contraer matrimonio.
5. El fallecimiento del beneficiario

Causas que obedecen en su conjunto a criterios estrictamente acordes a la lógica de la regulación, y que no presentan más excepción que aquellos supuestos de superposición. Así, la adopción extingue la prestación pues el menor adoptado, o mayor adoptado pero incapacitado, pasa a depender económicamente de los padres adoptivos, desapareciendo el estado de necesidad. Ahora bien, hay una excepción, cual es la que representa que el

huérfano sea adoptado por el cónyuge de su progenitor fallecido, no extinguiéndose la prestación en este caso. Otro tanto igual ocurre en el caso de que el beneficiario contraiga matrimonio, pues también se dará la excepción del caso que represente el huérfano afectado de una incapacidad en grado de absoluta o gran invalidez.

Respecto a la extinción por cumplimiento de la edad límite legal, del cese de la incapacidad o de la adopción, es conveniente puntualizar que si el beneficiario no llegó a devengar una anualidad de la pensión, incluidas las pagas extras, devengará la diferencia que le reste de una sola vez hasta completar la cuantía equivalente a dicha cantidad.

4.4. Compatibilidad.-

Partiendo de la regla básica y general prevista en el art. 179.3 de la LGSS, sobre incompatibilidad entre pensión de orfandad y aquella otra del Sistema que se genere por razón de una incapacidad o minusvalía, debiendo en ese caso el beneficiario optar entre una u otra, cabe afirmar que los supuestos de compatibilidad parece que se han ido ampliando paulatinamente en los últimos tiempos.

Así, resulta posible compatibilizar la pensión de orfandad y la de invalidez o jubilación, cuando la incapacidad del beneficiario sea previa a los 21 años, pero ésta no le impida trabajar y cotizar a fin de lucrar la futura invalidez o jubilación. Igualmente, cuando las lesiones que dan derecho a una invalidez contributiva se produjeran más allá de los 18 años y sean distintas a las lesiones que permitieron acceder a la orfandad. También es compatible la percepción de la pensión de orfandad con las rentas del trabajo del propio huérfano, tal como ya se analizó, si las citadas rentas en cómputo anual resultan inferiores al SMI también en cómputo anual. Si las rentas percibidas por razón del trabajo superasen ese tope, la pensión de orfandad quedará suspendida sin perjuicio de recuperarse con posterioridad cuando se deje de prestar servicios o la renta percibida pase a ser inferior al SMI en cómputo anual.

Por su parte, el art. 179. 2 de la LGSS establece la incompatibilidad entre pensiones de orfandad de distintos regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas por el sujeto causante en cada uno de ellos se superpongan al menos durante 15 años, por remisión directa al art. 179.1 de la LGSS en el que se regula este aspecto respecto de la pensión de viudedad.

5. Prestaciones a favor de familiares.-

5.1. Pensión.-

Partiendo del carácter común de los requisitos exigidos al sujeto causante, por cuanto que son los mismos que se exigen para las pensiones de viudedad y orfandad, la LGSS distingue como se sabe entre la pensión en sentido estricto y el subsidio a favor de familiares, como otra modalidad de prestación derivada. Que cabe catalogarlas en todo caso como de segundo o tercer grado, pues en caso de confluencia con otras prestaciones de esa misma naturaleza ceden claramente ante la primacía y el empuje de las anteriores.

Sobre sus fuentes de regulación cabe comentar que la LGSS se muestra extraordinariamente parca en sus referencias a esta prestación, dedicándole a la misma tan solo el art. 176 y el apartado 4 del art. 179. De ahí que sea imprescindible complementar su régimen jurídico con las previsiones de los arts. 22 y siguientes de la OM de 13/2/1967, dando ya ello una idea relevante del tiempo en el que se gestó y se consideró la necesidad del reconocimiento de este tipo de prestación.

5.1.1. Beneficiarios y requisitos

Por lo que al requisito específico de la carencia, indicar que el art. 176.1.2 de la LGSS se remite a lo establecido para la pensión de viudedad en el art 174.1 de la LGSS, siéndole pues aplicable tanto las reglas mínimas en caso de muerte por accidente y enfermedad profesional como por accidente común. Incluida la regla especial del supuesto en el que el sujeto causante no se encontrase en alta al tiempo del fallecimiento.

Los beneficiarios de la prestación son, en primer lugar, los nietos y hermanos del causante aunque han de cumplirse también una serie de requisitos adicionales al del parentesco. Así, ser huérfanos de padre y madre, y ser menores de 18 años a la fecha del fallecimiento; o mayores de dicha edad, pero siempre que tengan reconocido en ese caso un grado de incapacidad equiparable a la IPA o GI. Para el supuesto de que los nietos o hermanos sean mayores de 18 años, o cumplan dicha edad, la norma prevé no obstante que puedan mantener la prestación hasta los 22 años siempre que no trabajen. Si trabajan solo retendrán la pensión cuando sus rentas o ingresos resulten inferiores en cómputo anual al 75% del SMI.

En segundo lugar, tendrán derecho a esta prestación la madre y abuelas del causante, por un lado, y el padre y abuelos por otro. Para la madre y abuelas, cualquiera que fuese su estado civil, y si estuvieren casadas siempre que su cónyuge esté incapacitado de modo absoluto para el trabajo o sea mayor de 60 años. Por el contrario, para el padre o abuelos, hay un plus de exigencia, dado que se le exige ser mayor de 60 años y estar incapacitado para el trabajo. Por tanto, mientras que a la madre o abuelas no se les exige ser mayor de 60 años, al padre o abuelos sí se les exige ser mayor de esa edad; además, en el caso de la madre o abuelas se les exige que su marido esté incapacitado para el trabajo, pero no al revés. Hecho que parece a todas luces constituir un trato legal diferente entre el varón y la mujer por una mera razón de género, es decir, una desigualdad en la que opera con carácter principal el factor del sexo, y por tanto una más que posible discriminación a la luz del principio proclamado en el artículo 14 CE. Algo que no fue sin embargo así apreciado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 24 de febrero de 1995.

En tercer lugar, los hijos y hermanos de pensionistas de jubilación o incapacidad permanente contributiva, o de aquellos trabajadores que cumpliendo los requisitos de acceso a las anteriores prestaciones fallecieren antes de solicitarlas. En este caso habrán de cumplirse también los siguientes requisitos adicionales: ser mayores de 45 años y estar solteros, divorciados o viudos; que hayan convivido con el causante y a su cargo; que se hayan dedicado de modo prolongado al cuidado del causante; que carezcan de medios propios de vida; que carezcan a su vez del derecho a cobrar una pensión pública; así como de familiares con posibilidad y obligación legal de prestarles alimentos

conforme la normativa común (arts. 142 y 143 del Código Civil, y la interpretación conexas a los mismos dada por la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2004).

Apuntar que el requisito de carencia de medios propios de vida no es absoluto, de modo que se permite que la dependencia económica sea parcial y se tengan otros ingresos siempre que no superen el 100% del SMI, tal y como sostiene la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 12 de septiembre de 1994. Respecto del requisito relativo a la carencia del derecho a cobrar una pensión pública, anotar también la existencia de una jurisprudencia del Tribunal Supremo algo antigua (SSTS de 10/5/1971 y 16/2/1974) en la que se señalaba la posibilidad de renunciar a la pensión pública para poder acceder a la pensión a favor de familiares si ésta fuese más beneficiosa. Doctrina que es difícil mantener en la actualidad a poco que se repare en que los derechos establecidos y reconocidos en materia de Seguridad Social son irrenunciables, *ex art. 3 de la LGSS*.

5.1.2. Cuantía de la prestación

La cuantía de la pensión se determina aplicando un porcentaje fijo del 20% a la misma BR que debe servir para calcular el conjunto de las prestaciones derivadas de esta contingencia. Ahora bien, pese a que el citado porcentaje sea fijo, ello no significa que sea inmutable. De hecho, se comportará una vez más como un tipo inicial de referencia, al poder modificarse como consecuencia de la aplicación de criterios semejantes a los que operan respecto de la pensión de orfandad.

Así, si a la muerte del causante no hay cónyuge, pareja de hecho o excónyuge con derecho a pensión de viudedad; ni huérfanos con derecho a pensión de orfandad, o habiéndolos fallecidos mientras disfrutaban de las mismas, esta pensión en favor de familiares se incrementará con el porcentaje propio de la de viudedad (52%). Caso de que ésta no se perciba íntegra también acrecerá en el porcentaje restante que proceda. Dicho incremento procederá en el orden legalmente establecido, es decir, en primer lugar los nietos y hermanos del causante; en segundo lugar y en ausencia de éstos, ascendientes e hijos y hermanos de los pensionistas de jubilación o invalidez, en ambos casos en su modalidad contributiva. Dicha distribución opera siguiendo dicho orden y por partes iguales entre los beneficiarios.

Señalar que al igual que ocurre entre la pensión de viudedad y la de orfandad, que están sometidas al límite que representa la imposibilidad de superar entre todas ellas el 100% de la BR, la misma situación se habrá de respetar con la suma de las cuantías de las pensiones en favor de familiares. No existiendo por ello en realidad una garantía absoluta de percepción, o percepción mínima garantizada por el sujeto pese al cumplimiento del conjunto de requisitos mencionados, por cuanto que esta prestación solo se percibe en el porcentaje que dejen libre o vacante las prestaciones derivadas preponderantes (viudedad y orfandad), con independencia de que pueda llegar a crecer por encima del 20 por ciento en ausencia de ambas tal y como se ha expuesto.

En caso de que no hubiera cónyuge superviviente ni huérfanos y hubiere varias personas con derecho a percibir la pensión a favor de familiares, la norma establece un orden de preferencia que sería: 1º. Nietos y hermanos del causante, menores de 18 años o

mayores incapacitados, 2°. Padre y madre del causante, 3°. Abuelo y abuela del causante, 4°. Hijos y hermanos del pensionista de jubilación o incapacidad permanente mayores de 45 años.

5.1.3. Causas de extinción

Las causas de extinción, siempre relativas a la persona del beneficiario, son semejantes a las que operan en el resto de estas pensiones derivadas, regulándose y enumerándose en el art. 24 de la OM de 13/2/67 en la redacción dada por el RD 1465/01. Éstas serían, para todos los beneficiarios, el fallecimiento; para el caso de que los beneficiarios fueran nietos y hermanos del causante, las mismas causas de extinción de la orfandad; y para el supuesto de que los beneficiarios fueran los ascendientes y los hijos y hermanos mayores de 45 años del pensionista causante, contraer matrimonio. Sobre tal extremo no falta razón a quien señala que evidentemente debe operar en el mismo sentido la constitución de una pareja de hecho, máxime si debidamente formalizada a través de inscripción en el Registro Público establecido al efecto.

Por su parte, la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 2002, estableció como causa de extinción para todos los casos la desaparición del estado de necesidad económica del beneficiario.

5.1.4. Compatibilidad

Esta prestación es incompatible con los ingresos económicos, ya sean debidas a otras prestaciones públicas o al devengo de salarios, que superen el 100% del SMI en cuantía anual, conforme a la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 12/9/94.

Como también se señaló con anterioridad, este tope se reduce en el caso de que los beneficiarios sean los nietos y hermanos del causante mayores de 18 años y menores de 22 años o incapacitados, en cuyo caso y conforme al art. 22 de la OM de 13/2/67, serán compatibles los ingresos siempre que no superen el 75% del SMI en cómputo anual. Si reconocido el derecho se pasan a percibir ingresos en cuantía superior a dicho límite la prestación se suspende, pudiendo recuperarse cuando deje de darse dicha circunstancia siempre que el derecho no se haya extinguido por razón de la edad.

Señalar por último que el art. 179.6 de la LGSS establece la incompatibilidad entre pensiones a favor de familiares de distintos regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan durante al menos 15 años, por la remisión directa existente al art. 179.1 de la LGSS, en el que se regula este aspecto respecto de la pensión de viudedad.

5.2. Subsidio.-

Los beneficiarios de esta prestación serán, conforme a lo establecido en el art. 25 de la OM de 13/2/67, los hijos y hermanos del trabajador o pensionista fallecido que a la fecha del fallecimiento sean mayores de 22 años (edad que se eleva a 24 años para los hijos que sean huérfanos absolutos en virtud de la Circular del INSS nº 4/03, de 8 de

Septiembre), solteros, separados judicialmente, divorciados o viudos, que convivieran con el causante y a sus expensas al menos con 2 años de antelación al fallecimiento de aquél, y siempre que cumplan el resto de requisitos establecidos con carácter general para el devengo de la pensión en favor de familiares.

Brevemente, de su régimen cabe destacar que:

- La cuantía del subsidio será el equivalente al 20% de la BR establecida para la pensión derivada por contingencia de muerte y supervivencia, siendo su duración de 12 meses, incluyéndose en su abono dos pagas extras (art. 26 de la OM de 13/2/67).
- Su cuantía no se modifica sin embargo con reglas semejantes a las que operan en otras pensiones derivadas. Así, no procede el aumento con el porcentaje correspondiente a la pensión de viudedad cuando no haya cónyuge superviviente, a diferencia de lo que ocurre con la pensión. Extremo que ratificó en su momento la jurisprudencia (SS TS de 2/2/1999 y 24/7/2000).
- Las reglas de compatibilidad sí son sin embargo homologables, pues el subsidio solo es incompatible con la percepción de cualquier pensión pública y con las rentas o ingresos del trabajo, siempre que éstos superen el importe del SMI vigente y en cómputo anual.
- En cuanto a las causas de extinción serán: el fallecimiento, el transcurso del periodo de duración máxima; y la percepción de cualquier ingreso que supere el tope antes señalado y que dé lugar a considerar que el interesado no cumple ya el requisito de carencia de medios suficientes de subsistencia (art. 27 de la OM de 13/2/67).

Como reflexión crítica conjunta debe señalarse que la regulación legal de este subsidio, por muy marginal que pueda resultar su delimitación subjetiva, no parece que tenga mucha razón de ser en el diseño de un sistema actual de Seguridad Social. No sólo por el más que evidente solapamiento que este tipo de pensión y/o subsidio puede presentar con otros tipos de acciones propias de la protección social (dependencia, salarios o rentas de integración, subsidios de desempleo, etc.), sino porque se integra además en su rama contributiva, de la que detrae normas sobre cuantificación y determinación de la prestación que solo sirven para fundamentar una idea equívoca acerca del papel que juegan las cotizaciones en su financiación. Sin que por otra parte se llegue a garantizar siquiera en caso de concurrencia de múltiples beneficiarios su cobro efectivo.

6. Pensiones especiales.

6.1. Seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI).

Por breve o sintético que pretenda ser una mención al régimen jurídico actual de las prestaciones por muerte y supervivencia no puede dejar de mencionarse la posibilidad aún existente del devengo de pensiones conforme al Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria 7ª del Texto Refundido de la LGSS de 1974. Sistema autónomo en el que se prevé la posibilidad del cobro de pensiones en concepto de vejez, invalidez y también por viudedad. Es decir, sin otras de carácter derivado, como orfandad o a favor de familiares.

El acceso a este subsistema de pensiones para el caso de la pensión de viudedad requiere que el sujeto causante, a fecha de 1 de enero de 1967 y cualquiera que fuera su edad, tuviese cubierto el periodo de cotización de 1800 días o haber estado afiliado al extinto Retiro Obrero. Asimismo, y con idéntico carácter, se exige no tener derecho a ninguna otra pensión del Sistema de Seguridad Social, si bien es cierto que tras la aprobación de la Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del SOVI con las pensiones de viudedad del Sistema de la Seguridad Social, se ha flexibilizado bastante el estricto régimen de incompatibilidades al que estaban sometidas las pensiones de dicho régimen. Cumplimentados estos requisitos básicos se exigirá adicionalmente una serie de condicionantes particulares en función de que el causante fuese o no pensionista del SOVI y de que hubiese fallecido antes o después del 1 de enero de 1967.

El requisito general exigido hace ver que se trata de una prestación residual, con tendencia a ir desapareciendo por el propio transcurrir del tiempo. Indicar que el conjunto de las modificaciones normativas de carácter constitutivo en materia de viudedad, relativas a la supresión de la exigencia de vínculo matrimonial, la exigencia o no de pensión compensatoria en caso de separación o divorcio, o el reparto de pensión en supuestos de más de un beneficiario, son de aplicación también a la viudedad del SOVI, al igual que las causas de extinción establecidas para el común de los supuestos.

Tras las SS TC de 20/12/1988 y 18/9/1989 esta concreta prestación, que originariamente era reconocida de modo exclusivo a la mujer, se puede devengar también y en igualdad de condiciones por los hombres viudos.

6.2. Extraordinarias por actos de terrorismo.-

Otra pensión de carácter especial, y que integra expresamente el riesgo que supone la supervivencia de viudas o viudos, huérfanos y otros familiares del sujeto causante, es la que se provee por parte de la normativa que regula los efectos del fallecimiento como consecuencia o con ocasión de actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas. En concreto, la Ley 38/99 de 8 de Octubre, la Disposición Adicional 43ª de la Ley 62/2003 de 30 de Diciembre, los RD 1576/1990, de 7 de Diciembre y 851/1992, de 10 de julio, por el que se regulan determinadas Pensiones Extraordinarias causadas por Actos de Terrorismo. Además de los más recientes Reales Decretos 1912/1999, de 17 de Diciembre; 288/2003, de 7 de Marzo y el Real Decreto-Ley 6/2006, de 23 de Junio.

Las reglas básicas de la ordenación parten de la premisa de una mejora respecto de las reglas comunes aplicable en los distintos sistemas públicos (Régimen de Seguridad Social, Clases Pasivas del Estado u otros), en los que estuviese encuadrada la víctima, incluido el caso de que no hubiese llegado a afiliarse a ninguno. En cuanto que el causante ha de ser víctima de un acto terrorista, se acreditará mediante certificación expedida por el Ministerio del Interior, que deberá señalar la calificación del hecho causante como acto terrorista y que el fallecimiento se produjo como consecuencia de las lesiones derivadas del mismo.

Señalar que estas pensiones no han sufrido apenas modificación legal alguna, causándose conforme a los requisitos establecidos en la normativa legal que regula el

Régimen General de la Seguridad Social para las Prestaciones de Muerte y Supervivencia derivadas de Contingencias Profesionales, y siendo las prestaciones las mismas del Sistema de Seguridad Social, no exigiéndose carencia.

Las diferencias fundamentales respecto a la regulación que se contiene en la normativa del Régimen General de la Seguridad Social son tres. Una primera es que será sujeto causante cualquier afiliado al Sistema de Seguridad Social, se encuentre o no en alta, así como los funcionarios y cualquier persona que no tuviere derecho a tales pensiones por idéntica causa en un régimen público de Seguridad Social. La segunda es que la pensión será de un 200% de la que resulte aplicando la normativa de Seguridad Social, sin que quede afectada por el tope máximo de pensión establecido para el conjunto de las pensiones públicas, y no pudiendo ser inferior en ningún caso al triple del IPREM vigente; revalorizándose en los mismos términos que el resto de pensiones del sistema. La tercera, que se encuentran exentas de tributación a efectos del impuesto que grava la renta de las personas físicas (art. 7. a RD Legislativo 3/2004, de 5 de marzo).

7. Otras prestaciones.-

7.1. Indemnización a tanto alzado en caso de fallecimiento derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional.-

Se trata de indemnizaciones especiales, también de carácter imprescriptible, que se otorgan de una sola vez cuando el fallecimiento del causante deriva de una contingencia calificada de profesional (AT y EP). Su importe es complementario en todo caso a las pensiones de viudedad y orfandad, y sustitutivas a favor de los padres del causante cuando éstos no tengan derecho a la pensión a favor de familiares.

Serán beneficiarios de la indemnización el cónyuge o pareja de hecho supérstite que perciba la pensión de viudedad, y los huérfanos que sean beneficiarios de la correspondiente de orfandad. En el primer supuesto, por parte del cónyuge o pareja de hecho supérstite, la indemnización asciende a una cantidad a tanto alzado equivalente a seis mensualidades de la BR que sirvió para calcular la pensión. Para el caso de los huérfanos, la indemnización será de una única mensualidad de la citada BR, pero por cada uno de ellos. Si no existiere cónyuge, la indemnización que hubiere correspondido a éste se distribuirá a partes iguales entre los huérfanos con derecho a indemnización.

Para el supuesto de que hubiere un solo excónyuge o pareja de hecho con derecho a pensión de viudedad no completa, por razón de la prorrata por tiempo convivido, percibirá la indemnización en el mismo porcentaje, incrementando el importe correspondiente al porcentaje no asignado la indemnización de los huérfanos.

En el caso de que hubiere más de un beneficiario con derecho a pensión de viudedad y ésta estuviere prorrateada entre ellos, la indemnización a tanto se distribuirá de la misma forma proporcional, en virtud de la remisión del art. 177.1. 2º párrafo, al art. 174.2 de la LGSS.

Respecto a la indemnización de carácter sustitutivo que percibirá el padre y/o la madre siempre que no tuviesen derecho a la pensión en favor de familiares y no existieren otros familiares con derecho a pensiones de muerte y supervivencia (art. 177.2 LGSS),

el condicionante más trascendental es el que establece que éstos viviesen a expensas del hijo fallecido. Requisito de dependencia económica que fue interpretado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16/5/2003, en el sentido de que la citada carencia no significa que no haya ingresos en la unidad familiar, sino que esos ingresos sean inferiores a la cuantía anual del SMI vigente, incluida las pagas extras. La cuantía de esta indemnización será equivalente a 9 mensualidades de la BR de la pensión de viudedad si existiera uno sólo de los padres, y de 12 mensualidades si concurrieran ambos.

Por la evidente proximidad con el supuesto de hecho que justifica el devengo de esta indemnización no puede dejar de mencionarse un precepto que a veces pasa de una forma un tanto desapercibida como es el art. 201.3 LGSS, en el que se establece que: *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, las empresas responsables de las prestaciones deberán ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social los capitales en la cuantía necesaria para constituir una renta cierta temporal durante veinticinco años, del 30 % del salario de los trabajadores que mueran por consecuencia mediata o inmediata de accidente de trabajo o enfermedad profesional sin dejar ningún familiar con derecho a pensión.*

7.2. Auxilio por defunción.-

El auxilio por defunción se regula en el art. 173 de la LGSS. Se trata de una prestación encaminada a compensar los gastos que para el beneficiario supone el abono de los gastos de sepelio del sujeto causante. A diferencia del resto de las prestaciones anteriores no goza del carácter de imprescriptibilidad, ni tampoco se exige para su devengo cumplimiento o acreditación de un plazo de carencia mínimo, con independencia del tipo de contingencia con el que deba calificarse el fallecimiento.

Al ser una prestación que compensa o suple gastos efectivamente causados, no se luca en el caso de trabajadores desaparecidos y dados por fallecidos, pues evidentemente no se habrá producido sepelio. Tampoco se causa en el supuesto de fallecimiento por contingencias comunes desde una situación de no alta.

Establece también el mismo precepto que el abono del auxilio por defunción se efectuará a quien hubiere soportado los gastos de sepelio, y en caso de que no se indicare, se acudirá a una presunción debidamente ordenada por la que se entiende que se satisfizo por este orden: cónyuge o pareja de hecho sobreviviente; en ausencia de los anteriores los hijos del fallecido; y en ausencia de estos, los parientes que conviviesen con el fallecido. Si el solicitante del auxilio por defunción es alguna de las personas señaladas anteriormente, se le abonará directamente por el importe máximo de la cuantía legalmente fijada sin necesidad de tener que aportar factura alguna. Por el contrario, si el solicitante no fuera ninguna de las personas antes señaladas, deberá aportar factura de los gastos y sólo se le abonará el importe que hubiere desembolsado hasta el máximo del importe correspondiente a esta prestación.

El auxilio por defunción tenía fijado un importe único prácticamente desde la aprobación del último texto articulado sin que haya sido objeto de actualización alguna durante muchos años, hasta que por mandato de la Disposición Adicional 10ª de la Ley 40/2007, de 4 de Diciembre, se estableció que se incrementaría en un 50% en 5 años, a

razón de un 10% anual. Lo que implica que su cuantía alcance el importe de 45,09 euros a partir del año 2013.

Cantidad que a todas luces sigue siendo insignificante y que sólo por comparación con lo que deben suponer los gastos de gestión y tramitación por abono ya aconsejarían su profunda remodelación, sí no, su directa extinción. Quizás el dato más relevante sea de hecho el que provee la práctica administrativa del sistema, cuando refleja la inmensa cantidad de beneficiarios que la obvian incluso tras tramitar la solicitud de otras prestaciones derivadas de la misma contingencia.

PARTE TERCERA

“Análisis de algunos aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia: la contraposición entre contributividad y asistencialidad, los nuevos modelos de familia y las situaciones de crisis del vínculo matrimonial”

Cristina Blasco Rasero
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Margarita Arenas Viruez
Profesora Contratada Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

María José Gómez-Millán Herencia
Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

I. EL CONTINUO DEBATE SOBRE LA CONTRIBUTIVIDAD Y LA ASISTENCIALIDAD EN LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

Sumario:

1. La histórica concurrencia de los rasgos contributivos y asistenciales en las prestaciones por muerte y supervivencia. 1.1. Las primeras regulaciones de las prestaciones por muerte y supervivencia: una protección marginal. 1.2. El tránsito de los sistemas de aseguramiento obligatorio a la Seguridad Social: la pervivencia de los rasgos asistenciales. 1.3. La pérdida del carácter asistencial de la viudedad y el mantenimiento de estos rasgos en las otras protecciones. 1.4. La recuperación parcial de los rasgos asistenciales de la viudedad. 2. Los sujetos protegidos en las prestaciones por muerte y supervivencia. 2.1. Los familiares del trabajador fallecido como beneficiarios. 2.2. Los requisitos de la edad, la capacidad o incapacidad para trabajar, la carencia de recursos y el vínculo con el trabajador fallecido. 3. Las situaciones protegidas en las prestaciones de muerte y supervivencia: necesidad “presunta” y prueba de la necesidad “real”. 3.1. Irrelevancia de la dependencia económica y de la carencia de recursos en las prestaciones de viudedad y de orfandad: la tutela de las situaciones de necesidad presunta derivadas del fallecimiento del trabajador. 3.2. La pensión compensatoria como requisito ajeno a los rasgos contributivos y asistenciales, la merma de ingresos o los ingresos ligeramente superiores al smi: el desequilibrio económico como situación de necesidad presunta. 3.3. La necesidad económica posterior al fallecimiento como criterio de acceso a las prestaciones de muerte y supervivencia: la tutela de las situaciones de necesidad real. 3.4. La dependencia económica anterior al fallecimiento y/o la necesidad económica posterior al óbito: la prueba acentuada de la situación de necesidad real. 4. La relación entre la contribución al sistema y las expectativas de derechos en las prestaciones por muerte y supervivencia. 4.1. Flexibilidad en la acreditación de una carrera de seguro prolongada y estable como quiebra de los rasgos contributivos. 4.2. La escasa cuantía de las prestaciones como evidencia de los rasgos asistenciales que inspiran las prestaciones de muerte y supervivencia. 5. La compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones por muerte y supervivencia. 5.1. Con las rentas derivadas del trabajo del trabajador u otros ingresos. 5.2. Con las prestaciones del sistema de Seguridad Social: la incompatibilidad como regla general. 5.3. Entre las prestaciones por muerte y supervivencia: una manifestación acentuada del principio general de incompatibilidad entre prestaciones. 6. Conclusiones

II. IGUALDAD Y UNIONES DE HECHO

Sumario:

1. Planteamiento de la cuestión. **2. La protección de la viudedad: matrimonio versus uniones de hecho.** 2.1. De la desprotección al reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho. 2.2. El diverso tratamiento del matrimonio y la pareja de hecho en la protección de la viudedad. 2.2.1. *La exigencia del vínculo matrimonial o extramatrimonial.* 2.2.2. *La convivencia matrimonial y no matrimonial y la formalización de su vínculo: el concepto de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad.* 2.2.3. *La dependencia económica en el matrimonio y en la pareja de hecho: manifestación de la tendencia hacia la asistencialidad de la pensión de viudedad.* **3. Conclusiones finales y propuestas de futuro**

III. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD: MATRIMONIO, FORMAS DE MATRIMONIO Y SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL

Sumario

1. La pensión de viudedad: Elementos tradicionales de la protección y necesidad de un cambio. **2. La validez del vínculo como condición esencial para la atribución de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente.** 2.1. El matrimonio como contrato privado con eficacia jurídica. Requisitos para la validez del matrimonio y, por extensión, para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad. 2.2. La relevancia que ha de atribuirse a la ausencia de un requisito puramente formal (como la inscripción del matrimonio en el Registro Civil) en el acceso a una prestación social. **3. La pensión de viudedad y otras formas de matrimonio.** 3.1. Consideración previa: formas de celebración del matrimonio reconocidas en el Derecho español. 3.2. El controvertido derecho a la pensión de viudedad del miembro superviviente de un matrimonio celebrado por el rito gitano. 3.3. Incidencia del matrimonio poligámico sobre el reconocimiento y, en su caso, distribución de la pensión de viudedad. **4. La extensión del derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo: atribución de los derechos sociales a las parejas homosexuales.** **5. La pensión de viudedad en los supuestos de nulidad, separación y divorcio: nuevas condiciones restrictivas del derecho.** 5.1. El derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad matrimonial: exclusiva protección del matrimonio putativo. 5.2. El limitado reconocimiento del derecho, en los casos de separación y divorcio, al cónyuge beneficiario de una pensión compensatoria. Indoneidad del nuevo criterio

I. EL CONTINUO DEBATE SOBRE LA CONTRIBUTIVIDAD Y LA ASISTENCIALIDAD EN LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

Tras el fallecimiento de quien había realizado aportaciones más o menos estables al Seguro Social nacen una serie de prestaciones específicas dirigidas a proteger a sus familiares. De un lado, la pensión de viudedad, con una larga tradición en el sistema de Seguro Social que ha estado acompañada del reconocimiento de ayudas similares en el ámbito autonómico, se dirige a proteger la carencia de recursos real o presunta de quien convive o ha convivido con el causante, de forma marital o como pareja de hecho legalmente inscrita. De otro lado, la pensión de orfandad, estrechamente ligada a la pensión de viudedad aunque mantiene su independencia respecto de ésta, ampara las situaciones de necesidad económica (reales o presuntas) de los hijos del trabajador fallecido, ya sean adoptivos o no adoptivos, así como de los hijos aportados al matrimonio. Finalmente, las prestaciones en favor de familiares se dirigen a tutelar la carencia de recursos de los allegados del trabajador fallecido que se encontraran incluido en las prestaciones antes citadas. A estas protecciones también se unen otras, como el auxilio por defunción, que completan el cuadro de las prestaciones por muerte y supervivencia del sistema de Seguro Social.

Todas las prestaciones citadas se tratan de derechos derivados de trabajador fallecido que se dirigen a suplir la carencia de recursos de sus familiares, ya se encuentren los allegados del trabajador fallecido incluidos o no incluidos en el sistema de Seguro Social. Esto influye en las decisiones del legislador de incorporar rasgos más contributivos o asistenciales a la prestación, según se trata de vincular más la protección a la carrera de seguro del causante o se considere la situación real en la que se encuentran los familiares del trabajador fallecido, acercándose de esta forma más al modelo de protección social bismarckianos o beveridgeano.

En el sistema de Seguro Social español tienen presencia ambos modelos de protección social, aunque las prestaciones atienden más o menos a un modelo u otro dependiendo del nivel en el que se encuentren insertas. Pues, como se sabe, el sistema de Seguro Social se estructura en dos niveles diferentes. De un lado, el brazo contributivo, inspirado en el modelo continentales o bismarckianos de protección o aseguramiento, se basa en la tutela frente a las contingencias profesionales que pueden sufrir los trabajadores, con un sistema que está más cercano a los seguros privados, aunque no pierde la idea de solidaridad o reparto de los beneficiarios del sistema; por lo que prima la carrera de seguros (alta o simulación asimilada al alta, período de carencia, modulación de la cuantía de la prestación en función de los períodos cotizados). Aunque existen diferencias importantes que lo separan de esta protección (el beneficiario no recibe totalmente lo que ha pagado mediante las cotizaciones, algunas veces se abonan complementos a mínimos para alcanzar lo establecido como protección mínima en el sistema de Seguro Social). De otro lado, el brazo no contributivo, inspirado en el modelo protección social anglosajones o beveridgeanos, atiende más a las situaciones de necesidad real de los posibles beneficiarios (la edad, la capacidad para trabajar, las responsabilidades familiares o las personas a su cargo), sin que importe tanto las aportaciones realizadas para el sostenimiento del sistema de aseguramiento. Junto al sistema de protección social dispensado por el sistema de Seguro Social, en el ámbito autonómico, se han desarrollado protecciones o ayudas semejantes, entre las que

también destacan las ligadas a las situaciones de muerte y supervivencia (viudedad y orfandad), insertas en la asistencia social. Estas protecciones, totalmente identificadas con el modelo beveridgeano, responden a la tutela de los ciudadanos en las situaciones de necesidad previstas, sin que tengan relevancia los riesgos o contingencias derivados directa o indirectamente del trabajo, aunque sí las percepciones recibidas o las rentas que pudieran obtener el beneficiario para afrontar sus necesidades básicas.

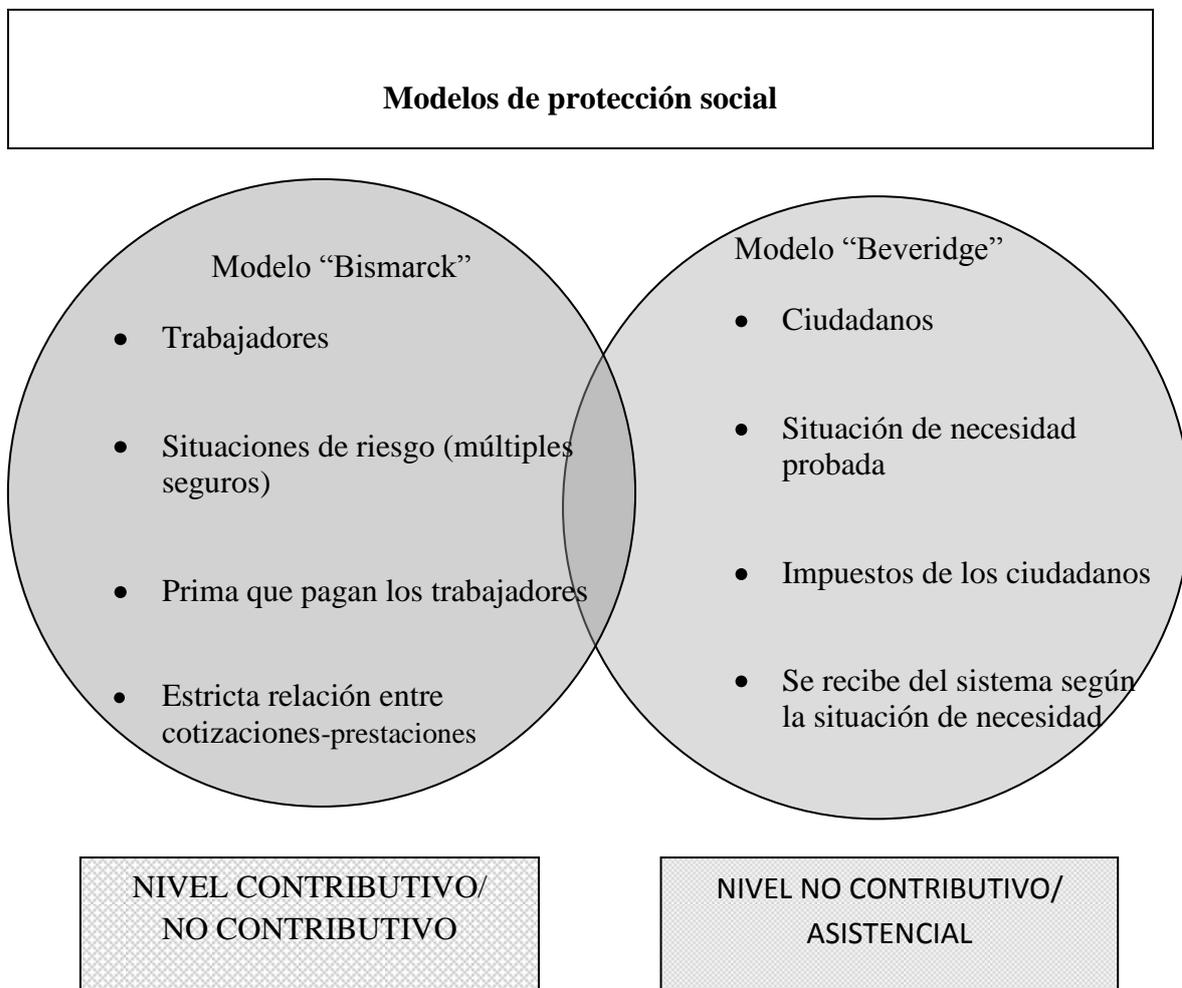


Fig. 1: Elaboración propia

En España, la opción por uno u otro sistema de protección social corresponde al legislador, al tratarse la Seguridad Social de un derecho de configuración legal (artículo 41 de la CE). En cualquier caso, esta elección influye en la presencia de los rasgos contributivos y asistenciales. También es determinante en la regulación de las reglas sobre la compatibilidad de las citadas prestaciones con otros ingresos que pueda percibir el beneficiario de ésta, ya sean rentas del trabajo u otras igualmente periódicas o puntuales, bien se traten de otras prestaciones del sistema de Seguridad Social, de la misma o de distinta naturaleza.

Partiendo de estas ideas, en el sistema de Seguridad Social Español, confluyen uno y otro modelo de protección social, teniendo más influencia o menos influencia estos rasgos según el nivel de protección. En este sentido, el acceso al nivel contributivo se

produce generalmente con la acreditación de una carrera de seguros estable. Sin embargo, como requisitos generales para acceder a las prestaciones no contributivas o asistenciales, se puede señalar otros rasgos menos vinculados con la colaboración que realizan los trabajadores para el sostenimiento al sistema de Seguridad Social, como la edad, el grado de incapacidad o discapacidad, la responsabilidad familiar, la condición de ciudadano, la residencia en el territorio nacional o la carencia de recursos económicos suficientes para afrontar los gastos cotidianos, como se extrae de los artículos 128 y ss. de la LGSS), así como de los programas de solidaridad estatales o autonómicos, Decreto 567/2004, de 21 de diciembre, de Andalucía, por el que se establece ayudas extraordinarias para los pensionistas de viudedad; Decreto 111/2007 y 177/2009, de 17 de noviembre, de Castilla La Mancha, por el que se establece ayudas a las pensiones de viudedad; Decreto 29/2011, de 13 de abril, de Asturias, por el que se regula el salario social básico, incluyendo a los huérfanos en su ámbito de protección, entre otros.

Esto sucede como consecuencia de que el sistema protege, en el nivel contributivo, riesgos sociales con origen profesional o relacionado con la imposibilidad sobrevenida de trabajar, tras períodos de cotización, de quienes han contribuido al sostenimiento del sistema, y se encuentran aún vinculados a él. De manera que, cuando el riesgo se actualiza imposibilitando temporal o definitivamente el desarrollo de la actividad laboral, para quienes han realizado aportaciones estables al sistema, nace una prestación que protege su situación de necesidad. Esta situación generalmente coincidirá con una carencia de recursos efectiva del beneficiario, aunque la situación de necesidad puede o no existir. En este sentido, el beneficiario no deberá acreditar la carencia real de medios materiales suficientes, ni en el momento de acceso ni durante el devengo de la prestación. La carencia de recursos económicos, en definitiva, se supone o sospecha en el nivel contributivo cuando el riesgo social se actualiza (situación de necesidad presunta), sin que sea necesaria la prueba (González Ortega, S.; Barcelón Cobedo, S.; Quintero Lima, G.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 71). Por el contrario, las prestaciones del nivel no contributivo, a diferencia de las prestaciones contributivas, exigen la prueba sobre la carencia de recursos económicos suficientes para acceder a la protección (situaciones de necesidad real).

Estas diferencias entre el nivel contributivo y no contributivo se manifiestan en el cálculo de las prestaciones del sistema de Seguridad Social. En el nivel contributivo, la prestación se determina en función de lo cotizado, aunque el importe final no sea matemáticamente directo o proporcional a las aportaciones realizadas. Pues se admiten ciertas divergencias entre las cotizaciones y las prestaciones, derivadas del principio de solidaridad y suficiencia que informa el sistema de Seguridad Social. En efecto, la cuantía de la prestación puede ser inferior a lo cotizado para evitar la ruptura del sistema, pero también existe un tope mínimo dirigido a garantizar unas prestaciones suficientes. Frente a esta relación más directa entre cotización-prestación, en el nivel no contributivo del sistema de Seguridad Social, el cálculo de la prestación se produce en función de la situación de necesidad probada o real por el sujeto protegido; de manera que las cotizaciones tienen en este marco una importancia siempre más relativa.

Estructura del Sistema General de Seguridad Social

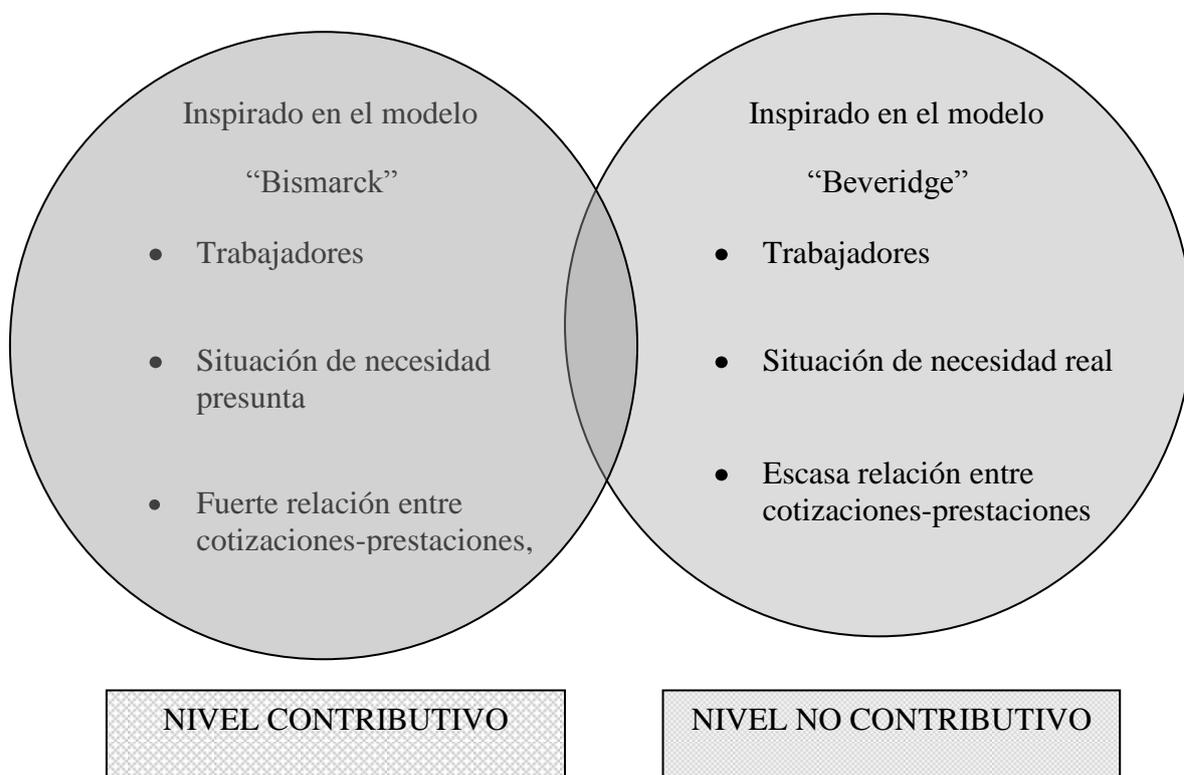


Fig. 2: Elaboración propia

Las prestaciones por muerte y supervivencia se insertan claramente en el sistema de Seguridad Social, aunque también existan otras protecciones más limitadas y temporales en el ámbito autonómico. Ahora bien, la regulación combina actualmente rasgos contributivos y rasgos no contributivos en su configuración, hasta crear una prestación de naturaleza mixta o híbrida (o al menos contributiva, con evidentes rasgos asistenciales), según el tipo de prestación y el beneficiario; lo que provoca ciertas incongruencias en el régimen jurídico.

Con el propósito de identificar estas incongruencias, en las siguientes páginas se realizará un breve recorrido su la regulación. Este análisis comienza en una breve referencia a la evolución histórica y a los sujetos protegidos por el sistema de Seguridad Social. A continuación, se analiza la relación entre cotización-prestaciones, en lo que hace a los requisitos para causarlas y a la cuantía, realizando algunas alusiones a otras protecciones del sistema de Seguridad Social, con el fin de valorar si realmente tienen un carácter marginal o se puede afirmar que estas prestaciones han adquirido un papel distinto con las reformas realizadas en los últimos años. También se analiza su compatibilidad o incompatibilidad con otros ingresos, ya sean fijos o temporales, que los beneficiarios obtengan de manera simultánea a estas prestaciones. Finalmente, se

ofrecen algunas conclusiones, como cierre del trabajo, sobre las tensiones que resultan de la concurrencia entre las notas contributivas y asistenciales.

1. La histórica concurrencia de los rasgos contributivos y asistenciales en las prestaciones por muerte y supervivencia.-

Desde su incorporación a los sistemas de aseguramiento, las prestaciones por muerte y supervivencia han experimentado modificaciones parciales que han provocado una pérdida, sobre todo en la viudedad, del sentido originario de la protección dispensada por las primeras formas de aseguramiento obligatorio. Sin pretender ahora detallar de forma concreta la evolución histórica que fue objeto de análisis en la segunda parte del presente informe, en las siguientes páginas se realizarán un breve esbozo de cómo se han ido configurando las prestaciones por muerte y supervivencia, destacando sus características más relevantes o las señas que identifican a estas prestaciones como una protección integrada en el sistema de Seguridad Social.

1.1. Las primeras regulaciones de las prestaciones por muerte y supervivencia: una protección marginal.-

La Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 regulaba distintas protecciones en caso de fallecimiento del trabajador, entre las que se encontraba los gastos de sepelio, así como una indemnización a favor de la viuda, descendientes legítimos y ascendientes del trabajador fallecido, para que pudieran subsistir tras el fallecimiento de quien mantenía el hogar familiar, siendo esta indemnización siempre muy marginal. En efecto, la cuantía de la protección, que siempre era de carácter temporal, dependía del salario del trabajador, oscilando desde dos años a diez meses, en función de la concurrencia de distintos beneficiarios (viuda, hijo o hijos, nietos, padre, madre, abuelo o abuela) o el grado de parentesco.

De forma que la viudedad nace ligada al reparto de roles existente en la fecha, donde el hombre se ocupaba de realizar las actividades laborales o productivas asumiendo generalmente el sostenimiento de la familia, mientras que la mujer se dedicaba a realizar normalmente las tareas del hogar quedándose al cuidado de los hijos (generalmente de los habidos en el matrimonio), con ocupaciones laborales que se caracterizaban por ser más marginales que las desempeñadas por los hombres, o simplemente inexistentes. Por lo que el fallecimiento del marido, como consecuencia de ese reparto de roles sociales, situaba a la mujer en una posición muy vulnerable, no sólo por la pérdida de ingresos que originaba el fallecimiento del cónyuge, sino también por su dificultad para incorporarse al mercado de trabajo en igualdad de condiciones a los hombres y compatibilizar las ocupaciones laborales con las tareas domésticas.

Al igual que la viudedad, la orfandad también nace ligada al reparto de roles existente en la fecha, donde el hombre (padre o abuelo) se dedicaba al desempeño de trabajos productivos afrontando, generalmente en exclusiva, el sostenimiento de la familia en un sentido amplio (más allá de las relaciones paterno-filiales), mientras que la mujer (madre o abuela de quien sostenía económicamente la unidad de convivencia) se ocupaba normalmente de realizar las tareas del hogar quedándose al cuidado del núcleo familiar (habitualmente los hijos pero también los nietos). Además, la prestación por orfandad se justifica en un contexto económico y social particular, donde las altas tasas

de siniestralidad laboral y el fallecimiento prematuro de los trabajadores en edad fértil, así como la propia constitución de la estructura familiar más allá de la relación entre hijos y padres, justificaban que la protección por orfandad atendiera también a la carencia de recursos económicos o a la necesidad de rentas de los familiares del trabajador fallecido. De manera que la orfandad, al igual que la viudedad, trataba de compensar por las rentas que se dejaban de ingresar en el hogar familiar como consecuencia del fallecimiento del trabajador.

Todas las protecciones originadas por la muerte trabajador y supervivencia de sus familiares (viudedad, orfandad y prestaciones en favor de familiares) se encontraban unidas o entrelazadas entre sí. Su importe económico dependía de la composición del núcleo familiar, aumentando o disminuyendo, según el número de beneficiarios que concurrían en ese momento. Esto corrobora que la protección social se dirigía a tutelar la situación de desamparo económico que experimentaban los allegados de la víctima; lo que subrayaba la finalidad o el sentido asistencial de todas las protecciones previstas en las primeras formas de aseguramiento.

De hecho, como refuerzo a la idea de que las prestaciones por muerte y supervivencia eran de carácter asistencial, la viudedad se mantiene como beneficio exclusivo de la mujer hasta la Ley de accidentes de trabajo en la industria, de 8 de octubre de 1932, donde se extiende este derecho a favor de los viudos. Desde esta norma, por tanto, comienzan ya las diferencias en el acceso de los beneficiarios de la protección prevista en cada momento, entrando en juego una serie de presunciones sobre la carencia de recursos que han beneficiado sobre todo a las mujeres casadas legalmente, cuyo resultado a la larga, como se podrá examinar en este trabajo, ha sido que la situación protegida en el caso de la viudedad quede bastante difuminada. Pues, en el caso de la viuda casada legalmente, la dependencia económica del fallecido y la carencia de recursos materiales tras el óbito se presume, sin que sea necesario probarla; mientras que en el caso del viudo el nacimiento de esta tutela sólo se produce cuando el marido “dependiera de la mujer víctima del accidente” (Ley de 13 de julio de 1936, Ley de Bases de 18 de julio de 1938, desarrollada por la Orden de 11 de junio de 1941, Ley de 23 de octubre de 1939, Ley de Bases de 18 de julio de 1938).

Esta misma idea de protección asistencial se manifiesta en la orfandad, donde se trataba de compensar por las rentas que el hogar familiar dejaba de obtener tras el fallecimiento del trabajador, empleado particularmente dos requisitos subjetivos (edad e incapacidad) para establecer, con distintas modulaciones, la idea de protección social. En efecto, la edad de los dieciséis años se utiliza, desde el inicio de la regulación, como referencia para limitar el acceso a la orfandad, pues las normas presumen tanto la dependencia económica como la carencia de recursos materiales de los menores tras el fallecimiento de su/s progenitor/es (Ley de Accidentes de Trabajo de 1900). Pese esta edad pronto comienza a ampliarse (quedando fijada en los dieciocho años en la Ley de accidentes de Trabajo de 1922), con el fin de procurar que los huérfanos puedan continuar con su formación en la escuela, hasta quedar fijada actualmente en los veinticinco años, con el mismo propósito de tutelar aquellas dificultades que encuentran los huérfanos a ciertas edades. Y, también, la incapacidad para trabajar, normalmente relacionada con la limitación para desempeñar de forma total o absoluta ocupaciones laborales, se utilizaba adicionalmente para facilitar el acceso por encima de la edad fijada como tope máximo en cada período; con análoga justificación de proteger a quienes tienen dificultades para

sostenerse económicamente por sí mismos (Decreto de 8 de octubre de 1932 de Accidentes de Trabajo).

Junto a los requisitos de la edad y la incapacidad se han empleado, sin embargo, otros criterios menos relacionados con los rasgos asistenciales que informan la protección de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad, como son el origen de la filiación (hijos no habidos en el matrimonio, adoptados o acogidos), la necesidad de probar que vivían a expensas de la víctima antes del fallecimiento (Reglamento provisional de Accidentes de Trabajo de 29 de diciembre de 1922, Decreto de 8 de octubre de 1932 de Accidentes de Trabajo). Estos requisitos han provocado ciertas desigualdades de trato entre los beneficiarios, que se han ido eliminando de la regulación legal, para equiparar los hijos naturales así como los adoptivos (Ley 11/1981, de 13 de mayo, Acuerdo sobre la consolidación y racionalización de 1996, que modificó el artículo 6 de la OMS, STC de 22 de marzo de 1999, RTC 46/1999). Pese a que, como contraposición, ha desaparecido la tutela de los jóvenes prohijados o acogidos (Reglamento provisional de Accidentes de Trabajo de 29 de diciembre de 1922, Decreto de 8 de octubre de 1932 de Accidentes de Trabajo), cuya protección ha quedado excluida de los sistemas de Seguridad Social.

Por otro lado, las prestaciones en favor de familiares han experimentado, a diferencia de lo que ha sucedido en relación con la viudedad y la orfandad, una escasa evolución en sus notas o características esenciales. Manteniendo prácticamente los mismos beneficiarios (nietos, padres y abuelos) y requisitos de acceso (dependencia económica anterior al fallecimiento del trabajador y “carencia de recursos” tras el óbito) que se contenían en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.

1.2. El tránsito de los sistemas de aseguramiento obligatorio a la Seguridad Social: la pervivencia de los rasgos asistenciales.-

Con el Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955, por el que se eleva la prestación del seguro de vejez e invalidez, se incorpora la viudedad al aseguramiento obligatorio, dando un paso definitivo para la inclusión futura de las prestaciones por muerte y supervivencia en los sistemas públicos de protección social. Pese a que esta tutela se caracterizaba por sus evidentes restricciones, lo que justificaba el papel desempeñado por las mutualidades como forma de completar estos primeros seguros obligatorios. En este sentido, la viuda, que no el viudo, tenía que reunir ciertos requisitos relacionados con la edad, la incapacidad para trabajar, la carencia de otras protecciones públicas, como se puede deducir de su tenor literal: “a) haber cumplido sesenta y cinco años de edad o encontrarse totalmente incapacitado para todo trabajo; b) que no tenga derecho al Seguro de Vejez o de Invalidez; c) que hubiese contraído matrimonio, por lo menos, con diez años de antelación a la fecha de fallecimiento del causante; d) que hasta la fecha del fallecimiento del esposo hubiera convivido el matrimonio y, en caso de separación, sólo se concederá la prestación cuando no se hubiese producido por culpa de la mujer” (artículo 3 del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955). De manera que el resto de protecciones quedaban tuteladas por las mutualidades, como se ha indicado. A este respecto, la Orden de 10 de septiembre de 1954, por la que se regulaba el Reglamento General de Mutualismo, disponía una pensión de viudedad, de carácter vitalicio, en función del aseguramiento del mutualista, que convivía con otra temporal, en forma de indemnización. Esta prestación se causaba, como complemento al seguro

obligatorio, en favor de la viuda o del viudo que demostrara su dependencia económica de la mujer y su incapacidad para trabajar. También, se reconocía una prestación, similar a la descrita antes, a los huérfanos y otros familiares del trabajador fallecido.

Con el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956, sin embargo, se dispone un sistema más completo y acabado de la viudedad, aunque los requisitos de acceso se endurecen limitando de manera clara la protección cuando el beneficiario sea hombre, pues se exige que el viudo acredite la dependencia económica “de la mujer víctima del accidente, debido a encontrarse incapacitado para el trabajo o alguna causa de carácter extraordinario” (artículo 51 de Reglamento de Accidentes de Trabajo del Decreto de 22 de junio de 1956), mientras que la viuda accede sin demostrar su situación de necesidad real cuando tenga hijos, debiendo acreditar (si quedara sola) que reúne la “condición de pobre” para acceder a la protección dispuesta. Por otro lado, también causan una prestación por muerte y supervivencia los descendientes con derecho a alimentos según la legislación común, o asimilados menores de dieciocho años o “inútiles” para el trabajo (sin necesidad de acreditar carencia de recursos), los hijos adoptivos, los hermanos huérfanos, los prohijados y los acogidos por el trabajador fallecido (siempre que demuestren la ausencia de medios materiales suficientes además de la dependencia económica del causante anterior al fallecimiento) y los ascendientes legítimos, naturales o adoptivos, los padrastros y las madrastras (sexagenarios o incapacidad para el trabajo, con similares exigencias en cuanto a la acreditación de dependencia económica y carencia de recursos, incluida la demostración de la condición de “pobres”).

La prestación consiste, al igual que en el Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955, en el 50 por ciento del salario del fallecido. Incrementada cuando concurren descendientes en un 10 por ciento adicional, aunque con el tope del 100 por cien del salario del causante, tratándose de una prestación muy marginal. A pesar de esta limitación o tope en la cuantía, se debe tener en cuenta que el artículo 1 de la Orden de 10 de agosto de 1957, por la que se regula la incompatibilidad del seguro de vejez e invalidez, en la misma dirección que el artículo 3 del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955, disponía que: “las pensiones de vejez, invalidez y viudedad del seguro de vejez e invalidez son incompatibles entre sí”.

Estas ideas se recogen en la base nº 10 de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, así como en la Ley General de Seguridad Social, de 21 de abril de 1966, donde se integran estas prestaciones en el sistema de protección social estatal, con evidentes rasgos asistenciales. En efecto, por lo que se refiere a la viuda, se regula una prestación con una finalidad protectora que se dirige a garantizar que, en ausencia del marido, la mujer mayor de cuarenta años, incapacitada permanente, con hijos habidos con el causante que tuvieran derecho a la pensión de orfandad, causara una prestación periódica; mientras que, en el resto de los casos, se regula, a favor de la viuda, un subsidio temporal. En cuanto al viudo, además de la dependencia económica de la trabajadora fallecida, se exigía que, en el momento de fallecer su esposa, se encontrara incapacitado para el trabajo. Igualmente, se debe destacar que esta dependencia económica anterior del fallecimiento, a los efectos que aquí interesan, tenía una manifestación clara en el nacimiento de la prestación, en tanto que el derecho a la viudedad quedaba condicionado a que el/la viudo/a hubiera convivido “habitualmente” con el causante. O, en caso de separación, la sentencia firme le reconociera como inocente o le obligase al otro cónyuge a prestarle alimentos (artículo 7 de la Orden de 13

de febrero de 1967, en adelante OMS). En cualquier caso, como es característico de las prestaciones contributivas, se accede sin necesidad de probar la carencia de recursos económicos suficientes.

La cuantía de la pensión de viudedad que se causaba además no era muy elevada, ya que el tipo general se situaba en el 45 por ciento de la base reguladora, y tan sólo se incrementaba al 60 por ciento cuando el causante fuese pensionista de vejez e invalidez (artículo 8 de la OMS). Lo que, en cierta forma, justificaba que existieran reglas más flexibles en cuanto a la compatibilidad de la prestación con cualquier ingreso que pudiera percibir la viuda (base nº 10 de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social), así como con la pensión de jubilación o incapacidad (artículo 8.2 y 10 de la OMS). De hecho, el subsidio temporal de viudedad, al que se refería el artículo 12 de la OMS, que fue suprimido por la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la Seguridad Social, también era compatible con cualquier renta derivada del trabajo que percibiera la viuda o con la pensión de invalidez a la que tuviera derecho.

En relación con la orfandad, con la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, los “hijos menores de dieciocho años o incapacitados para el trabajo” acceden, al igual que las viudas, sin necesidad de probar la dependencia económica del trabajador fallecido antes del óbito o la situación de necesidad real sobrevenida tras el deceso; como es característico en las prestaciones contributivas (situación de necesidad presunta). La demostración de esta carencia de recursos, sin embargo, se exigía para los hijos llevados al matrimonio, como se puede deducir de sus requisitos legales: “que el matrimonio se hubiese celebrado con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento”, “que se pruebe que conviven con el causante y a sus expensas”, “que no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social” (artículo 16 de la OMS en la redacción original). Pese a lo anterior, la orfandad se trata igualmente de una protección muy marginal en lo que hace a la cuantía, aunque se haya tratado de incrementar o elevar en las diferentes reformas legales habidas desde entonces. Lo que justificaba, en la misma dirección que la viudedad, las amplias reglas de compatibilidad dispuestas en la regulación inicial.

Finalmente, en relación con las prestaciones a favor de familiares, como se indicó en el apartado anterior, los cambios han sido menores, manteniéndose las notas asistenciales existentes desde el inicio de la regulación legal en el actual régimen jurídico. De hecho, su incorporación al sistema de aseguramiento trataba de proteger a los descendientes del trabajador fallecido, con independencia de la relación familiar, como se recoge en la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, que señalaba entre los beneficiarios a “otros familiares” de la víctima “previa prueba de dependencia económica”, marcando una diferencia relevante en la protección ofrecida en las prestaciones de viudedad y orfandad, donde el acceso a la protección era más automático. Pese a lo anterior, el artículo 22 de la OMS limitaba, como se ha indicado, el acceso a la prestación a ciertos beneficiarios (los nietos y los hermanos menores de dieciocho años o mayores de edad incapacitados para el trabajo; las madres y las abuelas viudas, casadas o cuyo marido esté incapacitado para el trabajo o solteras; los padres y los abuelos que tengan cumplidos sesenta años o se hallen incapacitados para el trabajo), exigiendo, como en la regulación originaria, ciertos requisitos de carácter asistencial (la dependencia económica anterior al fallecimiento y la carencia de recursos

materiales suficientes): “que convivieran con el causante y a sus expensas”, “que no tengan derecho a pensión del Estado”, “que, a juicio del órgano de gobierno competente, carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares, con obligación y posibilidad de prestarles alimentos” (artículo 22 de la OMS en la redacción original). Una regulación que, como se puede comprobar, se mantiene sin grandes cambios en la redacción vigente de la OMS.

1.3. La pérdida del carácter asistencial de la viudedad y el mantenimiento de estos rasgos en las otras protecciones.-

Con la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la Seguridad Social, así como el Real Decreto 1646/1972, de 23 de junio, que desarrolla la norma antes citada, desaparecen los requisitos de la edad, la incapacidad para el trabajo o los hijos en común con el causante: “las viudas que reúnan las condiciones exigidas para ser beneficiarias de prestaciones por viudedad tendrán derecho a pensión, cualesquiera que sean su edad y capacidad para el trabajo y aunque no tengan a su cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad” (artículo 4 de la Ley 24/1972, de 21 de junio y artículo 4 del Real Decreto 1646/1972). Con lo que se flexibiliza el acceso a la prestación, ampliando los beneficiarios o causantes, pero también haciendo que la prestación adquiera una función distinta, menos asistencial y más contributiva, con una pérdida de su identidad originaria. Pues se eliminan los requisitos subjetivos, así como se suprime la prestación temporal de viudedad, a la que se refería el artículo 12 de la OMS. Sin que se introduzcan, a cambio, requisitos que exijan la demostración de la dependencia económica o la prueba real de la situación de necesidad tras el fallecimiento del trabajador. De tal manera que la viudedad se convierte en una prestación donde la presunción de necesidad se intensifica o acentúa, ya no sólo porque se accede sin necesidad de demostrar la situación de necesidad como venía sucediendo, sino también porque se eliminan los requisitos o las notas más asistenciales que acercaba esta protección a la situación de necesidad real. Con la única excepción de la generada en favor del viudo, donde la regulación legal exigía, como ya venía sucediendo con anterioridad, la concurrencia de los requisitos de la incapacidad para el trabajo y la dependencia económica de la víctima antes del fallecimiento; unas exigencias legales que se mantienen hasta su corrección por las STC de 22 de noviembre de 1983 (RTC 103/1983) y de 23 de noviembre de 1983 (RTC 104/1983).

De tal manera que Ley 24/1972 marca un importante punto de inflexión en la regulación de la viudedad. Tras esta norma, no se han recogido, al menos en el plano legislativo, rasgos que permitan afirmar que la viudedad cumple la función de proteger exclusivamente la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra la viuda tras el fallecimiento, atribuida en el inicio de la regulación legal, pues se han eliminado los requisitos que más se relacionaban con las notas asistenciales en el acceso a esta protección (la edad y la incapacidad). Sin que tampoco se hayan introducido, a cambio de la eliminación de estos requisitos, otras exigencias legales que acerquen más la protección a las situaciones de necesidad real.

En efecto, las reformas posteriores de la pensión de viudedad se han ocupado sobre todo de ampliar aún más la protección, pero sin que el legislador haya optado por un tratamiento homogéneo o uniforme de la pensión de viudedad, ni tampoco por introducir requisitos legales que nos aproximaran, al menos de forma indiciaria, a una

situación de necesidad cierta o real. En esta dirección, se ha extendido la tutela para atender los supuestos de crisis matrimoniales (separación y divorcio), así como a quienes no pudieron regularizar su situación tras la ruptura matrimonial por existir impedimento legal (disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, STC de 9 de marzo de 1992 (RTC 29/1992)). No obstante, este reconocimiento de los derechos de viudedad no se ha extendido a todas las formas de matrimonio, sino que se ha optado por limitar el derecho a la pensión de viudedad, inaplicando el principio de igualdad, sobre la base de las diferencias existentes entre las uniones matrimoniales y las extra-matrimoniales. Contando estas distinciones con el apoyo del Tribunal Constitucional, que ha considerado conformes al principio de igualdad y no discriminación estas diferencias de trato, STC de 15 de noviembre de 1990 (RTC 184/1990) y de 14 de febrero de 1991 (RTC 29/1990, RTC 30/1990, RTC 35/1990 y RTC 38/1990).

Por tanto, la opción del legislador, como se ha dicho, ha sido introducir diferencias en la regulación legal, en atención al vínculo de unión de los cónyuges, que perjudican a ciertos convivientes. Pese a que esto genere situaciones diferentes, en lo que hacen al acceso de los potenciales beneficiarios de las prestaciones de viudedad, desconectadas además de la realidad, ya que estas presunciones legales sobre la situación de necesidad se basan en el vínculo matrimonial. De tal manera que se ha ido conformado una protección de viudedad donde sólo en algunas ocasiones, como veremos en el apartado dedicado al análisis de las situaciones protegidas en las prestaciones por muerte y supervivencia, se atiende a la carencia efectiva de recursos económicos.

Con estas modificaciones, en definitiva, la viudedad no responde con claridad a la idea de procurar unos ingresos en situaciones de necesidad real. En este sentido, la STC de 15 de noviembre de 1990 (RTC 184/1990), clave en la interpretación del papel que le corresponde a la viudedad en el sistema de Seguridad Social, señaló que su finalidad es “compensar frente a un daño, cuál es la falta o minoración de unos ingresos que participaba el cónyuge supérstite y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad”. Con lo que realmente se desliga esta protección de la carencia efectiva de recursos económicos, aunque persista la prueba de la insuficiencia de medios materiales para algunas de ellas (viudos en situación de necesidad, huérfanos mayores de cierta edad o con capacidad para trabajar, así como en las prestaciones en favor de familiares).

Tan sólo encontramos algunas manifestaciones de las notas asistenciales en el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, que desarrolla la Ley 24/2001, tratando de recuperar el criterio de la suficiencia para mejorar la protección en ciertas circunstancias, relacionadas con la demostración de una especial situación de necesidad o con la responsabilidad familiar del viudo/a. Con lo que el principio de solidaridad, a veces olvidado en la pensión de viudedad, se revitaliza en cierta forma, pero sin conseguir una identificación clara de las situaciones protegidas. A pesar de que, en el marco de esta reforma, se eleva el porcentaje del 45 al 46 por ciento de la base reguladora (con una previsión de incrementarlo al 52 por ciento) y se crea un tipo especial (al 70 por ciento) que funciona cuando el viudo/a acredite su situación de necesidad. En la misma dirección, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones

específicas en materia de Seguridad Social, modificó el artículo 179 de la LGSS, con el fin de incidir en el régimen de compatibilidad de las prestaciones causadas en distintos regímenes, cuando el causante no se encontrara en situación de alta o asimilada al alta en el sistema de Seguridad Social. Esta modificación trataba de proteger situaciones donde los beneficiarios quedaban al margen del sistema de protección social, aunque como efecto no deseado permitió la compatibilidad de distintas prestaciones de viudedad, siempre que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes de aseguramiento obligatorio se superpusieran al menos durante quince años.

Finalmente, otro de los impulsos legislativos se produjo, en materia de viudedad, con la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, con el consiguiente reconocimiento de los matrimonios homosexuales, lo que permitió incluirlos como posibles beneficiarios de esta prestación, consolidando la expansión de la viudedad iniciada con la Ley 24/1972.

En esta misma línea de extender la prestación a más beneficiarios, la orfandad se ha reformado con el propósito de incorporar a nuevos sujetos en la situación protegida. En efecto, el Acuerdo sobre la consolidación y racionalización de 1996, plasmado en la Ley 24/1997, amplía la pensión de orfandad a los hijos mayores de dieciocho años. Con lo que se logra un importante cambio al extender la protección a otros beneficiarios (veintiún años en la orfandad simple o veintitrés en la orfandad absoluta) siempre que sus recursos económicos sean inferiores a ciertas cantidades económicas o su actividad laboral sea poco relevante. Ampliándose nuevamente hasta los veintidós años en la orfandad simple o veinticuatro en la orfandad absoluta (Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), con independencia de que pudiera prologarse hasta veinticinco años (Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social). En esta línea de ampliar o extender la protección también se inserta la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, así como el Real Decreto 1464/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia, que alteran las reglas de compatibilidad, haciendo que sea más fácil simultanear la orfandad con las rentas derivadas del trabajo.

Durante esta fase, además, se refuerzan los rasgos no contributivos en todas las prestaciones por muerte y supervivencia, permitiendo el acceso de los beneficiarios sin que se exija periodos previos de cotización en todas las situaciones salvo en la enfermedad común (Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de Seguridad Social) o sin necesidad de estar de alta o en situación de alta aunque se exija una extra-cotización para las prestaciones de viudedad y orfandad (Ley 24/1997, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de Seguridad Social; Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social) y más tarde para las prestaciones en favor de familiares (Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

1.4. La recuperación parcial de los rasgos asistenciales de la viudedad.-

Al margen de la esta extensión de la viudedad a las parejas de hecho, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en lo que aquí interesa, ha

introducido novedades relevantes en las prestaciones por muerte y supervivencia, que pueden interpretarse como una recuperación parcial del sentido originario de esta protección, especialmente en lo que hace a la viudedad. En esta dirección, la Ley 40/2007 rescata la prestación de viudedad temporal que existía en las primeras regulaciones. Con lo que se realiza un importante cambio de orientación, en el sentido de recuperar el carácter de renta sustitutiva del salario del trabajador fallecido, de naturaleza exclusivamente temporal, atribuido a la viudedad en las regulaciones legales. A pesar de que se realiza de forma muy limitada, ya que se mantiene la prestación vitalicia de viudedad, así como los rasgos contributivos y asistenciales que han venido concurriendo en la regulación legal.

Del mismo modo, en relación con la orfandad, la ley 40/2007 elimina el límite del 100 de la base reguladora que se había venido utilizando como tope máximo cuando concurrieran varios beneficiarios de las prestaciones por muerte y supervivencia, ampliando este límite en el caso de que la viuda acreditara encontrarse en una situación de especial necesidad. Este tope se inserta en las lógicas contributivas, evitando que se causen, al menos parcialmente, más derechos prestacionales que cotizaciones efectúe el causante al sistema de Seguridad Social. Con lo que se matizan de nuevo los rasgos contributivos presentes en la viudedad.

Pese a que se mantiene el acceso a esta protección sin que el beneficiario demuestre la carencia de recursos económicos suficientes para atender a sus necesidades más elementales. Con lo que se evidencia el mantenimiento de rasgos contributivos, tanto en la viudedad como en algunas prestaciones de orfandad (mayores de cierta edad o incapacitados para trabajar), tras las reformas operadas (Ley 40/2007; Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social).

Como cierre de este breve repaso sobre las principales líneas de evolución histórica de las prestaciones por muerte y supervivencia, las modificaciones legislativas han conformado una protección social con las siguientes señas de identidad: 1) la desconexión entre el causante de la prestación y el beneficiario; 2) la pluralidad de sujetos que pueden generar derechos prestacionales tras el fallecimiento del trabajador; 3) la concurrencia entre la situaciones de necesidad presunta (que nos refieren a la idea de las prestaciones contributivas) y la prueba de la situación de necesidad real (que es característica de las prestaciones no contributivas y asistenciales); 4) la fijación de la cuantía de la prestación en función de porcentajes que se aplican a la base reguladora o al salario, según el beneficiario y el tipo de prestación; la existencia de topes máximos que limitan el importe de las prestaciones cuando concurren varios sujetos protegidos, así como el reparto de los derechos prestacionales cuando se generan varias tutelas (que evidencian la presencia de rasgos contributivos en las prestaciones por muerte y supervivencia); unos rasgos que tan sólo se matizan (incrementando la base reguladora o la cuantía) cuando se acredite la situación de necesidad real (en coherencia con las lógicas no contributivas o asistenciales); 5) las aplicación de reglas muy flexibles de compatibilidad entre otros ingresos y las prestaciones por muerte y supervivencia, sobre todo en la viudedad, y algo menos generosas en la orfandad.

Pese a estas señas de identidad comunes, el desarrollo normativo ha dado como resultado unas prestaciones diferentes, sobre todo en lo que hace a la naturaleza jurídica.

Una de carácter más contributivo, ya que la viudedad ha experimentado una transformación desde su naturaleza asistencial hacia la incorporación de rasgos contributivos, recuperando más tarde algunas notas menos contributivas o asistenciales. Otra de carácter mixto, pues la prestación de orfandad, con algún giro hacia la contributividad, siempre ha mantenido más rasgos no contributivos o asistenciales que la viudedad, pero menos que las prestaciones en favor de familiares. Y, finalmente, con una presencia mayor de los rasgos no contributivos o asistenciales, las prestaciones en favor de familiares han experimentado menos cambios normativos desde las primeras formas de aseguramiento obligatorio.

Asimismo, antes de comenzar el análisis de la regulación legal, es preciso destacar que esta evolución normativa ha dado lugar a diferentes tipos de protecciones en materia de muerte y supervivencia, al margen del auxilio por defunción: 1) la pensión vitalicia de viudedad y la prestación temporal de viudedad; 2) la pensión de orfandad, como protección vitalicia o temporal, según la edad o la incapacidad del huérfano; 3) la prestación a favor de familiares vitalicia o temporal; 4) la indemnización especial a tanto alzado, aplicable en caso de que el fallecimiento tuviera su origen en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional.

2. Los sujetos protegidos en las prestaciones por muerte y supervivencia.-

Los sistemas públicos de protección social aspiran a tutelar a todos los ciudadanos que sean residentes en un territorio, ya desempeñen o no actividades laborales, en atención al principio de universalidad. De hecho, la tutela se extiende a todos los ciudadanos, sin que tenga relevancia alguna la carrera de seguro que acredite o pueda acreditar el causante, en el nivel de protección asistencial.

Pese a lo anterior, este principio de universalidad, que se recoge en el artículo 41 de la CE, está matizado en el actual sistema de Seguridad Social, ya que la protección no comprende a todos los ciudadanos, ni tampoco se tutelan a todos los posibles beneficiarios de la misma manera. Los sujetos protegidos son los trabajadores o quienes hayan demostrado una carrera de seguros más o menos estable (artículos 7 y ss. de la LGSS). Teniendo una influencia decisiva en la protección ciertos factores, como son la edad, la capacidad para continuar desempeñando o desempeñar en el futuro actividades productivas, el nivel de rentas, el género o la responsabilidad familiar. De manera que el principio de universalidad del artículo 41 de la CE, también recogido en el artículo 2 de la LGSS, ha de entenderse como una tutela de todos los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad sobrevenidas, ya sea mediante prestaciones del nivel contributivo, o bien a través de los niveles no contributivos o asistenciales.

2.1. Los familiares del trabajador fallecido como beneficiarios.-

Como peculiaridad de las prestaciones por muerte y supervivencia, los beneficiarios de esta protección no son los trabajadores que han contribuido con una carrera de seguro más o menos estable al sistema de Seguridad Social, sino los familiares del trabajador fallecido. De manera que la relación o parentesco con el causante determina, según se desprende de la LGSS así como de las normas que completan la regulación legal de las prestaciones por muerte y supervivencia, distintas protecciones o tutelas, que se recogen de forma sintética en el siguiente cuadro:

Beneficiarios de la protección por muerte y supervivencia en el Régimen General de Seguridad Social, según el tipo de prestación

Viudedad

Cónyuge legal (por cualquiera de las formas válidas en Derecho), salvo que el fallecimiento tenga su origen en una enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal (pensión de viudedad vitalicia, salvo suspensión extinción)

Cónyuge legal con una convivencia marital mínima de un año con el causante (o dos años entre el tiempo que estuvieron como parejas de hecho y el matrimonio) o hijos con éste, cuando el fallecimiento tiene su origen en una enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo matrimonial (pensión de viudedad vitalicia, salvo suspensión extinción)

Ex-cónyuge con pensión compensatoria cuando sea exigible para acceder a la prestación (pensión de viudedad vitalicia, salvo suspensión extinción)

Ex-cónyuge sin derecho a la pensión compensatoria cuando no haya transcurrido un período de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes: a) la existencia de hijos comunes del matrimonio o, b) que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión” (pensión de viudedad vitalicia, salvo suspensión o extinción)

Ex-cónyuge sin derecho a la pensión compensatoria cuando se trate de personas con 65 o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años (pensión de viudedad vitalicia, salvo suspensión o extinción)

Contrayente de buena fe, con derecho a indemnización, en el matrimonio nulo (pensión de viudedad vitalicia, salvo suspensión o extinción)

Víctimas de la violencia de género que acrediten esta circunstancia en el momento del divorcio o de la separación legal (pensión de viudedad vitalicia, salvo suspensión o extinción)

Parejas de hecho cuando cumplan los requisitos de convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento, con una duración ininterrumpida de cinco años, inscripción o prueba de la unión durante dos años, no se encuentren impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona, y reúnan los requisitos relacionados con el desequilibrio económico o la carencia de ingresos establecidas en la ley (pensión de viudedad vitalicia, salvo suspensión o extinción)

Parejas de hecho con una convivencia acreditada de seis años anteriores al fallecimiento del causante, que tengan hijos en común con el causante, y no tengan reconocida el derecho a una pensión contributiva de la Seguridad Social (pensión de viudedad vitalicia, salvo suspensión o extinción)

Cónyuge superviviente que no acredite un “matrimonio” de un año con el causante o tener hijos comunes con éste (prestación de viudedad temporal)

Orfandad

Hijos del causante, naturales o adoptivos, nacidos antes o después del matrimonio, que sean menores de veintiún años o incapacitados para el trabajo (pensión de orfandad)

Hijos del causante, naturales o adoptivos, cuando sean mayores de veintiún años y menores de veintitrés años (huérfano simple) o de veinticinco años (huérfano absoluto) y acrediten su necesidad de quedar protegidos por el sistema de Seguridad Social (pensión de orfandad)

Hijos que el cónyuge superviviente hubiese llevado al matrimonio cuando: 1) sean menores de veintiún años o incapacitados para el trabajo, 2) cuando sean mayores de veintiún años y menores de veintitrés años (huérfano simple) o de veinticinco años (huérfano absoluto) y acrediten su necesidad de quedar protegidos por el sistema de Seguridad Social (pensión de orfandad). Además, deben reunir los siguientes requisitos: 1) el matrimonio se celebre con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento, 2) se pruebe que el beneficiario vivía con el causante y a sus expensas, 2) no tenga derecho a otra pensión de Seguridad Social, ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos (pensión de orfandad)

Prestaciones a favor de familiares
Nietos y hermanos que sean huérfanos de padre y madre, siempre que sean menores de dieciocho años o incapacitados para el trabajo, o menores de veintidós años con rentas del trabajo inferiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, que además acrediten los requisitos de dependencia económica y carencia de recursos establecidos en la ley (pensión en favor de familiares vitalicia)
Madres y abuelas que sean viudas, solteras, o casadas cuyo marido esté incapacitado para el trabajo, que acrediten los requisitos de dependencia económica y carencia de recursos establecidos en la ley (pensión en favor de familiares vitalicia)
Padres y abuelos que tengan cumplido sesenta años de edad o se hallen incapacitados para el trabajo, y acrediten los requisitos de dependencia económica y carencia de recursos establecidos en la ley (pensión en favor de familiares vitalicia)
Hijos y hermanos de pensionistas de jubilación o incapacidad permanente que sean mayores de cuarenta y cinco años, y acrediten los requisitos de dependencia económica y carencia de recursos establecidos en la ley (pensión en favor de familiares vitalicia)
Hijos y hermanos que, en la fecha del hecho causante, sean mayores de veintidós años, que además acrediten los requisitos de dependencia económica y carencia de recursos establecidos en la ley (subsidio temporal en favor de familiares)

Indemnización especial a tanto alzado
Cónyuge superviviente, sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174 de la LGSS y huérfanos (indemnización especial a tanto alzado)
Padre o madre, cuando no se generase prestaciones de viudedad y de orfandad a favor de otros beneficiarios, vivieran a expensas del trabajador fallecido, y no accedieran a las prestaciones en favor de familiares (indemnización especial a tanto alzado)

Fuente: elaboración a partir de los artículos 174, 174 bis, 175, 176, 177 de la LGSS; los artículos 10,11 y 22 y ss. de la OMS; los artículos 31, 40 y 42 del Real Decreto

3158/1966; el artículo 9 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997; la disposición adicional tercera y vigésimo cuarta de la Ley 40/2007; la disposición final tercera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos Generales del Estado; así como los artículos 97, 100, 101 y 108 del Código Civil.

Estos beneficiarios, por tanto, pueden encontrarse integrados en el sistema de Seguridad Social (antes o después de acceder a estas prestaciones por muerte y supervivencia). En cualquier caso, la protección que se les ofrece nace como un derecho derivado de un trabajador con una carrera de seguros, más o menos estable, al sistema de Seguridad Social. Con lo que estas prestaciones se apartan de la protección pura o estrictamente asistencial, donde se tutelan las necesidades de los ciudadanos nacionales, residentes en un determinado territorio o con una vinculación estable en el país, debido a que la puerta de acceso o de entrada se hace teniendo como referencia la vida laboral de un trabajador, al margen de que encontremos otros rasgos menos contributivos en las prestaciones por muerte y supervivencia.

2.2. Los requisitos de la edad, la capacidad o incapacidad para trabajar, la carencia de recursos y el vínculo con el trabajador fallecido.-

Como la protección asistencial se dirige especialmente a la tutelar las situaciones de necesidad de quienes carecen de recursos económicos propios para afrontar sus necesidades más elementales o básicas, los rasgos personales o las condiciones sociales, como son la edad, la incapacidad para trabajar o la responsabilidad familiar, tienen una presencia destacada en la definición de los sujetos protegidos en el nivel no contributivo o asistencial. A diferencia de lo que sucede en el nivel contributivo, donde estos rasgos o características tienen una presencia menor, como resultado de que la tutela nace y se justifica en atención a las aportaciones realizadas por el trabajador al sistema de Seguridad Social.

Estos requisitos personales, con independencia de que jueguen en el nivel contributivo o en el nivel no contributivo, introducen diferencias de trato, conformes con el principio de igualdad y no discriminación, siempre se traten de distinciones necesarias, razonables y proporcionadas al fin perseguido. De hecho, la edad, el grado de incapacidad laboral o de discapacidad, así como la responsabilidad familiar, justifican estas diferencias de trato en el marco de los sistemas de protección social, dada su finalidad de atender o tutelar a quienes se encuentran en una posición de especial vulnerabilidad, STC de 12 de septiembre de 1988, RTC 1015/1988 (dificultad de los incapacitados para encontrar un empleo), STC de 15 de abril de 2004, RTC 53/2004 (desempleados mayores de cincuenta y dos años), entre otras.

Pese a que estas diferencias deben dirigirse para favorecer el acceso a la Seguridad Social a quienes se encuentren en una situación de especial fragilidad (carencia de recursos presunta o real), el uso de los mencionados requisitos legales como criterio para delimitar a los beneficiarios no resulta adecuado en todos los casos, ya que estas exigencias pueden introducir diferencias de trato, contrarias al principio de igualdad, que perpetúen estereotipos sociales o prácticas discriminatorias. De tal manera que la edad, en relación con las prestaciones por muerte y supervivencia, debería mantenerse exclusivamente para delimitar la orfandad o las prestaciones en favor de familiares que

cumplen la misma finalidad de proteger a los menores. Sin embargo, puede discutirse su uso cuando se trata de establecer protecciones para las viudas o los viudos, así como para el resto de las prestaciones a favor de familiares, ya que esto podría perpetuar estereotipos sociales (como puede ser la mayor dificultad de los trabajadores de edad avanzada para participar en el empleo).

Además, en el marco de una protección que no atiende directamente al trabajador sino al familiar o familiares de éste, quizás sería conveniente sustituir el requisito de la incapacidad por el requisito de la discapacidad. Pues la incapacidad es un criterio estrictamente laboral relacionado con la reducción de la fuerza o habilidad para realizar actividades por cuenta propia o ajena, de quienes venían desempeñando actividades laborales antes de la declaración de incapacidad. Esto exige una vinculación anterior al mercado laboral que puede concurrir o no en el beneficiario de las prestaciones por muerte y supervivencia (viudo/a sin experiencia laboral anterior al fallecimiento del causante o que se encontraba inactivo en el momento del óbito, huérfano o familiares sin experiencia laboral previa). De hecho, el Tribunal Supremo, ante esta inadecuación legal y con el fin de facilitar el acceso a las prestaciones de orfandad, ha interpretado que la incapacidad no necesita incoarse por el procedimiento previsto de incapacidad, sino que puede producirse en el mismo expediente de la orfandad, STS de 4 de noviembre de 1997 (RJ 8027/1997) y STS de 10 de febrero de 1998 (RJ 1796/1998). Además, en la incapacidad laboral, se valora la disminución en el rendimiento del trabajo, según la actividad que venía desempeñando el trabajador en la empresa (artículos 143 y 148 de la LGSS); sin perjuicio de que se consideren aquellos “factores físicos, psíquicos o sensoriales” o “sociales complementarios” que concurren en el enfermo para la determinación del grado de “incapacidad” en las prestaciones no contributivas (art. 143 de la LGSS). Por el contrario, la discapacidad es un criterio de protección más asistencial, relacionado con las limitaciones para desarrollar las actividades o tareas que en términos generales puede desempeñar la población activa (incluyendo aquí las dificultades para trabajar), STS de 21 de marzo de 2007 (RJ 3539/2007) y STS de 29 de enero de 2008 (RJ 2063/2008). De manera que la tutela de los huérfanos “discapacitados” resultaría más adecuada en el marco de una protección social, como lo son las prestaciones por muerte y supervivencia de la LGSS, que tratan de amparar situaciones de especial vulnerabilidad, cuando introducen la “incapacidad” como exigencia legal para causarlas.

Otros requisitos, como el sexo, que habían existido en las primeras regulaciones sobre la materia, con el fin de conceder más protección a las mujeres, dada sus dificultades para participar en el mercado laboral y la especial situación de vulnerabilidad tras el fallecimiento del familiar del que dependían, se han eliminado de las prestaciones de viudedad por considerarse estos requisitos contrarios al principio de igualdad y no discriminación, STC de 22 de noviembre de 1983 (RTC 103/1983) y la STC de 23 de noviembre de 1983 (RTC 104/1983). Pese a lo anterior, como se desprende de la regulación legal, subsisten en la prestación a favor de familiares, sin que se haya valorado suficientemente la necesidad de ajustar estas prestaciones al principio de igualdad y no discriminación. En este contexto, la corrección legal efectuada en las normas que contenían medidas tuitivas o protectoras para las mujeres ha hecho que el sexo no sea un factor determinante para regular distintos niveles de protección en los sistemas de Seguridad Social, ni siquiera en el nivel no contributivo. Con la única excepción, como es lógico, de la protección por maternidad que supone una tutela

directa a la mujer embarazada o a la madre. Existiendo razones que justifican suficientemente esta orientación legislativa, ya que la opción contraria supone una tutela que podrá actuar en muchas ocasiones de forma correcta, pero que en otras creará una sobre-protección del beneficiario (la mujer que reciba la prestación) e infra-protección de otros (el hombre que precise esta protección y no pueda acceder como consecuencia de su género). Tratándose de una orientación legal acorde con el ordenamiento español y el ordenamiento comunitario, donde se han ido eliminando las diferencias de trato que perjudicaban a la mujer o limitaban su presencia en el mercado laboral. Y con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha justificado tan sólo de forma excepcional la introducción de medidas de acción positiva favorables a las mujeres en el ámbito de la Seguridad Social, con el fin de evitar que sus dificultades históricas de participación laboral les impidan un acceso a la protección social en similares condiciones a los hombres, STJCE de 7 de julio de 1992 (C-9/91), *Equal opportunity*; STJCE de 27 de abril de 2006 (C-423/04), *Richards*; STJCE de 4 de marzo de 2004 (C-303/02), *Hackert*; STJCE de 13 de diciembre de 2001 (C-206/00), *Mouflin*.

Otros requisitos personales, como el vínculo de parentesco entre el causante y el beneficiario, concurren en las prestaciones de muerte y supervivencia por su finalidad de proteger a los allegados o a los familiares del trabajador fallecido, con el fin de evitar una excesiva ampliación de los beneficiarios de las prestaciones por muerte y supervivencia.

Cuando se tratan de requisitos de filiación o vínculo de unión con el causante, sin embargo, resulta menos razonable que se establezcan diferencias de trato entre los familiares del trabajador fallecido; sobre todo cuando se incorporan requisitos, como el vínculo matrimonial o la filiación, que difícilmente pueden justificar una tutela distinta en el sistema de Seguridad Social. Pues, la protección en el brazo contributivo debe dirigirse, al menos en el plano teórico, a la tutela de los riesgos profesionales o comunes que puedan significar una merma o carencia de rentas para quienes han estado soportando y contribuyendo al sistema de Seguridad Social (situación de necesidad presunta). En el nivel asistencial, sin embargo, la protección debe orientarse o tender hacia la tutela de todos los ciudadanos que se encuentren en una situación de necesidad real, lo que favorece la incorporación de requisitos como la edad, la discapacidad o la residencia en un determinado territorio. Y, en el nivel no contributivo, deben combinarse ambas protecciones: de un lado, la tutela de los trabajadores incluidos en el sistema de Seguridad Social ante situaciones de necesidad real; de otro lado, la introducción de rasgos referidos a la idea de ciudadanía para facilitar una protección a los trabajadores que han contribuido al sistema.

De manera que algunos requisitos, como la filiación o la unión matrimonial con el causante, más allá de la acreditación del vínculo familiar o la limitación necesaria en el grado de parentesco, no deberían emplearse para establecer diferencias entre los familiares del trabajador. A este respecto, la STC de 21 de mayo de 2006 (RTC 154/2006) consideró discriminatorio incorporar requisitos distintos, en función de si los hijos son fruto de uniones matrimoniales o extra-matrimoniales, para causar la indemnización a tanto alzado correspondiente a los huérfanos, cuando el fallecimiento tuviera su origen en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional. En el mismo sentido que otros pronunciamiento del Tribunal Constitucional también incluyen, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, a la igualdad entre

las distintas clases o modalidades de filiación, STC de 17 de febrero de 1994, RTC 7/1994; STC de 21 de abril de 1997 (RTC 74/1997); STC de 18 de marzo de 1998 (RTC 67/1998). Pese a lo anterior, el vínculo entre quienes conviven como pareja (uniones matrimoniales o no matrimoniales) se ha considerado como un criterio válido para establecer diferencias en lo que hace a los requisitos exigidos para causar la viudedad, aunque algunas uniones disfruten de peor protección que otras formas de convivencia (particularmente desfavorecidas, como se sabe, están las parejas de hecho por esta razón), ATC de 10 de mayo de 2005 (JUR 150362/2005).

Todos los requisitos mencionados, no obstante, concurren en las prestaciones por muerte y supervivencia, aunque tengan un protagonismo distinto, según el tipo de beneficiario o de prestación, como se extrae de los artículos 174 y ss. de la LGSS, del artículo 1 y ss. de la OMS, del artículo 29 y ss. del Real Decreto 3158/1966, así como del artículo 9 del Real Decreto 1647/1997, que disponen distintas protecciones en función de la edad, la capacidad para trabajar, el género, el grado de parentesco, el vínculo matrimonial o extra-matrimonial, la filiación.

Centrándonos en la influencia que tienen estas exigencias en el acceso o disfrute de las prestaciones por muerte y supervivencia, la regulación actual de la prestación de viudedad no exige, a diferencia de lo que ocurría en las primeras normas que ordenaron esta prestación y sucede con las prestaciones de orfandad y en favor de familiares, la concurrencia de otros requisitos distintos al matrimonio o la convivencia de hecho con el causante, como la edad, la incapacidad, e incluso se puede afirmar que la responsabilidad familiar tan sólo es importante cuando el matrimonio haya durado poco tiempo, en cuyo caso se accederá a la prestación de viudedad temporal regulada en el artículo 174 bis de la LGSS, y no a la vitalicia. Otra cuestión distinta es que estos requisitos (la edad, la incapacidad y la responsabilidad familiar) se exijan o se tenga en cuenta para incrementar la cuantía de la prestación de viudedad, ya sea mediante el aumento de la base reguladora (donde encontramos claramente un rasgo no contributivo o asistencial), o bien mediante el complemento a mínimos aplicable a la cuantía percibida por el beneficiario (que matiza la idea de contributividad o aportación al sistema, precisamente para garantizar unas prestaciones contributivas suficientes). Asimismo, se debe tener en cuenta que la regulación legal establece diferentes requisitos en función del vínculo con el causante, creando distintas situaciones de protección para un mismo hecho. De esta forma, los cónyuges legales acceden sin demostrar la carencia de recursos económicos (situación de necesidad presunta), mientras que precisan la acreditación de requisitos distintos otros beneficiarios: los ex-cónyuges (dependencia y desequilibrio económico) o las parejas de hecho (desequilibrio económico).

Por lo que se refiere a la orfandad y a la prestación en favor de familiares, la edad, la capacidad para trabajar y la carencia de recursos económicos suficientes, sin embargo, tienen una influencia mayor que en la viudedad. De un lado, la pensión de orfandad se fijan en atención a la edad, que se establece en términos generales en veintiún años para el huérfano simple, aunque se puede incrementar cuando el huérfano estuviera cursando estudios, hasta los veintitrés años en la orfandad simple (con el incremento progresivo previsto a los veinticuatro años durante 2013 y a los veinticinco años durante 2014) y los veinticinco años en la orfandad absoluta (artículo 175.1 y 2 de la LGSS, Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización de la

Seguridad Social). De otro lado, la incapacidad permanente permite causar la pensión de orfandad sin límite de edad (artículo 175.1 de la LGSS; Real Decreto 1647/1997).

Y, en relación con las prestaciones en favor de familiares, la edad del beneficiario y la capacidad para trabajar resultan determinantes para acceder a la prestación. Además, como refuerzo a las notas no contributivas y asistenciales, se exige directamente probar la situación de dependencia económica antes del fallecimiento y la carencia de recursos después del óbito (artículos 22 y 25 de la OMS).

3. Las situaciones protegidas en las prestaciones de muerte y supervivencia: necesidad “presunta” y prueba de la necesidad “real”.-

Como se dispone en el artículo 41 de la CE, la Seguridad Social tutela las situaciones de necesidad que se producen tras la actualización de los riesgos sociales previstos: “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (...)”. De manera que, tanto en el nivel contributivo como en el nivel no contributivo, se tutelan, en aplicación de este precepto, las situaciones de necesidad de los beneficiarios del sistema de protección social. A pesar de que se establezcan una serie de presunciones en las prestaciones contributivas del sistema de Seguridad Social, basadas en la inmediata aportación o en la contribución periódica que los trabajadores realizan al sistema de Seguridad Social, que eximen completamente al beneficiario de la demostración o la prueba sobre la carencia de recursos económicos tras la actualización del riesgo social. Se supone o presume, en este contexto, que quien aporta al sistema de Seguridad Social, con las rentas derivadas de su trabajo, y no puede desempeñar de forma temporal o definitiva la actividad que venía realizando, se encuentra en una situación de necesidad. A diferencia de lo que sucede con las prestaciones no contributivas, donde se parte siempre de la inestable participación laboral del causante, que se deduce de una carrera de seguros menos completa, lo que justifica una protección que únicamente atienda a las situaciones de vulnerabilidad probadas por el causante (situación de necesidad real). Con ello se logra facilitar la gestión del sistema de Seguridad Social, eximiendo al beneficiario de las prestaciones contributiva de que pruebe su carencia de recursos económicos suficientes (situación de necesidad presunta).

Estas situaciones de necesidad presunta y real se relacionan con la disminución de ingresos o el exceso del gasto producido por la actualización el riesgo social. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, precisamente en relación con las prestaciones de muerte y supervivencia, “nuestra normativa legal no se basa en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos o un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia”, STC de 17 de julio de 1983 (RTC 103/1983). De manera que, tanto en el nivel contributivo como en el nivel no contributivo, se atiende a esa carencia de recursos económicos que se origina por la actualización del riesgo social, aunque la situación de necesidad se presume para quienes hayan realizado una aportación más estable al sistema de Seguridad Social (prestaciones contributivas), y se exija la acreditación de la situación de necesidad real para quienes tienen una carrera de seguros más inestable (prestaciones no contributivas).

Partiendo de estas ideas, en las prestaciones por muerte y supervivencia, como comprobaremos a continuación, concurren ambas lógicas, sin que estas diferencias se relacionen con factores de índole contributiva o asistencial. De hecho, se exigen los mismos requisitos en relación con la carrera de seguro (alta, cotización, períodos de carencia) en todas las prestaciones de muerte y supervivencia. Por lo que es muy llamativo, no sólo que se establezcan distintas reglas para algunas de estas tutelas, sino que además se utilicen en algunas prestaciones, como la viudedad o la orfandad, ambos criterios: presunción de la situación de necesidad (que es propio de las prestaciones contributivas) y prueba de la carencia de recursos o situación de necesidad real (que es característico de las prestaciones no contributivas y de la protección social), como se podrá comprobar en el estudio que se realiza a continuación.

3.1. Irrelevancia de la dependencia económica y de la carencia de recursos en las prestaciones de viudedad y de orfandad: la tutela de las situaciones de necesidad presunta derivadas del fallecimiento del trabajador.-

1. De acuerdo con el artículo 174 de la LGSS, quienes hayan contraído matrimonio, por cualquiera de las formas válidas en Derecho, tendrán derecho a recibir una pensión de viudedad vitalicia. Asimismo, cuando el fallecimiento tenga su origen en una enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo matrimonial, podrán acceder a esta misma protección quienes acrediten una convivencia marital mínima de un año con el causante (o dos años entre el tiempo que estuvieron como parejas de hecho y el matrimonio) o, alternativamente, la existencia de hijos en común. A esta pensión de viudedad vitalicia también acceden quienes, habiendo contraído matrimonio mediante un rito religioso sin efecto civil, no hayan inscrito su unión matrimonial en el Registro correspondiente, pero acrediten su relación marital con el trabajador fallecido, STC de 15 de noviembre de 2004 (RTC 199/2004).

Como se puede deducir de los criterios mencionados, el género, la edad o la capacidad para trabajar no son determinantes para causar esta prestación de viudedad vitalicia, a diferencia de lo que sucedía en las primeras regulaciones. Siendo la responsabilidad familiar un criterio que puede jugar sólo de forma marginal, cuando el fallecimiento se produjera por una enfermedad común anterior al vínculo conyugal y el matrimonio haya tenido una duración breve (menos de un año o de dos), en cuyo caso se exigirá que existan hijos en común.

De manera que, en lo que aquí interesa, los criterios dispuestos se basan en rasgos nada relacionados con la idea de protección asistencial. De hecho, como se extrae del artículo 174 de la LGSS, el beneficiario no tiene que demostrar la carencia de recursos económicos suficientes, ni en el momento del fallecimiento ni durante la vigencia de la viudedad. Pues el acceso se basa en una presunción sobre la situación de necesidad de los mencionados beneficiarios.

2. Asimismo, el ex-cónyuge puede generar el derecho a una pensión de viudedad vitalicia sin acreditar la percepción de la pensión compensatoria, ni tampoco la carencia real de recursos económicos suficientes, de acuerdo con la disposición final tercera, de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado. Puesto que, en los casos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, la pensión compensatoria no se exige para causar la pensión de viudedad en los siguientes

casos: “cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un período de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes: a) la existencia de hijos comunes del matrimonio, o b) que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión”. En la misma dirección, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, también permite el acceso a la pensión viudedad cuando la separación judicial y divorcio se produjera antes del 1 de enero de 2008, aunque no se haya generado la pensión compensatoria a favor del ex-cónyuge: “siempre que se trate de personas con 65 o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años”.

Con ello, se atiende a una situación de necesidad presunta. En el primero de los casos, la protección introduce rasgos claramente asistenciales, presumiendo que la responsabilidad familiar o el cumplimiento de la edad genera una situación de mayor vulnerabilidad. En el segundo de los casos, el requisito de la edad se une además a la carencia de otra prestación con la que cubrir los gastos cotidianos, aunque no se exige demostrar la carencia de recursos económicos, tampoco podemos afirmar que se trate de una protección desligada de la situación de necesidad, al menos en la mayoría de los casos. Pues la condición de no tener derecho a una pensión pública, nos recuerda a las protecciones no contributivas e incluso a las asistenciales, haciendo que la tutela ofrecida sea generalmente muy marginal y para atender a situaciones extremas. Pese a que el diseño legal quizás precisaría una reforma para acentuar, si ésta fue la intención del legislador, la función de atender a la carencia real de recursos económicos suficientes que pueden sufrir los viudos en estos casos. Mientras que la modificación no se produzca, por tanto, la redacción legal permite afirmar, al igual que sucede en el resto de los supuestos antes mencionados, que nos encontramos ante la protección de una situación de necesidad presunta.

3. También acceden a la pensión de viudedad vitalicia sin demostrar la carencia de recursos o el devengo de la pensión compensatoria las víctimas de la violencia de género que acreditaran esta circunstancia en el momento de la separación judicial o del divorcio, mediante una sentencia firme, la orden de protección dictada a su favor, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de tales indicios, así como cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho (artículo 174.2 de la LGSS).

Esta protección, no obstante, se ha reservado exclusivamente para las mujeres, como se deduce del término “víctima de la violencia de género”, mucho más restrictivo que “violencia doméstica”, donde se incluirían las agresiones entre las parejas del mismo sexo o la violencia ejercida por la mujer. Es preciso tener en cuenta, en este sentido, que el Tribunal Constitucional ha considerado ajustado al principio de igualdad y no discriminación la fijación de penas diferentes según si el sujeto activo y pasivo de la agresión es hombre o mujer, cuando se imponen penas superiores para los hombres que agraden a las mujeres con las que mantienen una relación afectiva, STC de 14 de mayo de 2008 (RTC 59/2008). Como apoyo a esta tesis, en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se han dispuesto medidas que favorecen exclusivamente a las mujeres que hayan sufrido una agresión de su pareja (víctimas de la violencia de

género), sin que los hombres u otro tipo de víctimas de la violencia doméstica hayan accedido a esta tutela. Pese a lo anterior, las diferencias de trato entre los hombres y las mujeres, en el marco de una protección social como las prestaciones de viudedad, parecen poco razonables o justificadas. Dado que, tras el fallecimiento del trabajador, la víctima de la violencia doméstica, con independencia del género, se puede encontrar en la misma situación de vulnerabilidad.

4. Este acceso automático a la viudedad también se produce en el caso del “cónyuge superviviente” que no acredite un “matrimonio” de un año con el causante o, alternativamente, tener hijos en común. De conformidad con el artículo 174 *bis* de la LGSS, podrán acceder a la prestación temporal de viudedad, correspondiéndoles una prestación en la cuantía que hubieran generado con la viudedad, pero con una duración de dos años. Tratándose de una protección que recuerda a las primeras regulaciones de la prestación de viudedad, donde también se limitaba la protección durante un período de tiempo determinado; sin que además fuera necesario acreditar la situación de necesidad real.

5. Asimismo, la “pensión de viudedad en supuestos especiales” se causa cuando: a) el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida como pareja de hecho, en los términos establecidos en el artículo 174.3 de la LGSS, con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste; b) el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos en común; c) el beneficiario no pueda acceder a la pensión de viudedad legal prevista en el artículo 174.1 de la LGSS, ni tenga reconocida el derecho a otra “pensión contributiva” del sistema de Seguridad Social (disposición adicional tercera de la Ley 40/2007). En este caso, como en los anteriores, los posibles beneficiarios de la viudedad tampoco tienen que acreditar la carencia de medios materiales suficientes para afrontar sus gastos más básicos, sino tan sólo la concurrencia de los requisitos antes señalados que se concretan en una cierta estabilidad matrimonial o los hijos habidos en común. Estas exigencias legales, como puede se comprobar, tampoco hacen referencia a la situación de vulnerabilidad, sino tan sólo a la imposibilidad de acceder a la prestación de viudedad o a cualquiera otra prestación de naturaleza contributiva.

6. Del mismo modo, el acceso automático también se produce en la pensión de orfandad que beneficia a “cada uno de los hijos del causante”, ya sean naturales o adoptivos, sin que puedan imponerse requisitos legales distintos a uno u a otros, STC de 22 de marzo de 1999 (RTC 46/1999), STC de 4 de octubre de 2001 (RTC 200/2001), STC de 22 de mayo de 2006 (RTC 154/2006); siempre que se trate de menores de veintiún años o mayores de esta edad que tengan reducida su capacidad para el trabajo (artículo 175.1 de la LGSS y artículo 9.1 del Real Decreto 1647/1997). También accederán, en las mismas condiciones, los hijos adoptados por el causante, por su equiparación plena con los hijos naturales, de acuerdo con el artículo 108 del Código Civil. Asimismo, según el artículo 3 de la OMS, los hijos del causante nacidos después del matrimonio, siempre que se trate de menores de veintiún años o mayores de esta edad que tengan reducida su capacidad para el trabajo, tampoco tienen que demostrar la carencia de recursos económicos suficientes: “las prestaciones enumeradas en el artículo 1 se entenderán causadas, siempre que concurren las condiciones que para cada una de ellas se señalan en los capítulos siguientes, en la fecha en que se produzca el fallecimiento del sujeto causante, salvo para la pensión de orfandad, cuando el beneficiario sea hijo póstumo, en

cuyo caso se entenderá causada en la fecha de su nacimiento” (artículo 3 de la OMS). Sin embargo, de acuerdo con la legislación vigente, la pensión de orfandad no se causa a favor de los acogidos temporales o permanentes, STS de 3 noviembre 2004 (RJ 8008/2004), ni tampoco acceden a la pensión de orfandad los hijos prodigados o los pupilos; con lo que éstos se encuentran totalmente excluidos de la protección por de orfandad.

Todos los requisitos mencionados establecen una presunción sobre la carencia de recursos económicos. Esto explica que el huérfano perciba la prestación con independencia de su nivel de ingresos, tanto en el momento del óbito como durante su devengo. Pues, como se indicará en el apartado dedicado a la compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones por muerte y supervivencia, en el caso de los menores de veintiún años o incapacitados, la pensión es compatible con otras rentas e ingresos.

7. Además, las indemnizaciones a tanto alzado previstas en el artículo 177 de la LGSS a favor de “el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174 y los huérfanos”, cuando el fallecimiento tuviera su origen en una causa o motivo profesional (accidente de trabajo o enfermedad profesional), se generan también sin que el beneficiario se encuentre obligado a probar o demostrar la carencia de medios materiales necesarios para hacer frente a sus necesidades económicas más elementales.

En este caso, como en todos los casos mencionados hasta el momento, la regulación establece una serie de presunciones sobre la situación de necesidad de los beneficiarios, que les exime de probar su carencia de recursos económicos suficientes tras el fallecimiento del trabajador (tanto en el momento en el que solicitan la prestación como durante todo el tiempo de devengo). De manera que se hace referencia a una cuestión de desequilibrio que puede ser o no meramente temporal, relacionada con la merma de ingresos económicos o el incremento de gastos, cuando el trabajador fallece. Tratándose de una foto fija donde no se consideran las circunstancias reales que sobrevienen después del óbito, ni tampoco lo que sucede años después. A pesar de que el hogar familiar se quiebra al principio, cuando se produce el fallecimiento, por la ausencia del causante. Pero este desequilibrio económico puede o no mantenerse durante el tiempo en que se devengan las prestaciones por muerte y supervivencia. Pueden acaecer, en este sentido, sucesos muy dispares que alteren la situación originaria de ausencia de recursos económicos suficientes causada por el fallecimiento del trabajador. Pero, como no se exige control al respecto, la prestación se puede devengar, aunque el beneficiario tenga recursos económicos suficientes (incluso abundantes) para satisfacer sus necesidades básicas.

Es cierto que la percepción o el devengo de prestaciones sin controlar el destino final sucede también en otras prestaciones contributivas distintas a la viudedad y a la orfandad. Sin embargo, en el caso de las prestaciones de muerte y supervivencia, resulta más discutible por la posibilidad que aún tienen los beneficiarios de generar otros ingresos económicos (incluso otras prestaciones de la Seguridad Social).

3.2. La pensión compensatoria como requisito ajeno a los rasgos contributivos y asistenciales, la merma de ingresos o los ingresos ligeramente superiores al smi: el desequilibrio económico como situación de necesidad presunta.-

Frente a las situaciones de necesidad económica presunta analizadas en el apartado anterior, otras prestaciones por muerte y supervivencia disponen requisitos propios que condicionan el acceso a la protección dispensada atendiendo, de una forma más directa y expresa, al desequilibrio económico producido tras el fallecimiento del trabajador.

1. En este sentido, el ex-cónyuge en la prestación vitalicia de viudedad, según el artículo 174.2 de la LGSS, debe acreditar que recibía la pensión compensatoria acordada o fijada judicialmente como resultado de la extinción del vínculo conyugal cuando fallece el causante, salvo que en los casos analizados con anterioridad. A estos efectos, algunas CCAA han regulado el régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho estableciendo, en caso de ruptura de la unión entre los convivientes no casados, un derecho económico similar a la pensión compensatoria prevista para las uniones matrimoniales con efectos civiles, SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2008 (AC 652/2008). Esto provoca dudas relacionadas con la posibilidad de extender el derecho a la pensión de viudedad, previsto exclusivamente para las uniones matrimoniales que atraviesan por la separación o el divorcio, a las ex-parejas de hecho, cuando tras la ruptura disfruten de una pensión de compensatoria similar a la existente para los matrimonios con efecto civil que también se extingue como consecuencia del fallecimiento del ex-cónyuge.

Dejando al margen esta cuestión, en lo que aquí interesa, la prestación de viudedad vitalicia generada como resultado de la pérdida de la pensión compensatoria atiende al desequilibrio económico causado por el fallecimiento del ex-cónyuge con una carrera de seguros más o menos estable; sin que tenga una especial significación la situación de necesidad del posible beneficiario de la pensión de viudedad, STS de 9 de febrero de 2010 (RJ 526/2010). Pues, como se deduce del artículo 97 del Código Civil, la pensión compensatoria trata de hacer frente a un desequilibrio económico originado como resultado de la ruptura matrimonial, con una asignación, a favor de quien sufre la merma en su patrimonio, de unos ingresos temporales o periódicos: “el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”.

Es más, la pensión compensatoria, cuando no existe acuerdo entre los cónyuges, se fija judicialmente, según unos requisitos legales que, como se extrae del artículo 97 del Código Civil, responden sólo en algunas ocasiones al riesgo de encontrarse en una situación de necesidad presunta o real (la edad, el estado de salud, la capacidad para trabajar, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación en el futuro a la familia, la pérdida de un eventual derecho a pensión, el caudal y los medios económicos con los que hacer frente a los gastos, así como las necesidades de uno y otro cónyuge), mientras que otros parámetros se refieren más directamente a la colaboración en el sostenimiento del hogar familiar (la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, la dedicación al cuidado de la familia durante la vigencia del matrimonio, la colaboración en las actividades mercantiles, industriales o

profesionales del otro cónyuge). Precisamente, de entre todos los criterios legales mencionados, el Tribunal Supremo ha considerado que el desequilibrio económico debe cuantificarse o valorarse, en relación con el cálculo de la pensión compensatoria, atendiendo especialmente a la dedicación a la familia durante la vigencia del matrimonio, así como a la colaboración en las actividades del otro cónyuge, STS de 19 de enero de 2010 (RJ 864/2010), lo que hace aún más discutible esta conexión legal entre pensión compensatoria y protección social ante situaciones de necesidad.

Esta idea de desequilibrio económico, originado por una causa que puede o no tener relación con carencia de recursos económicos suficientes del ex-cónyuge que sufre una pérdida o merma patrimonial por la ruptura, igualmente se extrae de su dinámica. La pensión compensatoria, en este sentido, se mantiene siempre que se permanezca este desequilibrio económico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 del Código Civil, “el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona”. Esto puede suceder por una mejora patrimonial de quien recibía la pensión compensatoria, pero simplemente como consecuencia de una situación económica menos favorable para quien la abonaba.

Por lo que el uso de la pensión compensatoria como requisito para acceder a la pensión de viudedad, que se encuentra ligado al desequilibrio económico causado por la ruptura y no estrictamente a la dependencia económica del otro cónyuge, puede crear situaciones realmente injustas. Pues introduce criterios de Derecho Civil Patrimonial poco acordes con los principios que inspiran el sistema de Seguridad Social. De un lado, la fijación de la pensión compensatoria parte de un desequilibrio económico, que puede significar una situación de precariedad o vulnerabilidad sobrevenida tras la ruptura matrimonial (para el ex-cónyuge); pero también puede atribuirse esta pensión compensatoria sin necesidad de acreditar esa necesidad de recursos económicos suficientes, simplemente porque uno de los cónyuges obtenga generalmente unos ingresos económicos relevantes. Por otro lado, el mantenimiento de la pensión compensatoria está ligado a los recursos económicos que generen en el futuro los ex-cónyuges, de conformidad con el artículo 100 del Código Civil, que admite cambios derivados de circunstancias sobrevenidas en el patrimonio del ex-cónyuge que abona la pensión compensatoria o del ex-cónyuge que la percibe: “fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge”. Por tanto, la prestación de viudedad, en el caso de las rupturas matrimoniales, impone un requisito de acceso poco ajustado con los principios de la Seguridad Social.

Además de lo anterior, como se ha indicado, la prestación de viudedad que se genera a favor del ex-cónyuge es de carácter vitalicio. No obstante, la pensión compensatoria puede tener una vigencia temporal en su fijación inicial, ya sea porque el desequilibrio económico entre los cónyuges no sea muy relevante, o bien porque se fije su devengo temporal en atención a la edad o la capacidad para trabajar del beneficiario, STS de 5 de septiembre de 2011 (RJ 5677/2011). Además, como se ha indicado, la pensión compensatoria puede extinguirse cuando desaparezca la causa que la originó (artículo 101 del Código Civil). Por el contrario, la prestación de viudedad que se reconoce para el ex-cónyuge es de carácter vitalicio.

2. En el caso de la nulidad matrimonial, el acceso a la pensión vitalicia de viudedad se condiciona a que el contrayente de buena fe tuviera derecho a la “indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil” (artículo 174.2 de la LGSS). En este sentido, para causar esta indemnización, el artículo 98 del Código Civil exige, además de la convivencia matrimonial, que hubiera concurrido buena fe en el beneficiario cuando contrajo el matrimonio declarado posteriormente nulo. De manera que estamos en una situación distinta al reconocimiento de la pensión compensatoria, pues se trata de una indemnización dirigida a compensar al contrayente de buena fe por los efectos perjudiciales derivados de la declaración de nulidad, que pueden responder al desequilibrio económico en los mismos términos que la pensión compensatoria (artículo 98 del CC en conexión con el artículo 97 del mismo texto legal), pero también a los daños morales sufridos como consecuencia de la actitud del otro contrayente. Además, se trata de una indemnización a tanto alzado, salvo pacto en contrario, que poco se relaciona con el concepto de renta generalmente periódica de las prestaciones insertas en el marco de la Seguridad Social. Al margen de que también pueda igualmente considerarse poco ajustado el uso de la indemnización prevista en el artículo 98 del Código Civil, que responde a una idea de Derecho Patrimonial, como condición de acceso a las prestaciones de Seguridad Social.

En ambos casos, se debe tener en cuenta que todas las protecciones relacionadas con la crisis matrimonial, como se deduce de las causas de extinción previstas legalmente, quedan condicionadas a que el viudo no contraiga nuevas nupcias, salvo que exista o se acredite una situación de necesidad real (artículo 11 de la OMS), lo que sí haría que la pensión de viudedad de los ex-cónyuges funcionara como una prestación asistencial. Se introduce, de esa forma, un criterio racional, de recorte de la protección social, cuyo fundamento se encuentra en la propia lógica de la prestación de viudedad: el auxilio de quien depende económicamente del cónyuge fallecido, aunque en este caso no conviva con el causante como consecuencia de la separación o el divorcio, pero que percibe unas rentas temporales o vitalicias de éste. Por lo que se debería reflexionar sobre si la carencia de recursos suficientes, en el caso de las rupturas y nulidades matrimoniales, deben acreditarse para evitar que la Seguridad Social atienda a situaciones escasamente relacionadas con sus principios básicos.

3. Asimismo, el artículo 174.3 de la LGSS también les reconoce el derecho a la pensión de viudedad vitalicia al sobreviviente de la pareja de hecho, que se define en la norma como la forma de convivencia “constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”. El Tribunal Supremo, con el fin de extender la protección a quienes son reticentes a formalizar el vínculo conyugal, ha matizado el requisito de la acreditación mediante el certificado de empadronamiento previsto en la norma, permitiendo que se

demuestre mediante cualquier otro medio de prueba válido en el ordenamiento jurídico, STS de 12 noviembre 2010 (RJ 8836/2010), como se estudiará con más detalle en la parte del presente informe dedicada al análisis de las parejas de hecho. De manera que, salvo en la convivencia oculta o poco visible hacia el exterior donde resulta difícil probar la relación afectiva, la mayoría de los convivientes de hecho que demuestren una unión prologada con el trabajador fallecido tienen reconocido el derecho a causar la pensión de viudedad.

Al igual que sucede con las ex-cónyuges, el acceso a la viudedad se condiciona a rasgos relacionados con el desequilibrio económico o el empobrecimiento causado por el fallecimiento. Pues se exige que el beneficiario de la pensión de viudedad acredite alternativamente las siguientes circunstancias: a) “sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período”, siendo del 25 por ciento en el caso de que el matrimonio no tenga hijos comunes; b) “los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1’5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante”, incrementado en 0’5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente; un importe que se exige tanto en el momento del hecho causante como durante el período de su percepción (artículo 174.3 de la LGSS).

De hecho, las referencias a la disminución patrimonial pueden conectarse fácilmente con el desequilibrio económico o el empobrecimiento que sufre quien convivía con el causante. Pues los ingresos del beneficiario pueden ser inferiores al límite del 50%, sin que esto suponga necesariamente una situación de necesidad, incluso si este parámetro se incrementa por los hijos habidos con pensión de orfandad. Al mismo tiempo que la referencia al 1’5 del salario mínimo interprofesional, o cuantía superior en caso de hijos en común con el causante, se trata de una cantidad más elevada a la que se utiliza habitualmente como módulo en las situaciones de necesidad real, lo que indica su escasa relación con una situación de vulnerabilidad o precariedad absoluta. Pese a que, en este último caso, nos acercamos mucho a la protección asistencial así como a la tutela frente a situaciones de necesidad real, ya que estas parejas de hecho estarán obligadas, como sucede en las prestaciones no contributivas y asistenciales, a la prueba constante de que se encuentran en la misma situación que les dio acceso a la viudedad.

De manera que la redacción legal, en la mayoría de los casos, parece referirse más bien a la pérdida de un cierto nivel adquisitivo. Pese a que el desequilibrio económico o empobrecimiento real no sean sinónimos de la carencia de recursos económicos o de la necesidad de protección social mediante la prestación de viudedad siempre. De hecho, el único criterio que se tiene en cuenta para incrementar la cuantía, en ambos casos, es la responsabilidad familiar de los hijos con pensión de orfandad, sin que se tenga en cuenta otros familiares u otros hijos no reconocidos por el causante pero integrados en el matrimonio, pese a que esto justificaría la necesidad de más recursos económicos.

Esta función de atender el desequilibrio económico o el empobrecimiento es completamente distinta a la asignada, al menos en las primeras regulaciones legales, a la pensión de viudedad, cuya tutela se encontraba más ligada a la carencia de recursos económicos, simplemente porque el fallecimiento del trabajador que sostenía el hogar familiar provocaba esa situación de necesidad, aunque tampoco se precisara la prueba

de medios materiales suficientes. Por tanto, como en las protecciones de viudedad ya estudiadas, en el caso de las parejas de hecho que acceden demostrando el desequilibrio económico (50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período o el 25 por ciento cuando no tengan hijos comunes), la regulación legal tampoco considera que el quebranto económico puede ser temporal.

4. Además de las pensiones de viudedad antes analizadas cuyo acceso se condiciona al desequilibrio económico, la pensión de orfandad también se concede en estos casos a los hijos que el cónyuge superviviente hubiese llevado al matrimonio, cuando: a) el matrimonio se hubiera celebrado con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante, b) se pruebe que el beneficiario vivía con el causante y a sus expensas, c) el hijo llevado al matrimonio no tenga derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos (artículo 9.3 del Real Decreto 1647/1997). En estos casos, el legislador también tutela una situación de necesidad presunta, derivada del fallecimiento de quien contribuía al auxilio del hogar familiar y la carencia de otras formas de tutela (prestaciones o familiares), eximiendo al huérfano de acreditar la ausencia de recursos económicos suficientes. Constatado el deceso así como los anteriores requisitos, en efecto, nace la prestación a favor del huérfano llevado al matrimonio. Pero, en ningún momento, se le exige la prueba de la carencia de recursos materiales para hacer frente a los gastos más elementales. En este sentido, la ausencia de otras prestaciones o de familiares con obligación de prestarles alimentos no es un indicio suficiente para concluir que el huérfano se encuentra siempre en una situación precaria. El desequilibrio económico, por tanto, puede o no relacionarse con una situación de necesidad cierta durante el transcurso de la prestación.

Pese a que, como ya sucediera con algunos beneficiarios de la pensión de viudedad, se establece un acceso condicionado, donde se resaltan más los requisitos asistenciales de la orfandad, al exigir que el beneficiario demuestre la necesidad de vivir a expensas del trabajador fallecido, de manera que los rasgos no contributivos o asistenciales se hacen más intensos en esta pensión de orfandad. No obstante, al mismo tiempo que se exigen estos requisitos, también se impone acreditar que el matrimonio se celebró dos años antes del fallecimiento del causante, lo que resulta incoherente con la situación de necesidad en la que pueden encontrarse los huérfanos, sobre todo porque la pensión de orfandad trata de paliar una situación de vulnerabilidad que claramente concurre en el caso de los menores de ciertas edades.

De manera que, tanto en este caso como en los estudiados en este apartado, se atiende al desequilibrio económico, imponiendo una serie de requisitos que amparan situaciones de necesidad presuntas, que pueden o no traducirse en una ausencia de recursos económicos suficientes con los que afrontar los gastos básicos. Como sucede con las otras situaciones de necesidad presunta, que fueron analizadas en el anterior apartado, los beneficiarios no tendrán que demostrar la carencia de recursos económicos suficientes, ni en el momento del hecho causante ni durante el devengo de la prestación.

3.3. La necesidad económica posterior al fallecimiento como criterio de acceso a las prestaciones de muerte y supervivencia: la tutela de las situaciones de necesidad real.-

Otras prestaciones por muerte y supervivencia contienen requisitos de carácter más asistencial que los analizados en los apartados anteriores, lo que resulta quizás más coherente con una protección que atiende exclusivamente a los familiares del trabajador fallecido, por causas ajenas a su relación con la Seguridad Social e incluso con el mercado de trabajo. Pese a que la introducción de rasgos no contributivos o asistenciales, relacionados con la carencia real de recursos como criterio de acceso en las prestaciones por muerte y supervivencia, puede originar que los trabajadores se sientan desmotivados cuando realizan sus aportaciones a la Seguridad Social, en forma de cotización, por la incertidumbre de recuperar (él o sus familiares) estas aportaciones.

1. Al margen de la protección de las parejas de hecho cuyos ingresos superen el 1'5 por ciento del salario mínimo interprofesional, con los incrementos correspondientes en el caso de que concurrieran hijos en común con el causante, donde se atiende a una situación de necesidad real de carácter relativo, en el régimen jurídico de la viudedad existen otras importantes manifestaciones de la protección asistencial. A este respecto, cuando el viudo acredite que se encuentra en una situación de necesidad real, el porcentaje general que se aplica a la base reguladora para calcular la prestación, según el artículo 31 del Real Decreto 3158/1966, se incrementará del 52 por ciento al 70 por ciento. De manera que, en la determinación de la cuantía, se introducen elementos claramente asistenciales. Pues el tipo incrementado de viudedad, además de exigir que concurren los requisitos anteriores en el momento de la solicitud, de conformidad con el artículo 31.4 del Real Decreto 3158/1966, impone que también concurren durante su devengo, ya que los pensionistas que perciban el tipo incrementado de viudedad “vendrán obligados a presentar declaración expresiva de los rendimientos, tanto propios como de los miembros de la unidad familiar”, anualmente, con el fin de determinar la subsistencia de las cargas familiares.

De manera que, en este tipo incrementado de viudedad, se puede apreciar igualmente importantes evidencias y manifestaciones de los rasgos asistenciales presentes en el régimen legal de la viudedad. Pues, el viudo/a (que cause cualquiera de las pensiones de esta naturaleza estudiadas hasta el momento) puede beneficiarse de un incremento en la cuantía de la prestación establecida en la determinación inicial cuando concurren las siguientes circunstancias: a) “la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos”, por representar como mínimo el 50% del total de ingresos que percibe el beneficiario en cómputo anual; b) “los rendimientos anuales del pensionista no superen la cuantía resultante de sumar al límite que, en cada ejercicio económico, esté previsto para el complemento a mínimos por las pensiones mínimas contributivas, el importe anual que, en cada ejercicio económico, corresponda a la pensión mínima de viudedad en función de la edad del pensionista”; c) “el pensionista tenga cargas familiares”, por convivir con hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, y las rentas de la unidad familiar (incluidas las del pensionista), dividida entre el número de miembros que la compongan, no superen, en cómputo anual, el 75% del salario mínimo interprofesional (artículo 31 del Real Decreto 3158/1966).

Como estos requisitos deben concurrir durante todo el período de devengo que se causa la prestación, pudiendo suspenderse este incremento cuando los requisitos mencionados no concurren. Y, además, la regulación alude expresamente a situaciones de necesidad, como lo es que el beneficiario obtenga menos el 75% del salario mínimo interprofesional. Podemos afirmar que nos encontramos ante una protección claramente no contributiva o asistencial, donde se exige acreditar la carencia de recursos económicos para causar la protección indicada, al inicio y durante su devengo, sin que sea necesario un esfuerzo prestacional adicional (es decir, una extra-cotización).

Junto a lo anterior, la regulación legal también establece normas específicas para la “unidad económica unipersonal” a cargo del viudo/a que se componen por quienes, acreditando el derecho a complemento por mínimos, en atención a sus ingresos económicos y patrimoniales, hagan frente a sus gastos económicos sin que exista cónyuge, ni a cargo del titular de la pensión ni a no cargo del titular de la pensión. El derecho al complemento de mínimos, como sucede con el incremento de la cuantía de la pensión de viudedad, alude a una situación de necesidad real o cierta, donde se derivan más derechos prestacionales simplemente por la carencia de recursos; sin que tampoco sea necesaria una extra-cotización, ni en ese momento ni en ningún otro. Pues los beneficiarios del complemento a mínimos, según el artículo 50 de la LGSS, son quienes no perciban ingresos de capital o de trabajo personal o que, percibiéndolos, no excedan de la cuantía que anualmente se establezca para causarlos.

A la unidad económica unipersonal a cargo del viudo, se le garantizará unos niveles de rentas mínimos necesarios para el sostenimiento de su hogar, de acuerdo con la regulación legal. Además, está prevista una revalorización de sus pensiones, con el fin de que alcancen los niveles de rentas que son necesarios para hacer frente a sus necesidades básicas o a las de su familia, con la fijación de incrementos en función de los “ingresos de que disponga el pensionista”, así como del “patrimonio” que tenga, excluida su vivienda habitual (disposición adicional vigésimo cuarta de la Ley 40/2007, artículo 7.3 del Real Decreto 2127/2008, de 26 de diciembre, relativo a la revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social y de otras prestaciones públicas). Ahora bien, la norma nada indica respecto de las personas que conformen la unidad familiar a cargo del viudo, siendo indiferente que existan más o menos familiares bajo su dependencia económica, a los efectos de calcular la cuantía de la pensión. Ni tampoco concreta el nivel de protección, quedando el importe económico a lo que se disponga anualmente en las correspondientes leyes presupuestarias. De hecho, la cuantía mínima de la pensión de viudedad se establece, según el titular tenga o no cargas familiares, aunque no existen distinciones en función del número de integrantes.

2. Asimismo, el artículo 175 de la LGSS dispone, en relación con la orfandad, que cuando “el hijo del causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o, cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual”, podrá acceder a la pensión de orfandad. Este acceso, sin embargo, se condiciona para los huérfanos que, en la fecha de fallecimiento del causante, sea menores de veintitrés años de edad (huérfano simple) o de veinticinco años (huérfano absoluto), con los incrementos de edad previstos para los huérfanos simples hasta que alcanzar el límite de los veinticinco años en el 2014. De tal manera que se permite extender la orfandad más allá de los veintiún años, a la que se accede sin demostrar la carencia de recursos

económicos suficientes, siempre que se acredite esta situación de necesidad real (ingresos inferiores a la cuantía del salario mínimo interprofesional). De hecho, la pensión de orfandad, como veremos en el apartado dedicado al estudio de las reglas de compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones por muerte y supervivencia con otros ingresos, puede suspenderse si las rentas del huérfano mayor de veintiún años superan ciertos límites. A este respecto, el Tribunal Supremo ha considerado que el huérfano tiene derecho a solicitar la prestación de orfandad incluso cuando estuviera trabajando, STS de 10 de noviembre de 2009 (RJ 70/2010), con independencia de las suspensiones que pudieran darse durante el devengo, en el caso de que excedieran de las reglas de la compatibilidad dispuestas en el artículo 9 y 10 de la OMS.

Por tanto, en el caso de los viudos que no lleguen al mínimo de las prestaciones contributivas así como de los huérfanos que acrediten unos ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional, la protección atiende a las situaciones de necesidad real, como es característico en las prestaciones no contributivas o asistenciales. En este caso, además de que concurra esta circunstancia en el momento de devengo de la prestación, al igual que sucede con la protección asistencial y las prestaciones no contributivas, la carencia de recursos económicos suficientes debe mantenerse durante todo el período de disfrute.

3.4. La dependencia económica anterior al fallecimiento y/o la necesidad económica posterior al óbito: la prueba acentuada de la situación de necesidad real.-

Otras prestaciones por muerte y supervivencia, sin embargo, contienen más requisitos de carácter asistencial que los analizados en los apartados anteriores, e incluso que los exigidos normalmente para causar prestaciones no contributivas del sistema de Seguridad Social. Pues se precisa, en las prestaciones que se indicarán a continuación, no sólo la dependencia económica del causante anterior al fallecimiento del trabajador (lo que nos refiere a una idea de carencia de recursos propios previa), sino también la acreditación de una situación de necesidad real posterior al óbito.

Esto refuerza el carácter asistencial de la protección dispensada. Pese a que se tratan de exigencias legales quizás incoherentes con los requisitos comunes de contributividad exigidos para causar todas las prestaciones, así como con la existencia de otras formas de acceder a las prestaciones de muerte y supervivencia (e incluso a las prestaciones no contributivas) menos exigentes.

1. En este sentido, los beneficiarios de las prestaciones en favor de familiares deben demostrar la dependencia económica anterior al fallecimiento y la situación de necesidad generada tras el deceso, según el artículo 22 y ss. de la OMS, que señala como beneficiarios de la pensión vitalicia en favor de los familiares a los nietos y hermanos que sean huérfanos de padre y madre, de acuerdo con la interpretación efectuada por la STS de 10 de noviembre de 2006 (RJ 8089/2006) que restringe esta prestación sólo para la orfandad absoluta. Estos beneficiarios pueden acceder a la prestación vitalicia en favor de familiares siempre que sean “menores de dieciocho años o que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en el grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez”. Por el contrario, al igual que sucede con la orfandad simple y absoluta, se señalan otros beneficiarios mayores de esta edad,

que podrán acceder, hasta los veintidós años, cuando no desempeñen “un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o, cuando realizándolo, los ingresos que obtengan, en cómputo anual, resulten inferiores al 75 % de la cuantía del salario mínimo que se fije en cada momento, también en cómputo anual” (artículo 22 y ss. de la OMS). Con las mismas reglas de interrupción y suspensión que se aplican a la orfandad, cuando el beneficiario realizara actividades por cuenta propia o ajena superiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional.

Junto a lo anterior, como se ha indicado antes, se exigen ciertos requisitos adicionales. Algunas de estas exigencias se insertan en la línea de restringir la protección para evitar el fraude (“que convivieran con el causante, y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquél”). Otras exigencias, sin embargo, nos refieren a las notas asistenciales (“que no tengan derecho a pensión pública, que carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos”), según el artículo 22.1 de la OMS.

Estos requisitos, como señala la STS de 16 de diciembre de 2005 (RJ 1428/2006), deben concurrir en el momento del fallecimiento del trabajador. Por tanto, el familiar del trabajador fallecido que, como consecuencia de percibir un ingreso superior al salario mínimo interprofesional en el momento del hecho causante, no generó la prestación. Sin embargo, puede causar una prestación cuando fallece otro familiar distinto; siempre que reúna los requisitos de convivencia y dependencia económica con este nuevo causante de la prestación, así como la carencia de recursos económicos suficientes para hacer frente a sus necesidades básicas.

2. La protección en favor de familiares también se les reconoce a las madres y abuelas que sean viudas, solteras, o casadas cuyo marido esté incapacitado para el trabajo (pensión vitalicia en favor de familiares); a los padres y abuelos que tengan cumplido sesenta años de edad o se hallen incapacitados para el trabajo (pensión vitalicia en favor de familiares), así como a los hijos y a los hermanos mayores de veintidós años que sean solteros, divorciados o viudos (subsidio temporal en favor de familiares), siempre que todos los beneficiarios citados acrediten la dependencia económica del causante y la carencia de recursos económicos suficientes como consecuencia del fallecimiento: “que convivieran con el causante, y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquél, que no tengan derecho a pensión pública, que carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil” (artículo 22.1, 2 y 3 de la OMS; artículo 42 del Real Decreto 3158/1966 en conexión con el artículo 40.2.b) de la misma norma). Además, de conformidad con el artículo 176.2 de la LGSS, se reconocerá el derecho a la pensión vitalicia en favor de familiares a los hijos o hermanos de quienes fueran beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez cuando cumplan los siguientes requisitos: hayan convivido con el causante y a su cargo; sean mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos; acrediten una dedicación prolongada al cuidado del causante; y carezcan de medios propios de vida.

Como la norma no ha concretado lo que se entiende por vivir a expensas del familiar en las prestaciones antes indicadas, esto ha dado lugar a distintas interpretaciones judiciales. De un lado, se ha tomado como referencia el grupo familiar, considerando que “viven a expensas” del familiar fallecido quienes puedan acreditar que todo el

grupo familiar, en su conjunto, obtiene ingresos o rentas inferiores al salario mínimo interprofesional fijado legalmente en cada período, STS de 9 de noviembre de 1992 (RJ 8791/1992) y de 27 de abril de 1994 (RJ 3463/1994). De otro lado, otros pronunciamientos judiciales adoptan un criterio más individualista, considerando que “viven a expensa” del familiar fallecido quienes individualmente no obtengan ingresos o rentas superiores a la cuantía del salario mínimo interprofesional señalada cada año, STS de 9 de diciembre de 1998 (RJ 10496/1998), de 27 de marzo de 2000 (RJ 3422/2000), de 17 de diciembre de 2002 (RJ 2341/2002). Esta última interpretación resulta más coherente con el carácter contributivo de las prestaciones por muerte y supervivencia, así como con los requisitos impuestos para causar otras prestaciones de la Seguridad Social, donde la situación de dependencia se encuentra más relacionada con las dificultades económicas de los sujetos protegidos por el sistema, sin que tenga tanta importancia la integración en un hogar con más o menos recursos económicos.

Esta situación de dependencia económica debe concurrir antes del fallecimiento del causante, STS de 3 de noviembre de 2008 (RJ 7653/2008), así como prolongarse al menos durante dos años (artículo 22.1, 2 y 3 de la OMS; artículo 42 del Real Decreto 3158/1966 en conexión con el artículo 40.2.b) de la misma norma). También se exige que se acredite con posterioridad la carencia real de medios económicos suficientes, lo que refuerza mucho el carácter no contributivo o asistencial de la prestación en favor de familiares. De tal manera que nos encontramos aquí, como sucede en el resto de casos donde se exige la dependencia económica y la acreditación de una situación de necesidad económica real, con una importante presencia de las notas no contributivas o asistenciales en las prestaciones por muerte y supervivencia señaladas.

3. En ausencia de beneficiarios de prestaciones por viudedad y por orfandad que generen la indemnización especial a tanto alzado prevista en el artículo 177 de la LGSS, esta indemnización podrá causarse a favor del padre o de la madre que conviviera a expensas del trabajador fallecido: “cuando no existan otros familiares con derecho a pensión por muerte y supervivencia”, y siempre que no tengan “derecho a las prestaciones” en favor de familiares. Ante la ausencia de definición legal sobre el concepto de “vivir a expensas” del trabajador fallecido, se ha interpretado que concurre este requisito “cuando las rentas del grupo familiar al que el trabajador contribuía con sus ingresos no superan, excluida la aportación del difunto y ponderando el número de miembros del grupo, el importe del salario mínimo interprofesional para cada uno de éstos”, STS de 9 de noviembre de 1992 (RJ 8791/1992), de 9 de diciembre de 1998 (RJ 10496/1998), de 9 diciembre 2003 (RJ 3379/2004) y de 16 de mayo de 2003 (RJ 4384/2003). De manera que esta interpretación judicial ha intensificado las notas no contributivas o asistencias en esta indemnización especial a tanto alzado, al igual que sucede en las prestaciones a favor de familiares, donde también tiene una importante relevancia la carencia de recursos económicos suficientes.

No obstante, el criterio que se utiliza para determinar esta situación de necesidad protegida por el sistema de Seguridad Social, en el caso de la indemnización especial a tanto alzado, es distinto al que se usa en las prestaciones a favor de familiares analizadas en el punto anterior, considerando las rentas de todo el grupo para determinar el acceso a la prestación, y no las rentas individualmente generadas, como sucede en las prestaciones en favor de familiares, STS de 9 diciembre 2003 (RJ 3379/2004). Pese a que otras sentencias empleando el mismo parámetro (“cuando las rentas del grupo

familiar al que el trabajador contribuía con sus ingresos no superan, excluida la aportación del difunto y ponderando el número de miembros del grupo, el importe del salario mínimo interprofesional para cada uno de éstos”), sin embargo, computan los ingresos de forma individual, STSJ de Castilla La Mancha, de 30 de enero de 2012 (JUR 58250/2012).

De tal manera que esta indemnización especial a tanto alzado, como exige la acreditación de la dependencia económica de los familiares del causante antes del fallecimiento, se acerca más a la situación de necesidad real que protegen tanto las prestaciones no contributivas como las asistenciales. Ahora bien, la indemnización especial a tanto alzado, por su limitación temporal, no exigirá, como es obvio, que el beneficiario se encuentre en esa situación de vulnerabilidad en todo momento. Esto constituye una importante diferencia frente a otras protecciones analizadas en este apartado, aunque no cambia el sentido o carácter de la tutela (la protección de las situaciones de necesidad real), ni tampoco la intensidad con la que se manifiesta las notas no contributivas o asistenciales en la presente indemnización especial a tanto alzado.

Como cierre a este apartado, se ha podido comprobar que en las prestaciones por muerte y supervivencia concurren la lógica de las prestaciones contributivas (acceso automático sin acreditar la situación de necesidad real mediante ciertas presunciones sobre el incremento de gastos o la disminución de ingresos) con la lógica de las prestaciones no contributivas (prueba de la situación de necesidad real). Estos niveles de protección social se diseñan según rasgos ajenos al fin de la prestación (protección de los familiares en caso de fallecimiento) y a las dificultades para obtener ingresos (la edad, la discapacidad, la responsabilidad familiar), lo que resulta discutible. De manera que sería conveniente que se reflexionara sobre si sería necesario diseñar una tutela más uniforme de las diferentes prestaciones de muerte y supervivencia, donde se atendiera, de manera exclusiva, ya sea a la situación de necesidad presunta de los familiares del causante, o bien a la carencia de recurso económicos suficientes que soportan quienes acreditan individualmente obtener ingresos (derivados del trabajo o de otra naturaleza distinta) inferiores al salario mínimo interprofesional.

4. La relación entre la contribución al sistema y las expectativas de derechos en las prestaciones por muerte y supervivencia.-

Todas las prestaciones insertas en la Seguridad Social tienen ciertos requisitos que limitan el acceso a la protección dispensada para quienes hayan acreditado una carrera de seguros más o menos estable. En el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia, este requisito se manifiesta de forma muy flexible, ya que la prestación nace como un derecho derivado del trabajador fallecido, a favor de sus familiares, siendo indiferente que sus allegados se encuentren insertos en el sistema de Seguridad Social, a los efectos de causar la prestación por muerte y supervivencia. Por otro lado, la cuantía de las prestaciones suele determinarse, en el marco de sistema de Seguridad Social, en función de los esfuerzos o de las aportaciones que ha realizado el trabajador al sostenimiento del sistema.

Es cierto que la relación directa entre cotización-prestación ni siquiera sucede en los niveles contributivos, ya que el sistema de Seguridad Social funciona con una lógica

distinta al seguro privado, donde sí existiría una correspondencia directa o exacta entre lo que se paga y lo que se recibe. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, “el régimen de prestaciones de Seguridad Social no es, en efecto, un régimen contractual, del que lo diferencian radicalmente las notas de universalidad, obligatoriedad y uniformidad”, STC de 21 de julio de 1987 (RTC 34/1987). De hecho, las prestaciones previstas legalmente dependen de las situaciones de necesidad habidas en cada momento (son variables en función de las circunstancias concurrentes) y existen algunas reglas utilizadas para calcular la cuantía o el devengo de las prestaciones que alteran la relación entre cotizaciones-prestaciones incrementando o reduciendo la cuantía (topes máximos o mínimos, complementos a mínimos, incompatibilidad entre prestaciones), STC de 22 de noviembre de 1983 (RTC 103/1983). Con lo que, aún existiendo una cierta correspondencia entre cotización y prestación, ni siquiera prestaciones tan contributivas, como la jubilación, se presentan “como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados”, STC de 21 de mayo de 1987 (RTC 65/1987), STC de 14 de enero de 1991 (RTC 4/1991).

Ahora bien, la Seguridad Social no ha superado totalmente la lógica contributiva que inspiró las primeras protecciones públicas y su diseño originario. De manera que esta relación entre cotizaciones-prestación se manifiesta particularmente en el nivel contributivo, como se ha señalado, en diversas ocasiones, el Tribunal Constitucional: “en un sistema contributivo no puede excluirse una correlación entre contribuciones y prestaciones”, STC de 21 de mayo de 1987 (RTC 65/1987). De hecho, esta importancia o presencia de la relación entre cotizaciones-prestaciones es, como indica el Tribunal Constitucional, lo que diferencia claramente a las prestaciones contributivas de las no contributivas, STC de 20 de septiembre de 1993 (RTC 268/1993) y de 13 de febrero de 1995 (RTC 38/1995): “no hay que olvidar que nos venimos refiriendo a los requisitos para una prestación de incapacidad permanente en su modalidad contributiva, tal como ha quedado configurado todo el Sistema tras la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, al introducir éstas y, justamente, la de invalidez permanente en su modalidad no contributiva, cuyo devengo puede corresponder a la actora y respecto de la cual ninguna exigencia de cotización previa existe”. Por el contrario, si se trata “de una prestación contributiva, nada de extraño tiene que en su nacimiento, contenido o características influya, más o menos decisivamente, el historial asegurador como cotizante del beneficiario, esto es, que el nacimiento del derecho y/o la cuantía de la prestación esté en función de la existencia e importe de las cotizaciones previas”, STC de 20 de septiembre de 1993 (RTC 268/1993) y de 13 de febrero de 1995 (RTC 38/1995).

Del mismo modo, la relación entre cotización-prestación tendrá no sólo más presencia en el nivel contributivo que en el no contributivo, sino que además será inexistente en el nivel asistencial, como ha indicado, igualmente, el Tribunal Constitucional: “es claro, por todo lo expuesto, que tanto las actuaciones de seguridad social como las de asistencia social persiguen la atención de situaciones de necesidad, si bien desde una perspectiva histórica que condiciona las primeras a la previa contribución de sus beneficiarios y no así a las de asistencia social”, STC de 9 de julio de 1986 (RTC 76/1986). A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que no vulnera el principio de igualdad que se impongan períodos de cotización para acceder a las prestaciones no contributivas, en relación con el subsidio agrario, STC de 18 de julio de 1984 (RTC 460/1984). Pese a que las cotizaciones exigidas, como es lógico, sean

siempre inferiores a las requeridas para causar las prestaciones contributivas, STC de 20 de septiembre de 1993 (RTC 268/1993) y de 13 de febrero de 1995 (RTC 38/1995).

De manera que el análisis de la relación que existe entre cotización-prestación, que se realizará en este apartado, tiene una especial relevancia en el estudio de los rasgos contributivos, no contributivos y asistenciales de las prestaciones por muerte y supervivencia. Estas relaciones entre cotizaciones-prestaciones se manifiestan especialmente en los requisitos de acceso al sistema de Seguridad Social, en las cotizaciones que resultan necesarias para causarlas, en las reglas utilizadas para calcular la cuantía (importe progresivo según las aportaciones realizadas o, por el contrario, importe fijo), así como en la cantidad que finalmente percibe el beneficiario. En función de la intensidad con la que se manifiesten estos parámetros en las prestaciones por muerte y supervivencia, en definitiva, se podrá valorar si se tratan realmente de prestaciones con más o menos dosis de contributividad.

4.1. Flexibilidad en la acreditación de una carrera de seguro prolongada y estable como quiebra de los rasgos contributivos.-

Como se extrae de la regulación legal, los sujetos protegidos por las prestaciones de muerte y supervivencia deben acreditar que el causante tuvo una carrera de seguros más o menos estable, aunque se ha previsto situaciones muy distintas con requisitos particulares en función de la vinculación del trabajador fallecido con el sistema de Seguridad Social cuando se produce el óbito:

1. Cuando se trate de sujetos cuyo fallecimiento se derive de enfermedad común, por lo que se refiere a la viudedad, se exige una cotización de quinientos días dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, si se está de alta o en situación asimilada al alta. Asimismo, se admite también causar la prestación de viudedad desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, en cuyo caso se exigen quinientos días dentro de un período ininterrumpido de cinco años desde que cesó la obligación de cotizar (artículo 174.1 de la LGSS).

En el caso de la prestación de orfandad y en favor de familiares, en una redacción similar a la anterior, la norma exige que el causante se encontrase “en activo o en situación asimilada al alta”, así como que el trabajador fallecido hubiera “cubierto un período de cotización de quinientos días dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento” (artículo 9.1 del Real Decreto 1647/1997 y artículo 22 de la OMS).

2. En cambio, cuando el óbito se produjera por un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, la norma no exige períodos de cotización previos al hecho causante (artículo 174.1 segundo párrafo, 175.1 y 176.1 de la LGSS, artículo 9.1 del Real Decreto 1647/1997 y artículo 22 de la OMS), lo que matiza claramente la contributividad. Una regla similar se dispone en el artículo 124.4 de la LGSS para todas las prestaciones del sistema de Seguridad Social, aunque la fijada para las prestaciones por muerte y supervivencia reafirman esta idea de flexibilizar el acceso cuando se ha producido el fallecimiento por una causa distinta a la enfermedad común: “no se exigirán períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que se deriven de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional, salvo disposición legal expresa en contrario”. Esta exención de la obligación de cotizar, por la que

prácticamente se permite causar las prestaciones de muerte y supervivencia con la inclusión en el sistema de Seguridad Social, hacen que esta protección no se encuentre configurada con una intensidad contributiva muy elevada.

3. Además, en la prestación de viudedad, al igual que en la orfandad y en las prestaciones a favor de familiares, se admite el acceso a las protecciones sociales citadas, aunque el causante no se encontrara en situación de alta o asimilada al alta, siempre que hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años (artículo 174.1 segundo párrafo, artículo 175.1 y 176.1 de la LGSS, artículo 9.1 del Real Decreto 1647/1997 y artículo 22. de la OMS). A pesar de que el requisito de encontrarse activo es característico de las prestaciones contributivas, siendo más irrelevante en las no contributivas donde existe una mayor presencia o influencia de otros factores (la edad, la capacidad o la carencia de recursos económicos suficientes). Las prestaciones por muerte y supervivencia, aún tratándose de prestaciones contributivas, atenúan la presencia o la relevancia de las aportaciones que el trabajador fallecido realizó al sistema de Seguridad Social. Con lo que se alejan de los requisitos característicos o inherentes a un sistema de protección exclusivamente de trabajadores, para proteger a quienes han demostrado una carrera de seguros menos estable o con interrupciones de escasa duración, pero que se encuentran (él o sus familiares) en una situación de necesidad presunta o probada.

Además, como se ha podido comprobar en todas las prestaciones por muerte y supervivencia, los períodos de carencia son muy amplios, lo que facilita igualmente el acceso a la protección legal. Asimismo, estas cotizaciones, en comparación con otras prestaciones contributiva, no resultan excesivamente difíciles de conseguir. En efecto, la jubilación contributiva, que se causa como la mayoría de las prestaciones por muerte y supervivencia sin límite de tiempo, exige períodos muchos más amplios de cotización a los quinientos días requeridos en las prestaciones por muerte y supervivencia: “tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho” o cuando se “acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de dos años a que se refiere el párrafo anterior deberá estar comprendido dentro de los quince años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar” (artículo 161 de la LGSS). Por lo que se refiere a la incapacidad permanente, el período de cotización exigible, como se sabe, depende de la edad del beneficiario, pero generalmente el esfuerzo exigido también es superior a los quinientos días establecidos para las prestaciones por muerte y supervivencia: a) “si el sujeto causante tiene menos de treinta y un años de edad, la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante de la pensión”, b) “si el causante tiene cumplidos treinta y un años de edad, la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años”.

Este esfuerzo contributivo, sin embargo, es menor cuando la prestación es de carácter temporal. Así, en relación con la prestación por desempleo contributiva, que se trae a colocación por tratarse de una protección destinada a paliar de forma temporal la carencia de rentas que genera la pérdida de trabajo, el artículo 210 de la LGSS exige, además de estar de alta o en situación asimilada al alta, una cotización de, al menos

trescientos sesenta días, en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en el que cesó la obligación de cotizar a la Seguridad Social. Por su parte, la prestación por incapacidad temporal (que, como se sabe, es siempre contributiva) exige ciento ochenta de cotización en los últimos cinco años (artículos 128 y ss. de la LGSS).

Con lo que las prestaciones por muerte y supervivencia, como se ha podido comprobar, pueden devengarse de forma vitalicia o temporal, aunque los períodos de cotización causados por el trabajador sean inexistentes o muy flexibles. Además, la comparación con otras prestaciones del sistema de Seguridad Social evidencia que estos períodos de cotización no son excesivamente difíciles de obtener.

4.2. La escasa cuantía de las prestaciones como evidencia de los rasgos asistenciales que inspiran las prestaciones de muerte y supervivencia.-

Es difícil comparar la relación que existe entre lo que se recibe y lo que se paga en cada una de las prestaciones del sistema de Seguridad Social. Pues la cuantía o el importe que corresponde en cada caso, de acuerdo con la LGSS, se extrae aplicando reglas diferentes: unas veces, se trata de un porcentaje fijo (invalidez); otras, en cambio, está en función de tramos (incapacidad temporal, desempleo contributivo), de los años de cotización (jubilación), o de la incapacidad acreditada por el causante (gran invalidez). En el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia, se aplican porcentajes a la base reguladora, lo que constituye una clara manifestación de que nos encontramos con una prestación contributiva. Además, en el cálculo de la base reguladora, a partir de la que se extrae la cuantía de la prestación por muerte y supervivencia, se tiene en cuenta tanto la relación del trabajador fallecido con el sistema de Seguridad Social como la causa de fallecimiento, lo que igualmente evidencia que nos encontramos ante una prestación de naturaleza contributiva. En este sentido, cuando el fallecimiento se produjera como resultado de un accidente de trabajo o una profesional, la base reguladora se calculará en función de las retribuciones efectivamente percibidas por el trabajador. De otro lado, cuando se trate de un accidente no laboral o una enfermedad común, la base reguladora será el cociente que resulte de dividir por veintiocho la suma de las bases de cotización del causante en un período ininterrumpido de veinticuatro meses (artículo 9 de la OMS). Finalmente, cuando se trate de un pensionista de jubilación o incapacidad permanente se tendrá en cuenta el importe de la pensión (artículo 9 de la OMS).

Pero, como hemos visto, las prestaciones por muerte y supervivencia no tienen siempre en cuenta el esfuerzo contributivo que ha realizado el trabajador fallecido, ya que existen reglas que flexibilizan el acceso a esta protección. Este esfuerzo contributivo tampoco se tiene en cuenta, como se expone a continuación, para determinar el importe de las prestaciones por muerte y supervivencia.

1. En este sentido, el porcentaje aplicable a la base reguladora para determinar la cuantía, en las prestaciones de muerte y supervivencia, es distinto según el tipo de prestación, aunque siempre es fijo. Por lo que se refiere a la viudedad, ha sido muy marginal desde las primeras regulaciones legales. Situado al inicio en el 30 por ciento de la base reguladora, e incrementado posteriormente al 46 por ciento (Real Decreto 1465/2001 por el que se modifica el Reglamento de Prestaciones). Actualmente, el tipo general consiste, únicamente, en el 52 por ciento de la base reguladora (Real Decreto

1795/2003, de 26 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Prestaciones, por el que se modifica el artículo 31.1 del Decreto 3158/1966). Este tipo se aplica tanto para la pensión de viudedad vitalicia como para la prestación de viudedad temporal (que se causa durante dos años). El tipo general, no obstante, se incrementa (al 70 por ciento de la base reguladora) en situaciones de necesidad real o probada, cuando la viudedad represente el 50 por ciento de los ingresos del pensionista, los ingresos obtenidos sean inferiores al complementos por mínimos de las pensiones contributivas señalados en cada ejercicio económico, el pensionista tenga cargas familiares y los ingresos del hogar familiar sean inferiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional. De acuerdo con el artículo 8 de la OMS, también existe la posibilidad de incrementar el porcentaje (hasta alcanzar el 60 por ciento de la base reguladora) cuando el causante fuera pensionista de vejez o invalidez.

Pese a que, en general, extraña un tipo tan marginal, tanto en el caso de la viudedad vitalicia, como en el caso de la pensión de viudedad temporal (artículos 174 y 174 *bis* de la LGSS). De hecho, la disposición adicional trigésima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, dispone que el Gobierno adoptará las medidas reglamentarias oportunas para que la cuantía de la pensión de viudedad se incremente, de forma progresiva, hasta alcanzar el 60 por ciento de la base reguladora, cuando el beneficiario cumpla los siguientes requisitos: a) el viudo tenga una edad igual o superior a sesenta y cinco años; b) no tenga derecho a otra pensión pública; c) no perciba ingresos por la realización de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia; d) los rendimientos o rentas percibidos no superen, en cómputo anual, el límite de ingresos que esté establecido en cada momento para ser beneficiario de la pensión mínima de viudedad. Sin embargo, esta previsión, que incrementaría el 1 por ciento hasta alcanzar el 60 por ciento en un plazo de 8 años (teniendo como plazo final el 1 de enero de 2020) está en suspenso actualmente (Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público).

Por lo que se refiere a la pensión de orfandad, la cuantía también será muy marginal, ya que cada uno de los huérfanos tendrá derecho a una prestación consistente en el 20 por ciento de la base reguladora (orfandad simple), o en el 52 por ciento (orfandad absoluta o huérfanos reconocidos por un solo progenitor y no exista pensión de viudedad), hasta la extinción de la orfandad (artículo 17.1 de la OMS, artículo 36.1 y el 38 del Real Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones). En este sentido, se ha procurado también en diversas ocasiones incrementar este tipo para atender de forma efectiva a las necesidades de los huérfanos, quedando el último intento reflejado en la disposición adicional quinta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, donde se dispone que “el Gobierno, en los próximos ejercicios económicos, adoptará las medidas necesarias para que la cuantía mínima de la pensión de orfandad alcance, al menos, el 33 por ciento de la cuantía del indicador público de rentas de efectos múltiples”.

Por lo que se refiere a la cuantía de la prestación en favor de familiares, se aplican las mismas reglas que la pensión de orfandad, aunque se diferencian dos supuestos: la pensión y el subsidio. En este sentido, de conformidad con el artículo 41 del Real Decreto 3158/1966, la pensión y el subsidio en favor de familiares tendrán la misma

cuantía que la pensión de orfandad (20 por ciento de la base reguladora), aunque la pensión sea vitalicia y el subsidio se cause durante un máximo de doce mensualidades.

Junto a lo anterior, las indemnizaciones especiales a tanto alzado, que complementan a la prestación de viudedad y de orfandad en el caso de que se causaran, o que es sustitutiva de la prestación en favor de familiares, nacen con las siguientes limitaciones temporales: seis mensualidades de la base reguladora o de la pensión que viniera percibiendo el causante en el momento del fallecimiento (prestación viudedad), una mensualidad de la base reguladora (pensión de orfandad simple) incrementada en la cantidad que le hubiese correspondido por el otro progenitor (pensión de orfandad absoluta), nueve mensualidades de la base reguladora (prestación a favor de familiares cuando sobreviva un progenitor) y doce mensualidades (prestación a favor de familiares cuando sobrevivan “los dos ascendientes”), según el artículo 177 de la LGSS; el artículo 29 de la OMS; el artículo 12 del Decreto 1646/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de Seguridad Social.

2. Por otro lado, junto a los tipos antes mencionados, se han dispuesto una serie de topes, cuando concurren distintas prestaciones y/o beneficiarios, que limitan en su conjunto las cuantías de las prestaciones por muerte y supervivencia, lo que se puede considerar como una manifestación clara de equilibrar la relación entre las cotizaciones efectuadas por el causante y los derechos generados a favor de los beneficiarios concurrentes. Tratándose de un rasgo netamente contributivo. Pues, con este tope no se atiende a la situación de necesidad (real o presunta) de los beneficiarios, sino que se trata de evitar un desequilibrio excesivamente pronunciado entre el esfuerzo realizado por el trabajador y las prestaciones devengadas a favor de sus familiares.

En este sentido, cuando concurren varios beneficiarios de las pensiones de viudedad, y hubiese mediado divorcio o declaración de nulidad matrimonial, se producirá el reparto aplicando las siguientes reglas: de un lado, la viudedad se reconoce “en cuantía proporcional al tiempo vivido por con cada uno de ellos con el causante”, de otro lado, se dispone una presunción de dependencia económica, favorable al cónyuge o pareja de hecho superviviente, por el que se le asegura el 40 por ciento de la pensión de viudedad (artículo 174.2 de la LGSS). El tiempo de convivencia también se tiene en cuenta para distribuir la pensión de viudedad cuando exista un único beneficiario cuyo vínculo marital se haya extinguido por separación, divorcio o nulidad matrimonial; sin perjuicio de que se puedan sumar los períodos de reconciliación de la pareja, a los efectos de calcular el total de la prestación. Del mismo modo, la concurrencia entre beneficiarios de las prestaciones de viudedad también se tiene en cuenta para el cómputo del complemento a mínimos.

Por tanto, los rasgos contributivos aparecen una vez más en la regulación de la prestación de viudedad, ya que la norma opta por realizar una distribución de los derechos derivados tras el fallecimiento sin atender a la situación de necesidad, repartiendo una sola pensión de viudedad entre todos los concurrentes, con la única limitación de garantizar el 40 por ciento al último conviviente. Estas reglas introducen un derecho a causar la prestación de viudedad, que parece lógico, para el cónyuge que convivía con el fallecido, con el fin de protegerlo de esta situación. Pero incorporan, en el terrero de la Seguridad Social, un discutible criterio civil, de reparto del patrimonio en función del tiempo convivido, poco acorde con los principios y las lógicas de la

protección social, cuya aplicación puede, como se ha dicho, convertirse en un criterio sumamente injusto para los beneficiarios de la prestación de viudedad.

Asimismo, las prestaciones de viudedad vitalicia y de orfandad no superarán, ni de forma individual ni de forma conjunta, el 100 por cien de la base reguladora (artículo 179.4 de la LGSS). Con la única salvedad de que concurran con una prestación de viudedad vitalicia del 70 por cien de la base reguladora, en cuyo caso la suma de la prestación de viudedad y de orfandad podrán alcanzar hasta el 118 por cien de la base reguladora (artículo 179.4 de la LGSS), procediendo a la reducción de la pensión de orfandad, si fuera superior a este límite (artículo 179.4 de la LGSS, artículo 38.1 del Real Decreto 3158/1966, artículos 18 y 21 de la OMS). Esto constituye una clara manifestación de las notas asistenciales que atenúan claramente los rasgos contributivos, en concreto el equilibrio entre las cotizaciones efectuadas por el causante y los derechos prestacionales generados a favor de los beneficiarios. A pesar de que un hogar compuesto por el cónyuge supérstite con derecho a prestación vitalicia y tres huérfanos (en el primero de los casos) o dos huérfanos (en el segundo) recibiría el máximo de las prestaciones por muerte y supervivencia, sin que el resto de los huérfanos se tenga en cuenta para acrecentar el porcentaje de la base reguladora.

También se establecen otras limitaciones, incluso más restrictivas, cuando concurren prestaciones de orfandad y prestaciones en favor de familiares. En este sentido, según puede deducirse de la regulación legal, tanto los viudos como los huérfanos tendrán preferencia sobre las prestaciones causadas en favor de familiares. De acuerdo con el artículo 179.4 de la LGSS, además, las prestaciones de orfandad tendrán preferencia sobre las causadas en favor familiares. De modo que esto provocará la práctica desaparición de las prestaciones en favor de familiares, aunque los sujetos indicados en la norma como posibles beneficiarios de esta prestación se encuentren en una situación de necesidad real como consecuencia del fallecimiento del trabajador. Adicionalmente, en el caso de que concurran varias prestaciones en favor de familiares, porque sea posible causarlas, tampoco sumarán, en su conjunto, más del 100 por 100 de la base reguladora; con el siguiente orden de preferencia para acceder a ellas: los nietos y los hermanos (menores de 18 años o mayores incapacitados del causante); el padre y la madre del causante; los abuelos y las abuelas del causante; los hijos y los hermanos del pensionista del jubilación o de incapacidad permanente, en su modalidad contributiva, mayores de cuarenta y cinco años (artículo 179.4 de la LGSS).

Con independencia de estos topes, la contributividad también se manifiesta durante la dinámica de las prestaciones por muerte y supervivencia. En efecto, el legislador permite incrementarlas, hasta el tope del 100 por cien de la base reguladora, cuando se extinguen las generadas inicialmente a favor de otros beneficiarios. En este sentido, la orfandad puede aumentarse, cuando no proceda el reparto completo de la pensión de viudedad, hasta el 100 por cien de la base reguladora (artículos 179.4 de la LGSS y en el artículo 18 de la OMS). También cuando el progenitor sobreviviente, con derecho a la pensión de viudedad, fallezca se puede incrementar las prestaciones de orfandad, hasta el tipo del 100 de la base reguladora, en el caso de que correspondieran unas prestaciones superiores, pero se hubieran reducido por la concurrencia de otros beneficiarios (artículo 18.2 de la OMS). O cuando se extinga, por cualquiera de las causas que sea la prestación de orfandad, también se pueden acrecentar las otras prestaciones de viudedad y de orfandad que hubieran sido reducidas, como resultado de

que existan varios beneficiarios, hasta alcanzar nuevamente el 100 por cien de la base reguladora (artículo 17.2 de la OMS). Del mismo modo, también se aumenta la pensión de orfandad, cuando se extinga la prestación de viudedad, como consecuencia de la disposición primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

También, en relación con las prestaciones en favor de familiares, según lo dispuesto en el artículo 23.2 de la OMS, “si al fallecimiento del causante no quedase cónyuge sobreviviente, o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma”, se incrementará la prestación en favor de familiares, hasta alcanzar el 100 de la base reguladora. Es más, si “no quedase cónyuge sobreviviente, ni hijos, nietos o hermanos con derecho a pensión, el porcentaje para determinar la pensión de los ascendientes se incrementará”, hasta el tope del 100 de la base reguladora, “distribuyéndose el incremento por partes iguales entre todos los ascendientes si hubiera más de uno con derecho a pensión”, de acuerdo con el artículo 23 de la OMS.

Pese a que todas estas limitaciones afectan a la determinación inicial y no a las mejoras o revalorizaciones periódicas (artículo 179.4 de la LGSS), los topes máximos fijados responden a la idea de que las prestaciones contributivas, en el caso de que concurren varios beneficiarios con derecho a causarla, como sucede con las prestaciones de muerte y supervivencia, se reparten entre los concurrentes, con independencia de la situación de necesidad real. De modo que estas reglas provocan que las prestaciones por muerte y supervivencia, especialmente tanto la orfandad como las prestaciones en favor de familiares, se conviertan, en lo que hace a la cuantía, en unas protecciones muy marginales. Con lo que, de esta manera, se refuerzan los rasgos asistenciales de las prestaciones aquí estudiadas.

3. No obstante, esta lógica nos lleva finalmente a incrementar la cuantía de la prestación generada cuando ésta no alcance el umbral de las pensiones mínimas, rompiendo de esta forma la contributividad a la que se ha hecho referencia. Pues las cuantías de las prestaciones del sistema de Seguridad Social calculadas en función de la base reguladora, en coherencia con el principio de pensión suficiente y solidaridad, han de estar dentro de los topes máximos y mínimos fijados anualmente en la Ley General de Presupuestos del Estado. De manera que el importe las prestaciones por muerte y supervivencia que no alcancen el mínimo dispuesto, como sucede con otras protecciones del sistema de Seguridad Social español, se incrementarán mediante el correspondiente complemento a mínimos. Como es propio de las prestaciones de no contributivas a las que este complemento pertenece, el importe correspondiente se calculará en función de la edad, de la capacidad laboral así como de la responsabilidad familiar del beneficiario de las prestaciones por muerte y supervivencia, lo que nuevamente evidencia los rasgos no contributivos o asistenciales en el diseño de estas prestaciones.

4. Como se ha podido comprobar, las reglas que se utilizan para calcular el importe económico se basan en porcentajes fijos que se aplican a la base reguladora. Estos porcentajes tan sólo se modifican o se alteran, para incrementarlos, cuando los beneficiarios acrediten que se encuentran en una situación de especial necesidad.

Sin embargo, las prestaciones contributivas del sistema de Seguridad Social suelen contener una lógica de proporcionalidad entre el esfuerzo exigido y los derechos prestacionales fijados. Esto se concreta en un sistema progresivo, variable según las cotizaciones que haya efectuado el trabajador fallecido al sistema de Seguridad Social, que recoge claramente los principios contributivos inspiradores del modelo bismarckiano. Al contrario de lo que sucede en aquellas protecciones sociales que tratan de garantizar un mínimo para poder subsistir, como sucede con las prestaciones no contributivas o con la protección asistencial, donde la relación entre cotización-prestación no es tan importante; de ahí que se traten de prestaciones iguales, fijas y uniformes. Además, como las prestaciones contributivas se basan en ese esfuerzo de aportación al sostenimiento del sistema, generalmente consisten en una prestación de cuantía más elevada. Sin embargo, las prestaciones no contributivas o asistenciales siempre comportan una asignación económica menor.

5. Por tanto, las anteriores reglas hacen que las prestaciones de muerte y supervivencia no tengan en la realidad asignadas cuantías muy elevadas, como se puede extraer de las tablas que se producen en este informe. De hecho, se sitúan en una cantidad que hace pensar, comparativamente con otras prestaciones del sistema de Seguridad Social, si realmente se tratan de prestaciones contributivas, sobre todo en relación con la orfandad. A este respecto, según los datos de febrero de 2012, la cuantía medida de la pensión de viudedad se situó en el año 2010 en 574'25 euros frente a los 893,21 euros de la jubilación, sin que haya experimentado en los últimos años importantes incrementos, pasando de 500'60 euros en 2007 a la cantidad de 574'25 euros en 2009. La prestación de orfandad es incluso más marginal que las prestaciones de viudedad y en favor de familiares, como se puede comprobar en la tabla que se reproduce a continuación.

Evolución de las pensiones de jubilación y muerte y supervivencia desde 2007 a 2010

Año	Jubilación		Viudedad		Orfandad		P. en favor de familiares	
	Nº de pensiones	Pensión media	Nº de pensiones	Pensión media	Nº de pensiones	Pensión media	Nº de pensiones	Pensión media
2007	4.900.756	770,62	2.240.408	500,60	256.966	302,87	37.932	402,99
2008	4.995.691	822,24	2.263.259	531,51	261.012	326,34	37.674	432,11
2009	5.097.112	862,55	2.282.687	556,52	266.436	341,48	37.810	449,69
2010	5.203.364	893,21	2.302.060	574,25	270.488	351,45	37.628	462,81

Fuente: <http://www.seg-social.es/> (elaborada a partir de los datos publicados)

No obstante, las cuantías previstas para las prestaciones no contributivas, de carácter vitalicio, son inferiores a las previstas para las prestaciones contributivas, situándose por encima la viudedad y la prestación a favor de familiares, aunque la cuantía de la orfandad en cómputo anual se aproxime mucho a las prestaciones no contributivas de jubilación e invalidez.

Evolución de la pensión de jubilación no contributiva y de la pensión de invalidez

Año	Invalidez		Jubilación no contributiva	
	Nº de pensiones	Pensión media	Nº de pensiones	Pensión media
2007	201.751	330'26	267.702	290'43
2008	197.884	348'50	262.960	307'71
2009	196.782	357'57	258.873	315'45
2010	195.962	362'05	254.989	320'59

Fuente: elaborada a partir de los datos publicados en el Informe “Pensiones no contributivas de la Seguridad Social y prestaciones sociales y económicas de la LISMI. Evolución de las nóminas 2005-2011”, elaborado por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), disponible en www.imsersomayores.csic.es/

Como cierre de este apartado, se debe tener en cuenta que la protección pública por muerte y supervivencia siempre ha contado con partidas económicas de cuantía muy reducida, aunque se incluyeran desde las primeras formas de aseguramiento obligatorio como unas prestaciones equivalentes a otras contributivas (jubilación e invalidez en las primeras formas de aseguramiento) o directamente de naturaleza contributiva (como se califican por la LGSS). De hecho, se trataban de indemnizaciones, de carácter temporal y bastante residual, que se fijaban en función del salario del trabajador, en las primeras formas de aseguramiento (Ley de Accidentes de Trabajo de 1900). Sin que las prestaciones por muerte y supervivencia hayan tendido realmente como función sustituir los ingresos del fallecido, sino que más bien su finalidad ha sido compensar de forma muy marginal las rentas que el trabajador aportaba al hogar o unidad familiar.

En la regulación actual este escenario no ha cambiado. En este sentido, las prestaciones en el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia se basan en una serie de peculiaridades relevantes que permiten el acceso sin que el beneficiario haya tenido o tenga una relación previa con el sistema de Seguridad Social, ya que estas prestaciones se conforman como derechos derivados del trabajador fallecido, a favor de sus

familiares, siendo indiferente que sus allegados se encuentren insertos en el sistema de Seguridad Social, a los efectos de causar la prestación. Además, estas prestaciones se caracterizan por la existencia de una cierta flexibilidad o relajación en los requisitos identificados como contributivos (alta, períodos de carencia, cotización), lo que influye en las relaciones existentes entre cotizaciones-prestaciones. En efecto, nos encontramos ante unas prestaciones con una cuantía muy marginal, aunque debe recordarse la posibilidad de los beneficiarios de iniciar una vida laboral o continuar desempeñando actividades productivas tras el fallecimiento del trabajador.

5. La compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones por muerte y supervivencia.-

Como se ha indicado antes, la mayoría de los viudos y los huérfanos que sean menores de veintinueve años o incapacitados para el trabajo causan las prestaciones de muerte y supervivencia sin demostrar su carencia de recursos materiales suficientes, accediendo de manera automática a estas prestaciones. Sin embargo, los viudos que se encuentren en una situación económica precaria, los huérfanos mayores de veintinueve años y menores de veinticinco años, así como los beneficiarios de las prestaciones a favor de familiares, según se ha señalado antes, tan sólo disfrutan de las prestaciones por muerte y supervivencia cuando acrediten su situación de necesidad real. Por tanto, la forma en que se manifiestan los rasgos contributivos y asistenciales, como se desprende de estas ideas, inciden en la posibilidad que tienen los beneficiarios de compatibilizar las prestaciones por muerte y supervivencia con otros ingresos económicos. Sin perjuicio de que la regulación legal determina, en los casos que se analizarán en este apartado, con una mayor concreción, aquellas prestaciones por muerte y supervivencia que son compatibles, tanto con las rentas del trabajo como con otras tutelas del sistema de Seguridad Social.

5.1. Con las rentas derivadas del trabajo del trabajo u otros ingresos.-

En las prestaciones contributivas, el beneficiario y el causante coinciden en la misma persona, con lo que resulta bastante difícil o imposible que se sigan generando rentas del trabajo. De hecho, las prestaciones del Seguridad Social precisamente tienen como función asegurar que los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación que realizan aportaciones estables, cuando no puedan trabajar o cumplan la edad prevista para el acceso a la jubilación, reciban a cambio una renta periódica sustitutiva de los ingresos dejados de percibir. Como resultado de esta coincidencia entre el beneficiario y el causante en todas las prestaciones, el régimen jurídico general de la Seguridad Social tan sólo ha establecido un principio general de incompatibilidad entre las “pensiones” del sistema de Seguridad Social en el artículo 122 de la LGSS, lo que deja a salvo otras percepciones (rentas del trabajo o ingresos) que pudiera obtener el beneficiario; salvo que se traten de prestaciones no contributivas donde sí se considera la situación de necesidad real.

Sin embargo, en las prestaciones por muerte y supervivencia, el beneficiario y el causante no coinciden en la misma persona. Tampoco el riesgo que se protege (el fallecimiento en el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia) impide que el beneficiario de estas prestaciones continúe trabajando o generando nuevos ingresos económicos. Por tanto, la compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones por

muerte y supervivencia con las rentas del trabajo u otros ingresos, ante la ausencia de reglas comunes a todas las prestaciones en la LGSS, se determina en función del régimen jurídico concreto de la protección por muerte y supervivencia, así como de las reglas de compatibilidad que pueden extraerse de la situación protegida: de un lado, el acceso sobre la base de la situación de necesidad presunta, donde el beneficiario no tiene que acreditar la carencia de recursos económicos, facilita claramente la compatibilidad, salvo que se disponga lo contrario; de otro lado, el acceso sobre la base de la situación de necesidad real, en la que resultará siempre más difícil simultanear las prestaciones por muerte y supervivencia con otros ingresos, precisamente porque el beneficiario tendrá que carecer, en el momento de la solicitud y durante su disfrute, de medios o recursos económicos suficientes.

En definitiva, aquellas prestaciones de muerte y supervivencia, como son la mayoría de las prestaciones de viudedad y la pensión de orfandad de los menores de veintiún años o los incapacitados para el trabajo, a las que se accede sin demostrar la ausencia de recursos económicos suficientes, son en principio compatibles con el trabajo u otros ingresos, sin que sea relevante a estos efectos las rentas percibidas o que pueda percibir el beneficiario de la prestación. De manera que nos encontramos aquí con importantes criterios de interpretación jurídica que facilitan la acumulación de rentas o ingresos distintos, a pesar de los rasgos asistenciales que puedan aparecer o concurrir en la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia o de las reglas más concretas que alteren esta compatibilidad. Por el contrario, los viudos que se encuentren en una situación económica precaria, los huérfanos mayores de veintiún años y menores de veinticinco años, así como los beneficiarios de las prestaciones a favor de familiares, acceden demostrando la carencia de recursos económicos, lo que provoca que estas protecciones sociales sean generalmente incompatibles con el trabajo, salvo que se disponga lo contrario.

1. A este respecto, el artículo 197 de la LGSS dispone que “la pensión de viudedad será compatible con cualesquiera rentas del trabajo”, pudiendo causarse sin límites en la cuantía de las rentas percibidas por el trabajo desempeñado, ya que no se indica nada sobre la existencia de límites máximos o mínimos en la regulación legal (artículo 179.1 de la LGSS y el artículo 10 de la OMS). Además, la pensión de viudedad también es compatible, aunque no se haga expresa referencia en la norma, con otros ingresos que pueda generar o percibir el beneficiario de la viudedad, sin que importe el montante económico, ni tampoco el tiempo durante el que se devengan estas rentas a su favor. Pese a que la percepción de ingresos superiores a ciertas cantidades puede tener alguna incidencia en la cuantía de la prestación de viudedad. Como es obvio, los viudos que perciban unos ingresos suficientes no podrán acceder a la tutela prevista para las situaciones de necesidad real (tipo incrementado en el importe aplicable a la base reguladora, complemento a mínimos cuando el importe de la prestación sea inferior a ciertos umbrales, unidad personal a cargo del viudo). Y tampoco podrán mantener esta protección especial cuando obtengan rentas suficientes del trabajo o de cualquier otra fuente de ingreso.

Del mismo modo, la compatibilidad de la prestación de viudedad con las rentas del trabajo también se aplica a la pensión de viudedad a la que acceden los ex-cónyuges, sin acreditar la pensión compensatoria, o con la pensión de viudedad en supuestos especiales, ya que la regulación legal tan sólo condiciona el acceso cuando el viudo sea

beneficiario de otra pensión o prestación pública. Pero nada se indica de las rentas del trabajo, ni en el momento de acceso, ni durante el devengo de la prestación.

Más dudas plantea si esta compatibilidad se aplica o no a las parejas de hecho, ya que la regulación legal establece determinadas reglas en relación con los recursos económicos que limitan el acceso así como el mantenimiento de la viudedad en algunos casos. A este respecto, según el artículo 174.3 de la LGSS, las parejas de hecho accederán a la pensión vitalicia de viudedad cuando: a) “sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período”, siendo del 25 por ciento en el caso de que el matrimonio no tenga hijos comunes; b) “los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1’5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante”, incrementado en 0’5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente; un importe que se exige tanto en el momento del hecho causante como durante el período de su percepción. Para calcular estos límites, de acuerdo con el artículo 174.3 de la LGSS, “se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial”. De manera que, cuando las parejas de hecho accedan porque los ingresos sean inferiores al 1’5 veces el importe del salario mínimo interprofesional con el incremento del 0’5 por cada hijo, es posible interpretar una matización a las reglas de la compatibilidad entre la pensión de viudedad vitalicia y las rentas del trabajo.

Pese a lo anterior, en términos generales, se mantiene las amplias reglas sobre la compatibilidad de las prestaciones de viudedad con el trabajo, a pesar de las profundas transformaciones sociales que han afectado al colectivo de viudos, como puede ser la incorporación de la mujer al mercado laboral.

2. Por lo que se refiere a la orfandad, la Ley 40/2007 eliminó la incompatibilidad entre esta prestación con cualquier ocupación que desempeñara el beneficiario en el sector público, que tenía como finalidad restringir la pensión de orfandad, cuando el puesto de trabajo fuera estable, con el fin de limitar esta tutela para aquellos huérfanos que realmente necesitaran de la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social. Con esta modificación legislativa, la prestación de orfandad, de acuerdo con el artículo 179.2 de la LGSS, “será compatible con cualquier renta del trabajo de quien sea o haya sido cónyuge del causante, o del propio huérfano”.

No obstante, esta compatibilidad entre la pensión de orfandad y las rentas del trabajo tan sólo se aplica a los menores de veintiún años y a los incapacitados. Así lo indica el artículo 10.1 del Real Decreto 1647/1997, con las modificaciones que resultan aplicables en relación con la edad para ajustar el precepto a lo dispuesto en la LGSS: “la pensión de orfandad de los menores de dieciocho años o que tengan reducida su capacidad para el trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, será compatible con cualquier renta del trabajo del cónyuge superviviente o del propio huérfano”. Y, en el mismo sentido, se puede deducir que la compatibilidad entre la pensión de orfandad y las rentas del trabajo tan sólo es posible para los menores de veintiún años y los incapacitados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 175 de la LGSS. Pues este precepto legal, tras señalar como beneficiarios de la prestación de orfandad a los menores de veintiún años e

incapacitados, en coherencia con el artículo 10.1 del Real Decreto 1647/1997 antes reproducido, dispone que cuando “el hijo del causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual”, podrán causar la prestación siempre que, en la fecha de fallecimiento del causante, aquél fuera menor de veintitrés años (orfandad simple) o de veinticinco años (orfandad absoluta), con los incrementos progresivos de la edad en el caso de la orfandad simple, hasta alcanzar en 2014 los veinticinco años. De manera que esto implica, como venimos anunciando, la compatibilidad entre la pensión de orfandad de los menores de veintiún años y los incapacitados con otros ingresos, así como la incompatibilidad de la pensión de los mayores de veintiún años y menores de veintitrés (orfandad simple) o de veinticinco años (orfandad absoluta) con las rentas del trabajo, cuando los ingresos obtenidos superen el salario mínimo interprofesional.

No obstante, en relación con los hijos que el cónyuge superviviente hubiese llevado al matrimonio, de acuerdo con el artículo 9.3 del Real Decreto 1647/1997, la regulación legal exige que vivieran a expensas del causante y no tuvieran derecho a otra prestación de la Seguridad Social, de manera que es preciso realizar una matización adicional, en relación con la compatibilidad de la pensión de orfandad y las rentas del trabajo. Pues, los hijos aportados por la pareja a la unión de convivencia, según los preceptos indicados, no disfrutarán de la orfandad cuando puedan sostenerse por sí mismos, lo que sucede normalmente cuando se desempeña una ocupación y los ingresos percibidos son superiores al salario mínimo interprofesional. Pese a que su acceso no se condiciona a la acreditación de una situación de necesidad real, la norma realiza constante referencias a su especial situación de vulnerabilidad, condicionando el acceso a la orfandad no sólo a la carencia de otra pensión de la Seguridad Social, sino también a que no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos. De manera que, según esta interpretación, resultaría incompatible la pensión del hijo que el cónyuge supérstite hubiese llevado al matrimonio con las rentas del trabajo o cualquier otro ingreso económico, siempre que sean superiores al salario mínimo interprofesional. Pese a que la aplicación de estas reglas plantea muchos problemas, ya que otros menores (los hijos del trabajador fallecido) no tienen tantas limitaciones para causarlas.

De acuerdo con incompatibilidad entre pensión de orfandad y rentas del trabajo, cuando el huérfano concierte “un contrato laboral, en cualquiera de sus modalidades, o efectúe un trabajo por cuenta propia”, siempre que obtenga ingresos superiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, la orfandad se suspenderá (artículo 9 del Real Decreto 1647/1997). “El derecho a la pensión se recuperará cuando se extinga el contrato de trabajo, cese la actividad por cuenta propia (...)”, siempre que se pueda continuar causando la prestación (artículo 9 del Real Decreto 1647/1997).

No obstante, este precepto legal debe interpretarse de acuerdo con el artículo 175 de la LGSS. De un lado, en relación con el límite del 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, los Tribunales han interpretado que “el nivel de ingresos para poder decir que se vive independientemente lo constituye el salario mínimo interprofesional”, ya que “las percepciones inferiores no aseguran el mínimo vital indispensable”, STS de 9 diciembre 2003 (RJ 3379/2004) y de 16 de mayo de 2003 (RJ 4384/2003), en relación con las prestaciones a favor de familiares pero se podría aplicar también a las pensiones de orfandad. Con lo que el límite del 100 por cien del salario mínimo interprofesional al

que se refiere el artículo 175 de la LGSS, se ajusta más a estos pronunciamientos judiciales que la regla dispuesta en el artículo 9.2 del Real Decreto 1647/1997, donde se establece como límite para la compatibilidad que el huérfano obtenga ingresos inferiores al 75 por cien del salario mínimo interprofesional. Al margen de que este precepto reglamentario debe ajustarse, en atención al principio de jerarquía normativa, a lo dispuesto en la LGSS.

Por otro lado, este precepto legal se aplicará, como venimos anunciando, a los huérfanos mayores de veintiún años y menores de veintitrés (orfandad simple) o de veinticinco años (orfandad absoluta), cuando las rentas obtenidas superen el salario mínimo interprofesional, o bien sea hijos llevados al matrimonio, ya que los menores de veintiún años y los incapacitados acceden y causan la pensión de orfandad sin que sea relevante la demostración de la situación de necesidad, ni en el momento de la solicitud, ni durante el devengo de la prestación. Una interpretación contraria a ésta nos llevaría a que la regla de la compatibilidad entre la pensión de orfandad y el trabajo, a la que se refiere el artículo 175 de la LGSS, no se aplicaría, vulnerando el principio de jerarquía normativa. Pero tampoco creemos que deba extenderse esta regla a todas las pensiones de orfandad, ya que los huérfanos mayores de veintiún años tan sólo se están protegidos cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad (ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional).

Todos los preceptos antes señalados se refieren a rentas derivadas del trabajo, sin que la regulación legal contemple aquellas que pudieran devengarse por otra circunstancia, como pueden ser aquellas generadas por el arrendamiento de negocio o de vivienda, las inversiones bancarias, e incluso los bienes heredados del trabajador fallecido; pese a la relevancia que estos capitales puedan tener en la función o en el significado de la prestación de orfandad. Con la única excepción del hijo llevado al matrimonio, donde estos ingresos claramente limitan el acceso a la pensión de orfandad.

Se puede, en este sentido, suspender o extinguir la prestación de orfandad cuando levemente se supere, con las rentas del trabajo, el límite señalado en la norma (100 por cien del salario mínimo interprofesional en cómputo anual). Sin que, por el contrario, se extinga cuando la cuantía de los ingresos derivados sea importante, pero no tengan origen en las rentas del trabajo. Por lo que, en este contexto, sería necesario realizar una valoración más profunda sobre la conveniencia de mantener estas disparidades, unificando criterios legales para dar una protección más garantista a los huérfanos.

Además, en el caso de los huérfanos incapaces, la aplicación de la compatibilidad entre la pensión de orfandad y las rentas del trabajo resulta incluso mucho más compleja, ya que la actividad realizada puede generar unos ingresos abundantes y/o estables para el huérfano. De hecho, los tribunales han interpretado, en coherencia con otros pronunciamientos sobre las prestaciones aquí estudiadas, que los huérfanos con alguna reducción en su capacidad para trabajar, siempre que la actividad desempeñada fuera temporal y de escasa cuantía, pueden percibir tanto la prestación como continuar ingresando las rentas derivadas del trabajo, STSJ de Cantabria de 27 de septiembre de 2002 (JUR 8671/2003). Asimismo, los declarados como incapacitados permanentes para el trabajo, siempre que la actividad desempeñada fuera de escasa relevancia y no fuese perjudicial para su salud, podrán acceder a la orfandad, y compatibilizar ésta con

el trabajo que venían desempeñando antes de causarla (STS de 10 de noviembre de 2009, RJ 70/2010).

Estas constantes referencias a que los huérfanos incapacitados compatibilicen la pensión de orfandad con el trabajo siempre que la actividad sea marginal, de escasa cuantía o duración, son un reflejo de las contradicciones que concurren en las prestaciones por muerte y supervivencia. En este sentido, la presunción de que los “incapacitados” siempre necesitan la protección del sistema de Seguridad Social, sobre la que se asienta esta compatibilidad entre pensión de orfandad y trabajo, se justifican en la lógica de una protección histórica de las prestaciones por muerte y supervivencia, especialmente cuando los discapacitados tenían serias dificultades para participar en el empleo o se encontraban totalmente excluidos del mercado laboral. Con las importantes medidas de empleo introducidas para favorecer y promover la participación laboral de quienes tienen dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente el importante número de intervenciones que promocionan la presencia de los discapacitados en el empleo, resulta discutible que esta protección se realice de forma automática, sin valorar la situación real de los discapacitados o sus oportunidades de empleabilidad.

3. Por lo que se refiere a las prestaciones en favor de familiares de los nietos y de los hermanos, la prueba sobre la carencia de recursos económicos suficientes, como se ha indicado, refuerza mucho la regla de la incompatibilidad entre los ingresos que pudiera obtener el beneficiario y estas prestaciones, lo que resulta coherente con una protección social donde los rasgos no contributivos o asistenciales se manifiestan de una forma especialmente intensa o acentuada.

En efecto, el artículo 22 de la OMS, tras identificar como beneficiarios de estas prestaciones a los nietos y hermanos que sean menores de dieciocho años o que tengan reducida su capacidad para el trabajo, dispone que cuando “el nieto o hermano del causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o, cuando realizándolo, los ingresos que obtenga, en cómputo anual, resulten inferiores al 75 por ciento de la cuantía del salario mínimo que se fije en cada momento, también en cómputo anual”, podrán acceder a la prestación siempre que, en la fecha de fallecimiento del causante, fueran menores de veintidós años. También tendrán importantes limitaciones en su devengo, quedando la prestación en favor de familiares en suspenso, al igual que sucede con la orfandad, cuando el beneficiario obtenga, en cómputo anual, ingresos superiores al 75 por cien del salario mínimo interprofesional por el trabajo desempeñado (artículo 22 de la OMS). Es más, de acuerdo con el artículo 22 de la OMS, se puede extraer que las prestaciones en favor de familiares de los nietos y de los hermanos son incompatibles con otros ingresos, ya que el acceso y el mantenimiento se condiciona a que “carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación o posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil”.

Pese a que estas limitaciones no existen, sin embargo, en las pensiones de orfandad de los menores de veintiún años o los incapacitados, a las que antes nos hemos referido, cuya naturaleza o finalidad es semejante: la atención de menores que se quedan sin protección tras el fallecimiento de la persona de la que dependían económicamente. De un lado, en relación con el nacimiento de esta tutela, los huérfanos menores de veintiún años o incapacitados, como se ha indicado antes, acceden sin acreditar la carencia de

recursos económicos suficientes, quedando protegidos durante el devengo de la prestación por la situación de necesidad presunta. Sin embargo, los nietos y hermanos menores de dieciocho o incapacitados deberán demostrar la carencia de recursos económicos suficientes para hacer frente a sus necesidades más elementales siempre. De manera que la prestación en este último caso podrá no causarse, e incluso puede quedar en suspenso, cuando el beneficiario de la prestación en favor de familiares se sostenga por sí mismo, como expresamente indica el artículo 22 de la OMS: “que carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación o posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación Civil”. De otro lado, la referencia que se utiliza en estas prestaciones para limitar el acceso de los beneficiarios (75% del salario mínimo interprofesional) es más exigente que la dispuesta en relación con la orfandad, así como con los pronunciamientos judiciales que han establecido el 100 por cien del salario mínimo interprofesional, como umbral mínimo a partir del que se considera que los sujetos pueden sostenerse por sí mismos. Con lo que quizás sería necesario reflexionar sobre la conveniencia de reformar el régimen jurídico para hacer un tratamiento más homogéneo, valorando la posible extensión de las reglas que se aplican a la orfandad para la protección de los nietos y de los hermanos.

4. En el mismo sentido, respecto a las otras prestaciones en favor de familiares, la regulación legal también impone unos requisitos tan exigentes de dependencia económica del trabajador fallecido y de carencia de recursos económicos suficientes tras el óbito que la prestación deviene prácticamente incompatible con cualquier renta del trabajo u otros ingresos que causen los beneficiarios de estas prestaciones. A estos efectos, la regulación legal establece, como se ha indicado, reglas rigurosas en cuanto a la acreditación de los recursos económicos, tanto en el momento del nacimiento como durante el devengo de la prestación, condicionando el acceso a “que carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación o posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación Civil”. De manera que la mejoría económica del beneficiario de la prestación, lo que sucede cuando se obtienen rentas del trabajo u otro ingresos superiores al salario mínimo interprofesional, aunque no se encuentre prevista como causa de suspensión o de extinción, paraliza su devengo hasta que se acredite de nuevo esa carencia de recursos, según se ha interpretado en sede judicial, STS de 21 de julio de 2009 (RJ 4694/2009).

5. Por último, en el caso de la indemnización especial a tanto alzado, el artículo 177 de la LGSS no hace referencia alguna a la compatibilidad o no de esta protección con las rentas del trabajo u otros ingresos económicos, de manera que la ausencia de una prohibición expresa hace que la indemnización sea en principio compatible con el trabajo u otros ingresos, lo que resulta coherente por la protección temporal y limitada dispuesta en la indemnización especial a tanto alzado. De hecho, el cónyuge superviviente, el superviviente de la pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174 de la LGSS y los huérfanos, como se indicó, acceden tan sólo demostrando su vínculo familiar con el fallecido (artículo 177 de la LGSS). No obstante, por lo que se refiere al padre o la madre del causante, la regulación legal dispone como exigencia, en relación con la indemnización especial a tanto alzado, que “vivieran a expensas del trabajador fallecido”, es decir, que carezcan de ingresos superiores al salario mínimo interprofesional, como se indicó en el apartado de las situaciones protegidas. De manera que esto puede provocar, en el caso del padre o de la madre que accedan a esta protección, una incompatibilidad con las rentas del trabajo u

otros ingresos económicos. De hecho, cuando estos beneficiarios tengan recursos económicos superiores al salario mínimo interprofesional, la indemnización especial a tanto alzado no se generará a favor del padre o de la madre, STSJ de Cataluña, de 4 de octubre de 2002 (AS 3514/2002).

Como cierre de este apartado, la necesaria protección de aquellas situaciones que precisan una mayor atención de los poderes públicos han venido limitando la compatibilidad entre en las prestaciones contributivas y el trabajo, especialmente cuando se generan ingresos superiores al salario mínimo interprofesional. En el caso de las prestaciones no contributivas incluso se limita con otros ingresos que pudiera recibir el beneficiario (rendimiento de cuentas bancarias, alquiler o venta de vivienda, arrendamiento de locales o negocios). Pese a que las rentas del trabajo u otros ingresos se encuentran al margen de los sistemas de protección social. Sin embargo, algunas prestaciones por muerte y supervivencia no se encuentran sujetas a la incompatibilidad, generándose sin que se consideren otros ingresos fijos o periódicos que pudieran obtener los sujetos protegidos en las prestaciones por muerte y supervivencia, como se ha podido comprobar. En concreto, la regulación legal de la viudedad es bastante permisiva con las rentas o ingresos que pudiera percibir el cónyuge superviviente, salvo cuando la pensión nace como consecuencia de la situación de especial necesidad. Igual sucede en relación con los huérfanos menores de veintiún años o incapacitados en la pensión de orfandad, así como con la indemnización especial a tanto alzado del cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174 de la LGSS y los huérfanos. A diferencia de lo anterior, el resto de las prestaciones por orfandad, las prestaciones en favor de familiares, así como la indemnización especial a tanto alzado de los padres, encuentran reglas mucho más restrictiva en lo que hace a su compatibilidad con otras percepciones o ingresos económicos, ya sean de naturaleza salarial o extra-salarial.

5.2. Con las prestaciones del sistema de Seguridad Social: la incompatibilidad como regla general.-

Otra de las matizaciones presentes en el sistema de Seguridad Social al modelo contributivo es el principio de pensión única que responde a la lógica de conceder la protección necesaria para cubrir las situaciones de necesidad. Este principio consiste en la existencia de una sola protección del sistema de Seguridad Social (de la misma naturaleza y de función análoga) para una misma situación de necesidad presunta o real, lo que limita el derecho a causar prestaciones públicas en el sistema, sentando otro principio básico igualmente aplicable: la incompatibilidad de las pensiones. Ambos principios matizan o rectifican del principio contributivo, ya que las cotizaciones del causante sólo se consideran para generar una sola prestación o protección del sistema de Seguridad Social, lo que impide su encadenamiento o acumulación. Sin que esto suponga una restricción o limitación contraria a los principios inspiradores de la Seguridad Social. La incompatibilidad, al contrario de lo que pudiera pensarse, encaja perfectamente con los principios de igualdad, solidaridad y reparto que inspiran la Seguridad Social, ya que limitan el gasto público para quienes perciben una prestación, con el fin de conservar los recursos necesarios para otros ciudadanos que necesitan la protección social.

En este sentido, el artículo 122 de la LGSS parte de la incompatibilidad general de las prestaciones de Seguridad Social, referidas a una misma situación y mismo régimen de la Seguridad Social, “cuando coincida en un mismo beneficiario”, salvo que se disponga lo contrario en el régimen jurídico específico de cada prestación. No obstante, esta regla de la incompatibilidad tiene un alcance bastante limitado. De hecho la incompatibilidad entre las prestaciones se manifiesta particularmente en el nivel contributivo del sistema de Seguridad Social. Pues, en el nivel asistencial y no contributivo, el acceso a la protección se basa en la prueba de la carencia de recursos económicos suficientes, lo que limita el nacimiento de las citadas protecciones, impidiendo que concurren distintas tutelas. Este principio además no resulta aplicable en los supuestos de pluri-actividad, donde se pueden compatibilizar prestaciones distintas, cuando se generan derechos o expectativas de derechos diferentes por la obligatoria inclusión del beneficiario en sistemas de protección distintos. Y tampoco se aplica cuando las bases de cotización se superpongan, donde igualmente las cotizaciones se tienen en cuenta para causar distintas prestaciones, o en los casos de pluriempleo. Además, la incompatibilidad se limita al sistema general de Seguridad Social, permitiendo que se acumulen con prestaciones (cada vez más extintas pero aún existentes) de los sistemas especiales de Seguridad Social. En la misma dirección, el término “pensiones” utilizado en el artículo 122 de la LGSS, donde se contiene la regla general de la incompatibilidad, se trata de un término más limitado y restrictivo que el concepto “prestaciones económicas”, lo que parece excluir los subsidios (prestaciones de corta duración), haciendo que la regla de la incompatibilidad quede bastante restringida. Tampoco funciona en la protección asistencial que las CCAA o el Estado realizan como tutela ajena y externa al sistema de Seguridad Social, ni a las prestaciones generadas en distintos países cuando las cotizaciones no puedan acumularse para causar una única protección o las protecciones causadas resulten distintas. Del mismo modo, la incompatibilidad no se aplicaría cuando se refieran a rentas generadas en el marco de la protección social complementaria, al tratarse de tutelas distintas a las ofrecidas por el sistema de Seguridad Social.

En definitiva, el artículo 122 de la LGSS establece, con las limitaciones y restricciones señaladas, un principio general de incompatibilidad que afecta particularmente a las prestaciones contributivas. De acuerdo con este principio, el acceso a la protección por muerte y supervivencia se encuentra limitado cuando el beneficiario perciba otras prestaciones, aunque esto no significa que siempre se impida el acceso a la tutela del sistema de Seguridad Social. Al margen queda, como se ha interpretado antes, todas las excepciones relacionadas con las prestaciones de duración determinada (la incapacidad temporal, el desempleo, la maternidad, entre otras), así como las excepciones legales que puedan establecerse.

En este sentido, el régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia ha previsto algunas limitaciones que restringen el disfrute simultáneo con otras protecciones del sistema de Seguridad Social, impidiendo el nacimiento o provocando la suspensión de las prestaciones por muerte y supervivencia. Además de lo anterior, como en los anteriores casos, se deben aplicar las mismas reglas sobre la situación de necesidad presunta o real, lo que también limitará la compatibilidad de esta prestación con otras que generen los viudos en situaciones de necesidad, los huérfanos mayores de veintiún años, las prestaciones en favor de familiares, así como la indemnización especial a tanto alzado a favor de los padres del trabajador fallecido. Y, en el mismo sentido, la protección de las situaciones de necesidad presunta facilitará la

compatibilidad para los viudos, los huérfanos menores de veintiún años o los incapacitados, así como para algunos beneficiarios de la indemnización especial a tanto alzado. Pese a que, en este caso, se pueden encontrar importantes salvedades, ya que algunas pensiones de viudedad exigen que el beneficiario carezca de “otra pensión pública” (ex-cónyuge que accede sin reunir el requisito de la pensión compensatoria, ni tampoco tenga hijos en común con el causante, pero tiene sesenta y cinco años y el matrimonio haya durado menos de quince años) o “pensión contributiva” (pensión de viudedad en supuestos especiales). Además, en el mismo sentido, alguna pensión de orfandad, con independencia de la edad del menor o su capacidad para trabajar, exigen que el beneficiario no tenga a “otra pensión de la Seguridad Social” (hijos que el cónyuge superviviente hubiese llevado al matrimonio).

Partiendo de esta incompatibilidad general así como de las anteriores ideas, la regulación legal establece reglas mucho más concretas en relación con la incompatibilidad entre las prestaciones por muerte y supervivencia y otras tutelas del sistema de Seguridad Social que pudiera causar el beneficiario. Pero también en algunas ocasiones nos encontramos con importantes salvedades o excepciones que matizan el principio de pensión única. De manera que las prestaciones por muerte y supervivencia son en algunas ocasiones compatibles con otras protecciones del sistema de Seguridad Social, aunque esto suponga una clara excepción al artículo 122 de la LGSS, donde se establece con carácter la incompatibilidad entre las prestaciones. Algunas de estas excepciones son fruto, como se ha señalado antes, de la escasa concreción del artículo 122 de la LGSS, que no limita totalmente la percepción de varias prestaciones del sistema de Seguridad Social. Otras, sin embargo, afectan a prestaciones que en principio quedarían incluidas dentro de la regla general de incompatibilidad, como son la jubilación o la invalidez.

1. En este sentido, la prestación de viudedad, de acuerdo con el artículo 10 de la OMS, es compatible con otras prestaciones de la Seguridad Social como la “pensión de jubilación o incapacidad permanente”. Esta regla de compatibilidad, como sucede con las rentas derivadas del trabajo, se ha mantenido inalterada prácticamente desde que la viudedad se incluyera en el sistema de Seguridad Social como protección específica. A pesar de que la compatibilidad de todas las prestaciones indicadas resulta extraña en un sistema de protección social que atiende a las situaciones de necesidad. Particularmente, cuando el beneficiario tenga derecho a la jubilación o a la incapacidad permanente, la pensión de viudedad quizás carece de sentido, ya que en este caso el beneficiario se encuentra suficientemente protegido por el sistema de Seguridad Social, con rentas de carácter vitalicio. Pero también pueden encontrarse ciertas incoherencias en lo que hace a la incapacidad permanente, ya que el beneficiario puede conservar cierta capacidad para trabajar, lo que provocaría la posible concurrencia de la viudedad con las rentas del trabajo, pero también con la incapacidad permanente. De manera que, en este caso, nos encontramos claramente con una sobre-tutela del sistema de Seguridad Social.

De hecho, las únicas dudas que pueden plantearse sobre la aplicación del artículo 10 de la OMS, que se refiere como hemos indicado a la compatibilidad entre la prestación de viudedad y la “pensión de jubilación o incapacidad permanente”, se refieren a las interpretaciones que se pueden extraer del concepto “incapacidad permanente”. A estos efectos, estarían dentro de la compatibilidad todos los tipos de incapacidad definitiva (parcial, total, absoluta y gran invalidez). Por el contrario, de acuerdo con el artículo

122 de la LGSS, el régimen de incompatibilidad de las prestaciones se aplica a “la indemnización especial a tanto alzado prevista en el apartado 2 del artículo 139 como prestación sustitutiva de invalidez en el grado de incapacidad permanente total”; con lo que esta indemnización sería incompatible con la prestación de viudedad.

Por otro lado, como la incompatibilidad afecta a las pensiones de carácter indefinido, pero no a las temporales u otras que no se causen mediante rentas fijas, la viudedad, a falta de previsión legal, es compatible con otras rentas sustitutivas del trabajo: el desempleo en la modalidad contributiva, la incapacidad temporal, la maternidad, el riesgo durante la lactancia natural o el riesgo durante el embarazo (Rodríguez Iniesta, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia*, Laborum, 2009, pp. 236). Pese a que, en relación con el desempleo no contributivo, el artículo 215.1.1 de la LGSS impone una serie de requisitos tan exigentes, relacionados con la carencia de recursos económicos suficientes, que pueden limitar de hecho la compatibilidad entre la prestación de viudedad y el desempleo no contributivo, ya que sólo podrán acceder a esta protección quienes carezcan “de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias”.

En cualquier caso, en los supuestos antes mencionados, que dan acceso a unas rentas de carácter temporal, a diferencia de lo que sucede en relación con la incapacidad permanente o la jubilación, la compatibilidad entre prestaciones parece mucho más lógica o coherente con los principios de Seguridad Social, ya que se requiere cierta flexibilidad en el disfrute de la prestación de viudedad para amparar aquellas situaciones donde el cónyuge superviviente puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad o desprotección.

No obstante, la regla general de la incompatibilidad así como las previsiones legales existentes hacen que algunas pensiones de viudedad no resulten compatibles con otras prestaciones del sistema de Seguridad Social. En concreto, la pensión de viudedad de quienes se encuentran en una situación de necesidad acreditada es incompatible con las prestaciones de la Seguridad Social. Del mismo modo, la “pensión de viudedad en supuestos especiales”, según se deduce de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, es incompatible con otras prestaciones contributivas, ya que para causarlas se exige que “el beneficiario no tenga reconocida el derecho a otra pensión contributiva de la Seguridad Social”.

2. En relación con la orfandad, los huérfanos que causen la prestación como consecuencia de su incapacidad para trabajar, en virtud del artículo 179.3 de la LGSS, no podrán compatibilizar la orfandad con una prestación obtenida en razón de la misma incapacidad (artículo 179.3 de la LGSS y artículo 10.3 del Real Decreto 1647/1997). No obstante, los huérfanos que causen la prestación como consecuencia de su incapacidad para trabajar antes de cumplir dieciocho años, en virtud del artículo 179.3 de la LGSS, podrán compatibilizar la orfandad con una prestación obtenida, después de los dieciocho años, en razón de la incapacidad sobrevenida con posterioridad, siempre que la nueva prestación nazca como consecuencia de lesiones distintas a las que originaron la pensión de orfandad. Asimismo, los huérfanos que causen la prestación como consecuencia de su incapacidad para trabajar antes de cumplir dieciocho años, según el artículo 179.3 de

la LGSS, también podrán compatibilizar esta prestación de orfandad con la jubilación originada como resultado de su trabajo.

Pese a lo anterior, el devengo de la orfandad más allá de la edad establecida como tope general para causarla, como hemos indicado en diversas ocasiones a lo largo del presente trabajo, tiene como fundamento la situación de especial vulnerabilidad en la que pueden encontrarse los huérfano incapacitados. No obstante, la compatibilidad entre la orfandad y la jubilación, al igual que sucede con la viudedad, cuestiona la finalidad de esta prestación. Pues si la protección social se prolonga precisamente por las dificultades que tienen los huérfanos incapacitados, resulta discutible que después se le permita además compatibilizarla con la jubilación. De manera que nos encontramos, en relación con los huérfanos incapacitados que perciben la prestación de orfandad, con una situación de sobre-tutela del sistema de Seguridad Social que resulta poco acorde con los principios básicos de la protección social.

Por otro lado, la pensión de orfandad que causen los mayores de veintiún años y menores de veinticinco, de acuerdo con las interpretaciones efectuadas sobre la aplicación del artículo 9 del Real Decreto 1647/1997 en conexión con el artículo 175 de la LGSS, es incompatible con otras las prestaciones temporales que el huérfano pudiera obtener, a diferencia de lo que sucede en relación con la viudedad donde no se han establecido reglas concretas y no puede impedirse la compatibilidad aplicando el artículo 122 de la LGSS. En este sentido, de conformidad con el artículo 9 del Real Decreto 1647/1997, la pensión de orfandad “se recuperará (....)”, en lo que aquí interesa, cuando “finalice la prestación por desempleo, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o maternidad”, cuando se haya suspendido porque los ingresos sean superiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, lo que indica la incompatibilidad de ambas tutelas.

A este respecto, en la regulación legal falta la referencia al riesgo durante la lactancia natural y la paternidad, cuya compatibilidad o incompatibilidad no se encuentra prevista en la norma que regulan la pensión de orfandad, aunque la aplicación analógica haría que ésta también fuese incompatible, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 1647/1997. Del mismo modo, como se interpretó en relación con la viudedad, la pensión de orfandad tampoco puede compatibilizarse con la prestación de desempleo no contributivo, ya que se exige tan sólo acceden al desempleo no contributivo quienes carezcan “de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias”. Y también, como se ha venido interpretando hasta ahora, el límite del 75 por ciento del salario mínimo interprofesional debería incrementarse hasta el 100 por cien del salario mínimo interprofesional.

3. En relación con las prestaciones en favor de familiares, la regla general de la incompatibilidad de prestaciones así como las reglas específicas sobre el acceso a esta protección, que restringen su devengo cuando el beneficio tenga recursos económicos suficientes para atender sus necesidades básicas, imposibilitan prácticamente la compatibilidad con otras prestaciones de la Seguridad Social. En este sentido, la regulación legal, como ya se ha indicado en otras ocasiones, exige expresamente que el beneficiario: a) “no tenga derecho a pensión pública”, lo que limita la compatibilidad de las prestaciones, ante esta exigencia legal y la ausencia de otra disposición en contrario,

aunque quizás sería necesario que se empleara el término “prestación”, con el fin de que esta limitación tuviera un alcance más amplio (artículo 22.1 de la OMS, el artículo 40.2.b) y 42 del Real Decreto 3158/1966).

No obstante, los Tribunales han interpretado que el artículo 22 de la OMS debe entenderse como un obstáculo para el disfrute simultáneo de pensiones distintas. Pero esta incompatibilidad no es absoluta. Pues, cuando las prestaciones son inferiores al salario mínimo interprofesional, haciendo una interpretación más flexible del artículo 22 de la OMS, han interpretado que pueden compatibilizarse ambas percepciones. Considerando que este precepto legal no debe entenderse como barrera infranqueable para causar las prestaciones por muerte y supervivencia que nacen como derechos derivados del trabajador fallecido, ni tampoco como una limitación total para causar una pensión destinada a compensar económicamente por la contingencia dañosa que se ha producido como consecuencia del fallecimiento del trabajador, STS de 3 de febrero de 1993 (RJ 1691/1993) y de 17 diciembre 1997 (9188/1997). Con lo que aceptan la incompatibilidad entre las prestaciones, como principio general del sistema de Seguridad Social, aplicándolo también a las prestaciones en favor de familiares. Pero admiten la compatibilidad cuando se tratan de ingresos de escasa cuantía (inferiores al salario mínimo interprofesional que se establezca anualmente).

Por tanto, la única excepción respecto a la compatibilidad entre las prestaciones en favor de familiares y otras tutelas del sistema de Seguridad, de acuerdo con las interpretaciones antes efectuadas, sucede cuando la prestación devengada sea de escasa o poca cuantía económica, en cuyo caso podrán simultanearse ambas.

4. Por último, en el caso de la indemnización especial a tanto alzado, como se indicó antes, el artículo 177 de la LGSS no hace referencia alguna a la compatibilidad o no de esta protección con las prestaciones del sistema de Seguridad Social, de manera que la ausencia de una prohibición expresa hace que la indemnización sea en principio compatible con ellas, en lo que hace al cónyuge superviviente, al superviviente de la pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174 de la LGSS y a los huérfanos. No obstante, en cuanto al padre o la madre, las interpretaciones judiciales efectuadas sobre el concepto que “vivieran a expensas del trabajador fallecido”, como se indicó en el anterior apartado, así como la limitación en cuanto al derecho a causar las prestaciones en favor de familiares, pueden servir de base para interpretar la incompatibilidad de esta indemnización a tanto alzado con otra pensión pública (siempre que sean superiores al salario mínimo interprofesional).

Como cierre de este apartado, se ha podido comprobar que existen excepciones importantes al principio de incompatibilidad previsto en el artículo 122 de la LGSS. Algunas de estas excepciones son reflejo de los rasgos contributivos presentes en el sistema de Seguridad Social español, como es el ejemplo de la compatibilidad entre las prestaciones de viudedad y la orfandad con otras de la misma naturaleza, a las que nos referiremos en el próximo apartado. De otro lado, otras excepciones a la incompatibilidad son una expresión más del carácter limitado de los recursos públicos para atender a las situaciones de necesidad, respondiendo con la compatibilidad a la carencia de recursos que pueden sufrir aquellos beneficiarios cuya prestación es residual o marginal, como sucede con el mantenimiento de las pensiones de viudedad de quienes contraen matrimonio después de causar la prestación. Otras pueden encontrar una

justificación más difícil, como las referidas a la compatibilidad entre prestación de viudedad y orfandad con el trabajo, la jubilación o la incapacidad, en los términos que se han indicado en el presente apartado.

5.3. Entre las prestaciones por muerte y supervivencia: una manifestación acentuada del principio general de incompatibilidad entre prestaciones.-

Al margen de las presunciones sobre la situación de necesidad o de la necesaria prueba de la carencia de recursos, se han previsto algunas reglas específicas que matizan en algunas ocasiones la regla general de la incompatibilidad prevista en el artículo 122 de la LGSS, pero que en términos generales limitan aún más la posibilidad de disfrutar de varias prestaciones de la misma naturaleza. En este sentido, la regulación legal de las prestaciones por muerte y supervivencia se dirigen de alguna forma a la protección del núcleo familiar tras el fallecimiento de quien contribuía a su soporte económico, lo que provoca importantes limitaciones o restricciones entre ellas, no sólo cuando concurren varios beneficiarios del mismo causante (que fueron analizadas en el apartado dedicado a la concordancia entre cotizaciones-prestaciones), sino también cuando puedan causarse prestaciones por muerte y supervivencia de distintos causantes.

1. En relación con las matizaciones a la regla del artículo 122 de la LGSS, la viudedad es compatible con otra de la misma naturaleza siempre que el causante se encuentre en una situación de pluri-actividad o existan cotizaciones a regímenes de Seguridad Social distintos: “la pensión de viudedad, en los términos del artículo 174.1 de la LGSS, será incompatible con el reconocimiento de otra pensión de viudedad, en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos durante 15 años” (artículo 179.1 de la LGSS). Otra cuestión distinta es si podrían acumularse varias prestaciones de viudedad en la misma unidad familiar o de convivencia, lo que serviría para determinar si pueden acumularse asimismo distintas pensiones de viudedad en la misma persona de causantes distintos. A este respecto, el artículo 174.4 de la LGSS establece, entre las causas de extinción de la viudedad, contraer matrimonio, salvo que sea aplicable el artículo 11.1 de la OMS. En efecto, este precepto admite que se mantenga la pensión de viudedad, aunque se contraiga matrimonio, cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) “el pensionista sea mayor de sesenta y un años o menor de dicha edad, siempre que, en este último caso, tengan reconocida también una pensión de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad absoluta o de gran invalidez, o acrediten una minusvalía en grado igual o superior al 65 por 100”.
- b) la pensión de viudedad sea “la principal o única fuente de rendimientos”, es decir, “cuando el importe anual de la misma o de las mismas represente, como mínimo el 75 por 100 del total de ingresos de aquél, en cómputo anual”.
- c) el matrimonio tenga “unos ingresos anuales, de cualquier naturaleza, incluida la pensión o pensiones de viudedad, que no superen dos veces el importe, en cómputo anual, del salario mínimo interprofesional, vigente en cada momento”

Esta regulación está prácticamente pensada para que los viudos de edad (sobre todo los de edad avanzada) puedan regularizar su unión de hecho, resolviendo el problema de

moral que pudiera ocasionarles la vida en común sin contraer matrimonio. No obstante, se introducen de nuevo rasgos asistenciales en la prestación de viudedad que prácticamente hacen inviable o poco real esta regla, por su carácter restrictivo. Esto provoca que los beneficiarios sigan optando por evitar el matrimonio. Con lo que será difícil que se acumulen varias pensiones de viudedad en la misma persona que se originen por causantes distintos. De hecho, la pensión de viudedad es incompatible con otra de la misma naturaleza, según el artículo 11 de la OMS: “la nueva pensión de viudedad que puede generarse, como consecuencia del fallecimiento del nuevo cónyuge, será incompatible con la pensión o pensiones de viudedad que se venían percibiendo, debiendo el interesado optar por una de ellas”.

Además, la norma no contempla otras realidades como la recuperación de la viudedad extinguida, cuando se rompe el matrimonio que provocó el cese definitivo en el devengo de la prestación de viudedad. A este respecto, plantea muchas incertidumbres que no se admita, salvo en el matrimonio declarado nulo donde se ha interpretado que el viudo tras la nulidad tiene derecho a causar la prestación del matrimonio anterior, STS de 28 de julio de 2000 (RJ 8332/2000), la recuperación de la viudedad. Pues el ex-viudo y ex-cónyuge se puede encontrar en una situación de necesidad, sin que cuente con la debida protección de la Seguridad Social; una protección que hubiera mantenido, y es importante hacer esta consideración por las consecuencias que se extraen de la extinción de la viudedad, si el beneficiario no hubiera contraído matrimonio, aunque conviviera como pareja de hecho.

Por otro lado, la pensión de viudedad es compatible con la indemnización a tanto alzado de las prestaciones de muerte y supervivencia (artículo 177 de la LGSS) que nacen cuando el fallecimiento se produce por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional (artículo 27 y 28 de la OMS).

Por el contrario, son incompatibles entre sí la viudedad vitalicia y temporal, ya que ésta nace, según el artículo 174 bis de la LGSS, “cuando el cónyuge superviviente no pueda acceder al derecho a pensión de viudedad”, por el incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 174 de la LGSS.

En la misma dirección, también es incompatible parcialmente la pensión de viudedad y las pensiones derivadas del SOVI, de conformidad con la disposición transitoria séptima de la LGSS, en la redacción dada por la Ley 9/2005, “quienes el 1 de enero de 1967, cualquiera que fuese su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez o que, en su defecto, hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social, con excepción de las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarios”. En este sentido, como indica la disposición transitoria séptima de la LGSS, cuando concurren la pensión de viudedad y la del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, la suma de ambas “no podrá ser superior al doble del importe de la pensión de viudedad para beneficiarios con 65 o más años que esté establecido en cada momento”. En el caso de que fuera superior, la norma dispone que “se procederá a la

minoración de la cuantía de la pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez, en el importe necesario para no exceder del límite indicado”.

2. En relación con la prestación de orfandad, al igual que la pensión de viudedad, es compatible con la indemnización a tanto alzado de las prestaciones de muerte y supervivencia (artículo 177 de la LGSS), que se causan en el caso de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional (artículo 27 y 28 de la OMS).

Sin embargo, la prestación de orfandad, como sucede con la pensión de viudedad, es incompatible con cualquier otra pensión de orfandad que se cause en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas se superpongan al menos durante quince años (artículo 179.2 de la LGSS). Esto supone una clara manifestación de la presencia de los rasgos contributivos en las prestaciones de muerte y supervivencia, por la que se exceptiona la regla general de la incompatibilidad, con el fin de favorecer la recuperación de las aportaciones realizadas al sistema de Seguridad Social.

Del mismo modo, en relación con la incompatibilidad o no entre prestación de viudedad y orfandad, el artículo 21.1 de la OMS dispone como causa específica para extinguir la orfandad que el beneficiario contraiga “matrimonio”, salvo que el huérfano estuviera afectado por una incapacidad (en los grados de permanente, absoluta o gran invalidez). Este precepto debe interpretarse en el sentido de que la prestación se extingue cuando el huérfano formaliza una unión matrimonial. Pero no se aplica cuando, habiendo contraído matrimonio, se encuentre separado legalmente, produciéndose el fallecimiento de su/s progenitor/es mientras vivía a expensa de el/ellos, STC de 13 de octubre de 1992 (RTC 140/1992), o se encuentre afectado por una incapacidad permanente. En este sentido, la prestación de orfandad que se extingue por el matrimonio, según ha interpretado el Tribunal Supremo, no se recupera posteriormente, aunque se demostrara la situación de necesidad real del beneficiario, y el huérfano se hubiera separado de la unión matrimonial que provocó el cese de la prestación de orfandad, STS de 1 de marzo de 2004 (RJ 2429/2004). Por otro lado, de acuerdo con el artículo 10 del Real Decreto 1647/1997, la orfandad “que perciba el huérfano incapacitado que hubiera contraído matrimonio será incompatible con la pensión de viudedad a la que posteriormente pudiera tener derecho”, de manera que el beneficiario deberá optar entre una u otra, según se extrae del artículo 10.4 del Real Decreto 1647/1995.

3. Por otro lado, las prestaciones causadas en favor de familiares, según se deduce del art. 22 de la OMS así como de las interpretaciones ya realizadas sobre su dinámica, son incompatibles con cualquier prestación pública, ya que únicamente nacen cuando el beneficiario no obtenga ingresos suficientes para atender sus necesidades económicas más elementales, ni perciba otra prestación de naturaleza pública. Con la única excepción, como antes se indicó, de que se trataran de ingresos de escasa cuantía (inferiores al salario mínimo interprofesional).

Además, la prestación en favor de familiares, como sucede con la pensión de viudedad y de orfandad, es incompatible con cualquier otra pensión a favor de familiares que se cause en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas se superpongan al menos durante quince años (artículo 179.6 de la LGSS). Esto indica una clara intención de evitar que se pierdan totalmente las cotizaciones

efectuadas al sistema de Seguridad Social. Incluso en una prestación, como la generada en favor de los familiares más lejanos, donde se manifiestan de forma más intensa o acentuada las notas asistenciales. Y, en la misma dirección que las prestaciones de viudedad y de orfandad, según el artículo 24 de la OMS, las prestaciones a favor de familiares se extinguirán por “contraer matrimonio”, lo que hace expresamente incompatible la prestación a favor de familiares con otra pensión de viudedad.

4. No obstante, como se ha indicado en otras ocasiones, las incompatibilidades entre las prestaciones a favor de familiares se manifiesta de forma tan intensa que incluso la indemnización especial a tanto alzado de los padres del causante, cuya duración es temporal y además son muy marginales en lo que hace a la cuantía, es incompatible con la prestación a favor de familiares. En este sentido, de acuerdo con el artículo 177 de la LGSS, esta indemnización especial a tanto alzado será incompatible con las prestaciones vitalicias en favor de familiares que pudieran causar, cuando los beneficiarios sean el padre o la madre que conviviera a expensas del trabajador fallecido, como se indican en las reglas que regulan el acceso a esta protección social: “cuando no existieran otros familiares con derecho a pensión por muerte y supervivencia, el padre o la madre que vivieran a expensas del trabajador fallecido, siempre que no tengan, con motivo de la muerte de éste, derecho a las prestaciones a que se refiere el artículo anterior, percibirán la indemnización que se establece en el apartado 1 del presente artículo”.

De hecho, la indemnización especial a tanto alzado sólo es compatible con otras prestaciones por muerte y supervivencia, de acuerdo con el artículo 177 de la LGSS, cuando tengan como función complementarla otra pensión (el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174 y los huérfanos), pero no cuando sea sustitutiva de otra prestación (padres del causante que vivan a expensas del trabajador fallecido).

Como cierre de este apartado, se ha podido comprobar que el principio de incompatibilidad de las pensiones previsto en el artículo 122 de la LGSS, al igual que la incompatibilidad con las rentas del trabajo, en lo que hace a las prestaciones por muerte y supervivencia aquí analizadas, tiene importantes excepciones. Estas salvedades pueden considerarse lógicas atendiendo a la escasa cuantía de las rentas que normalmente se generan. No obstante, el acceso a muchas de las prestaciones, como se ha indicado en éste y en los anteriores apartados, se produce sin demostrar la carencia de recursos económicos. De manera que esto puede crear situaciones realmente injustas, ya que estas presunciones legales, unidas a las reglas flexibles de la compatibilidad con otras prestaciones e ingresos, pueden crear una sobre-protección de los beneficiarios, lo que sucede especialmente en relación con los viudos y los huérfanos que acceden sin demostrar la carencia de recursos económicos suficientes.

6. Conclusiones.-

Como ya se anunció en la introducción de este informe, el objetivo principal de este trabajo ha sido efectuar un análisis de las prestaciones por muerte y supervivencia desde el estudio de los rasgos contributivos y asistenciales que concurren en la regulación legal. De este trabajo se puede concluir que, en la regulación legal de las prestaciones por muerte y supervivencia, concurren y siempre han concurrido requisitos

contributivos, no contributivos y asistenciales, en unas prestaciones calificadas, al menos por el legislador, como contributivas, aunque se haya afirmado su naturaleza mixta o híbrida.

Esta concurrencia de lógicas contributivas y asistenciales se manifiesta en los sujetos, en las situaciones protegidas, en la relación entre cotizaciones y prestaciones, así como en las reglas de compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones por muerte y supervivencia con otros ingresos y rentas. En efecto, los sujetos protegidos son los familiares del trabajador fallecido, sin que se tenga en cuenta las aportaciones que los allegados de la víctima han realizado al sistema de Seguridad Social. En algunas ocasiones, la situación protegida se basa claramente en presunciones sobre la carencia de recursos, lo que nos acerca a las lógicas contributivas (la mayoría de los viudos, los huérfanos menores de veintiún años e incapacitados para trabajar, la indemnización especial a tanto alzado para los beneficiarios de la viudedad y orfandad). Pero, en otras ocasiones, la situación protegida es claramente asistencial, ya que tanto el acceso como el mantenimiento de la protección se condiciona a la carencia de recursos económicos (los viudos que se encuentre en una situación de necesidad real, los huérfanos mayores de veintiún años, las prestaciones en favor de familiares, las indemnización especial a tanto alzado de los padres del trabajador fallecido). Pese a lo anterior, las cotizaciones son las mismas para todos los sujetos y todas las situaciones protegidas, sin que existan diferencias en función de si la protección es vitalicia o temporal. Además, la norma no impone requisitos excesivamente contributivos para causarlas.

Esta concurrencia de lógicas contributivas y asistenciales provoca, entre otros efectos, una inadecuación entre la situación presuntamente protegida y el destino final de la tutela, especialmente sintomática en relación con la compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones de muerte y supervivencia. Esta falta de adaptación tiene su foco en la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, lo que afecta tanto a la prestación de viudedad como a las prestaciones en favor de familiares, donde un importante número de beneficiarios son mujeres. Pero también, en la medida que los huérfanos incapacitados pueden prolongar la prestación de orfandad más allá de la edad inicialmente establecida, se produce una falta de adecuación de esta tutela a la realidad social, por las importantes intervenciones de empleo realizadas en los últimos años para favorecer la presencia de este grupo poblacional en el mercado de trabajo.

II. IGUALDAD Y UNIONES DE HECHO

1. Planteamiento de la cuestión.

Debemos traer a colación dos de los principios rectores de la política social y económica regulados en el Capítulo III del Título I de la CE, que encomiendan a los poderes públicos sendas tareas, de trascendencia indiscutible, cuales son:

Artículo 39.1 CE: *“Los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia”*.

Artículo 41 CE: *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en el caso de desempleo”*.

Valga la transcripción de estos dos preceptos para situar en ellos el punto de partida de este apartado, en el que vamos a abordar la protección ofrecida por el Sistema de Seguridad Social a las uniones de hecho desde el momento en que se produce el fallecimiento de uno de sus miembros, en concreto, vamos a conocer y analizar la atención prestada al miembro superviviente de las uniones de hecho en cuanto beneficiario de la pensión de viudedad. Y es que, aunque en la actualidad podamos hablar del miembro superviviente de las uniones de hecho como beneficiario de la pensión de viudedad, siempre que, por supuesto, concurren los diversos requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico; ello no siempre ha sido así.

En efecto, desde la primera regulación de la protección por muerte y supervivencia, contenida en la Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 de enero de 1900, hasta la regulación actual, se han producido cambios en el régimen jurídico, configuración, finalidad y justificación de la protección social derivada del fallecimiento de una persona para atender y proteger a los restantes miembros de la unidad familiar. Y, precisamente, consideramos que en estos dos elementos –por un lado, protección ante una concreta situación de necesidad y, por el otro, concepto de unidad familiar- es donde debemos hallar la clave para entender los mencionados cambios en la configuración jurídica de las prestaciones por muerte y supervivencia, así como para poder situarnos en una posición crítica y reflexiva del tema que nos ocupa, que nos permita detectar e identificar sus carencias y contradicciones y que, a su vez, nos permita ofrecer soluciones que solventen y superen dichas carencias y contradicciones.

En este sentido, la referida Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 de enero de 1900, reconocía el derecho de la viuda a recibir una indemnización en caso de fallecimiento del trabajador en accidente de trabajo. Al margen de que la evolución normativa permitió extender la protección a los supuestos en los que el fallecimiento derivara de otras contingencias, incluyendo, por supuesto, las contingencias comunes, hemos querido resaltar la protección reconocida en dicha ley puesto que nos permite poner de manifiesto cómo el legislador partía de una premisa: el varón asalariado como causante de la prestación, cuyo fallecimiento causaba una pérdida económica necesitada y merecedora de protección, puesto que la mujer dependía económicamente del marido. Sin perjuicio de que la regulación posterior adoptara cambios importantes, sobre todo,

en relación con los requisitos a cumplir por los beneficiarios de la pensión de viudedad, que eran diferentes según el supérstite fuese mujer o varón, lo cierto es que se puede apreciar cómo en el origen de la regulación de la pensión de viudedad se partía de un concreto modelo de familia, que exigía la existencia del vínculo matrimonial, y, asimismo, se presumía la situación de necesidad, consecuencia del modelo tradicional de familia y del reparto de roles que el mismo implicaba.

Sin embargo, el escenario familiar descrito, que se halla en origen de la pensión de viudedad y que permite identificar su fundamento, sentido y finalidad, ha cambiado en la actualidad. En efecto, aunque no vamos a entrar en profundidad en el análisis de los diversos cambios –normativos, sociales, económicos y productivos, demográficos y políticos- producidos desde entonces, que han sido tratados en otro lugar de este informe, sí debemos prestar especial atención a algunas de estas transformaciones, puesto que las mismas han repercutido notablemente tanto en el concepto de unidad familiar como en la consideración y definición de la situación de necesidad que se quiera proteger por el sistema de Seguridad Social.

En concreto, gran relevancia adquiere, a los efectos que nos interesan por la materia objeto de estudio, la constitucionalización de los principios de igualdad y no discriminación, contemplados en el artículo 14 de la CE (*“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*), que, desde la interpretación dada por la doctrina del TC, van a constituir, como comprobaremos a lo largo de las páginas que siguen, uno de los argumentos esenciales para justificar o no el tratamiento del superviviente de una pareja de hecho en cuanto sujeto protegido por las prestaciones por muerte y supervivencia. Asimismo, puesto que estas prestaciones procuran subvenir a la situación de necesidad que surge para las personas que dependen económicamente de otra, cuando ésta fallece, la definición de cuál sea la situación protegida se conecta con el Derecho de Familia, por lo que las modificaciones normativas en el régimen del matrimonio van a tener su repercusión en la protección otorgada por el sistema de Seguridad Social.

Junto a la constitucionalización de este derecho fundamental, debemos destacar, entre los cambios sociales, la normalización de la pareja o unión de hecho, en cuanto modalidad de convivencia similar a la matrimonial; así como la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, que ha permitido la independencia o, al menos, la menor dependencia económica respecto del varón. Estas dos transformaciones sociales han afectado a la configuración legal de la pensión de viudedad, repercutiendo en los dos elementos clave a los que nos referimos antes:

- Por un lado, la aparición y proliferación de las uniones de hecho, generaron una realidad social carente de protección que, en la actualidad, ya ha sido atendida y que ha supuesto la ampliación de la unidad familiar en cuanto institución protegida por la pensión de viudedad.
- Y, por el otro, el acceso de la mujer al mundo laboral, al margen de otros factores también relevantes, ha sido, y sigue siendo, el origen de la compleja y controvertida decisión acerca de cuál sea la definición de la situación de necesidad protegida por la pensión de viudedad, presunta o real y demostrada, lo

que constituye, en nuestra opinión, una cuestión central para la configuración legal de dicha pensión y, en su caso, para abordar el replanteamiento integral que reiterada y constantemente se viene anunciando desde diversos textos normativos y reclamando desde distintos foros de carácter diverso. En concreto, la elección de la situación de necesidad objeto de protección, atendiendo a la contributividad o asistencialidad de la pensión de viudedad, y sus manifestaciones apreciables a partir los requisitos del hecho causante, se va a convertir en el principal argumento para poder justificar o no las diferencias existentes, desde la perspectiva del principio de igualdad, en la protección del superviviente de una pareja de hecho en relación con la protección que reciba el cónyuge viudo.

Hemos de profundizar en el tratamiento de la primera de las transformaciones sociales que hemos resaltado, esto es, el incremento en las últimas décadas de las uniones de hecho, por la importancia que adquiere en relación con el tema objeto de estudio. Al respecto, consideramos conveniente exponer algunos datos que pongan de manifiesto cómo, efectivamente, se había generado una nueva realidad familiar, no matrimonial, que carecía de protección cuando fallecía uno de sus miembros, puesto que la normativa vigente hasta el 31 de diciembre de 2007 exigía la existencia del vínculo matrimonial para causar derecho a la pensión de viudedad, tal y como analizaremos con detenimiento más adelante.

Según el Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadísticas 6/2004, en el año 2001, había en España 563.785 parejas de hecho, de un total de 9.510.817 parejas censadas, lo que suponía un 6% del total. No obstante, con respecto a 1991, cuando sólo había 221.075, suponía un incremento muy importante, pues el porcentaje de variación es de 150%, esto es, se multiplicó por 2,5 el número de parejas de hecho en los años que transcurren entre el 1991 y 2001. Por regiones, según datos extraídos del mencionado Boletín Informativo, eran las Islas Baleares y Canarias las que presentaban un mayor porcentaje de parejas de hecho con respecto al total de núcleos familiares; 9% y 8,3%, respectivamente; por el contrario, las Comunidades Autónomas que presentaban los valores más bajos eran Extremadura (2,4%) y Castilla-La Mancha (2,6%).

Otros datos más recientes que nos ponen de manifiesto el notable incremento de las uniones de hecho en la sociedad española son, por poner varios ejemplos en algunas Comunidades Autónomas, provincias o ciudades, los siguientes:

- En la Comunidad Valenciana se creó el Registro de Uniones de Hecho en 1995 y ese año se registraron 58 parejas en toda la Comunidad (49 en Valencia, cuatro en Alicante y cinco en Castellón). Desde entonces, ha habido un incremento notable en las inscripciones: 626 en 2004, 656 en 2005, 907 en 2006, 1.202 en 2007, 1.363 en 2008 y 1.333 en 2009, hasta las más de 1.500 actuales (datos publicados el 8 de enero de 2011 en el diario lasprovincias.es. Para acceder a esta noticia ira a <http://www.lasprovincias.es/v/20110108/castellon/castellon-triplica-numero-parejas-20110108.html>).
- Las inscripciones en el Registro de Parejas de Hecho en Andalucía ha aumentado un 22% hasta el 18 de diciembre de 2011 con respecto a la misma fecha del año anterior, al pasar de 5.112 altas a 6.237. Según información de la Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social en un comunicado, las

inscripciones de este tipo de parejas han aumentado un 340,46% desde 2005. Actualmente hay registradas como parejas de hecho en Andalucía un total de 28.424, según la Consejería (para acceder a esta noticia ir a <http://www.andalucianoticias.es/aumenta-un-22-el-numero-de-parejas-de-hecho-inscritas-en-andalucia-en-2011-153557/>).

- En Cáceres, desde 2005 cada año ha habido un aumento del número de parejas que han pasado por estos trámites. 21 parejas inauguraron el registro en 2005. Esa cifra casi se multiplicó en 2006, cuando fueron 37 las uniones de este tipo realizadas en el Ayuntamiento. En 2007 la cifra alcanzó las 65. En 2008 se llegó a 80, en 2009 se superó el centenar y se llegó a 115 y en 2010, en lo que va de año, 44 parejas han pasado por este registro (datos extraídos del diario Hoy.es, de 21 de agosto de 2010. Para acceder a esta noticia ir a <http://www.hoy.es/v/20100821/caceres/numero-parejas-hecho-multiplica-20100821.html>).

- El número de parejas de hecho registradas en Castilla y León en los siete primeros meses de 2010 fue de 597, superándose con creces las inscritas en el ejercicio anterior, lo que ha supuesto un incrementado de los asientos registrales de estas uniones en un 23,6% respecto del pasado anterior (datos incluidos en una noticia de 16 de agosto de 2010 del [nortedecastilla.es](http://www.nortedecastilla.es). Para poder acceder a dicha noticia ir a <http://www.elnortedecastilla.es/v/20100816/castilla-leon/aumenta-numero-parejas-hecho-20100816.html>).

Estos datos son fiel reflejo de una realidad que fue atendida por el legislador, a los efectos de otorgar protección social por medio de la pensión de viudedad al miembro superviviente de la unión de hecho, a finales del año 2007. En efecto, la Ley 40/2007, de 14 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE de 15 de diciembre de 2007), modificó el artículo 174 de la LGSS para incorporar, entre los beneficiarios de la pensión de viudedad, a la persona que se encontrase unida al causante en el momento de su fallecimiento formando una pareja de hecho. Esta redefinición del sujeto beneficiario de la pensión de viudedad fue calificada por la doctrina, de forma unánime, como la mayor novedad de la mencionada ley, la medida estrella de la reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia, siendo, sin duda, la reforma que mayor impacto mediático tuvo.

Con la extensión del derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja de hecho, se ponía fin a uno de los temas que mayor conflictividad había generado en la doctrina, en los órganos judiciales y en los debates políticos. El ordenamiento jurídico se hizo eco de una vieja reivindicación social, en cumplimiento de los dos principios rectores de la política social y económica enunciados al inicio de este apartado. Y es que la cobertura del vacío de protección que sufrían las personas que habían decidido libremente no contraer matrimonio supuso una mejora de la protección económica de la familia que le exige el artículo 39 de la CE a los poderes públicos o, en otras palabras, supuso una consideración más amplia de la familia objeto de protección a efectos de la pensión de viudedad, que ya no se limitaba a la formada por un hombre y una mujer unidos por el matrimonio. Asimismo, esta reforma sustancial de la pensión de viudedad hemos de analizarla desde el artículo 41 de la CE, en el sentido de que con la protección de las parejas de hecho se garantiza una prestación ante una situación de necesidad.

Pues bien, precisamente, en la situación de necesidad que atiende la pensión de viudedad, bien sea una situación de necesidad presunta, bien sea una situación de necesidad real y demostrada, es donde encontramos una de las grandes diferencias entre el beneficiario cónyuge superviviente y el beneficiario superviviente de una unión de hecho. Y es que, aunque hemos afirmado que la Ley 40/2007, de 14 de diciembre, extendió el derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja de hecho, dicha extensión no supuso una equiparación total, sino sólo parcial.

En este sentido, en las próximas páginas nos proponemos conocer y analizar las diferencias en el tratamiento entre el matrimonio y las uniones de hecho en cuanto vínculo que constituye un requisito para que el superviviente de estas instituciones pueda causar derecho a la pensión de viudedad y, en su caso, las divergencias que pudieran existir respecto de otros derechos derivados, básicamente, de la pensión de orfandad. Vamos a localizar dónde se encuentran tales diferencias y, una vez identificadas, reflexionaremos acerca de su justificación o no desde la perspectiva del artículo 14 de la CE, lo que nos obligará también a reflexionar sobre la explicación –que no justificación- de las diferencias existentes al respecto. En definitiva, atenderemos a la razonabilidad y proporcionalidad de las diferencias que presentan los requisitos legales que delimitan el hecho causante en el caso de matrimonio y en el de pareja de hecho, para poder pronunciarnos acerca del respeto a los principios de igualdad y no discriminación.

2. La protección de la viudedad: matrimonio versus uniones de hecho.-

2.1. De la desprotección al reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho.-

Para abordar la tarea propuesta, consideramos imprescindible analizar el proceso seguido en el reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho, lo que nos obliga a acudir a la normativa existente antes de la Ley 40/2007, de 14 de diciembre, y, sobre todo, a los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia, básicamente TC y TS, así como a las aportaciones doctrinales, puesto que, como hemos indicado, se trataba de una cuestión muy controvertida, que dio lugar a numerosas discusiones teóricas y prácticas.

Desde los orígenes del sistema de la Seguridad Social hasta el 1 de enero de 2008 – fecha en que entró en vigor la Ley 40/2007, de 14 de diciembre- la protección por viudedad se había limitado al cónyuge superviviente, siendo necesario, pues, que éste hubiera contraído matrimonio legítimo con el sujeto causante. Así lo exigía la normativa vigente y así lo interpretaban y aplicaban las resoluciones de los Tribunales de Justicia, a pesar de las constantes e insistentes reivindicaciones en sentido contrario. La exigencia de la existencia de vínculo matrimonial para la atribución del derecho a la pensión de viudedad tenía una consecuencia evidente: la denegación de la condición de beneficiario de esta pensión al miembro superviviente de las uniones de hecho, sea entre personas del mismo o de diferente sexo.

Es más, se exigía la existencia del vínculo matrimonial, sin que fuese suficiente la intención de contraerlo, tal y como ha indicado el TS [STS de 3 de mayo de 2007 (RJ

2007/4910) y STS de 29 de octubre del mismo año (RJ 2007/9322)]. En efecto, según el Alto Tribunal, no basta para generar el derecho a la pensión de viudedad con que los miembros de una pareja de hecho hubiesen dado muestras de su intención de contraer matrimonio, ni siquiera aunque se hubiese fijado fecha y hora para su celebración, puesto que, aunque el matrimonio es consensual, la forma de consentimiento es esencial. Y es que la exigencia de que el consentimiento conste de forma indubitada y públicamente es consustancial a la trascendencia que tiene el matrimonio para sus contrayentes, así como para su descendencia y para la sociedad en general. De esta forma, afirma el TS, como la regulación civil del matrimonio impide que el propósito de contraer matrimonio se equipare al consentimiento formal que constituye la médula esencial de esta institución, sin la prestación de tal consentimiento no cabe el reconocimiento de la pensión de viudedad.

La única excepción a la exigencia del vínculo matrimonial la encontrábamos en la Disposición Adicional 3ª de la Ley 40/2007, de 14 de diciembre, que, con carácter excepcional y transitorio, reconoció el derecho a la pensión de viudedad a quienes hubiesen convivido con el sujeto causante de forma ininterrumpida, como pareja de hecho (en los términos previstos en el actual artículo 174 de la LGSS, que define la pareja de hecho) durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento, a pesar de que éste se produjera –de ahí que se trate de una excepción- antes de la entrada en vigor de la mencionada ley. Para causar este derecho se exigían otros requisitos: que el causante y el beneficiario tuvieran hijos comunes y que el beneficiario no tuviese derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social. Sobre esta regla transitoria se han planteado concretos problemas derivados de su aplicación, sobre todo, acerca de cómo acreditar la convivencia; sin embargo, debido a su conexión con determinados conflictos que han surgido en relación con los requisitos que se exigen para causar derecho a la pensión de viudedad por parte de los supervivientes de las parejas de hecho, consideramos conveniente remitir su tratamiento al análisis que realizamos al respecto en el siguiente epígrafe.

Sin embargo, sí debemos detenernos ahora en otra cuestión controvertida que puede plantear problemas de cara a ofrecer una solución pacífica. Nos referimos a qué sucede en el supuesto en el que, una vez causada la pensión de viudedad en virtud de la Disposición Adicional 3ª de la Ley 40/2007, de 14 de diciembre, el beneficiario cause asimismo una pensión contributiva de la Seguridad Social. En tal caso, parece que podría defenderse la aplicación de la regla general de compatibilidades de pensiones de viudedad con otras contributivas, sobre todo, si atendemos al hecho de que dicha disposición regula los requisitos para el acceso a la pensión, esto es, regula el hecho causante, que, una vez producido, acarrea la aplicación del régimen jurídico de esta pensión acerca de la dinámica de la misma.

Asimismo, en relación con la aplicación de esta disposición el TS, en la STS de 7 de junio de 2011 (RJ 2011/5327), se ha tenido que pronunciar sobre el eventual trato discriminatorio de quienes, en las mismas circunstancias, no pueden acceder al derecho por no haber tenido hijos en común (a pesar de haber estado sometidos a tratamientos de fertilidad). El TS destaca el carácter excepcional de la citada disposición que, contra la regla general, permite la aplicación retroactiva del citado beneficio aunque, para ello, exige unas condiciones con carácter acumulativo y constitutivo, que no se pueden obviar en el caso concreto. Paralelamente, recuerda el Tribunal Supremo la negativa del

Constitucional a aplicar el principio de igualdad y no discriminación a la pretendida equiparación de las uniones de hecho al matrimonio, así como la consideración de la Seguridad Social como un sistema de protección de configuración legal, en el que el legislador está facultado para fijar el contenido de la acción protectora y las condiciones de acceso al derecho, de acuerdo con las necesidades y demandas sociales, pero también teniendo en cuenta su deber de administración de unos recursos limitados.

Dejando, pues, al margen esta excepción, el hecho de que la normativa exigiera expresamente el vínculo matrimonial, no fue obstáculo para que se reclamase en sede judicial el derecho a causar pensión de viudedad por quienes libremente habían optado por mantener una relación de afectividad y convivir conjuntamente pero sin formalizar dicha relación, máxime cuando el texto constitucional reconoció el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación.

En efecto, el TC tuvo numerosas ocasiones para pronunciarse acerca de la posible discriminación de los supuestos legislativos que consideraban la unión matrimonial como presupuesto determinante para el reconocimiento de ciertos derechos y, en particular, tuvo cuantiosas oportunidades para resolver cuestiones de inconstitucionalidad que argumentaban que la exigencia del vínculo matrimonial que contemplaba el actual artículo 174.1 de la LGSS como presupuesto determinante para acceder a la pensión de viudedad vulneraba el derecho fundamental a la igualdad que garantiza el artículo 14 de la CE, en relación con lo dispuesto en los artículos 10.1 (la dignidad de la persona como fundamento del orden público y de la paz social), 16 (la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos), 32.1 (el derecho que tiene el hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica), 39.1 (la encomienda a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia) y 41 (la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad) (entre otras, vid. STC 184/1990, de 15 de noviembre; AATC 188/2003, de 3 de junio, 47/2004, de 10 de febrero, 77/2004, de 9 de marzo, y 177/2004, de 11 de mayo; y STC 203/2005, de 10 de mayo).

La doctrina mantenida durante años por el TC rechazaba la lesión de estos derechos en base a los argumentos que a continuación exponemos, diferenciando los distintos derechos cuya vulneración se alegaba:

1.- En primer lugar, el TC declaró que la regulación existente en su momento de la pensión de viudedad no pugnaba con lo dispuesto en el artículo 14 de la CE, toda vez que *“el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes”*, puesto que el primero es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (artículo 32.1 de la CE); sin embargo, la unión de hecho *more uxorio* ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. En consecuencia, en opinión del TC, el legislador, dentro de su libertad de decisión, puede deducir razonablemente consecuencias de esa diferente situación de partida. Ello significaba que la exigencia del vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad, con exclusión de quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio, no es ninguna disposición arbitraria ni

discriminatoria (por todas, SSTC 35/1991, de 14 de febrero y 66/1994, de 28 de febrero).

2.- En segundo lugar, el TC también rechazó que el artículo 174.1 de la LGSS desconociese lo dispuesto en el artículo 39.1 de la CE, puesto que, aunque es cierto que la protección a la familia que exige a los poderes públicos dicho precepto constitucional pudiera comprender a las familias no fundadas en el matrimonio, también es cierto el mencionado precepto no postula por sí solo la igualdad de trato en todas sus posibles dimensiones entre las uniones matrimoniales y las uniones de hecho. Son compatibles, pues, con el artículo 39.1 de la CE las *“medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que otras unidades convivenciales, y aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (artículo 32 de la Constitución), siempre, claro está, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir more uxorio”* (STC 203/2005, de 10 de mayo).

3.- En cuanto a la lesión del artículo 41 de la CE, el TC argumentaba que el legislador dispone de un amplio margen de apreciación a la hora de regular las prestaciones para adaptarlas a las necesidades del momento, teniendo en cuenta el contexto general en que aquellas situaciones se producen y en conexión con las circunstancias socioeconómicas, las disponibilidades presupuestarias, las necesidades de los diversos grupos sociales y la importancia relativa de las mismas.

4.- Finalmente, también se rechazó la lesión del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE) en su conexión con la libertad ideológica y religiosa y el principio de aconfesionalidad del Estado (artículo 16 de la CE). Y es que el derecho a no contraer matrimonio, en cuanto ejercicio de la libertad ideológica y religiosa que se garantiza por la CE, no incluye el derecho a un sistema de Seguridad Social que cubra necesariamente el riesgo de fallecimiento de una de las partes de las uniones de hecho, puesto que el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido o coartado por el hecho de que el legislador no reconozca al superviviente de las uniones de hecho una pensión de viudedad.

Al respecto también se pronunció el TS [por todas, STS de 29 de junio de 1992 (RJ 1992/4688) y STS de 10 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8673)], que tuvo que analizar si el no reconocimiento de la pensión de viudedad al superviviente de una pareja de hecho vulneraba el artículo 3.1 del Código Civil, sobre criterios de interpretación de las normas, en conexión con el artículo 160. 1 de la LGSS, que era el que entonces exigía el vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad. El TS rechazó la posibilidad de aplicación analógica de aquellos preceptos del ordenamiento jurídico que equiparan el tratamiento de la unión de hecho al de la unión conyugal, pues no existía laguna legal que fuese necesario colmar por parte del órgano jurisdiccional. Tampoco cabía argumentar la equidad y la interpretación acorde con el tiempo de aplicación, pues no se puede prescindir en la interpretación jurídica del sentido propio de las palabras ni de su espíritu y finalidad.

Así pues, concluye el TS que *“quienes han elegido libremente no asumir los deberes conyugales, excluyendo la vinculación jurídica de ayuda mutua a que tales deberes*

están orientados, no tienen el mismo derecho a protección social pública en caso de fallecimiento de la pareja que quienes han constituido mediante matrimonio una agrupación familiar reforzada para la atención de las necesidades, económicas y no económicas, de sus miembros” (STS de 29 de junio de 1992). Y es que de «lege data» no cabía asimilar el matrimonio y la unión de hecho, ni siquiera en uso del criterio interpretativo sociológico que facilita el artículo 3.1 del Código Civil.

Precisamente, la proliferación de las uniones de hecho en la sociedad española y el cambio en el espíritu y finalidad de la pensión de viudedad están, en nuestra opinión, en la base de la reforma de dicha pensión que llevó a cabo la Ley 40/2007, de 14 de diciembre, al reconocer la pensión de viudedad a las parejas de hecho. En efecto, dicho reconocimiento, además de venir a superar el desfase existente entre la norma y la realidad social, ha supuesto una modificación del espíritu, fundamento y objetivo de la pensión de viudedad, que se aprecia atendiendo a la situación de necesidad que pretende proteger, dejando al margen, por tener mucha menos relevancia, que dicho reconocimiento también ha venido a poner de manifiesto una sobrevenida incorrección de la denominación de la pensión, pues ya no protege sólo al que tiene el estado civil de viudo o viuda.

Y es que la configuración legal de la pensión de viudedad existente antes del 1 de enero de 2008, al margen de otras regulaciones más antiguas, no tenía por estricta finalidad, según había afirmado el TC, en su STC 184/1990, de 15 de noviembre, *“atender a una situación de necesidad o de dependencia económica (como antes ocurría en caso del viudo), asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges), otorgando a tal efecto una pensión que depende y es proporcional en su cuantía a la base reguladora correspondiente al causante (...) siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad”*.

Sin embargo, como analizaremos en detalle en el siguiente epígrafe, la ampliación del ámbito subjetivo de cobertura de la pensión de viudedad, extendiendo dicha pensión a las uniones de hecho, se ha abordado situando el objeto de atención en la generación de una situación real de necesidad tras el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja de hecho, aunque la fórmula para hacerlo permite entender que ello no siempre es así. Este asunto requiere de un estudio más profundo y de una más intensa reflexión que haremos en su momento, cuando analicemos los requisitos que han de cumplir los supervivientes de las uniones de hecho para causar derecho a la pensión de viudedad. Baste, pues, por el momento, con poner de manifiesto cómo el ámbito subjetivo de protección así como el espíritu y fundamento de la pensión de viudedad se han visto alterados, lo que constituye una muestra de la sensibilidad que dicha pensión presenta ante los cambios sociales. Y, lo que es más importante, cómo la actual configuración legal de la pensión de viudedad, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 14 de diciembre, puede ser el principio de la reformulación de dicha pensión, que, al atender a situaciones reales de necesidad, den un vuelco hacia la asistencialidad de las mismas.

2.2. El diverso tratamiento del matrimonio y la pareja de hecho en la protección de la viudedad.-

Según indica la Exposición de Motivos de la Ley 40/2007, de 14 de diciembre, “*habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad*”. Para conocer el alcance del diverso tratamiento que otorga la ley al matrimonio y a la pareja de hecho en cuanto presupuestos determinantes para el reconocimiento de la pensión de viudedad, consideramos conveniente examinar los requisitos que el beneficiario ha de cumplir para causar derecho a dicha pensión. Y es que más allá de que ambas instituciones coinciden en ser el vínculo familiar a partir del cual se puede generar la protección del sistema de Seguridad Social ante el fallecimiento de uno de sus miembros, entre ambas instituciones existen divergencias que se aprecian no sólo en los requisitos de carácter conceptual –requisitos para demostrar la existencia del vínculo familiar, como son la formalización y registro de la unión, matrimonial o no, así como la convivencia-, sino también en el propio fundamento y finalidad de esta pensión, que atiende a diferentes situaciones de necesidad al exigir sólo al superviviente de las parejas de hecho una dependencia económica respecto del causante.

2.2.1. La exigencia del vínculo matrimonial o extramatrimonial

El artículo 174, apartados 1 y 3, de la LGSS dispone que tendrán derecho a la pensión de viudedad, por un lado, el cónyuge superviviente y, por el otro, quien se encuentre unido al causante en el momento de su fallecimiento formando una pareja de hecho, siempre que, en ambos casos, el sujeto causante estuviese en alta o en situación asimilada al alta –requisito que se exceptiona y se flexibiliza en determinadas ocasiones, tal y como expusimos cuando analizamos el régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia en el capítulo tercero de este informe- y hubiese completado el período de carencia, que, como es sabido, sólo se exige cuando la causa de la muerte ha sido una enfermedad común.

Así pues, la existencia –actual- del vínculo, matrimonial o no, entre el sujeto causante y el beneficiario es presupuesto determinante para el reconocimiento de la prestación –vitalicia- de viudedad. Y hemos querido precisar el rasgo actual del vínculo así como el carácter vitalicio de la protección por viudedad puesto que ambos caracteres nos permiten detectar dos importantes diferencias que existen en el tratamiento de la institución matrimonial y la extramatrimonial a los efectos de la protección social que se deriva del fallecimiento de uno de sus miembros. Estas diferencias son:

1.- En primer lugar, es cierto que tanto el cónyuge superviviente como el miembro superviviente de una unión de hecho siempre que estuviesen unidos al causante en el momento del fallecimiento, bien mediante el matrimonio o bien mediante una pareja de hecho, pueden ser beneficiarios de una pensión de viudedad. En este caso el vínculo, matrimonial o extramatrimonial, es actual; sin embargo, en el caso de que el sujeto causante hubiera estado unido con anterioridad una o más veces con otra u otras personas, sólo si se trataba de un vínculo matrimonial estas otras personas podían ser beneficiarias de la pensión de viudedad. Y es que el artículo 174.2 de la LGSS regula el derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación, divorcio o nulidad

matrimonial, reconociendo este derecho a quien haya sido cónyuge legítimo, siempre que se cumplan determinados requisitos. Son los supuestos de crisis matrimonial, cuyas cuestiones más controvertidas son analizadas en otra parte de este informe.

Así pues, el matrimonio, actual o pasado, permite acceder a la pensión de viudedad; sin embargo, en el caso de las parejas de hecho, es necesario, en todo caso, que el vínculo entre el beneficiario y la persona fallecida sea presente, sin que el legislador haya reconocido el derecho a la pensión de viudedad a quienes en el pasado hubieran constituido pareja de hecho con el sujeto causante. Esto significa que si la convivencia de la pareja de hecho finalizó antes del fallecimiento, el supérstite no lucrará derecho a pensión de viudedad. Otra cosa distinta es que la Entidad Gestora tenga serias dificultades para contralar la existencia actual del vínculo no matrimonial entre el causante y el solicitante de la pensión de viudedad, pues dicho control será difícil en los casos en los que la pareja no se haya disuelto formalmente y no se hayan modificado los datos de empadronamiento.

Al margen de esta cuestión, lo relevante es que existe una diferencia en el régimen jurídico establecido para los matrimonios y para las parejas de hecho que, desde un punto de vista jurídico, carece de justificación, máxime cuando puede darse el caso de parejas de hecho que hayan tenido una larga convivencia, incluso con descendencia común, que, una vez disueltas, no generarán el derecho a la pensión de viudedad, a diferencia del supérstite divorciado, separado o incluso con matrimonio declarado nulo, que podrá recibir una parte de la pensión, siempre que se cumplan determinados requisitos. Y especialmente criticable sería el supuesto en el que la pareja –luego disuelta- tuviera hijos comunes con derecho a la pensión de orfandad, en cuyo caso la pensión de viudedad no podría desempeñar parte de su funcionalidad, cual es atender desde un punto de vista económico a los huérfanos.

El hecho de que no exista justificación no nos impide encontrar la explicación del diferente tratamiento, que radica, en nuestra opinión y al margen de las mayores dificultades de control en el caso de las parejas de hecho ya disueltas –por su más rápida, sencilla y económica disolución-, en la reciente protección de las parejas de hecho a efectos de Seguridad Social en el caso del fallecimiento de uno de sus miembros frente a la antiquísima regulación que reconoce el derecho a la pensión de viudedad al cónyuge viudo. Asimismo, la relevancia y tradición de la institución del matrimonio, regulada en el Título IV del Libro Primero del Código Civil, así como de la nulidad, separación y disolución de dicha institución, contrasta con la regulación de las parejas de hecho que carecen de una regulación jurídica de carácter general.

En consecuencia, consideramos conveniente que en la reiteradamente programada y reclamada reforma integral de la pensión de viudedad, se atienda a esta realidad que presenta una diferenciación de trato en relación con los supuestos de disolución, separación o nulidad matrimonial, siempre que, por supuesto, en un futuro el legislador siga considerando que los supuestos de crisis matrimonial siguen siendo merecedores de protección por medio de la pensión de viudedad.

2.- Otra diferencia en el tratamiento jurídico entre el matrimonio y la pareja de hecho radica en la regulación del subsidio temporal de viudedad, que sólo se puede generar si existe vínculo matrimonial. En efecto, el artículo 174 bis de la LGSS, introducido por la

Ley 40/2007, de 14 de diciembre, dispone que *“cuando el cónyuge superviviente no pueda acceder al derecho a pensión de viudedad por no acreditar que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año o, alternativamente, por la inexistencia de hijos comunes y reúna el resto de requisitos enumerados en el apartado 1 del artículo 174, tendrá derecho a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años”*.

La regulación de esta prestación temporal de viudedad nos pone de manifiesto que si bien, como regla general, el vínculo conyugal, sin más, permite causar derecho a la pensión de viudedad, con independencia de la duración del matrimonio y de la convivencia entre los cónyuges, existe un supuesto excepcional en el que el vínculo matrimonial, por sí solo, no es presupuesto determinante para el reconocimiento de esta pensión. Ello ocurre cuando el fallecimiento del causante deriva de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, en cuyo caso el artículo 174.1, párrafo 3º, de la LGSS exige uno de los siguientes requisitos:

- a) que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento.
- b) que existan hijos comunes al causante y beneficiario.
- c) que en la fecha de celebración del matrimonio se acredite un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo 4º del artículo 174.3 de la LGSS (en el que se contempla la definición de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad) que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

Sobre esta cuestión, el problema fundamental se ha planteado en relación con la tercera condición citada, básicamente, por la doble posibilidad de entender que la remisión efectuada al párrafo 4º del artículo 174.3 de la LGSS, exige aplicar a estos casos todos los requisitos de forma previstos en el indicado precepto, a los que nos referiremos en detalle en el próximo epígrafe; es decir, si es imprescindible la formalización de la relación mediante su inscripción en un registro de parejas de hecho o su constitución en documento público, o si basta con la existencia de una relación de convivencia estable que, sumada a la duración del matrimonio, supere los dos años. El problema deriva, desde luego, de una confusa redacción del precepto que permite ésta y otras dudas razonables.

En este particular, el Tribunal Supremo ha señalado [en la STS de 20 de julio de 2010 (RJ 2010/7278), posteriormente reproducida en otras, como la STS de 17 de noviembre de 2010 (RJ 2010/7982); de 26 de enero de 2011 (RJ 2011/2115); de 15 de abril de 2011 (RJ 2011/3957) y de 21 de junio de 2011 (RJ 2011/5669)] que el cumplimiento de las condiciones exigidas en el mencionado párrafo 4º del artículo 174.3 de la LGSS es requisito ineludible, exclusivamente, para el acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad; quien no ha llegado a contraer matrimonio debe cumplir, para el acceso a la protección del Sistema, los dos requisitos previstos en tal precepto: uno, dirigido a acreditar la existencia de una relación de convivencia estable e ininterrumpida, y otro, para verificar la constitución de la pareja de hecho, como tal, ante el Derecho.

Sin embargo, considera el Tribunal que no es ésta la razón de ser de la previsión que se comenta; en este caso, la finalidad del legislador es evitar los matrimonios “de conveniencia” contraídos exclusivamente con la finalidad de devengar el derecho a la pensión de viudedad cuando se teme el próximo fallecimiento del causante, exigiéndoles, a quienes han contraído matrimonio con el causante, la acreditación de una cierta duración del vínculo (o, en su defecto, la existencia de hijos comunes), de ahí que no se exijan los referidos requisitos cuando la enfermedad del causante se hubiera producido con posterioridad a la celebración del matrimonio. A tal fin, el legislador prevé dos posibilidades: una, que el matrimonio se haya contraído con al menos un año de antelación al fallecimiento del causante; y otra, aplicable cuando no se acredita la anterior circunstancia, que exige que la duración del matrimonio (que efectivamente se ha de haber celebrado) sumado al período de convivencia extramatrimonial anterior al mismo tenga una duración mínima de dos años. Por ello, el TS ha señalado que en modo alguno se exige en este supuesto la previa formalización del vínculo mediante la inscripción en el registro de parejas de hecho o mediante la formalización en documento público, ya que la finalidad de este requisito (la acreditación fehaciente del compromiso de convivencia) ya ha quedado cumplimentado con el matrimonio efectivo de las partes. Porque, como concluye diciendo el TS, se trata de un supuesto en el que se accede a la pensión de viudedad por la vía matrimonial.

A estos efectos, como señala el TS en las sentencias citadas, la relación de convivencia anterior al matrimonio puede ser acreditada por el certificado de empadronamiento o, en aplicación de la doctrina jurisprudencial a la que nos referiremos en detalle en el siguiente epígrafe, por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho, capaz de acreditar la permanencia y estabilidad del vínculo.

Esta otra diferencia en el alcance de la protección por viudedad de los matrimonios respecto de las parejas de hecho, a las que se les niega el acceso a la prestación temporal de viudedad, encuentra su explicación en la propia razón de ser de este subsidio, que se configura para cubrir el vacío de protección en que se ven inmersos los cónyuges supervivientes en el caso de que la enfermedad común que ha producido la muerte hubiese aparecido antes de la celebración del matrimonio. Como ha manifestado el TS, lo que el legislador pretende es evitar la compra de prestaciones que derivaría de los matrimonios de conveniencia, para lo que dificulta el acceso a la pensión de viudedad, exigiendo algo más que el vínculo matrimonial. La exigencia de otros requisitos adicionales en estos supuestos sólo se exige al cónyuge superviviente y no al miembro superviviente de una pareja de hecho, al que, como veremos en detalle en los dos próximos epígrafes, se les exige el cumplimiento de determinados requisitos añadidos, sin que baste el vínculo no matrimonial, por lo que no es necesario obstaculizar, aún más, el acceso a la pensión de viudedad cuando el fallecimiento deriva de una enfermedad común previa a la constitución de la pareja de hecho.

Por ello, concluimos que esta diferencia es una consecuencia del distinto tratamiento que la ley otorga al vínculo matrimonial y no matrimonial a los efectos de causar derecho a la pensión de viudedad, con independencia de que la enfermedad que causara la muerte hubiese aparecido antes o después de la celebración de la unión familiar. Otra cosa es que consideremos que hubiera sido conveniente que el legislador hubiera regulado una prestación temporal de viudedad, similar a la que estamos analizando, para

aquellos supervivientes de parejas de hecho que no cumpliesen los requisitos legales exigidos para causar derecho a la pensión de viudedad.

Además de estas dos diferencias que hemos analizado, existe otra más: la dependencia económica respecto del causante que se exige sólo para el superviviente de una pareja de hecho que, por la relevancia que adquiere, vamos a tratar con especial atención más adelante, dedicándole un apartado específico y propio.

Al margen de estas divergencias y prescindiendo, por el momento, del propio concepto de pareja de hecho que acarrea la exigencia de determinados requisitos adicionales de gran relevancia (registro de la pareja y convivencia), podemos afirmar que el matrimonio y las uniones de hecho son dos instituciones que actúan como presupuesto de partida para el acceso a la pensión de viudedad en condiciones de igualdad. A tal efecto, vamos a exponer algunas manifestaciones de esta equiparación:

1.- La primera de ellas se refiere al reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al cónyuge supérstite y al superviviente de una pareja de hecho sin que importe el sexo de sus componentes. Pero no siempre se ha protegido al matrimonio a efectos de la pensión de viudedad en el caso de que estuviese formado por personas del mismo sexo. Al principio, antes incluso de que las parejas de hecho fuesen atendidas por el sistema de Seguridad Social ante el fallecimiento de uno de sus componentes, se intentó el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a las parejas homosexuales desde la pretensión de equiparación de las parejas de hecho al matrimonio. Esta pretensión, como la más general de la que formaba parte, obtuvo durante años respuesta negativa, tal y como hemos expuesto anteriormente.

Tampoco fue aceptado el argumento en virtud del cual se solicitaba el reconocimiento de la pensión de viudedad en base a la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, conocida como Ley del Divorcio, que permitía el reconocimiento de la pensión de viudedad a *“quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal,…”*. La razón fundamental por la que los Tribunales de Justicia no admitieron este argumento la hallamos en la aplicación excepcional y transitoria de dicha disposición, que se refería a las personas que no habían podido contraer matrimonio por mantener una relación previa con otra persona que, al no existir el divorcio hasta ese momento, no habían podido disolver, sin que se incluyese a quienes no podían contraer matrimonio por querer hacerlo con otra persona del mismo sexo.

Sin embargo, como es sabido, la Ley 13/2005, de 1 de julio, modificó el Código Civil y permitió la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo. De hecho, según el artículo 44 del Código Civil, *“el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”*. De esta forma, tal y como especifica la Disposición Adicional 1ª de la mencionada ley, a partir de su entrada en vigor *“las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”* (DA 1ª de la Ley de 2005), de ahí que actualmente pueda ser beneficiario de la pensión de viudedad el cónyuge superviviente, con independencia de que se trate de una persona del mismo o de distinto sexo que el sujeto causante.

El Tribunal Supremo se ha tenido que pronunciar acerca del carácter no retroactivo de la equiparación del matrimonio heterosexual y homosexual a efectos de la pensión de

viudedad. Y es que algunos Tribunales de Justicia [STSJ de Madrid, de 14 de noviembre de 2006 (AS 964/2006); STSJ de Baleares, de 26 de enero de 2006 (AS 581/2006); y STSJ de Navarra, de 5 de enero de 2007 (AS 3332/2007)] habían admitido el derecho a la pensión de viudedad a la parejas de hecho del mismo sexo en el caso de que había fallecido uno de sus miembros antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, sin haber podido legalmente contraer matrimonio, a semejanza de lo previsto en la Disposición Adicional 10ª de la Ley del Divorcio. No se trataba, por supuesto, de un reconocimiento genérico de la pensión de viudedad a las parejas de hecho, sino de una medida de derecho transitorio para supuestos previos a la vigencia de la Ley 13/2005, de 1 de julio.

Al respecto el Tribunal Supremo ha señalado [en la STS de 29 de abril de 2009 (RJ 2009/4165), dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina] que ni la Ley 13/2005 contiene ninguna norma transitoria que permita sostener la aplicación de la nueva disposición a aquellos casos en los que el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja homosexual se hubiera producido antes de su entrada en vigor, ni se puede deducir tal efecto de lo dispuesto en la Disposición Adicional 1ª de la misma Ley, con la que únicamente se pretende extender los efectos del matrimonio entre contrayentes del mismo sexo al resto del ordenamiento jurídico. Se trata, en definitiva, de aplicar la norma general del artículo 3.2 del Código Civil, que dispone la irretroactividad de la ley, salvo disposición expresa en sentido contrario.

Y es que antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, el matrimonio entre personas del mismo sexo ni era una institución jurídicamente regulada, ni existía un derecho constitucional a su establecimiento, sin que ello, conforme a la doctrina reiterada del TC, pudiera considerarse un supuesto de discriminación prohibida (a tal efecto, véase, entre otras resoluciones, el Auto del TC 222/1994, de 11 de julio, o las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el caso Rees, de 17 de octubre de 1986 –TEDH 1986, 11- y el caso Cossey, de 27 de septiembre de 1990 –TEDH 1990, 22-). Con la nueva Ley se construye, en palabras del TS, un nuevo marco de derechos y deberes que antes no se les reconocía a las parejas homosexuales, y que tiene efectos, exclusivamente, hacia el futuro. Con este cambio se pretende atender a la demanda de una parte de la sociedad, y ello se lleva a efectos en el momento y a partir de la fecha en la que el legislador considera oportuno (cuando, se dice, se dan las condiciones propicias para introducir tales cambios).

Como ha quedado expuesto, los problemas judiciales que se han venido planteando sobre esta cuestión afectaron a las parejas de hecho homosexuales, que no podían contraer matrimonio. A partir del 3 de julio, fecha en que entró en vigor la Ley 13/2005, de 1 de julio, se admite el matrimonio homosexual y, en consecuencia, se reconoce el derecho del cónyuge superviviente a lucrar la pensión de viudedad; pero seguían careciendo de protección a estos efectos las uniones de hecho homosexuales puesto que, como hemos analizado con anterioridad, hasta el 1 de enero de 2008 el superviviente de una pareja de hecho no tenía derecho a causar la pensión de viudedad. Ahora bien, a partir de entonces, se equiparan a efectos de protección por viudedad las uniones de hecho homosexuales y las heterosexuales, tal y como ocurre con la institución matrimonial.

2.- Otra manifestación de la equiparación en el tratamiento jurídico del matrimonio y de la pareja de hecho en relación con la pensión de viudedad la hallamos en que, a los efectos del reconocimiento de dicha pensión, es indiferente la existencia de hijos comunes. Una excepción la encontramos en el supuesto regulado en la Disposición Adicional 3ª de la Ley 40/2007, de 14 de diciembre, que, tal y como expusimos en el epígrafe anterior, regula el hecho causante de la pensión de viudedad en supuestos especiales, en los que se exige, entre otros, el requisito de que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes. Se trata de un supuesto excepcional y transitorio, que exige el cumplimiento de este requisito con el que el legislador pretende que el beneficiario demuestre la efectiva relación afectiva que le unía al causante –para lo cual también ha de acreditar un determinado tiempo de convivencia-, pues no olvidemos que en virtud de esta disposición se reconoce la pensión de viudedad, a pesar de la no existencia del vínculo matrimonial, a hechos causantes anteriores a la entrada en vigor de la mencionada ley.

Asimismo, la existencia de hijos comunes es un requisito que se exige –con la misma finalidad que en el supuesto anterior-, alternativamente a la duración de un año del matrimonio, para poder tener derecho a la pensión de viudedad en el caso de que el fallecimiento derive de una enfermedad común no sobrevenida al vínculo conyugal; sin embargo, como ya expusimos, este endurecimiento del hecho causante tan sólo se produce cuando ha existido matrimonio, por lo que no constituye realmente una excepción a la equiparación de éste y la unión de hecho.

3.- En tercer lugar, tanto la celebración de un matrimonio como la constitución de una pareja de hecho son causas de extinción de la pensión de viudedad, si bien es cierto que existen algunas excepciones, cuya regulación también es común a ambas instituciones familiares (artículo 174.4 de la LGSS y artículo 11 de la Orden 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia en el Régimen General de la Seguridad Social). Y hemos querido destacar esta otra manifestación de la equiparación en el tratamiento jurídico del matrimonio y de las parejas de hecho porque se trata de una consecuencia necesaria de la consideración del vínculo no matrimonial como presupuesto determinante para causar derecho a la pensión de viudedad.

En efecto, con anterioridad al reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho, si un beneficiario, tras causar derecho a dicha pensión, convivía con otra persona sin contraer matrimonio, su pensión no se extinguía, a diferencia de lo ocurría cuando se celebraba otro matrimonio; sin embargo, tras este reconocimiento, por razones de equidad, también la constitución de una pareja de hecho extingue la pensión. Ahora bien, para que la constitución de una pareja de hecho extinga la pensión, ha de tratarse de una pareja de hecho que cumpla los requisitos que se exigen para que esta forma de convivencia afectiva genere el derecho a la pensión, que son la convivencia y el registro, tal y como analizaremos en el siguiente epígrafe. Así lo indica expresamente el artículo 174.4 de la LGSS, aunque el artículo 11 de la Orden 13 de febrero de 1967 tan sólo menciona “*constituir una pareja de hecho*”, sin más, en cuanto causa de extinción de la pensión de viudedad. Ello nos permite poner de manifiesto que de la misma forma que el mero vínculo no matrimonial no es suficiente para acceder a la pensión, tampoco la mera convivencia va a extinguirla. De esta forma, los requisitos adicionales que exige el legislador para causar derecho a la pensión de viudedad en el

caso de que el beneficiario y el causante no hubieran contraído matrimonio, que dificultan el acceso a dicha pensión a las parejas de hecho, también van a dificultar, en buena lógica, la extinción de este derecho.

4.- Finalmente, vamos a referirnos a otra manifestación de la equiparación entre el vínculo matrimonial y el no matrimonial, si bien en esta ocasión este trato de igualdad, que se ha otorgado por el TS, repercute en la pensión de orfandad. Sin embargo, aunque se trate del régimen jurídico de la pensión de orfandad, entendemos oportuno su tratamiento en este apartado –que, como es sabido, analiza el distinto tratamiento del matrimonio y de la pareja de hecho en relación con la pensión de viudedad- puesto que es la cuantía de la pensión de viudedad la que va a permitir que se dé el supuesto al que nos estamos refiriendo y, en última instancia, lo relevante es la existencia o no de vínculo matrimonial a los efectos de causar derecho a la pensión de viudedad.

En concreto, se trata del reconocimiento o no del incremento al que se refiere el artículo 17.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967, según el cual el porcentaje de la pensión de orfandad se incrementará con el porcentaje previsto para la pensión de viudedad cuando a la muerte del causante no quede cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma. La cuestión radica en determinar si procede dicho incremento en el supuesto en el que existiese progenitor pero que no tuviese derecho a la pensión de viudedad por no haber contraído matrimonio.

Al respecto, el TS entendía que la prestación de orfandad del hijo extramatrimonial no se incrementaba con la pensión de viudedad que le hubiera correspondido al cónyuge, pues no se puede hablar de la existencia de un cónyuge sobreviviente, al no haber contraído nunca matrimonio [por todas, STS de 23 de febrero de 1994 (RJ 5343/1994)]. Según el TS, puesto que el conviviente no tiene derecho a pensión de viudedad por la muerte del causante *“mal puede transmitir un derecho que nunca tuvo...”*. No existía discriminación puesto que *“el menoscabo patrimonial sufrido por quien se encuentra en situación de orfandad absoluta derivada de la muerte del causante del que dependía económicamente, no es el mismo que el sobrevenido cuando pervive la madre a quien incumbe entre otras, la obligación de velar por sus hijos”*.

Sin embargo, la STS de 9 de junio de 2008 (RJ 2008/4226) modificó la doctrina que venía manteniendo al respecto, entendiéndose que ha de reconocerse al huérfano extramatrimonial el derecho al incremento de la pensión de orfandad en la cuantía correspondiente a la pensión de viudedad. La razón de la modificación de su doctrina se encuentra en la STC 154/2006, de 22 de mayo, que analizó un supuesto similar al que nos ocupa, si bien relativo al derecho a una indemnización a tanto alzado por fallecimiento en supuestos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, reconociendo dicho derecho al hijo extramatrimonial. La interpretación que se venía manteniendo implicaba, en opinión del TC, un impacto negativo en los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

En más ocasiones se ha pronunciado el TS sobre este asunto, en concreto, la STS de 24 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5658) y la STS de 1 de diciembre de 2011 (JUR 2012/42783), según las cuales *“el incremento de las pensiones de orfandad resulta ser así una renta social sustitutiva de aquella prestación que falta en la unidad familiar cuando no se ha reconocido en la misma el derecho a una pensión de viudedad. Desde*

este punto de vista resulta indiferente que la falta de tal reconocimiento se deba a orfandad absoluta por inexistencia de padre o madre superviviente, o a que el progenitor sobreviviente no tenga derecho a pensión por no haber sido cónyuge - es decir, vinculado por matrimonio- del sujeto causante. Una vez cubierto el período mínimo de carencia del asegurado, el factor decisivo a tener en cuenta desde el punto de vista de la protección de los hijos extramatrimoniales mediante el incremento de la pensión de orfandad es en esta línea de razonamiento la valoración estándar de sus necesidades... ”.

A esta misma conclusión se puede llegar a tenor de la redacción actual del artículo 175.1 de la LGSS, dada por la Ley 40/2007, de 14 de diciembre, que reconoce la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, a los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su afiliación. Dicho régimen de igualdad ha de incluir, en nuestra opinión, el incremento de la pensión de orfandad al que nos estamos refiriendo, por lo que, para zanjar definitivamente el asunto, apostamos por la conveniencia de que se proceda a la modificación del artículo 17.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que incluya, además de al “cónyuge superviviente”, al superviviente de una pareja de hecho, lo que, en última instancia, no es sino una consecuencia de la lógica jurídica que subyace al reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho.

De esta forma, al argumento jurisprudencial, basado en el cumplimiento del principio de igualdad de trato entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, se añade la equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho en cuanto presupuestos determinantes de la protección por viudedad. Ahora bien, en buena lógica, la inclusión del superviviente de una pareja de hecho en el supuesto de hecho del artículo 17.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967, debería hacerse atendiendo a un concepto de pareja de hecho idéntico al que permite causar derecho a la pensión de viudedad, que exige determinados requisitos adicionales que pasamos a analizar.

2.2.2. La convivencia matrimonial y no matrimonial y la formalización de su vínculo: el concepto de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad

Entendemos que en el propio concepto de matrimonio y de pareja de hecho, en concreto, en los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la constitución de estas dos instituciones familiares, es donde encontramos gran parte del distinto alcance de la protección ofrecida por el sistema de Seguridad Social ante el fallecimiento de uno de sus miembros. De esta forma, aunque se puede afirmar, sin duda, que el superviviente de una unión de hecho es beneficiario de la pensión de viudedad, al igual que el cónyuge superviviente, es necesario atender al concepto de pareja de hecho para comprobar cómo la ley exige unos requisitos adicionales a éstas –que no se exigen al matrimonio–, que ponen de manifiesto, tal y como venimos afirmando desde el principio de este apartado, cómo la equiparación es parcial y no plena. Y hemos dicho que en el concepto de matrimonio y de pareja de hecho encontramos gran parte del distinto alcance protector, puesto que, como veremos en el siguiente epígrafe, se exige otro requisito adicional a la pareja de hecho, al margen del concepto, cual es la dependencia económica del beneficiario.

El reconocimiento de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente, en los términos previstos en el artículo 174.1 de la LGSS, permite entender que la existencia del vínculo matrimonial es condición suficiente para causar

derecho a dicha pensión, dejando al margen, por supuesto, los requisitos que ha de cumplir el sujeto causante. Y es que la legislación de Seguridad Social tan sólo exige la existencia, presente o pasada, de matrimonio, sin requerir ni una duración determinada del mismo ni –a diferencia de lo que se exigía por la normativa anterior, hasta la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 23 de junio de 1990- una convivencia mínima entre los cónyuges, dejando a salvo el supuesto, ya analizado, en el que el fallecimiento del causante derivara de una enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal.

Sin embargo, si atendemos a las disposiciones del Código Civil, podemos comprobar cómo en el artículo 61 se exige, para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio, su inscripción en el Registro Civil. De esta forma, el matrimonio, civil o religioso, tiene que cumplir el requisito de la inscripción en el Registro Civil, sin que se exija ninguna otra condición adicional, puesto que la convivencia entre los cónyuges se presume, tal y como dispone el artículo 69 del Código Civil. Basta, por tanto, la celebración válida del matrimonio inscrito en el Registro Civil.

En relación con la validez, a efectos de causar pensión de viudedad, de otras formas de matrimonio arraigadas culturalmente en determinados colectivos, a pesar de no estar inscritos en el Registro Civil, como ocurre con el matrimonio celebrado por el rito gitano, destacamos que se ha tratado de una cuestión controvertida, sobre la que se ha pronunciado el TC, en STC 69/2007, de 16 de abril, que denegó el derecho a la pensión de viudedad; sin embargo, la STEDH de 8 de diciembre de 2009, en aplicación del artículo 14 CEDH, sobre prohibición de discriminación de las minorías, sí reconoció el derecho. A pesar de que esta controvertida cuestión es tratada y analizada en detalle en otra parte de este informe, hemos querido siquiera identificar el supuesto conflictivo para poner de manifiesto cómo el reconocimiento de la pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja de hecho puede servir como vía para acceder a esta protección por parte de las uniones celebradas al amparo de otros ritos, si bien es cierto que deberán cumplir con los requisitos que configuran el concepto de pareja de hecho.

En este sentido, es, precisamente, en el propio concepto de pareja de hecho, regulado, a los efectos de causar derecho a la pensión de viudedad, en el artículo 174.3 de la LGSS y en la forma exigida para acreditar la propia existencia de la pareja de hecho, donde encontramos algunas de las diferencias que existen en el tratamiento jurídico de las parejas de hecho respecto del matrimonio. Se 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”*. Esta es la definición de pareja de hecho a efectos de causar derecho a la pensión de viudedad, sin perjuicio de que pueden existir, a otros efectos, otras definiciones en las normas autonómicas sobre parejas de hecho, si bien sobre este tema volveremos con posterioridad.

A partir de esta definición legal, se pueden identificar los requisitos que ha de cumplir la pareja de hecho para que pueda quedar protegida ante el fallecimiento de uno de sus miembros: por un lado, la existencia de una relación de afectividad análoga a la del matrimonio, que no merece más comentarios; y, por el otro, que los miembros de la

pareja de hecho no se encuentren impedidos para contraer matrimonio y que hayan convivido un determinado tiempo antes del fallecimiento, que sí requieren una mayor atención.

En cuanto al requisito consistente en que los miembros de la pareja de hecho no se encuentren impedidos para contraer matrimonio, entendemos que la finalidad perseguida por el legislador es la de excluir del ámbito subjetivo de protección de la pensión de viudedad a las uniones formadas por parientes que convivan. Y es que, aunque, según los artículos 46 y 47 del Código Civil, son diversos los impedimentos para contraer matrimonio, el que se refiere a la existencia de una relación de parentesco es el que más importancia adquiere a los efectos de delimitar y diferenciar la pareja de hecho objeto de protección desde la perspectiva de la pensión de viudedad de aquellas otras uniones de convivencia que carecen de protección.

Mención expresa hace el artículo 174.3 de la LGSS a uno de los impedimentos para contraer matrimonio, configurándolo como un requisito que ha de cumplir el superviviente de una unión de hecho para ser beneficiario de la pensión de viudedad: no estar ligado con vínculo matrimonial, con lo que se están excluyendo las situaciones de bigamia, que no son admitidas por nuestro ordenamiento y que serán tratadas en detalle en otra parte de este informe. Nos basta, pues, con insistir en que, ya sea por despreocupación o dejadez de la parte implica, ya sea por encontrarse en trámite de disolución, si en el momento del hecho causante existe vínculo matrimonial con otra persona, no podrá acceder a la pensión de viudedad. En relación con este requisito, destacamos asimismo cómo pueden surgir problemas de control del cumplimiento del mismo en el supuesto en el que se haya constituido, siguiendo la normativa autonómica, una pareja de hecho a pesar de existir vínculo matrimonial entre las partes. Y es que algunas normas autonómicas, como la de Madrid y la de Extremadura, permiten la constitución de una pareja de hecho a personas separadas judicialmente. En cualquier caso, consideramos que, a efectos de causar derecho a la pensión de viudedad, se han de cumplir los requisitos exigidos por la LGSS al configurar el hecho causante de dicha prestación y, en concreto, al delimitar el concepto de pareja de hecho, con independencia del lugar donde se haya formalizado la pareja de hecho, puesto que nos encontramos ante una materia –la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social- de competencia exclusiva estatal.

Pero, sin duda, el requisito de la convivencia con carácter inmediato al fallecimiento es el que nos merece mayor atención, no sólo por ser un requisito específico de las uniones de hecho que no se exige al cónyuge viudo, sino, sobre todo, porque ha sido fuente de conflictos judiciales en estos últimos años, sobre todo, en relación con los medios de prueba que se consideran válidos para acreditar la existencia y la estabilidad de la relación. Y es que la convivencia ha de ser estable, habiéndose cuantificado dicha estabilidad en cinco años, como mínimo; y también ha de ser notoria, requiriéndose la acreditación de la convivencia, que ha de hacerse mediante certificado de empadronamiento, que es un documento público que acredita la residencia y que permite conocer la convivencia de dos sujetos y también su duración.

De todas formas, a pesar de que el artículo 174.3 de la LGSS se refiere al certificado de empadronamiento en cuanto documento que permite acreditar la convivencia, lo cierto es que al respecto se ha pronunciado el TS, que en diversas ocasiones [SSTS de 25 de

mayo de 2010 (RJ 2010/3610); de 24 de junio de 2010 (RJ 2010/3613); de 6 de julio de 2010 (RJ 2010/6786); de 14 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7418); 12 de noviembre de 2010 (RJ 2010/8836); de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011/242) y 14 de abril de 2011 (RJ 2011/3952 y 2011/3953)] ha indicado que, tanto la existencia de la propia relación de convivencia como su permanencia durante el período exigido, puede acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, especialmente aquellos de carácter documental que tienen entidad suficiente para llevar a la convicción del cumplimiento del requisito, sin que el certificado de empadronamiento sea el único medio hábil a estos efectos (sobre todo, como señala el propio TS, cuando éste no refleja más que un hecho cambiante y aleatorio como es la vecindad, e incluso, por la inidoneidad de un documento que puede certificar una relación de convivencia que se hubiera disuelto con anterioridad al óbito). A estos efectos, la ley únicamente exige acreditar la veracidad y la estabilidad de la relación (así como, la permanencia del vínculo en la fecha del hecho causante) debiendo admitirse, a estos efectos, todos los medios útiles para probar estos extremos.

Lo importante, en opinión del TS, es que el medio de prueba utilizado tenga la suficiente fuerza para llevar a la Entidad Gestora o, en su caso, al Juzgador, a la convicción de la existencia de la convivencia. Una vez acreditada la existencia de pareja de hecho –en los términos que exponemos a continuación-, la acreditación de la duración necesaria para causar derecho a la pensión de viudedad, se verificará por el mero transcurso de tiempo mientras la pareja de hecho no haya dejado de existir, o por cualquier medio de prueba admisible en Derecho.

Asimismo, el TS, en STS de 14 de junio de 2010 (RJ 2010/2646), tuvo ocasión de pronunciarse sobre la acreditación del periodo de convivencia requerido en el supuesto de que no se cumpliera ninguno de los requisitos exigidos para causar derecho a la pensión de viudedad cuando el fallecimiento deriva de una enfermedad común existente antes de la formalización del vínculo conyugal. Según el TS, tiene derecho a la pensión de viudedad quien acredita, por cualquier medio de prueba, una convivencia de dos años con el causante, en conjunción con la del matrimonio, fallecido menos de un año después de haber contraído matrimonio y como consecuencia de una enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal. La finalidad pretendida con la regulación de este supuesto no es otra que la de evitar los matrimonios de conveniencia, por lo que no se exige una excesiva rigidez formal para acreditar el período convivencial, sirviendo cualquier medio de prueba admitido en Derecho para acreditar dicho período de convivencia.

Hasta ahora nos hemos referido a los requisitos que conforman el concepto de pareja de hecho, siendo también objeto de regulación por el artículo 174.3 de la LGSS la forma en que se acredita la existencia de una pareja de hecho. En este sentido, según dicho precepto legal, la existencia de pareja de hecho *“se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja”*. Son, pues, dos los procedimientos por los que se puede acreditar la existencia de una pareja de hecho: inscripción en los registros de parejas de hecho creados por las distintas CC.AA. o Ayuntamientos o formalización en documento público, básicamente, en Acta Notarial, siendo necesario, asimismo, que se cumpla otro requisito para poder causar la pensión de viudedad por

parte del superviviente de una pareja de hecho ya constituida, cual es que tanto la inscripción como la formalización del documento público ha de haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

De esta forma, no toda convivencia estable tiene acceso a la protección del sistema en el caso de fallecimiento de uno de sus miembros; sólo podrá obtener la pensión de viudedad el miembro superviviente de aquellas parejas, que se consideren parejas de hecho en los términos del artículo 174.3 de la LGSS y que hayan formalizado su relación, como mínimo, dos años antes del hecho causante, siguiendo alguno de los dos procedimientos antes mencionados. El requisito de la inscripción o formalización de la pareja de hecho nos pone de manifiesto que, aunque a lo largo de este informe hablemos, siguiendo al legislador, de pareja de hecho, lo cierto es que, desde un punto de vista técnico jurídico, no es correcto tal uso, puesto que la unión familiar protegida por el sistema de la Seguridad Social es una pareja “de derecho” o “pareja registrada”. Ahora bien, podemos encontrar una explicación al uso del término pareja de hecho y no de derecho, cual es que el matrimonio también es una pareja de derecho y registrada; en cualquier caso, el arraigo del término matrimonio eliminaría cualquier duda de la diferencia entre el éste y otra pareja de derecho.

La acreditación de la pareja de hecho y, en sí mismo, la forma de constitución de la misma, ha generado algunas dudas en relación con los medios de prueba que se consideran válidos y útiles para acreditar la existencia de una pareja de hecho. En este sentido, el TS en las sentencias antes citadas distingue los medios de prueba válidos para acreditar la existencia y estabilidad de la convivencia, de los requisitos de forma que el legislador exige para que una determinada unión merezca la consideración de pareja de hecho.

En relación con este requisito formal, entiende el TS que sólo se admiten los dos procedimientos mencionados en el artículo 174.3 de la LGSS. En concreto se ha planteado la posible consideración del Libro de Familia como documento público que, a falta de inscripción en el Registro de parejas de hecho, permitiera entender superado el requisito de forma requerido. Sobre este extremo, el Tribunal Supremo ha señalado, en varias sentencias [STS de 3 de mayo de 2011 (RJ 2011/4507)] que, aún siendo un documento público, la función del Libro de Familia no es acreditar la existencia de una pareja de hecho; según se deduce de lo previsto en el Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Civil, la función del Libro de Familia se ciñe a constatar el nacimiento de un niño y el vínculo de filiación de éste con sus padres, pero no la relación que, eventualmente, puedan tener éstos entre sí (salvo que se trate de una relación matrimonial, cuya celebración sí consta en el Libro de Familia). Tampoco parece admisible, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina, el certificado de empadronamiento puesto que tan sólo acredita la residencia individual o colectiva, pero no contiene ninguna declaración sobre la constitución de una pareja.

Asimismo, según el TS, no es exigible el requisito de la inscripción en el registro de parejas de hecho o escritura pública a los efectos de acreditar el período de convivencia necesario en el supuesto en el que el fallecimiento se produce por enfermedad común no sobrevenida al matrimonio y éste no alcanza un año de duración –ni tampoco tienen hijos comunes-. Y ello es así porque dado que el supuesto se enmarca en la vía

matrimonial para acceder a la pensión de viudedad, el requisito de acreditación de la convivencia está cumplido por el propio matrimonio [STS de 20 de julio de 2010 (RJ 2010/7278), STS de 17 de noviembre de 2010 (RJ 2010/7982), STS de 26 de enero de 2011 (RJ 2011/2120) y STS de 26 de enero de 2011(RJ 2011/2115)].

Especial mención merecen las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio (Aragón, Cataluña, Galicia, Islas Baleares, Navarra y País Vasco) puesto que, según el último párrafo del artículo 174.3 de la LGSS, en ellas, cumpliéndose el requisito de convivencia en los términos ya expuestos, *“la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que se establezca en su legislación específica”*. Nos referimos a las Comunidades Autónomas que han asumido la competencia para la “conservación, modificación y desarrollo” de los derechos civiles, forales o especiales (artículo 149.1.8º de la CE), sin perjuicio, como ya adelantamos, de que las restantes regiones autónomas puedan legislar –y así lo han hecho- sobre las parejas de hecho a otros efectos diferentes. Ahora bien, en nuestra opinión, las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio ni podrán establecer un concepto de pareja de hecho ni un procedimiento para su acreditación que implique la exigencia de requisitos adicionales o, por el contrario, la exención de alguno de ellos, pues ello repercute en la delimitación del hecho causante de una prestación de la Seguridad Social, que forma parte de la legislación básica de Seguridad Social en cuanto competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.17º de la CE), lesionándose, asimismo, el artículo 139.1 de la CE (igualdad de derecho de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado).

Como podemos comprobar, la exigencia de la acreditación de la existencia de la pareja de hecho, cuya función es similar a la inscripción en el Registro Civil del matrimonio, y, sobre todo, el propio concepto de pareja de hecho, que exige una mínima convivencia, ponen de manifiesto diferencias en el tratamiento jurídico del matrimonio y de la pareja de hecho en relación con la pensión de viudedad, siendo más exigente el legislador con las uniones no matrimoniales por la duración de cinco años que ha de tener la pareja de hecho y porque la inscripción de ésta ha de haberse producido dos años antes del fallecimiento del sujeto causante. La cuestión que no nos surge, una vez más, estriba en determinar si estas diferencias encuentran justificación desde la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación, para lo cual deberemos de determinar la razonabilidad y proporcionalidad de los requisitos adicionales que exige la ley a las parejas de hecho.

Desde nuestro punto de vista, no existe una justificación jurídica, sin que exista ninguna razón legal ni constitucional que impida la equiparación del tratamiento entre el matrimonio y la pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad. Pero sí encontramos una posible explicación: la inscripción o formalización de la pareja de hecho dos años antes del fallecimiento así como la convivencia durante cinco años pretende impedir las aparición de situaciones fraudulentas, esto es, la constitución de una pareja de hecho con la intención primordial de causar una pensión de viudedad; sin embargo, entendemos que este mismo ánimo puede existir al celebrarse un matrimonio. De hecho, como hemos expuesto, la ley pretende evitar los matrimonios de conveniencia exigiéndose en determinados supuestos especiales unos requisitos más rigurosos y exigentes, por lo que se podría haber optado por una regulación similar en determinados supuestos para evitar las uniones de hecho de conveniencia. De todas

formas, somos partidarios de que la celebración de un matrimonio con la sola intención de percibir una pensión de viudedad se presenta con menor intensidad, sobre todo, por las consecuencias que dicha celebración pudiera acarrear en relación con los derechos hereditarios (desde un punto de vista jurídico) y por la mayor relevancia social que aún tiene el vínculo matrimonial (desde un punto de vista sociológico).

Otra explicación la encontramos en el peso que aún tiene el modelo de familia tradicional que se formaliza con la celebración de un matrimonio entre los contrayentes que previamente han mantenido una relación de noviazgo; noviazgo que cumpliría una función similar al tiempo de convivencia exigido por la ley en el sentido de que en el fondo el legislador requiere que exista una verdadera y estable unión familiar. Pero tampoco éste es un argumento convincente, pues el noviazgo no es un período exigido para contraer matrimonio; es más, en la actualidad, por razones de diversa índole, básicamente profesionales, existen matrimonios que ni siquiera conviven, a pesar de que el artículo 69 de Código Civil presume dicha convivencia.

Y es que, al final, la justificación jurídica del distinto tratamiento hemos de encontrarla en la aparición o no de una situación de necesidad diferente ante el fallecimiento del superviviente de la unión matrimonial y extramatrimonial, que exija, en consecuencia, una protección social diferente y que requiera diversos requisitos en la configuración del hecho causante. Puede que el legislador entienda que la mayor duración de la formalización de la unión no matrimonial y el período de convivencia exigido sólo a las parejas de hecho, son requisitos necesarios para la aparición en éstas de una situación de necesidad, a diferencia de lo que sucede cuando existe vínculo matrimonial. Nos referimos a la dependencia económica del beneficiario respecto del sujeto causante y a la forma en la que el legislador regula su concurrencia a efectos de causar pensión de viudedad, que analizamos en siguiente apartado.

2.2.3. La dependencia económica en el matrimonio y en la pareja de hecho: manifestación de la tendencia hacia la asistencialidad de la pensión de viudedad

Si bien es cierto que en otros antecedentes normativos se exigía al marido, para tener derecho a la pensión de viudedad, la demostración de la situación de necesidad real derivada del fallecimiento de la esposa, de la que tenía que depender económicamente, en la actualidad, como ya hemos manifestado en diversas ocasiones, el cónyuge superviviente es beneficiario de dicha pensión sin necesidad de tener que acreditar ni dependencia económica del causante ni situación de necesidad derivada del fallecimiento de éste. Y es que la situación de necesidad, derivada de un exceso de gastos y de una disminución de ingresos producido por el fallecimiento del causante, se presume por el legislador, lo que, por un lado, responde a la naturaleza contributiva de las prestaciones por muerte y supervivencia y, por el otro, se sustenta en un concepto de familia tradicional basada en el matrimonio y en un determinado reparto de roles que en la actualidad están más que superados.

En este sentido, y así lo han puesto de manifiesto la jurisprudencia y la doctrina, en la configuración actual la pensión de viudedad pretende compensar un daño, esto es, compensar al cónyuge superviviente por la pérdida de ingresos que padece tras el fallecimiento del causante, de manera que sólo cuando el beneficiario carezca de otros recursos, la pensión permite paliar una real situación de necesidad; sin embargo, en caso

contrario, la pensión compensa la reducción del nivel de rentas que produce el fallecimiento, siendo indiferente que se genere una situación de necesidad real. La jurisprudencia del TS [por todas, STS de 26 de mayo de 2004 (RJ 2004/5419)] concibe la pensión de viudedad como una especie de renta diferida cuyo título de adquisición es la contribución de los cónyuges a la ayuda y socorro mutuos y a la actuación en interés de la familia a que les obliga el estado de casados, según los artículos 67 y 68 del Código Civil. En esta línea, la STC 184/1990, de 15 de noviembre, ya manifestó que la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender situaciones de necesidad, sino compensar la falta o minoración de ingresos del cónyuge supérstite, con un claro carácter indemnizatorio.

Sin embargo, a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 14 de diciembre, la pensión de viudedad ha adquirido rasgos de asistencialidad en dos supuestos concretos, si bien es cierto que ya existían ciertos criterios propios del brazo no contributivo, como, por poner un ejemplo, en el incremento del porcentaje de la pensión de viudedad hasta el 70%. Estos dos supuestos son: por un lado, en los casos de crisis matrimonial en los que se exige, para acceder a la pensión de viudedad, que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante; y, por el otro, en los supuestos en los que el beneficiario y el causante constituyan pareja de hecho. Dejando al margen el primero de los supuestos señalados, puesto que es objeto de estudio detenido en otra parte de este informe, vamos a centrarnos en la dependencia económica –demostrada y real- en cuanto requisito que la ley exige al superviviente de una pareja de hecho. Y tenemos que hablar de dependencia económica –y no de situación de necesidad real-, puesto que tal dependencia no produce, en todo caso, una situación real de necesidad.

Según el artículo 174.3 de la LGSS, hay dos formas de medir, a los efectos de causar derecho a la pensión de viudedad, la situación de dependencia económica del beneficiario respecto del sujeto causante: en primer lugar, acreditando que los ingresos del beneficiario durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período o, en el caso de que no existan hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, el 25 por ciento; y, en segundo lugar, acreditando que los ingresos del sobreviviente sean inferiores al 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, si bien dicho límite se incrementa en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional por cada hijo común, con derecho a pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente. En ambos casos, se considerarán ingresos los rendimientos del trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones.

Como puede comprobarse, estas dos formas alternativas de medir la situación de dependencia atienden a una realidad diferente del beneficiario. En efecto, la primera de las fórmulas protege la situación de dependencia económica del beneficiario respecto del causante, con independencia de que dicha situación produzca o no una situación real de necesidad, lo que dependerá de los más o menos elevados ingresos del causante. La finalidad es, pues, compensar la situación de desequilibrio económico que se deriva del fallecimiento del causante, apreciándose una similitud con la fórmula empleada en los supuestos de crisis matrimonial, en los que la pensión de viudedad se condiciona a la

obtención de la pensión compensatoria, que responde a la situación de desequilibrio económico que se produce tras la ruptura del vínculo conyugal, si bien en este caso son las normas de Derecho Civil las que concretan las reglas a aplicar. Según esta primera fórmula, basta con demostrar que los ingresos del beneficiario no alcanzaron el 50 por ciento –o, en su caso, el 25 por ciento- de los ingresos totales de la pareja, lo que, como hemos dicho, no significa que el beneficiario se encuentre en una situación de necesidad, tal y como ocurriría en el supuesto en el que los ingresos del causante sean muy elevados, y sin que importe que con posterioridad al hecho causante el beneficiario obtenga otros ingresos, por muy cuantiosos que éstos sean, desapareciendo cualquier atisbo de asistencialidad. Lo relevante es, insistimos, la generación de un desequilibrio económico o la pérdida de un determinado nivel de vida y el objetivo de la pensión es compensar dicho desequilibrio.

Sin embargo, el segundo criterio sí atiende a la situación real de necesidad, puesto que se establece un límite reducido de ingresos -1,5 veces el salario mínimo interprofesional- que, además, ha de concurrir no sólo en el momento del hecho causante, sino que ha de mantenerse durante todo el período de disfrute de la pensión. Esta segunda vía de acceso a la pensión de viudedad sí es de carácter asistencial puesto que atiende a una situación de necesidad real y demostrada –además de a una situación de dependencia económica respecto del causante puesto que el umbral de ingresos es muy reducido-, que ha de concurrir durante todo el disfrute de la pensión. De esta forma, la situación económica posterior del beneficiario sí repercute en el percibo de la pensión de viudedad, causando, en nuestra opinión, la suspensión de la misma, si bien la norma no lo indica de forma expresa. Aunque es cierto que esta segunda fórmula parece ajustarse mejor al espíritu protector de la pensión de viudedad que se manifiesta al exigirle al beneficiario la demostración de una situación de dependencia, lo cierto es que ha de llamarse la atención del peligro que esta regla de cómputo de ingresos puede generar en cuanto podría desincentivar la búsqueda de un empleo retribuido so pena de perder la pensión de viudedad.

Tras el examen del requisito de la dependencia económica, la cuestión que nos surge, también en esta ocasión, consiste en determinar si la exigencia de este requisito sólo al superviviente de una pareja de hecho –y no al cónyuge supérstite- encuentra justificación desde la perspectiva de los principios de igualdad y no discriminación. En nuestra opinión, tampoco existe una razón jurídica que justifique esta diferencia de trato entre el beneficiario unido al causante por matrimonio y el que forma pareja de hecho. La explicación podemos hallarla en la decisión del legislador de dar un giro hacia la asistencialidad de la pensión de viudedad que se reconoce a las parejas de hecho, en cuyo caso no se entiende por qué tal asistencialidad no se manifiesta –o, mejor dicho, no tiene por qué manifestarse- en los supuestos en los que el beneficiario causa la pensión de viudedad en aplicación de la primera de las fórmulas expuestas. En tales supuestos, al igual que ocurre cuando existe vínculo matrimonial, la finalidad de la pensión de viudedad es compensar el desequilibrio económico, pudiendo generarse o no situación de necesidad real; sin embargo, sólo cuando se causa el derecho a la pensión de viudedad en aplicación del segundo criterio se protege una verdadera situación de necesidad y, en consecuencia, sólo en tal supuesto emerge el rasgo de la asistencialidad.

Esta falta de comprensión del distinto régimen jurídico de la pensión de viudedad, según haya mediado o no vínculo matrimonial, e incluso la diferencia recién expuesta

que puede darse entre beneficiarios de parejas de hecho, nos obliga a hacer algunas reflexiones de conjunto, atendiendo a todos los requisitos exigidos a las parejas de hecho, lo que nos permitirá obtener ciertas conclusiones finales, en los términos que exponemos a continuación.

3. Conclusiones finales y propuestas de futuro.-

Vamos a concluir esta parte del informe partiendo de una afirmación: consideramos acertado el reconocimiento de la pensión de viudedad al superviviente de una pareja de hecho y, asimismo, consideramos positivo el carácter o rasgo de asistencialidad que adquiere su régimen jurídico; pero manifestamos nuestras dudas sobre si los requisitos exigidos al superviviente de una pareja de hecho, en comparación con los requeridos en el caso de matrimonio, son respetuosos con los principios de igualdad y no discriminación. Y es que desde el momento en que el legislador decide reconocer la pensión de viudedad a las uniones de hecho, a pesar de que la ausencia de protección había pasado el filtro de la constitucionalidad, dicho reconocimiento ha de respetar los mencionados principios, por lo que no serían admisibles las diferencias de los requisitos legales que conforman el hecho causante, salvo que estén justificadas por ser razonables y proporcionadas.

La propia Ley 40/2007, de 14 de diciembre, afirma en su Exposición de Motivos que dada la *“imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad”*. La cuestión esencial que hemos de plantearnos es por qué es imposible equiparar las parejas matrimoniales y las de hecho, puesto que, si no son supuestos de hecho iguales, cabe, en aplicación del principio de igualdad, la existencia de diferencias en su régimen jurídico. En nuestra opinión, no se trata de una imposibilidad constitucional ni legal. Por ello, entendemos que lo esencial es examinar si la situación de necesidad objeto de protección es diferente, según exista vínculo matrimonial o extramatrimonial, en cuyo caso la configuración del hecho causante puede presentar diferencias. A nuestro parecer, la situación en que se ve inmerso el superviviente de una unión de hecho es idéntica a la del cónyuge supérstite: exceso de gastos y, sobre todo, defecto de ingresos, que podrán producir o no una situación de necesidad real, dependiendo de la situación patrimonial del superviviente y, por supuesto, al margen de que exista o no vínculo matrimonial.

Y si la situación de necesidad, real o presunta, según las circunstancias de cada pareja, casada o no, es la misma, el régimen jurídico de la pensión de viudedad ha de ser el mismo; sin embargo, como hemos expuesto, existen diferentes requisitos en la configuración del hecho causante según exista o no vínculo matrimonial, e incluso el propio concepto legal de pareja de hecho exige la concurrencia de unos requisitos que no se requieren para el matrimonio.

Para conocer el alcance del diverso tratamiento que otorga la ley al matrimonio y a la pareja de hecho en cuanto presupuestos determinantes para el reconocimiento de la pensión de viudedad, hemos atendido a los requisitos que el beneficiario ha de cumplir para causar derecho a dicha pensión. Y es que más allá de que ambas instituciones coinciden en ser el vínculo familiar a partir del cual se puede generar la protección del sistema de Seguridad Social ante el fallecimiento de uno de sus miembros, entre ambas

instituciones existen divergencias que se aprecian no sólo en los requisitos de carácter conceptual –requisitos para demostrar la existencia del vínculo familiar, como son la formalización y registro de la unión, matrimonial o no, así como la convivencia-, sino también en el propio fundamento y finalidad de esta pensión, que atiende a diferentes situaciones de necesidad al exigir sólo al superviviente de las parejas de hecho una dependencia económica respecto del causante.

Acerca del vínculo familiar a partir del cual se puede generar la protección del sistema de Seguridad Social ante el fallecimiento de uno de sus miembros, hemos destacado varias manifestaciones de la equiparación en el tratamiento jurídico del matrimonio y de la pareja de hecho en relación con la pensión de viudedad, cuales son:

- En primer lugar, a partir del 3 de julio, fecha en que entró en vigor la Ley 13/2005, de 1 de julio, se admitió el matrimonio homosexual; pero seguían careciendo de protección a estos efectos las uniones de hecho homosexuales puesto que hasta el 1 de enero de 2008 el superviviente de una pareja de hecho no tenía derecho a causar la pensión de viudedad. Ahora bien, a partir de entonces, se equiparan a efectos de protección por viudedad las uniones de hecho homosexuales y las heterosexuales, tal y como ocurre con la institución matrimonial.

- En segundo lugar, tanto la celebración de un matrimonio como la constitución de una pareja de hecho son causas de extinción de la pensión de viudedad, si bien es cierto que existen algunas excepciones, cuya regulación también es común a ambas instituciones familiares. De esta forma, los requisitos adicionales que exige el legislador para causar derecho a la pensión de viudedad en el caso de que el beneficiario y el causante no hubieran contraído matrimonio, que dificultan el acceso a dicha pensión a las parejas de hecho, también van a dificultar, en buena lógica, la extinción de este derecho.

- En tercer lugar, según la jurisprudencia del TS, el incremento regulado en el artículo 17.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967 también ha de reconocerse al huérfano extramatrimonial. En nuestra opinión, así se deduce de la redacción actual del artículo 175.1 de la LGSS, dada por la Ley 40/2007, de 14 de diciembre, que reconoce la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, a los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su afiliación. Dicho régimen de igualdad ha de incluir este incremento de la pensión de orfandad, por lo que, para zanjar definitivamente el asunto, apostamos por la conveniencia de que se proceda a la modificación del artículo 17.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que incluya, además de al “cónyuge superviviente”, al superviviente de una pareja de hecho, lo que, en última instancia, no es sino una consecuencia de la lógica jurídica que subyace al reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho.

Asimismo, hemos expuesto algunas diferencias que existen en el vínculo, matrimonial o no, en cuanto presupuesto para el reconocimiento de la pensión de viudedad:

- Por un lado, el matrimonio, actual o pasado, permite acceder a la pensión de viudedad; sin embargo, en el caso de las parejas de hecho, es necesario, en todo

caso, que el vínculo entre el beneficiario y la persona fallecida sea presente, sin que el legislador haya reconocido el derecho a la pensión de viudedad a quienes en el pasado hubieran constituido pareja de hecho con el sujeto causante. Existe, pues, una diferencia en el régimen jurídico establecido para los matrimonios y para las parejas de hecho que, desde un punto de vista jurídico, carece de justificación, máxime cuando puede darse el caso de parejas de hecho que hayan tenido una larga convivencia, incluso con descendencia común, que, una vez disueltas, no generarán el derecho a la pensión de viudedad, a diferencia del supérstite divorciado, separado o incluso con matrimonio declarado nulo, que podrá recibir una parte de la pensión, siempre que se cumplan determinados requisitos. Consideramos conveniente que en la reiteradamente programada y reclamada reforma integral de la pensión de viudedad, se atienda a esta realidad que presenta una diferenciación de trato, siempre que, por supuesto, en un futuro el legislador siga considerando que los supuestos de crisis matrimoniales siguen siendo merecedores de protección por medio de la pensión de viudedad.

- Y, por el otro, otra diferencia en el tratamiento jurídico entre el matrimonio y la pareja de hecho radica en la regulación del subsidio temporal de viudedad, que sólo se puede generar si existe vínculo matrimonial. Esta diferencia es una consecuencia del distinto tratamiento que la ley otorga al vínculo matrimonial y no matrimonial a los efectos de causar derecho a la pensión de viudedad, con independencia de que la enfermedad que causara la muerte hubiese aparecido antes o después de la celebración de la unión familiar. Otra cosa es que consideremos que hubiera sido conveniente que el legislador hubiera regulado una prestación temporal de viudedad para aquellos supervivientes de parejas de hecho que no cumplieren los requisitos legales exigidos para causar derecho a la pensión de viudedad.

Pero es en la configuración del hecho causante de la pensión de viudedad de las parejas de hecho donde encontramos las más importantes diferencias con respecto al matrimonio. En efecto, la exigencia de la acreditación de la existencia de la pareja de hecho, cuya función es similar a la inscripción en el Registro Civil del matrimonio, y, sobre todo, el propio concepto de pareja de hecho, que exige una mínima convivencia, ponen de manifiesto diferencias en el tratamiento jurídico del matrimonio y de la pareja de hecho, siendo más exigente el legislador con las uniones no matrimoniales por la duración de cinco años que ha de tener la pareja de hecho y porque la inscripción de ésta ha de haberse producido dos años antes del fallecimiento del sujeto causante. Desde nuestro punto de vista, no existe ninguna razón legal ni constitucional que impida la equiparación del tratamiento entre el matrimonio y la pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad, si bien es cierto que sí hemos expuesto las razones que explicarían este distinto trato. Y es que, al final, la justificación jurídica del distinto tratamiento hemos de encontrarla en la aparición o no de una situación de necesidad diferente ante el fallecimiento del superviviente de la unión matrimonial y extramatrimonial, que exija, en consecuencia, una protección social diferente y que requiera diversos requisitos en la configuración del hecho causante.

En este sentido, tampoco hallamos una razón jurídica que justifique la diferencia de trato que existe en relación con la regulación de la situación de dependencia económica, pues sólo se le exige su acreditación al superviviente de una pareja de hecho ya que

cuando se trata del cónyuge superviviente se presume la situación de necesidad. La explicación podemos hallarla en la decisión del legislador de dar un giro hacia la asistencialidad de la pensión de viudedad que se reconoce a las parejas de hecho, en cuyo caso no se entiende por qué tal asistencialidad no se manifiesta –o, mejor dicho, no tiene por qué manifestarse– en los supuestos en los que el beneficiario causa la pensión de viudedad acreditando que sus ingresos no alcanzaban el 50 por ciento de los ingresos totales, sumados los suyos y los del causante. En tales supuestos, al igual que ocurre cuando existe vínculo matrimonial, la finalidad de la pensión de viudedad es compensar el desequilibrio económico, pudiendo generarse o no situación de necesidad real; sin embargo, sólo cuando se causa el derecho a la pensión de viudedad en aplicación del criterio que exige acreditar ingresos por debajo de un determinado umbral se protege una verdadera situación de necesidad.

En definitiva, la pensión de viudedad es una de las prestaciones económicas de la Seguridad Social que, según el artículo 86.2 de la LGSS, tiene naturaleza contributiva; sin embargo, tal contributividad, que se manifiesta plenamente cuando el beneficiario y el sujeto causante están unidos en matrimonio, se relativiza en los supuestos de crisis matrimonial y, sobre todo, en el caso en el que el beneficiario sea un superviviente de una pareja de hecho. Y es que, aunque también en este caso se exigen los mismos requisitos al sujeto causante, básicamente estar en alta y período de cotización –aunque con excepciones–, lo cierto es que el beneficiario ha de demostrar una situación de dependencia respecto del causante, que hace que emerja un cierto carácter asistencial, que se agudiza en el supuesto en el que el beneficiario acredita, para causar el derecho a la pensión, que sus ingresos son inferiores al umbral de ingresos fijado por el artículo 174.3 de la LGSS.

Es, por ello, por lo podemos diferenciar, atendiendo a la mayor o menor manifestación de la asistencialidad en la pensión de viudedad, tres supuestos: en primer lugar, la pensión del cónyuge superviviente, de carácter plenamente contributivo, aunque con cierto atisbo de asistencialidad en los casos de crisis matrimonial; en segundo lugar, la pensión del superviviente de una pareja de hecho que cause derecho a la pensión de viudedad tras demostrar, entre otros, el requisito de la dependencia económica por no superar sus ingresos el 50 por ciento del total de los suyos y de los del causante, de carácter contributivo pero con cierta asistencialidad, que se manifiesta –aunque no siempre– sólo en el momento del hecho causante; y, en tercer lugar, la pensión del superviviente de una pareja no matrimonial que acceda a la pensión de viudedad por acreditar que tiene ingresos por debajo del límite legal, que es de carácter contributivo pero claramente impregnada por la asistencialidad, no sólo en el momento del hecho causante, sino durante todo el tiempo de disfrute de la pensión.

Y esta naturaleza contributiva, aunque asistencializada, de la pensión de viudedad no es sino consecuencia de la configuración del régimen jurídico de dicha pensión cuando el beneficiario es un superviviente de una unión de hecho, a los que, como hemos expuesto, se les exigen unos requisitos adicionales, que no han de cumplir los cónyuges viudos; y ello a pesar de que la situación de necesidad que se produce cuando fallece el sujeto causante es la misma, con independencia de que exista o no vínculo matrimonial. Otra cosa es que, por razones económicas o por prevención del fraude, el legislador no haya querido –a pesar de haber podido desde un punto de vista legal y constitucional– equiparar el régimen jurídico de las parejas de hecho a las del matrimonio, sin que, por

supuesto, ninguna de estas razones puedan ignorar la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación.

Y ello lo podría hacer de dos formas diferentes: o bien equiparando el tratamiento de las parejas de hecho a los supuestos en los que existe matrimonio, eliminado, pues, los requisitos adicionales, sobre todo el requisito de la demostración de la situación de dependencia económica respecto del causante, aunque, por razones de prevención del fraude, se considere oportuno seguir manteniendo un concepto de pareja de hecho que requiera una cierta convivencia y un determinado tiempo de formalización de la relación, que podrían reducirse en ambos casos; o bien exigiendo al cónyuge viudo el requisito de la demostración de la situación de dependencia económica, en una clara apuesta hacia la asistencialidad de la pensión de viudedad, que supondría la reformulación integral de la misma, en aras de proceder a la modernización y adecuación de esta pensión a la realidad social actual y a las nuevas formas de familia y convivencia, que permita superar, en palabras del Documento sobre revisión del Pacto de Toledo, de 29 de enero de 2010, el trasnochado concepto de “muerte del sostén de la familia”.

III. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD: MATRIMONIO, FORMAS DE MATRIMONIO Y SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL

1. La pensión de viudedad: Elementos tradicionales de la protección y necesidad de un cambio.-

En el conjunto de la acción protectora dispensada por el Sistema español de Seguridad Social, las prestaciones por muerte y supervivencia constituyen, posiblemente, las fórmulas de protección más sensibles a los cambios sociales. En este sentido, y como ya se ha puesto de manifiesto en los capítulos precedentes, las transformaciones en la organización y funcionamiento del grupo familiar y la aparición de nuevos modelos de familia (la progresiva reducción de los vínculos de parentesco con relevancia social y jurídica; el descenso de la natalidad y el consiguiente aumento del número de familias con un solo hijo e, incluso, sin descendencia; el significativo incremento del número de mujeres que desarrollan una actividad extradoméstica; los cambios producidos en las formas de relación y convivencia entre los miembros del grupo; el constante ascenso en las cifras de separaciones y divorcios con las consecuencias que de ello se derivan sobre la formación de familias monoparentales o reconstituidas; el multiculturalismo como seña de identidad de las sociedades actuales, entre otras circunstancias) exigen un replanteamiento general de las condiciones de la protección que tenga en cuenta, tanto la eventual cobertura de nuevas necesidades, como la debida exclusión de aquellos hechos o relaciones que han dejado de constituir una necesidad social. Desde esta perspectiva se centra este capítulo en la pensión de viudedad y, en singular, en la delimitación de los sujetos que pueden acceder al beneficio social.

Antes, sin embargo, de realizar ese análisis jurídico particularizado de las cuestiones fundamentales que el régimen de la pensión plantea, es necesario recordar, como punto de partida, los cuatro elementos sobre los que se ha sustentado esta fórmula de atención social desde los orígenes del Sistema.

Las normas de Seguridad Social, así como, en su interpretación y aplicación, los tribunales de justicia, han venido reiterando el limitado reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al cónyuge superviviente, esto es, a quien hubiera contraído legítimo matrimonio con el sujeto causante. Esta condición, esencial para la atribución del derecho, ha supuesto, en segundo lugar, la denegación reiterada del beneficio al miembro superviviente de una unión de hecho, esto es, de aquellas formas de convivencia en las que existiera una relación de afectividad análoga a la conyugal. Tal ha sido, durante años, la opción del legislador y de los tribunales de justicia, al margen de la orientación sexual de sus miembros (esto es, tanto en los casos de parejas heterosexuales como en los supuestos de unión extramatrimonial de personas del mismo sexo).

Sin embargo, y a pesar de la norma general que limita la aplicación del beneficio al cónyuge viudo, se ha venido reconociendo la protección del Sistema en los supuestos de separación, nulidad y divorcio, aunque en rigor, en los dos últimos casos, se atribuyera el derecho a quien no ostentaba ya la condición conyugal tan firmemente requerida (a estos efectos, baste recordar que el divorcio extingue el vínculo matrimonial y la nulidad supone la invalidez del matrimonio). Con tales condiciones se ha podido

identificar, como beneficiario de la pensión de viudedad, a quien sea o haya sido, incluso inválidamente, cónyuge del causante.

Desde la reforma operada por la Ley 24/1972, de 21 de junio, además, no se exigen requisitos adicionales para acceder al derecho: la persona que hubiera contraído matrimonio con el causante (y, como se acaba de señalar, aunque dicho matrimonio hubiera sido declarado nulo, se hubiera roto la convivencia o incluso la relación conyugal) ha venido detentando un derecho incondicionado a la pensión de viudedad. En otras palabras, desde la reforma de 1972 se ha atribuido al cónyuge superviviente el citado beneficio al margen de condiciones tales como la acreditación de una determinada edad o de una situación de incapacidad para el trabajo, la existencia de hijos comunes, la constatación de un período mínimo de convivencia entre las partes, la demostración de una relación de dependencia económica con el causante, la ausencia de recursos propios, procedentes del trabajo personal o de cualquier otra fuente, u otras circunstancias similares. En estas condiciones se ha venido sustentando, como fundamento de la protección, el resarcimiento del daño que sufría el cónyuge sobreviviente como consecuencia de la pérdida de los ingresos del trabajador o pensionista, causante del derecho.

Pues bien, estas notas esenciales en el régimen jurídico de la pensión de viudedad se han visto sustancialmente alteradas en la última década, principalmente, por tres cambios principales: de un lado, por la extensión del derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja de hecho, en las condiciones de dependencia o precariedad económica que la Ley prescribe; de otro, por el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo y, con éste, por la equiparación jurídica de las parejas homosexuales y heterosexuales (matrimoniales o no) a efectos de obtener la pensión de supervivencia; y, de otro, por las condiciones a las que actualmente se supedita la atribución del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimonial. Además de estas modificaciones, se han producido en este período ciertos cambios sociales, legislativos y jurisprudenciales, que alteran los términos en los que hasta ahora se ha venido definiendo la figura del beneficiario de la pensión de viudedad y que, por lo tanto, han de ser tratados en esta obra.

En cualquier caso, las condiciones que actualmente se exigen para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, las reformas en los elementos de la protección realizadas en los últimos años, y las que se anuncian, a corto o medio plazo, permiten cuestionarse el modelo de protección por viudedad aplicable a las generaciones futuras. Desde esta perspectiva se realiza en este capítulo, en primer término, un análisis del vínculo que sigue constituyendo el presupuesto fundamental del derecho a la protección, al menos, de la pensión básica del sistema, el matrimonio, así como de los requisitos esenciales para su válida existencia; en segundo lugar, se estudian las formas de celebración reconocidas por el Derecho interno y, frente a éstas, las modalidades matrimoniales que, por no estar expresamente autorizadas por la legislación vigente, tienen dificultades a la hora de acceder a la protección del Sistema; en tercer lugar, se describen los antecedentes inmediatos y el presente de una relación no reconocida por el Derecho interno hasta la reforma de 2005, cual es el matrimonio entre personas del mismo sexo; mientras que, en el último apartado, se analizan en profundidad las condiciones a las que actualmente se supedita el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de ruptura matrimonial.

2. La validez del vínculo como condición esencial para la atribución de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente.-

Como ya se ha señalado al principio de estas páginas, el reconocimiento y abono de la pensión de viudedad ha estado limitado, desde la configuración inicial del Sistema de Seguridad Social, al cónyuge superviviente, esto es, a la persona que haya contraído matrimonio con el causante en alguna de las formas reguladas y admitidas en Derecho. Desde la reforma operada en 2007, también se atribuye la pensión de viudedad a sujetos que mantienen una relación de convivencia análoga a la conyugal que, por decisión personal, han optado por no contraer matrimonio; no obstante, en el ordenamiento vigente, no se extiende la protección a cualquier relación de convivencia, sino que se limita a aquellas parejas que han formalizado su relación, bien inscribiéndola en un Registro de Parejas de Hecho, bien haciéndola constar en un documento público, siempre que además acrediten una relación económica con el causante, bien en términos de dependencia, bien en términos de necesidad real.

Dejando de lado las condiciones en las que se reconoce la prestación en los supuestos de parejas de hecho, cuyo análisis se realiza en el siguiente capítulo, en los casos en los que se accede al derecho desde una relación matrimonial constituida, la existencia de un matrimonio (y, con ella, el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad) se supedita al cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 44 a 48 del Código Civil, así como a las condiciones dispuestas para su válida celebración en los artículos 49 a 65 del mismo texto.

De tales condiciones y requisitos se deduce con claridad el carácter formal del matrimonio, para cuya válida existencia es esencial el cumplimiento de los presupuestos, de carácter constitutivo, que el ordenamiento jurídico dispone. Por ello, y aunque los individuos pueden mantener las relaciones de afectividad y convivencia que deseen, sólo aquellas en las que se cumplen las condiciones exigidas, merecen el reconocimiento del ordenamiento y la atribución de los efectos jurídicos que a favor del matrimonio se prevén. Otra cosa sería negarle al Derecho la función de ordenación de las relaciones humanas que inevitablemente ha de desempeñar.

La esencialidad de este elemento permite estudiar, en primer lugar, las consecuencias que sobre el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad genera la ausencia de alguno o algunos de los requisitos que el CC exige para la válida constitución de un matrimonio. En segundo lugar, y una vez determinadas las formas de celebración admitidas en el Estado español, se ha de concretar los efectos atribuidos por el Sistema de Seguridad Social a otras modalidades, como el matrimonio gitano o las relaciones poligámicas, no reconocidas por el ordenamiento interno. En tercer lugar, y aunque el análisis de los distintos supuestos en los que existe o ha existido alguna causa impositiva del negocio matrimonial es más amplio, se dedica el siguiente epígrafe al estudio de la tradicional desprotección de las parejas homosexuales que, durante años, han tenido vedado el acceso al matrimonio y, en consecuencia, el reconocimiento y la protección del Sistema; se deja para otro capítulo el análisis de aquellas causas que igualmente han impedido el acceso a la pensión relacionadas con otros temas con sustantividad propia (como la relativa a aquellas parejas que no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente con anterioridad a la aprobación de la Ley del Divorcio).

2.1. El matrimonio como contrato privado con eficacia jurídica. Requisitos para la validez del matrimonio y, por extensión, para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad.-

El matrimonio, como todo acuerdo privado del que derivan efectos jurídicos sobre las personas y sus bienes, e incluso, como negocio jurídico del que derivan una pluralidad de efectos, frente a terceros y frente a las distintas administraciones públicas, está sometido a ciertas condiciones determinantes de la validez del propio negocio. En el ámbito de este estudio, la identificación de una unidad matrimonial de la que deriva el acceso a la pensión de viudedad a favor del cónyuge superviviente, depende igualmente, de la existencia de un matrimonio válido, en el que concurren los requisitos exigidos en el Código Civil para su reconocimiento. La relevancia de estos elementos exige empezar este estudio concretando los requisitos que, conforme al ordenamiento interno, son esenciales para la válida constitución de un matrimonio.

En primer lugar, para la celebración de un matrimonio se exige a los contrayentes la acreditación de capacidad suficiente para entender y, en consecuencia, asumir conscientemente las consecuencias que derivan del vínculo conyugal, capacidad que se les presume a los mayores de edad y a los menores emancipados (en cualquier caso, no incapacitados judicialmente para este tipo de contrato). En conexión con la capacidad, la doctrina civilista sitúa otras prohibiciones dispuestas en los artículos 46 y 47 del Código Civil, tales como la de contraer matrimonio por personas que ya estén casadas (en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio es claramente monogámico, estando incluso tipificado como un ilícito penal el delito de bigamia) o las limitaciones a contraer matrimonio entre sí que se aplican a las personas vinculadas por ciertos grados de parentesco (como los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, o los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado) así como a los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Con todo, se admite la dispensa del impedimento de edad a partir de los catorce años, del atinente al parentesco en las relaciones en tercer grado entre colaterales y del impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior (en los dos primeros casos por el Juez de Primera Instancia y en el último por el Ministro de Justicia, ex artículo 48 del CC).

El segundo elemento esencial para la validez del contrato es la prestación del consentimiento matrimonial por parte de los contrayentes, consentimiento que, según el artículo 45 del CC, no puede estar sometido a condición, término o modo. Igualmente conduce a la nulidad del matrimonio la concurrencia de alguno de los vicios del consentimiento que se indican en el artículo 73 del CC, cuales son el error en la identidad del otro contrayente o en las cualidades personales que hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento, la coacción y el miedo grave.

El carácter formal del contrato matrimonial supone, como tercer requisito de validez, su necesaria celebración conforme al procedimiento establecido. A estos efectos, el CC admite tanto al matrimonio civil oficiado ante el Juez, Alcalde o funcionario competente (conforme a las normas dispuestas en los artículos 51 a 58) como al celebrado en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o autorizados por la legislación estatal (art. 59 del CC). Además, se reconoce eficacia jurídica al matrimonio celebrado por españoles fuera del territorio nacional, en

la forma establecida por la Ley del lugar de celebración (art. 49 del CC *in fine*) y al constituido en España por extranjeros cumpliendo las formalidades dispuestas por la ley personal de cualquiera de ellos (art. 50 del CC).

En resumen, los señalados constituyen requisitos esenciales para la validez del matrimonio y, por extensión, para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al cónyuge superviviente. La falta de alguno de ellos permite la declaración de nulidad del vínculo (conforme al artículo 73 del CC procede la declaración de nulidad del matrimonio cuando falta el consentimiento o concurre alguno de los vicios que lo invalidan, cuando se contrae por las personas o entre quienes se ven afectados por alguno de los impedimentos dispuestos en los artículos 46 y 47 CC y no se ha producido dispensa, o cuando, con incumplimiento de los trámites preceptivos, se celebra sin la intervención del juez, alcalde o funcionario competente o sin la concurrencia de testigos) con las consecuencias que de dicha declaración se derivan en las distintas ramas del ordenamiento.

En concreto, en la rama social del Derecho, a pesar de la declaración de nulidad, se atribuye al contrayente de buena fe el derecho a recibir una pensión de viudedad al fallecimiento del otro contrayente. En estos términos, y en un primer acercamiento al tema, parece un contrasentido el reconocimiento de la pensión de viudedad en los casos de nulidad matrimonial cuando, como se ha reiterado, constituye una condición fundamental el haber contraído legítimo –válido– matrimonio con el causante. Con todo, se trata de una cuestión compleja que merece un tratamiento específico, al que se procederá en otro epígrafe de este capítulo, singularmente dedicado al análisis de las condiciones de acceso al derecho en los distintos supuestos de crisis matrimonial.

2.2. La relevancia que ha de atribuirse a la ausencia de un requisito puramente formal (como la inscripción del matrimonio en el Registro Civil) en el acceso a una prestación social.-

Dejando para un epígrafe posterior el análisis que, sobre el derecho a la pensión de viudedad genera la declaración de nulidad matrimonial (principal consecuencia del incumplimiento de alguno de los requisitos de validez del matrimonio) se han de tratar los problemas que, sobre el reconocimiento del derecho, derivan de la ausencia de otros requisitos de forma. En este aspecto, la principal cuestión planteada se ha referido al eventual reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de falta de inscripción en el Registro Civil de una relación matrimonial, por lo demás, válidamente constituida.

La cuestión fundamental que a estos efectos se plantea se refiere, básicamente, al carácter que debe atribuirse al requisito de inscripción registral. En concreto, se trata de dilucidar el sentido que ha de darse al artículo 61 del Código Civil, cuando diferencia los efectos civiles del matrimonio que, según señala, se producen desde su celebración, y “*el pleno reconocimiento de los mismos*” para cuya consecución, también se indica, resulta necesaria su inscripción en el Registro Civil. Se trata, fundamentalmente, de una cuestión de legalidad ordinaria, de orden civil, en cuyo ámbito es esencial determinar el carácter constitutivo o meramente probatorio del requisito de inscripción registral (es decir, si para la existencia de una relación matrimonial válida es o no imprescindible su inscripción en el Registro Civil).

Sobre esta cuestión y aunque, en principio, se pueden defender ambas posibilidades, se encuentra en la doctrina civil opiniones calificadas (LACRUZ, DIEZ-PICAZO) contrarias al carácter constitutivo de la inscripción registral que, desde esta perspectiva, ni se considera determinante del estado conyugal, ni de los efectos civiles del matrimonio. No obstante, alguno de estos autores (DIEZ-PICAZO) distingue los efectos que derivan de la falta de inscripción en el Registro Civil según los sujetos implicados: mientras que, entre los cónyuges, la falta de inscripción no impide que se desenvuelvan todos los efectos personales y patrimoniales que derivan del matrimonio, frente a terceros rige la regla del artículo 61 del CC *in fine*, que prohíbe que la falta de inscripción pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas. En el mismo sentido, la jurisprudencia (véase la STS de 15 de diciembre de 2004 –RJ 2005/2170- y la STC 199/2005, de 15 de noviembre –RTC 2004/199-) niega carácter constitutivo a la inscripción registral, considerándose esta exigencia como un requisito formal y garantista frente a terceros que no impide la producción de los efectos civiles que del matrimonio se derivan sobre los hijos y los cónyuges (e incluso, se dice, de otros efectos). Por lo demás, existe coincidencia en los tribunales y en la doctrina consultada en su consideración como un medio de prueba cualificado, así como en un título idóneo para acreditar, frente a cualquiera, la existencia de un matrimonio.

Pero la cuestión, en el ámbito concreto de este estudio, no es ya sólo el carácter de la inscripción (lo que constituye un asunto de legalidad ordinaria, en el que cabe remitirse al estudio que, sobre la materia, ha realizado la doctrina civilista especializada, así como los tribunales del orden civil) y la eficacia del matrimonio no inscrito entre las partes (o entre otros sujetos privados) sino el reconocimiento que pueda y deba hacer el Estado de las relaciones matrimoniales no inscritas en el Registro Civil, en este aspecto, en orden a la atribución al cónyuge superviviente del derecho a la pensión de viudedad. Sobre este particular se puede encontrar en las resoluciones de los tribunales posiciones enfrentadas.

Por un lado, en la STC 199/2005, antes referida, en la que se cuestiona el problema desde el prisma del principio constitucional de igualdad y no discriminación, considera la mayoría de los miembros del Alto Tribunal que la situación del demandante (miembro superviviente de una relación matrimonial no inscrita) resulta equiparable, no a las uniones de hecho, sino a cualquier otra relación matrimonial válidamente constituida y registrada, siendo así que, la denegación del derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de una unión conyugal no inscrita supone una diferencia de trato injustificada y desproporcionada frente a la normal atribución del derecho a todas las uniones matrimoniales inscritas. Por este motivo, concluye diciendo que, aunque la falta de inscripción en el Registro Civil puede generar otras consecuencias, no es motivo suficiente para diferenciar los derechos prestacionales que correspondan a matrimonios inscritos y no inscritos. Según esta doctrina, si existe constancia de que el matrimonio ha sido válidamente constituido, existe un cónyuge legítimo al que debe reconocérsele el derecho a la pensión de viudedad.

Frente a la opinión de la mayoría de la Sala se presentan sendos votos particulares que, en esencia, vienen a apoyar la función de la institución registral como “*conditio iuris*” a la que la Ley civil supedita la eficacia del matrimonio (en el mismo sentido, la doctrina civilista antes referida –LACRUZ-, aunque niega carácter constitutivo a la inscripción

registral, la considera “*conditio iuris*” para el reconocimiento estatal de los efectos civiles del matrimonio). En el primer voto particular porque se considera que, con esta condición, se unifica en el ordenamiento jurídico la eficacia de las diversas formas de contraer matrimonio, constituyendo la inscripción en el Registro Civil un elemento objetivo y razonable al que condicionarse la satisfacción, por parte del Estado, de sus obligaciones prestacionales. En el segundo, se insiste en el carácter esencial de la inscripción registral entendiendo que, aunque las partes pueden legítimamente incumplir los requisitos impuestos por el legislador y negarse a la inscripción, no pueden después exigir la satisfacción de los derechos que la legislación prevé, precisamente, a favor de quienes cumplen las disposiciones legales.

Sobre este tema se pueden hacer varias observaciones. Sin lugar a dudas, se ha de partir del necesario mantenimiento de un criterio común aplicable a todas las formas de matrimonio: si para los celebrados en el extranjero, así como para los constituidos siguiendo las reglas o ritos de cualquier congregación religiosa, se exige la inscripción de la relación en el Registro Civil, debe condicionarse el derecho a la pensión de viudedad al cumplimiento de este requisito, también, en los matrimonios celebrados conforme al Derecho Canónico en el que las partes se niegan a la inscripción registral por razones de conciencia (lo que constituye el caso tratado en la Sentencia del TC comentada). Si se excepciona esta condición en algunos supuestos, debe aplicarse la misma excepción a todos y de esta forma atribuir el derecho a la pensión de viudedad en cualquier caso en el que se constate la validez de un matrimonio aunque no haya sido convenientemente registrado. En este sentido, se puede confirmar la utilización por parte de los tribunales inferiores de los argumentos presentados por el TC en la sentencia antes referida, para concluir afirmando el debido reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a los españoles que, habiendo celebrado un matrimonio –válido- en el extranjero, no hubieran inscrito la relación conyugal en el Registro Civil español (vid. STSJ de Cataluña de 2 de abril de 2009 –AS 2009/2069- y de 4 de octubre de 2011 –JUR 2011/405052- y STSJ de Asturias de 10 de febrero de 2012 –JUR 2012/70488-).

También cabe, como segunda opción, proteger las relaciones reales y efectivas, obviando cualquier requisito puramente formal o “*ad probationem*”. Desde esta perspectiva, se podría entender que la inscripción en el Registro Civil no constituye condición alguna de eficacia de un matrimonio válidamente constituido, sino solamente un medio –cualificado- de prueba de la celebración de un matrimonio; en ese caso, se tendría que reconocer el derecho a la pensión de viudedad a todo aquel que acreditara, por cualquier medio, la existencia de un matrimonio válido. Esta interpretación, sin embargo, olvidaría la función que corresponde al Registro Civil en orden a la constatación de las circunstancias personales y, en concreto, del estado civil de los individuos (según el artículo 2 de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil éste “*constituye la prueba de los hechos inscritos*”, no siendo admisible en los casos de falta de inscripción otras pruebas sin que “*previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida*”). Por ello, parece conveniente el mantenimiento de la inscripción registral como forma específica de demostrar la existencia del vínculo, en cuanto constituye un medio cualificado para el conocimiento y reconocimiento inmediato por parte del Estado de las relaciones conyugales constituidas. El cumplimiento de esta condición es esencial, por otra parte, cuando confluye un elemento de incertidumbre como puede ser el que haya sido celebrado en el extranjero u

oficiado conforme a cualquier rito o práctica propia de una confesión religiosa (especialmente, cuando es poco común en nuestro país) y, por ello, el matrimonio contraído es ajeno, esto es, desconocido, por la administración estatal.

Además, la excusa en el caso controvertido del requisito de inscripción registral permite argumentar una diferencia de trato, presuntamente injustificada, entre las condiciones a las que se supedita el reconocimiento del derecho en los casos de uniones matrimoniales y extramatrimoniales. No se puede excepcionar el requisito de inscripción en el Registro Civil en los supuestos de relaciones matrimoniales constituidas y exigirlo de forma inflexible, sin excepciones, cuando se trata de una pareja de hecho (en la que, como se verá en otro capítulo de esta obra, la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho o la formalización en un documento público en el que conste la constitución de la pareja, constituye un requisito esencial para la atribución del derecho). Ello aunque se entienda, como es el caso, que la unión protegida no es la unión libre de dos personas que quieren mantener una relación de convivencia análoga a la conyugal sin contraer matrimonio, sino la unión formalizada en alguna de las dos formas que la LGSS prescribe. Si no fuera así, se podría admitir cualquier otro medio de prueba suficiente para acreditar la certeza de la relación fáctica.

En cualquier caso, si se optara por un modelo de protección puramente asistencial en el que se primara la atención de las situaciones reales de dependencia entre dos sujetos o la situación efectiva de necesidad económica en la que se encontraran los individuos, todos estos requisitos (y principalmente, los que tienen un exclusivo carácter formal) habrían de pasar a un segundo plano, para hacer pivotar la protección sobre aquellas condiciones que demostraran las circunstancias reales del beneficiario. En ese modelo, aunque la plena eficacia del matrimonio continuara supeditada al cumplimiento del requisito de inscripción registral, en el orden social sería ésta una condición superflua que tendría que carecer de cualquier significado.

3. La pensión de viudedad y otras formas de matrimonio.-

Conforme al ordenamiento actual, la existencia de un matrimonio (como institución diferenciada, con una regulación propia que la hace acreedora de un estatuto jurídico determinado -de una serie de derechos y obligaciones concretas-) requiere la concurrencia de una pluralidad de requisitos de carácter esencial o constitutivo, entre los que se encuentra su celebración en la forma civil o religiosa admitida en Derecho. En este aspecto, se plantea la eventual eficacia de aquellas relaciones constituidas siguiendo un procedimiento no reconocido por el ordenamiento jurídico, y de otro, de quienes, incluso habiéndolo celebrado en forma, constituyen una relación extraña (cuanto no, contraria) a la regulación española. Antes, sin embargo, se ha de hacer una sucinta referencia a las formas de celebración del matrimonio admitidas en el Derecho español, así como las posibilidades reconocidas de utilizar otros ritos o procedimientos cuando existe algún elemento de extranjería.

3.1. Consideración previa: formas de celebración del matrimonio reconocidas en el Derecho español.-

Como ya se ha señalado en un epígrafe anterior, el Código Civil admite, de un lado, el derecho de los españoles a contraer matrimonio dentro de España ante el Juez, Alcalde

o funcionario competente, siguiendo las normas establecidas en los artículos 51 a 58 del mismo Texto; y, de otro, la prestación del consentimiento matrimonial en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados por el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste (art. 59 CC), reconociéndose expresamente los efectos civiles del matrimonio así celebrado (art. 60 CC).

En este último aspecto, hay que tener en cuenta que en el ordenamiento actual existen varios acuerdos por los que se les da validez al matrimonio celebrado en España conforme a las normas y ritos de otras tantas confesiones religiosas: el 3 de enero de 1979 se firmó un Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español por el que se reconocía efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas de Derecho Canónico, y con las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, las tres de 10 de noviembre, se aprobaron, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Entidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España. De esta forma, el matrimonio constituido con arreglo a las normas de estas confesiones religiosas está expresamente reconocido en el ordenamiento interno, produciendo efectos civiles desde su celebración; para el pleno reconocimiento de los mismos es condición necesaria su inscripción en el Registro Civil (arts. 60 y 61 del CC).

Pero aparte de éstas, también se reconoce el derecho de los españoles a contraer matrimonio fuera de España en la forma establecida por la Ley del lugar de celebración (art. 49 del CC) y el derecho de los extranjeros a contraer matrimonio en España con arreglo a las normas aplicables a los españoles o cumpliendo las condiciones establecidas por la Ley personal de cualquiera de ellos (art. 50 del CC). De acuerdo con estas disposiciones, se debe atribuir efectos jurídicos a otras formas de matrimonio, civil o religioso, siempre que se dé algún elemento de extranjería (esto es, cuando un español se case en el extranjero, o cuando personas de otras nacionalidades se casen en España) siempre y cuando se cumplan los trámites y requisitos que al efecto se dispongan en la legislación civil aplicable (según los casos, la correspondiente al lugar donde se haya celebrado el matrimonio, o la aplicable según la nacionalidad de uno de los contrayentes). Por este motivo, es perfectamente posible que en España vivan personas casadas, por ejemplo, por el rito hindú u ortodoxo, y que dicho matrimonio sea válido y eficaz a todos los efectos.

Los problemas se plantean cuando no se cumplen cualquiera de las condiciones señaladas en este epígrafe (por ejemplo, cuando un español se casa en España conforme a los ritos propios de confesiones religiosas con las que el Estado no tiene acuerdo o cuando se utiliza una forma que no resulta válida según la *Lex Loci* o la *Lex Personae* de los contrayentes). En cualquiera de estos casos, se trata de una relación carente de uno de los requisitos esenciales de validez del matrimonio; por ello, existirá otro tipo de vínculo (en lo personal, en los términos que las partes decidan) pero no una relación matrimonial acreedora del conjunto de derechos y obligaciones que el ordenamiento interno atribuye al matrimonio.

3.2. El controvertido derecho a la pensión de viudedad del miembro superviviente de un matrimonio celebrado por el rito gitano.-

De las anteriores consideraciones se deduce fácilmente la invalidez e ineficacia de los matrimonios celebrados siguiendo otros ritos o procedimientos no regulados ni reconocidos por la legislación civil. Por ello, en principio, la lógica consecuencia de este principio de forma es la negativa de las instancias públicas al reconocimiento de efectos jurídicos al matrimonio celebrado conforme a otras reglas de procedimiento, entre las que destaca, en territorio español, el matrimonio celebrado por el rito gitano. Sin embargo, frente a la denegación del derecho, se han planteado diversos recursos ante los tribunales de justicia de los que se deducen varias dudas que permiten algunas reflexiones adicionales.

En este tema, el argumento principalmente utilizado ante los tribunales de justicia ha sido si la falta de reconocimiento de efectos jurídicos al matrimonio celebrado por el rito gitano constituye una forma de discriminación prohibida por el artículo 14 de la CE. En este sentido, existe una notable disparidad de criterios judiciales, porque mientras que el Tribunal Constitucional, en la STC 69/2007, de 16 de abril, ha negado la existencia de un motivo discriminatorio, en la Sentencia de 8 de diciembre de 2009 (Caso Muñoz Díaz contra España) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la denegación del derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de un matrimonio celebrado por el rito gitano constituye un supuesto de discriminación prohibida y por ello ha concluido dando la razón a la demandante y condenando al Estado español a reconocerle el derecho. Los razonamientos utilizados por ambos tribunales para sustentar sus respectivas decisiones pueden resumirse en los términos siguientes.

Como primer argumento, el TC ha partido de su doctrina sobre el derecho a la igualdad y no discriminación recordando, desde esta última perspectiva, la prohibición de cualquier acto o decisión que implique, tanto una forma de discriminación directa (*“derivada del tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras”*) como una medida de discriminación indirecta (cuando *“del tratamiento formal o aparentemente neutro”* se derivan, por las circunstancias concurrentes, un *“efecto adverso que carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo”* –por todas, STC 13/2001, de 29 de enero, RTC 2001/13-). Desde esta perspectiva, utiliza también la doctrina contenida en las resoluciones dictadas en los recursos solicitando el reconocimiento del derecho a las parejas de hecho, para decir que, a este respecto, dispone el legislador *“de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales”* y, por ello, *“no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia”* (en este sentido, véase la STC 184/1990, de 15 de noviembre –RTC 1990/184- y todas las que la siguen). De acuerdo con esta jurisprudencia, y atendiendo al hecho de que la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas de contraer matrimonio, *“no cabe afirmar*

que suponga un trato discriminatorio basado en motivos raciales o étnicos” la denegación de la pensión a la recurrente.

En la misma línea, el TC confirma que *“la exigencia legal de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad”* y, por lo tanto, el hecho de que *“sólo cabe apreciar dicho presupuesto en relación con las formas reconocidas de acceder al matrimonio y no respecto de otras formas de convivencia (...) en ningún caso supone tomar como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas sino (...) una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales”*. En otras palabras, habiendo tenido las partes la posibilidad de contraer matrimonio en alguna de las formas, civil o religiosa, admitidas en Derecho y, por supuesto, no excluidas para los sujetos pertenecientes a una determinada raza o etnia (como no lo está para cualquier persona independientemente de su creencia, fe, convicción moral, etc.) el que no lo haya hecho así, deriva de una decisión personal de las partes que, en este sentido, no ha de condicionar el diseño que, en general, hace el legislador de una prestación social vinculada a la existencia de un matrimonio válidamente celebrado.

En fin, también se ha pretendido en el recurso planteado la aplicación de la doctrina de la *“discriminación por indeferenciación”* entendiendo que la existencia de una tradición propia permite a los miembros de la comunidad gitana acceder a la prestación social en unas condiciones distintas al resto de los ciudadanos (esto es, consideran que la aplicación de esta doctrina les autoriza a obtener la pensión aún incumpliendo las normas civiles que exigen el cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos –los ya comentados- para la válida celebración de un matrimonio). Al respecto el TC señala que *“resulta ajeno al núcleo de protección del art. 14 de la CE la discriminación por indeferenciación, al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual”* (sobre esta doctrina nos remitimos a lo señalado por el TC en otras resoluciones, como la STC 117/2006, de 24 de abril –RTC 2006/117-).

En definitiva, concluye la mayoría del Tribunal señalando que, si bien es posible que el legislador dicte una regulación legal en la que se establezcan las condiciones materiales y formales exigibles para que las uniones celebradas conforme al rito gitano cuenten con plenos efectos civiles, el hecho de que actualmente no se le reconozca eficacia civil (ni, en este caso, en orden a la atribución de derechos prestacionales) no supone un trato discriminatorio, ni por motivos sociales ni por razones étnicas o raciales.

Frente a la opinión de la mayoría, se emite un voto particular basado en el principio de protección de las minorías, al que España debe dar cumplimiento como parte del Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995. En opinión del magistrado disidente, la satisfacción de este principio exige la aplicación de medidas de discriminación positiva a favor de la etnia gitana, así como el respeto a sus tradiciones y señas de identidad cultural. Desde este punto de vista, se considera desproporcionada la denegación del derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de una relación constituida en la buena fe de las partes, conforme a las normas ancestrales de su raza, cuando el Estado ha admitido la existencia de una familia (porque le ha otorgado el libro de familia y le ha atribuido la

condición de familia numerosa) ha reconocido la naturaleza del vínculo existente entre las partes (al atribuirle el derecho a la asistencia sanitaria a la recurrente y a sus hijos en concepto de familiares a cargo del causante) y ha percibido las cotizaciones satisfechas por éste durante un amplio período de tiempo.

Por su parte, el TEDH resuelve el mismo supuesto en sentido contrario a la opinión de la mayoría del Alto Tribunal y por ello concluye condenando al Estado Español al reconocimiento de la pensión de viudedad a la parte recurrente. A pesar de ello, el TEDH no reconoce plenos efectos al matrimonio celebrado conforme al rito gitano, siendo así que resuelve en sentido diametralmente opuesto las dos cuestiones planteadas, la primera, sobre el derecho de la recurrente a la prestación social, y la segunda, sobre la eficacia civil de esta forma de matrimonio.

En el primer aspecto, se plantea el eventual derecho de la parte recurrente a la pensión de viudedad considerando la posible infracción del artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (según el cual “*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”) en combinación con el artículo 1 del Protocolo nº 1 del Convenio (donde se dice que “*Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes*”). En este último aspecto, y aunque el Tribunal afirma que este precepto no restringe a los Estados su libertad para instaurar o no instaurar un régimen de protección social ni les condiciona a la hora de elegir el tipo o nivel de protección, sí supone que, “*desde el momento en que un Estado contratante adopta una normativa previendo el pago de una prestación social (...) se deberá considerar que esta normativa genera un interés patrimonial dependiente del ámbito de aplicación del Protocolo nº 1 para las personas que cumplan sus condiciones*”. Por ello se admite la alegación planteada por la recurrente por la privación de su eventual derecho a la pensión de viudedad, en su opinión, por un motivo discriminatorio (contrario al artículo 14 del Convenio).

Desde esta perspectiva el TEDH considera, de una parte, que el Convenio-marco para la Protección de las Minorías –citado- exige admitir que, aunque la pertenencia a una determinada minoría no es excusa para excluir las leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicar esas leyes. En concreto, en este supuesto, el respeto a las minorías exige la consideración de la legítima expectativa de la recurrente a ser considerada esposa del causante, sobre todo, teniendo en cuenta la buena fe de la parte y su confianza en la validez del vínculo, impresión en este caso además reforzada por la conducta de las autoridades españolas (con el reconocimiento de la familia generada por la pareja y sus hijos).

Asimismo, considera el Tribunal que la denegación del derecho a la pensión de viudedad en este caso supone una diferencia de trato injustificada y desproporcionada respecto a otras situaciones en las que legal o jurisprudencialmente se ha extendido el derecho a quienes incumplen alguno o algunos de los requisitos a los que la Ley supedita la validez del vínculo, como sucede cuando el legislador atribuye el derecho al cónyuge de buena fe en los supuestos de matrimonios declarados nulos o, en el caso antes analizado y resuelto por la STC 199/2004, de un matrimonio celebrado con

arreglo a las normas del Derecho Canónico en el que las partes no procedieron a su inscripción en el Registro Civil por razones ideológicas.

Como ya se ha adelantado, en el mismo recurso pretenden las partes un pronunciamiento del TEDH a favor de la plena eficacia civil del matrimonio gitano. Para sustentar esta pretensión se alega, como segunda causa de discriminación, la eventual infracción del artículo 14 del Convenio, ya reproducido, en relación con el artículo 12 del mismo texto (en el que se señala que: “*A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las Leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho*”). En este aspecto, y a diferencia de lo que sucede en el anterior, deniega el TEDH la pretensión de las partes de que se reconozca plenos efectos civiles al matrimonio contraído por el rito gitano al entender que la forma civil vigente en España constituye una vía de celebración del matrimonio abierta a todos que, por ello, no supone ninguna forma de discriminación o perjuicio para un colectivo concreto.

Todos estos razonamientos ponen en evidencia la complejidad del problema. Se trata, como se ha podido comprobar, de una cuestión discutible en la que se pueden encontrar argumentos a favor y en contra de cada una de las partes, y en la que es imposible dejar de hacer una valoración personal del tema. En este sentido, se puede concluir este apartado con unas reflexiones adicionales que, a su vez, plantean nuevos argumentos para la duda.

Desde esta perspectiva, es fundamental cuestionarse la eficacia que hayan de atribuir los poderes del Estado a las costumbres y tradiciones de una etnia que lleva viviendo unos 500 años en este país y que en la actualidad cuenta con más de medio millón de miembros. La etnia gitana constituye un colectivo numeroso de personas cuyas actuaciones y relaciones se rigen en buena medida por costumbres y tradiciones propias que, fácilmente, pueden calificarse como normas de carácter consuetudinario aplicables al grupo social que las reconoce como tales. No obstante, una cosa es que los miembros de la comunidad gitana las consideren como normas exigibles, de obligado cumplimiento, y otra distinta la eficacia que el Estado pueda o deba concederles. En este aspecto se podría defender que, igual que el Estado ha reconocido eficacia jurídica a los matrimonios contraídos conforme a los ritos de varias confesiones religiosas, sería posible atender a las costumbres de la etnia gitana y reconocer efectos civiles al matrimonio celebrado conforme a su propia tradición

Pero en el régimen actual, en el que no existe un acuerdo ni una decisión de los poderes competentes en este sentido, el reconocimiento y la atribución de efectos, civiles y sociales, al matrimonio celebrado por el rito gitano es más problemático. En parte porque, como ya se ha señalado, el matrimonio en el ordenamiento jurídico español es un contrato formal, en el que el cumplimiento de las normas de celebración constituye condición esencial de validez del negocio. Por ello, puede entenderse que, en el sistema actual, no cabe atribuir el derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de un matrimonio celebrado, únicamente, por el rito gitano.

Es más, en un modelo de protección dirigido a la atención del cónyuge superviviente, y en un sistema matrimonial en la que el cumplimiento de las condiciones de forma son determinantes de la validez del vínculo, podría incluso defenderse la forma civil de

celebración del matrimonio (que constituye un procedimiento neutro, sin implicaciones ideológicas, abierto y común para todos los individuos independientemente de su raza, credo, ideología, etc.) como única forma válida de constitución del vínculo, al margen de la ulterior celebración de la relación así constituida conforme a los ritos o creencias de cada grupo, social o religioso.

Con todo, esta interpretación también puede cuestionarse si de nuevo se plantea cuál es el criterio que debe prevalecer para la adjudicación del derecho a la pensión de viudedad, si la existencia de un vínculo jurídico legalmente constituido o la acreditación de un estado real de dependencia o necesidad económica. En este sentido, un cambio en el modelo de protección que haga hincapié sobre las relaciones existentes al margen del cumplimiento de los trámites formales, alteraría las condiciones de acceso a la pensión para que, en un sistema de derechos derivados, ésta se reconociera a quienes demostraran una relación de dependencia económica respecto al causante o, en un modelo de protección individual, la cobertura se dispensara a quienes acreditaran una situación de necesidad real.

3.3. Incidencia del matrimonio poligámico sobre el reconocimiento y, en su caso, distribución de la pensión de viudedad.-

La pluralidad de sistemas matrimoniales y la posibilidad de que, en otros órdenes jurídicos, se admitan otras formas de celebración y otros modelos de relaciones conyugales, plantean diferentes problemas de legalidad cuando se pretende el pleno reconocimiento en España de un matrimonio constituido en términos diferentes o, incluso, contrarios al ordenamiento interno. En este sentido, se analizan en este apartado los problemas que derivan del matrimonio plural, constituido por un varón y varias mujeres, o al contrario, por una mujer y varios hombres, válido en otras culturas y en algunas confesiones religiosas, y común en otros países.

Sobre este particular, el Derecho español es meridianamente claro al prohibir expresamente, conforme al artículo 46.2 del CC, la celebración de un nuevo matrimonio a aquellas personas que ya estén ligadas a otras por un vínculo conyugal. Esta prohibición taxativa evidencia el carácter monogámico del matrimonio; en nuestro ordenamiento jurídico es condición inexcusable la disolución del primer matrimonio (por la muerte o declaración de fallecimiento del cónyuge anterior o por el divorcio, ex artículo 85 del CC) para volver a contraer un nuevo vínculo. De forma complementaria a estas disposiciones, en el artículo 217 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, reguladora del Código Penal vigente, se tipifica como delito y se sanciona con pena de prisión *“la conducta del que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior”*.

La cuestión en estos casos se plantea respecto a aquellos ciudadanos, españoles o extranjeros, residentes en España que, conforme a sus creencias o al régimen matrimonial vigente en el país en el que hayan celebrado la unión o cuya nacionalidad detenten, pueden contraer matrimonio simultáneamente con varias personas (así sucede, por ejemplo, en la religión musulmana). En estos supuestos se producen tres problemas fundamentales: uno, de carácter civil, sobre la eficacia de estos vínculos, tanto en las relaciones entre las partes, como en sus relaciones con terceros; un segundo problema, de índole penal, sobre la excepcional inaplicación del delito de bigamia; y el tercero,

que es el que en este capítulo interesa, acerca de la eficacia de las relaciones poligámicas o poliándricas en el ordenamiento social y, concretamente, sobre el eventual derecho a la pensión de viudedad que pueda atribuirse a los diversos cónyuges (coetáneos) del causante.

En este aspecto hay que tener en cuenta, de un lado, la existencia de un Acuerdo entre el Estado español y la congregación islámica por el que se reconoce efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley islámica (art. 7 de la Ley 26/1992) en la que se permite el matrimonio simultáneo de un varón con varias mujeres. También hay que tener en cuenta, de otro, el derecho que se les atribuye a los españoles a contraer matrimonio en el extranjero conforme a las normas del lugar de celebración (art. 49 del CC) o la posibilidad reconocida a los extranjeros de casarse en España con arreglo a las normas del país al que pertenece cualquiera de los contrayentes (art. 50 del CC), o incluso y aunque no esté expresamente prevista en ninguna de estas normas, la posibilidad de que residan en España personas de nacionalidad extranjera que han contraído matrimonio en el extranjero conforme a su propia Ley personal o a la aplicable en el lugar de celebración del mismo. Con tales autorizaciones, es perfectamente posible la residencia en nuestro país de españoles o extranjeros que, por haber contraído matrimonio conforme a un ordenamiento que admite las relaciones poligámicas o poliándricas, mantienen una relación de esta índole dentro de nuestras fronteras. La existencia de tales vínculos, sin embargo, no prejuzga la validez en territorio español de los matrimonios así constituidos, ni la eventual atribución de los efectos jurídicos que el ordenamiento nacional vincula al matrimonio.

En este aspecto, de nuevo es fácil encontrarse con argumentos a favor y en contra del reconocimiento de efectos, civiles y prestacionales, a estas formas anómalas (en nuestro país) de matrimonio. En el primer orden, existen reiteradas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado denegando la inscripción en el Registro Civil de los matrimonios poligámicos, considerando que *“aunque el contrayente (...) de acuerdo con su peculiar estatuto personal sea libre para contraer otro matrimonio, subsistiendo el primero, esta norma extranjera, en principio aplicable según nuestras normas de conflicto, ha de ser excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12.3 del CC)”*. En concreto, se entiende que dicha práctica infringe el orden público porque *“atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio”* (Resoluciones de 11/5/1994, de 8/3/1995, de 3/12/1996, de 14/5/2001 y de 30/9/2008).

Estos argumentos han sido utilizados por algunos tribunales del orden social para negar la validez del matrimonio contraído por quienes no han disuelto un vínculo anterior. En este sentido se pueden encontrar en distintas resoluciones judiciales, como la STSJ de Cataluña 5255/2003, de 30 de julio (AS 2003/3049) o la STSJ de la Comunidad Valenciana 1821/2005, de 6 de junio (AS 2005/2454), varios argumentos útiles para negar eficacia jurídica a este tipo de relaciones. Así, fundamentalmente, por la pluralidad de preceptos del ordenamiento interno que corroboran al carácter monogámico del matrimonio en España, como la prohibición de contraer matrimonio aplicable a quienes ya estén casados (prevista en el art. 46. del CC) o la sanción de nulidad del matrimonio de quienes infrinjan la prohibición (art. 73.2 del CC) o su tipificación como delito (art. 217 del CP). Estas disposiciones, más la configuración en la Constitución Española y en los Convenios de Derechos Humanos del *“ius connubis”*

como un derecho de la persona, les hace rechazar la aplicación de la ley personal de cualquiera de los contrayentes en estos supuestos en los que, en opinión de la mayoría de los miembros de ambos tribunales, se infringe el orden público (en virtud de lo dispuesto en el art. 12.3 del CC en el que se rechaza “*la aplicación de la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*”, y de lo previsto en el art. 8.1. del mismo texto cuando señala que “*las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español*”). En este último sentido baste decir que, en la primera sentencia citada, se considera infringido el orden público cuando en una cuestión general que afecte al común de los ciudadanos, no pueda imponerse una regulación distinta, ni siquiera para los extranjeros, sin que ello genere una grave perturbación en la comunidad nacional.

Sin embargo, no parecen constituir éstos argumentos suficientes para una respuesta claramente negativa. Por ello precisamente, se pueden encontrar otras resoluciones en las que se reconoce eficacia jurídica a esta forma de matrimonio y se atribuye el derecho a la pensión de viudedad, en los supuestos enjuiciados, a las distintas esposas viudas del causante (en este país, la mayoría de los problemas se dan en las relaciones poligámicas entre un varón y varias mujeres constituidas entre los fieles de la religión islámica). Así sucede, en la STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002 (AS 2002/899) en la que se acepta la validez de los dos matrimonios celebrados por el causante con sendas esposas, todos ellos extranjeros, en un país de mayoría musulmana, sin que en esta resolución se considere aplicable la excepción de orden público porque, en opinión del Tribunal, aunque esta excepción impide la aplicación de la ley extranjera que está en contradicción manifiesta con los principios jurídicos fundamentales del Derecho interno, este principio (conforme a jurisprudencia antigua del Tribunal Supremo –STS de 22 de noviembre de 1977, RJ 1977/4284-) permite matizaciones o flexibilizaciones.

Pese a lo dicho, no ofrece el Tribunal argumentos que aclaren porqué en este caso procede flexibilizar la aplicación del principio de orden público cuando, ciertamente, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio es monógamo y cuando las relaciones interpersonales generadas en este tipo de matrimonios pueden ser manifiestamente contrarias al principio de igualdad de género y a los derechos fundamentales de las mujeres. Con todo, y aunque por estos motivos pueden surgir dudas razonables de la validez en nuestro país de este tipo de relaciones, también es verdad que la libertad religiosa que se reconoce en el Texto Constitucional como un derecho fundamental y, en base a la misma, el debido respeto a las tradiciones y creencias de los diferentes pueblos y culturas que viven hoy por hoy en nuestro país, son argumentos también suficientes para reconocer y atribuir efectos jurídicos, dentro del territorio, a una relación válidamente constituida conforme a la ley personal o la ley del lugar de celebración del matrimonio, que las partes, conforme a su propia conciencia y por lo tanto de buena fe, consideran legítima.

Siendo esto así, puede entenderse que, al menos en materia de protección social, procede reconocer eficacia jurídica a este tipo de matrimonio, válido y legítimo para los contrayentes, especialmente, porque se trata de no dejar sin cobertura a la segunda o ulterior esposa del causante. La respuesta afirmativa ha de ser terminante si éstas dependían económicamente del causante y carecen de medios propios de subsistencia.

A su vez, en estas resoluciones, en las que se reconoce el derecho a las distintas esposas –coetáneas- del causante (pretensión a la que, por otro lado, no se ha negado el INSS en ninguna de las resoluciones consultadas) se plantea una segunda cuestión sobrevenida, en este caso, atinente al contenido del derecho. En efecto, una vez atribuida la condición de beneficiario/a de la pensión a más de un sujeto, la cuestión se centra en determinar si les corresponde a cada uno/a de ellos/as la cuantía íntegra de la pensión o, por el contrario, procede aplicar algún criterio de reparto del importe de una única pensión de viudedad causada por la muerte del causante. En este aspecto, en las resoluciones citadas, aunque las demandantes pretenden el reconocimiento “*in integrum*” de la pensión de viudedad calculada, el INSS reconoce una sola prestación a repartir entre las distintas beneficiarias (sobre este particular, el TSJ de Galicia aplica esa misma excepción “de orden público” para entender que, conforme a nuestra legislación interna, un causante genera el derecho a una única pensión de viudedad, sin que exista norma alguna que permita la generación, en estos casos, de una pensión íntegra para cada beneficiario). En este sentido, cabe aplicar la doctrina contenida en resoluciones reiteradas del TC en las que señala la libertad del legislador para decidir el destino que ha de darse a recursos limitados; también ha de entenderse, especialmente en las actuales circunstancias, la insuficiencia de recursos suficientes para satisfacer tantas pensiones como cónyuges sobrevivientes queden tras la muerte del causante.

La cuestión en este último sentido se plantea en razón de cuál puede ser el criterio adecuado para proceder al reparto de la pensión causada entre las distintas beneficiarias. Sobre este particular, cabrían dos opciones, una, entender aplicable el criterio que en el artículo 174.2 de la LGSS se dispone para los casos de divorcio y de esta forma distribuir la pensión en función del tiempo de convivencia matrimonial acreditado por cada cónyuge con el causante (aunque sin que en estos casos se garantizara un 40% a favor del cónyuge actual porque tal condición puede corresponder a todas las beneficiarias); y otra, proceder al reparto de la pensión siempre por partes iguales. En este extremo, y ante la falta de doctrina jurisprudencial (ni siquiera hay criterios claros en las escasas resoluciones de los TSJ encontradas sobre el tema) no es fácil decantarse por un u otro criterio. El criterio que basa la distribución de la pensión en función del tiempo de convivencia, por un lado, utiliza una perspectiva más acusadamente contributiva en la que se beneficia a la esposa que durante más tiempo ha contribuido al Sistema (aunque no directamente, sí porque en su unidad familiar se ha dejado de ingresar durante un período superior de tiempo las cotizaciones satisfechas por el causante). El criterio de reparto de la pensión por partes iguales, puede partir de la consideración de que todas las esposas actuales sufren un mismo daño (la misma pérdida de ingresos) cuando se produce la muerte del causante.

Frente a tales criterios de distribución, un cambio de modelo que centrara la protección en las circunstancias reales de los beneficiarios exigiría la aplicación de un criterio que ponderara los ingresos y la situación personal de cada uno de ellos para repartir proporcionalmente el importe de la pensión. En ese modelo, y aunque se procediera al reparto entre todas las beneficiarias del importe de una única pensión, sería necesario aplicar el complemento por mínimo a cada beneficiaria para que el importe de la pensión que a cada una de ellas hubiera correspondido fuera suficiente para garantizar su propia subsistencia.

4. La extensión del derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo: atribución de los derechos sociales a las parejas homosexuales.-

La existencia de una relación matrimonial válida (determinante, como se ha reiterado, del acceso a la pensión de viudedad) ha impedido durante años la extensión de la cobertura a las personas del mismo sexo que mantuvieran una relación de convivencia y afectividad análoga a la conyugal, sencillamente porque, conforme al ordenamiento entonces vigente, no podían constituir una relación matrimonial efectiva, en la forma establecida y con los efectos jurídicos reconocidos en el Derecho civil español.

En estas condiciones, se intentó el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a las parejas homosexuales desde la pretensión, común a las parejas de distinto sexo, de equiparación de las uniones de hecho al matrimonio. Esta pretensión, como la más general de la que formaba parte, obtuvo durante años la respuesta denegatoria referida en un epígrafe anterior (y que se explicita, con mayor extensión, en otro capítulo de esta obra).

Con el mismo fin (de reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja homosexual) se presentó, en una segunda fase, un nuevo argumento, ya específicamente esgrimido para solicitar la extensión del derecho a este tipo de relaciones: la posible aplicación de la regla segunda de la DA 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, sintéticamente conocida como Ley del divorcio, que permitía el reconocimiento de la pensión de viudedad a *“quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal,…”*. Tampoco este argumento fue admitido por los tribunales que reiteraron la aplicación, excepcional y transitoria, de la mencionada norma a quienes no hubieran podido contraer matrimonio antes de la entrada en vigor de la Ley del 81, precisamente, por mantener una relación matrimonial previa con otra persona que no hubiera podido resolverse por no admitirse en Derecho, hasta esa fecha, el divorcio. Los tribunales negaron la aplicación analógica de esta regla a distintos supuestos en los que los particulares no habían podido contraer matrimonio por otros impedimentos legales como sucedía, en el caso que nos ocupa, respecto a los individuos de un mismo sexo.

La situación cambió radicalmente con la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el Código Civil para permitir, a partir de la fecha de entrada en vigor de la norma, el 3 de julio de 2005, la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo. A partir de esa fecha, la Ley común ordena que el matrimonio contraído por personas del mismo sexo tenga los mismos requisitos y efectos que el matrimonio heterosexual (ex art. 44. párrafo 2º, del Código Civil introducido por la Ley 13/2005-). Para la aplicación general de esta previsión al conjunto del ordenamiento español, concluye el legislador ordenando que, a partir de entonces, *“las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”* (DA 1ª de la Ley de 2005).

En consecuencia, a partir del 3 de julio de 2005, las parejas homosexuales pueden contraer matrimonio civil con plenos efectos, de forma que, si con posterioridad a su celebración, se produce el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el superviviente tendrá derecho a la pensión de viudedad del Sistema de Seguridad Social (lógicamente, si el causante es trabajador o pensionista y se cumplen los requisitos para

causar el derecho). Se produce en este aspecto una equiparación plena del matrimonio homosexual al heterosexual, en tanto coinciden en ambos supuestos los requisitos de acceso al derecho y el contenido de la protección, sin salvedad alguna.

Desde entonces, los problemas judiciales se han planteado en aquellas relaciones que hubieran existido y hubieran concluido por el fallecimiento de una de las partes antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley 13/2005, pretendiéndose la atribución de efectos retroactivos a la nueva disposición para que, conforme a la misma, se atribuyera el derecho a la pensión de viudedad a las parejas homosexuales que no hubieran podido formalizar su relación antes de esa fecha.

Sin embargo, frente a la pretensión de las partes, el Tribunal Supremo ha señalado (en la STS de 29 de abril de 2009 –RJ 2009/4165-, dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina) que ni la Ley 13/2005 contiene ninguna norma transitoria que permita sostener la aplicación de la nueva disposición a aquellos casos en los que el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja homosexual se hubiera producido antes de su entrada en vigor, ni se puede deducir tal efecto de lo dispuesto en la DA 1ª de la misma Ley, con la que únicamente se pretende extender los efectos del matrimonio entre contrayentes del mismo sexo al resto del ordenamiento jurídico. Se trata, en definitiva, y como continúa diciendo el TS, de aplicar la norma general del artículo 3.2 del Código Civil, que dispone la irretroactividad de la ley, salvo disposición expresa en sentido contrario.

Desde otro punto de vista, también ha negado la aplicación de la excepción dispuesta en la DA 10ª de la Ley 30/1981 al supuesto enjuiciado entendiendo que ni existe laguna legal que sea necesario integrar ni identidad de razón entre ambos supuestos; se trata, simplemente, de que en la fecha del hecho causante (antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005) el matrimonio entre personas del mismo sexo ni era una institución jurídicamente regulada, ni existía un derecho constitucional a su establecimiento, sin que ello, conforme a la doctrina reiterada del TC, pudiera considerarse un supuesto de discriminación prohibida (a tal efecto, véase, entre otras resoluciones, el Auto del TC 222/1994, de 11 de julio, o las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el caso Rees, de 17 de octubre de 1986 –TEDH 1986, 11- y el caso Cossey, de 27 de septiembre de 1990 –TEDH 1990, 22-). Con la nueva Ley se construye, en palabras del TS, un nuevo marco de derechos y deberes que antes no se les reconocía a las parejas homosexuales, y que tiene efectos, exclusivamente, hacia el futuro. Con este cambio se pretende atender a la demanda de una parte de la sociedad y ello se lleva a efectos en el momento y a partir de la fecha en la que el legislador considera oportuno (cuando, se dice, se dan las condiciones propicias para introducir tales cambios). De esta forma, no se admite fórmula alguna para extender el derecho a las relaciones concluidas antes de la reforma.

5. La pensión de viudedad en los supuestos de nulidad, separación y divorcio: nuevas condiciones restrictivas del derecho.-

Durante años, el derecho a la pensión de viudedad también se ha atribuido, sin condiciones, al miembro superviviente de una relación matrimonial declarada nula por resolución judicial, disuelta por el divorcio de las partes o cuyos integrantes hubieran dejado de vivir juntos (tanto si se trataba de una separación de hecho como si se

producía con intervención judicial). Sólo en el primer supuesto, de nulidad matrimonial, se ha restringido el derecho al cónyuge de buena fe; en los supuestos de separación y divorcio, se ha atribuido a la parte sobreviviente un derecho incondicionado a la pensión de viudedad (si bien limitado, en los casos de concurrencia de beneficiarios, a una cuantía proporcional al período de convivencia con el causante).

En estos términos, se ha venido produciendo una cierta contradicción entre los fundamentos tradicionales de la protección social y los efectos derivados de los distintos supuestos de crisis matrimonial conforme a las normas reguladoras del Derecho de Familia. Como se trata de exponer a continuación, aunque los términos en los que se extiende el derecho a las prestaciones de supervivencia en los distintos supuestos de crisis matrimonial tras la reforma de 2007 han contribuido a solventar algunos de esos efectos, siguen produciéndose ciertas disfunciones en la ordenación sustantiva.

En este tema, y al margen de consideraciones comunes a los diversos supuestos de crisis matrimonial, procede analizar por separado el régimen jurídico de la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad, separación y divorcio, en tanto constituyen instituciones jurídicas diferenciadas, con distintos regímenes civiles y sociales (en la LGSS se define igualmente, en distinto sentido, el derecho de los beneficiarios a las pensiones sociales).

5.1. El derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de nulidad matrimonial: exclusiva protección del matrimonio putativo.-

Antes del análisis conceptual y, tras éste, de la determinación de las consecuencias jurídicas que la nulidad matrimonial provoca sobre el reconocimiento del derecho a la prestación social, es necesario reseñar, si quiera sea sucintamente, el momento en el que se extiende la pensión de viudedad a este supuesto. Como se ha puesto de manifiesto en otro capítulo de esta obra, uno de los hitos fundamentales en la evolución normativa de las prestaciones de supervivencia lo constituye la Ley 30/1981, de 7 de julio, que tras legalizar el divorcio en España, expresamente extendió el derecho a la pensión de viudedad a los supuestos de separación judicial y divorcio en su DA 10^a. Con anterioridad a esa fecha también se reconocía el derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación judicial (no, lógicamente, en los de divorcio) si bien sólo a favor del cónyuge inocente al que, conforme a la regulación civil, se le atribuyera el derecho de alimentos (lo que solía suceder cuando era la esposa la declarada inocente de la separación); en estos casos, se producía una relación de complementariedad entre las normas civiles y sociales, en tanto que la pensión de viudedad se dirigía a paliar la situación de precariedad económica en la que quedaba el beneficiario de la pensión alimenticia cuando dejaba de cobrarla, precisamente, por el fallecimiento del deudor.

Sin embargo, la citada DA 10^a de la Ley 30/81 no hacía expresa referencia a la nulidad del matrimonio, surgiendo así la duda sobre la posible extensión del derecho a estos supuestos. Para colmar esta laguna, en los años siguientes se procedió a la aplicación analógica de las consecuencias del divorcio a los casos de nulidad matrimonial, primero, por decisión de los Tribunales (en este sentido se pronunció, en estos primeros años, la Sala de lo Social del TS en la sentencia de 11 de febrero de 1985, manteniéndose este criterio en resoluciones posteriores, como la sentencia dictada en unificación de doctrina de 11 de febrero de 1994) y después, por disposición administrativa (el criterio

jurisprudencial fue recogido en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 3 de abril de 1995). En unos años, la DA 13ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, reformó el artículo 174.2 de la LGSS para añadir un nuevo apartado en el que expresamente se atribuía el derecho a la pensión de viudedad, en los casos de nulidad matrimonial, al contrayente de buena fe que no hubiera contraído nuevas nupcias, si bien en cuantía proporcional al período de convivencia con el causante. En estos términos se ha venido reconociendo la pensión de viudedad al miembro superviviente de una relación matrimonial declarada nula hasta la reforma operada por la Ley 40/2007 en la que, aunque se mantiene el derecho, se alteran las condiciones de acceso a la pensión al exigirse al cónyuge de buena fe que, además, hubiera sido beneficiario de la indemnización prevista en el art. 98 del CC. Siendo éstas las condiciones actuales de acceso a la pensión de viudedad, es necesario analizar, conforme a la regulación vigente, la situación protegida y el fundamento de la protección en los casos de nulidad matrimonial.

El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de declaración de nulidad del matrimonio (como ya se ha señalado, por incumplimiento de alguno de los presupuestos esenciales de validez del vínculo) presenta un primer problema conceptual, de contradicción con la ordenación y el fundamento general de la pensión de viudedad. En este aspecto se puede decir, en un primer acercamiento al tema, que el reconocimiento del derecho al miembro superviviente de un matrimonio nulo supone la concesión del beneficio a una relación inválida, y por lo tanto, a una persona que no reviste la condición conyugal que se exige en la regulación social, de forma taxativa, para acceder a la protección.

Sin embargo, la exigencia de buena fe, al menos, en uno de los contrayentes, permite utilizar en este punto la doctrina civilista sobre el llamado “matrimonio putativo”, esto es, aquel en el que, aunque se dé alguna causa de nulidad, la buena fe de uno o de los dos contrayentes permiten generar una apariencia de matrimonio. En estos casos, la doctrina civilista considera que la concurrencia de buena fe y la apariencia de matrimonio permiten considerarlo un matrimonio inválido pero eficaz, aunque se trate de una eficacia limitada (LACRUZ). En el tema que nos ocupa, la aplicación de la regla dispuesta en el artículo 79 del CC (del que la doctrina deduce el concepto de “matrimonio putativo”) por la que se mantienen los efectos producidos desde la celebración del matrimonio hasta la fecha de la sentencia firme de nulidad respecto a los hijos y al contrayente/s de buena fe, se extiende a la situación personal de las partes que, por lo tanto, durante ese período, habrían detentado el estado civil de casados, sin que pueda procederse posteriormente a la anulación del mismo.

De esta forma, no se puede decir que en el ordenamiento vigente se produzca un reconocimiento generalizado del derecho a la pensión de viudedad en los casos de nulidad matrimonial porque hay matrimonios nulos totalmente ineficaces, en los que no se detenta derecho alguno a la prestación social (lo que sucede cuando concurre mala fe en ambos cónyuges, por ejemplo, porque ambas partes hayan simulado un matrimonio que sabían inválido con una intención defraudatoria). Por el contrario, el legislador social sólo atribuye el derecho a la protección a los matrimonios putativos, inválidos pero eficaces, porque, como ya se ha señalado, constituye la buena fe (y, como ahora veremos, la creación de una apariencia de matrimonio) condición esencial para la atribución del beneficio.

Esta interpretación se confirma con una de las últimas reformas introducidas por el legislador en la materia, concretamente, cuando en 2007 se da nueva redacción al último párrafo del artículo 174.2 de la LGSS para decir que, en los casos de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del CC, indemnización que, precisamente, se abona al contrayente de buena fe y sólo cuando haya existido convivencia conyugal (es esta relación de convivencia la que permite crear la apariencia de matrimonio consustancial al matrimonio putativo). En la misma línea se puede entender la fijación de una pensión de viudedad siempre en cuantía proporcional al período de convivencia, en tanto que la eficacia de este tipo de matrimonio se limita al tiempo transcurrido entre la fecha de celebración y la de la sentencia en la que se declare la nulidad del vínculo (eventualmente igual al período de convivencia).

No obstante, y aunque la remisión al artículo 98 permite confirmar esta teoría sobre la limitada aplicación del derecho a la pensión de viudedad al matrimonio putativo, las condiciones en las que actualmente se reconoce el derecho a la pensión en los supuestos de nulidad matrimonial y, en concreto, la exigencia de que el eventual beneficiario haya recibido del causante la indemnización referida en el artículo 98 del CC, “*atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97*” del mismo texto, genera importantes dudas e incoherencias.

En efecto, como se analizará con más extensión en el epígrafe siguiente, en el artículo 97 del CC se regula el derecho a la pensión compensatoria que corresponde “*al cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio*”, estableciéndose en su segundo párrafo las circunstancias que ha de tener en cuenta el juez para determinar su importe cuando los cónyuges no hayan llegado a un acuerdo sobre este tema en el convenio regulador (como la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo, la dedicación a la familia, etc.). Pues bien, la primera cuestión que en este aspecto se plantea es si la remisión que en el artículo 98 del CC se hace al artículo 97 se refiere a la integridad del texto o sólo a las circunstancias referidas en éste. Y ello porque, si la remisión se entendiera hecha al artículo 97 en su conjunto, habría que entender que sólo procedería su reconocimiento a favor del cónyuge que sufriera un desequilibrio económico en relación con el otro y un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio.

A pesar de esta posible interpretación, parece claro que el propio artículo 98 del CC fija los términos en los que se ha de reconocer al cónyuge de buena fe el derecho a una indemnización económica en los supuestos de nulidad matrimonial (cuando haya existido convivencia conyugal) siendo únicamente de aplicación el artículo 97 del CC en relación con las circunstancias que pueden tener en cuenta las partes o, en caso de desacuerdo, el juez, para determinar el importe de la misma. Por este motivo, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de separación y divorcio, con el establecimiento de esta indemnización no se pretende compensar un eventual desequilibrio económico.

Un segundo problema se refiere a quien puede ser acreedor de la indemnización prevista en el artículo 98 del CC y, por lo tanto, eventual beneficiario de la pensión de viudedad. Sobre este particular, considera la doctrina civilista (SERRANO GÓMEZ) que el abono de la indemnización sólo procede en los casos en los que concurra buena fe, exclusivamente, en una de las partes; de esta manera, el contrayente de buena fe tiene derecho a reclamar y recibir el importe de la indemnización fijada, y el contrayente de mala fe la obligación de sufragarla. Si ambas partes han actuado de buena fe, ninguno de los contrayentes puede reclamar al otro el importe de la indemnización porque se produce una compensación de sus respectivas pretensiones conforme al artículo 1.195 del CC, mientras que en los casos en que concurre mala fe en las dos partes, ninguno de ellos tendría derecho a la indemnización referida porque ninguno cumple las condiciones exigidas para ello (en el mismo sentido se ha pronunciado el TS en la Sentencia de 10 de marzo de 1992, RJ 1992/2014).

Desde esta perspectiva, perfectamente coherente con los términos de la regulación civil, se determina también el fundamento o la finalidad de la indemnización referida. En opinión de la doctrina civilista, con el abono de esta indemnización se pretende compensar los daños y perjuicios que por la celebración del matrimonio y, posteriormente, por la declaración de nulidad del mismo, ha sufrido el contrayente de buena fe y sancionar al que, de mala fe, haya causado tales daños. En consecuencia, se puede entender que el fundamento de la citada indemnización es la existencia de una actuación culpable o dolosa del cónyuge de mala fe y no la necesidad de proteger al cónyuge más desfavorecido.

Sin embargo, la aplicación de esta doctrina y, en general, el régimen jurídico de la indemnización fijada en el artículo 98 del CC, permite cuestionar la idoneidad de este criterio como presupuesto de la protección social. En primer lugar porque, conforme a la doctrina civil y judicial referida, cuando en un matrimonio putativo ambos contrayentes son de buena fe, ninguno de ellos va a tener derecho a la indemnización del artículo 98 del CC y, por lo tanto, tampoco se le podría atribuir a ninguno de ellos el derecho a la pensión de viudedad a la muerte del otro contrayente. Ello supone una diferencia de trato injustificada entre dos relaciones distintas cuando, en una de ellas, la buena fe existe en ambos contrayentes, y en la otra en uno solo de sus miembros; conforme al ordenamiento vigente, sólo en la segunda se genera el derecho a la pensión de viudedad. Se produce una diferencia de trato injustificada y desproporcionada, entre otras razones, porque en los casos en los que concurra buena fe en las dos partes, sólo en el orden civil resulta coherente que se compensen entre sí las prestaciones debidas por ambos particulares; en el ámbito de la protección social, por el contrario, no parece lógico que esta circunstancia justifique la exoneración del pago de la pensión de viudedad por parte de la Entidad Gestora, ni la pérdida de la pensión derivada del fallecimiento del causante por el contrayente de buena fe superviviente.

En segundo lugar porque, si en los términos anteriormente referidos, se entiende que la indemnización tiene una finalidad fundamentalmente sancionatoria, resulta inapropiado concebir el Sistema de Seguridad Social como instrumento de sustitución de obligaciones o responsabilidades que surgen en un ámbito puramente privado y que por ello han de ser asumidas, exclusivamente, por particulares. Ni tampoco, en aquellos casos en los que la indemnización haya sido satisfecha por el deudor antes de su fallecimiento, tiene sentido el reconocimiento de una prestación social que, al dar

continuidad a la indemnización del art. 98 del CC, tendría por finalidad seguir compensando los daños y perjuicios que la celebración de un matrimonio nulo han causado sobre el conyugado de buena fe cuando, además, se entiende que esa compensación ya se ha producido con la indemnización abonada por el cónyuge de mala fe. La incoherencia de esta interpretación hace decantarnos por la ya señalada al principio de este apartado, esto es, como el matrimonio putativo, aunque inválido, ha producido efectos desde su celebración hasta la declaración de nulidad, se abona una prestación proporcional al período de convivencia y, por lo tanto, al período durante el cual el conyugado de buena fe ha tenido la condición civil de cónyuge del causante. Desde esta interpretación, coherente con el régimen actual de protección de la viudedad, resulta innecesaria y contraproducente la exigencia añadida en la reforma de 2007 porque, como ya se ha señalado en el apartado anterior, expulsa de la protección a quienes también, de buena fe, han ostentado la condición conyugal protegida.

En tercer lugar, y en relación con lo anterior, tampoco parece adecuado condicionar el reconocimiento de la pensión social a la previa atribución de la indemnización civil porque, a diferencia de lo que sucede en el régimen actual de la separación y el divorcio en el que la pensión de viudedad viene a sustituir una pensión compensatoria (de tracto sucesivo) que se pierde como consecuencia del fallecimiento de su deudor, en los casos de nulidad matrimonial la pensión no sustituye renta privada alguna en tanto que la indemnización es de pago único y, por lo tanto, se extingue la obligación con su inmediato cumplimiento. Por la misma razón, sólo en los supuestos de separación y divorcio la pensión de viudedad viene a cubrir la relación de dependencia económica existente entre el acreedor de la pensión compensatoria y el deudor de la misma (y causante de la de viudedad). En los supuestos de nulidad matrimonial, una vez que el conyugado de mala fe abone la indemnización correspondiente y se liquiden las relaciones económicas surgidas del matrimonio celebrado, no existe relación económica alguna que haya de ser sustituida con cargo a una prestación social.

Con la condición añadida en la reforma de 2007, en fin, ni se atiende una relación de dependencia económica entre las partes, ni tampoco a los sujetos que hayan vivido a cargo del causante y que por ello, tras su fallecimiento, se encuentren sin recursos suficientes para vivir. Como se ha puesto de manifiesto en los párrafos anteriores, no se trata de una indemnización a favor del conyugado que se encuentre en una situación de precariedad económica, ni tampoco para quien haya resultado desfavorecido por la celebración o por la declaración de nulidad del matrimonio, ni siquiera a favor de quien haya sufrido un desequilibrio económico en relación con la otra parte, sino sólo una cantidad a tanto alzado con la que se pretende sancionar al conyugado de mala fe y compensar los daños y perjuicios causados a quien creía válido su matrimonio y por ello ha convivido como tal con la otra parte durante un cierto tiempo. En definitiva, es claro que no se trata, en ningún caso, de una indemnización dirigida a compensar una situación real de necesidad del beneficiario que, ante la muerte del deudor, haya de ser paliada por el Sistema a través de una prestación social.

5.2. El limitado reconocimiento del derecho, en los casos de separación y divorcio, al cónyuge beneficiario de una pensión compensatoria. Inidoneidad del nuevo criterio.-

Como ya se ha señalado en el epígrafe anterior, más claridad ha habido en el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial y divorcio, dada su expresa regulación por el ordenamiento social, incluso, en las normas de Seguridad Social originaria. Así, en la propia la Ley de Bases de 1963 y en el Texto Articulado de 1967 se reconocía el derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial, a favor del cónyuge declarado inocente. A los términos legales, el artículo 7 de la Orden de 13 de febrero de 1967 añadió, como requisito alternativo a la declaración de inocencia, la existencia de la obligación civil de alimentos (que, en el caso de las mujeres –quienes, en su mayoría, no realizaban un trabajo remunerado- iba implícita a la primera porque, a pesar de la separación, el marido tenía la obligación de abonarle lo indispensable para su sostenimiento en función del deber de socorro mutuo del artículo 68 del CC). En los mismos términos, se reconocía el derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial en el Texto Refundido de la LGSS de 1974.

Con la Ley 30/1981, de 7 de julio, se introdujeron cambios sustanciales en el Derecho de Familia y, por extensión, en el régimen tradicional de protección social de la viudedad. Primero, y básicamente, porque la autorización y regulación del divorcio supuso, a los efectos que interesan, el reconocimiento “*ex novo*” del derecho a la pensión de viudedad al cónyuge divorciado. En segundo lugar, porque se eliminó de la regulación civil toda referencia a la culpabilidad o inocencia de los cónyuges y por ello se atribuyó expresamente la pensión de viudedad al cónyuge separado y divorciado “*con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio*”. Por tal motivo, a partir de entonces, la pensión de viudedad no se limita al cónyuge declarado inocente y, en consecuencia, puede reconocerse el derecho a cualquiera de las dos partes (basta que el fallecido se considere causante de la pensión para que el sobreviviente pueda tener derecho al beneficio).

En los últimos años, sin embargo, y frente a una regulación que atribuía un derecho incondicionado a la pensión de viudedad al cónyuge separado o divorciado (si bien limitado en su cuantía) la Ley 40/2007 ha vuelto a establecer condiciones restrictivas del derecho, ahora dependientes de la relación económica existente entre las partes. En este análisis del Derecho vigente, y siguiendo el “*modus operandi*” del apartado anterior, procederemos primero a analizar la situación protegida para después estudiar las condiciones a las que actualmente se supedita el reconocimiento del derecho.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la situación protegida, se ha de reiterar el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial y divorcio. Respecto a la primera, coincide la doctrina civilista en entender que a pesar de la separación de las partes se mantiene el estado civil de casados y por ello, tras la muerte del causante, la calificación del superviviente como viudo/a del fallecido. En estos casos, sin embargo, se suspenden otros derechos y obligaciones consustanciales al matrimonio, tales como la relación de convivencia entre los cónyuges, y se modifican los vínculos personales y económicos existentes entre los miembros de la unidad familiar (de las consecuencias que aparecen dispersas en el CC,

e incluso, en leyes especiales, destacan las que se refieren a las condiciones de cuidado de los hijos, la forma de contribución de ambas partes al levantamiento de las cargas comunes, el uso de la vivienda y el ajuar familiar, el cese de la posibilidad de uno de los cónyuges de comprometer bienes del otro en el ejercicio de la potestad doméstica y el posible establecimiento de una pensión compensatoria a favor de uno de ellos).

En opinión de la doctrina civilista, la mayoría de estos derechos y deberes (normalmente vinculados al mantenimiento de una relación matrimonial efectiva) quedan también en suspenso cuando cesa “*de facto*” la relación de convivencia hasta entonces existente. No obstante, la pervivencia del vínculo permite el mantenimiento en los supuestos de separación de hecho del deber de alimentos entre los cónyuges previsto en el artículo 142 del CC (STS de 25 de noviembre de 1982).

Frente a la separación, el divorcio constituye una de las tres causas de disolución del matrimonio dispuestas en el artículo 85 del CC (junto a la muerte y a la declaración de fallecimiento de una de las partes). La sentencia judicial de divorcio, a diferencia de la nulidad, pone fin a un matrimonio válidamente constituido dejando las partes, desde ese momento, de ser cónyuge el uno del otro (para un sector doctrinal pasan a detentar el estado civil de “divorciado/a”, mientras que la mayoría vuelve a atribuirle el estado de “soltero/a”). Por lo demás, el divorcio genera o, en su caso, mantiene las consecuencias derivadas de la resolución judicial de separación.

En los tres supuestos, además, procede la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, en los casos de separación judicial y en los de divorcio, porque así lo dispone el artículo 1.392 del CC y, en los supuestos de separación de hecho porque, aunque el apartado 3º del artículo 1.393 del CC limita estos efectos a quienes lleven separados más de un año, la jurisprudencia del TS viene entendiendo que la sociedad de gananciales se suspende durante el período de separación de hecho o incluso, debe reputarse automáticamente extinguida con la cesación de la relación de convivencia entre los cónyuges (STS de 11 de octubre de 1999, RJ 1999/7324; STS de 26 de abril de 2000, RJ 2000/3230 ó STS de 23 de febrero de 2007, RJ 2007/656).

Pero al margen del análisis de las distintas consecuencias de orden civil que generan los supuestos de separación y divorcio, cuyo estudio en profundidad no corresponde a esta obra, en cualquier caso, tanto en una como en otro faltan, por definición, la situación de convivencia y la relación económica (de formación de un fondo común con los ingresos de ambos cónyuges –normalmente- del que participan todos los miembros del grupo familiar) que constituyen, en el régimen general de la pensión de viudedad, el fundamento de la protección social (es común en la doctrina la consideración del resarcimiento del daño que sufre el cónyuge superviviente, por la pérdida de unos ingresos, los del causante, en los que participaban, como fundamento de la pensión de viudedad). El primer elemento, porque claramente está ausente o se produce de forma sobrevenida el cese de la convivencia cuando los cónyuges se separan o se divorcian. El segundo elemento, porque desde el momento en que se produce la separación o el divorcio, dejan los cónyuges de poner en común los bienes e ingresos de cada uno de ellos y de participar en los recursos del otro; en ese momento, se ha de llegar a un acuerdo por el que se decida la forma de distribuirse, en el futuro, las cargas, gastos y responsabilidades comunes.

Sin embargo, y a pesar de estas consecuencias, en la etapa previa el derecho a la pensión de viudedad se ha venido atribuyendo de forma incondicionada al cónyuge sobreviviente, aún en los supuestos de crisis matrimonial, e independientemente de que tras el acuerdo de separación o la sentencia de divorcio se mantuviera o no una relación económica entre las partes; es decir, al margen de que se hubiera fijado una pensión compensatoria, de quien fuera el acreedor o deudor de la misma y, en su caso, de la cuantía que hubiera podido fijarse. De esta forma, se venía reconociendo al cónyuge superviviente el derecho a la pensión de viudedad al fallecimiento del causante, aunque con anterioridad al óbito y tras la separación o el divorcio, no compartieran bienes de ningún tipo, ni recibiera alguna contraprestación del causante o incluso aunque él mismo hubiera sido el deudor de una pensión civil a favor de la otra parte, e independientemente de la situación en la que quedara el sobreviviente después del fallecimiento (tanto si mantenía algún tipo de ingresos, de su importe y de su fuente de procedencia, como si carecía de ellos). La única limitación se refería al importe de la pensión y siempre exclusivamente, en atención al período de convivencia con el causante.

Por ello, en este período la doctrina se ha cuestionado cuál era el fundamento de la protección social en los supuestos de crisis matrimonial. Dicho en otros términos, el reconocimiento incondicionado de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente de una relación matrimonial disuelta por el divorcio de las partes, o en la que sus miembros han dejado de convivir y de compartir ingresos y gastos, ha hecho a la doctrina plantearse, sin que se haya podido encontrar una respuesta clara y definitiva, qué compensaba en estos casos la prestación social. De un lado porque es claro que, especialmente en los supuestos de divorcio, no se protegía la condición civil de cónyuge del causante porque dicho matrimonio era ya inexistente. De otro lado, porque tampoco compensaba la pérdida de unos ingresos, los del causante, en los que tras la separación o el divorcio el antiguo cónyuge ya no tenía derecho a participar. Asimismo, porque en ningún caso se supeditaba el reconocimiento del derecho al mantenimiento de una relación económica entre las partes derivada del pago de una pensión privada, alimenticia o compensatoria. Y, en fin, porque tampoco se exigía la acreditación por el superviviente de una situación de precariedad económica que hubiera de ser atendida por una prestación del Sistema. Lo único que podía compensar era la existencia, durante un cierto tiempo, de una relación matrimonial válida y, en su caso, la contribución del causante al Sistema de Seguridad Social (y, por extensión, de su cónyuge) durante el período en el que la relación se había mantenido viva; por ello, era razonable que su cuantía se limitara, en todo caso, a la duración de dicha convivencia.

Frente a la regulación tradicional, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre ha modificado la redacción del artículo 174 de la LGSS alterando, con la reforma, la razón o el fundamento de la protección por viudedad en los supuestos de crisis matrimonial. En concreto, conforme a la redacción actual del segundo apartado del artículo 174 de la Ley, la pensión de viudedad se restringe en los supuestos de separación judicial y divorcio al cónyuge que hubiera sido beneficiario, en vida del causante, de la pensión compensatoria regulada en el art. 97 del Código Civil. De esta forma, el legislador da un giro de ciento ochenta grados en el régimen de atribución del derecho en los supuestos de crisis matrimonial para, a partir de la reforma, limitar la pensión social al cónyuge acreedor de una pensión compensatoria que, precisamente, haya quedado extinguida por el fallecimiento del causante. Tras la nueva redacción, es claro que la pensión de

viudedad compensa la pérdida que sufre el cónyuge o excónyuge de la pensión compensatoria que hasta esa fecha viniera percibiendo; tanto es así, que en la redacción dada al precepto por la DF 3ª.10 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, el importe de la pensión de viudedad tiene como límite máximo la cuantía de la pensión compensatoria que se viniera percibiendo.

En este punto, la cuestión se plantea en torno al contenido y alcance de la pensión compensatoria, pensión de carácter civil que, de acuerdo con el artículo 97 del CC, ha de abonarse al cónyuge al que la separación o el divorcio le produzca un empeoramiento respecto a la situación económica que gozaba durante el matrimonio, colocándole en posición de inferioridad frente al otro cónyuge. La utilización de este parámetro suscita varias dudas conceptuales que pueden resumirse en los siguientes términos.

En primer lugar, el primer problema se plantea porque en el primer párrafo del artículo 97 del CC se admite tanto la posibilidad de que la compensación se haga efectiva a través de una pensión periódica, temporal o indefinida, como mediante el abono de una prestación única. La opción entre una u otra forma de compensación tiene importantes consecuencias jurídicas en el orden social porque, conforme a la actual redacción del artículo 174 de la LGSS, sólo se generaría derecho a la pensión de viudedad en los casos en los que se hubiera reconocido una pensión periódica y no en los supuestos de pago a tanto alzado, y exclusivamente, cuando se trate de una pensión que pierda como consecuencia del fallecimiento. La primera limitación, además, genera una diferencia de trato injustificada entre el régimen de atribución del derecho en los supuestos de nulidad frente a los de separación y divorcio porque, fijándose en todos los supuestos el pago de una indemnización a tanto alzado, sólo en los casos de nulidad matrimonial se generaría el derecho a la pensión de viudedad. En términos similares se ha de criticar el precepto, que dejaría fuera de la protección social el cónyuge beneficiario de una pensión compensatoria de carácter temporal que se hubiera extinguido antes del fallecimiento del causante.

Pero el principal problema, deriva de la cuestionable utilización de la pensión compensatoria como criterio determinante de la concesión del derecho a una prestación social. Porque si en los años inmediatamente posteriores a la aprobación del divorcio (en los que seguía siendo minoritaria la población femenina que realizaba una actividad productiva fuera de casa y tenía su propia fuente de ingresos) la pensión compensatoria trataba de proteger al cónyuge más débil (normalmente a la mujer que se había dedicado al cuidado del hogar y de la familia) en las actuales circunstancias, han variado tanto el fundamento jurídico de la pensión civil, como el perfil y las necesidades de sus beneficiarios.

Efectivamente, el aumento progresivo de los niveles de formación y empleo de la población femenina han permitido situar hoy por hoy a las mujeres en una posición equiparable a la de los hombres (aunque las tasas de ocupación siguen siendo sensiblemente inferior entre las mujeres, se ha producido un incremento significativo que se evidencia, especialmente, en las cohortes más jóvenes). En consideración a estas nuevas realidades, desde la reforma al Código Civil realizada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, la pensión compensatoria (hasta entonces, sólo de carácter indefinido) puede tener una duración temporal (lo que parece ser la tónica general en el ámbito judicial).

Por este motivo, se dice que la pensión compensatoria tiene hoy por hoy una función principalmente de reinserción profesional (UREÑA MARTÍNEZ).

Como consecuencia de tales cambios, se ha producido una evolución significativa en la interpretación del concepto de “desequilibrio económico” determinante del reconocimiento y abono de la pensión compensatoria. En este sentido, y de forma muy resumida se puede decir que, la doctrina civilista y la propia jurisprudencia ha evolucionado desde una tesis objetiva, que entendía producido el desequilibrio económico cuando se produjera un mero descenso en el nivel de vida disfrutado durante el matrimonio, a una tesis subjetiva en la que se exige, además, que éste derive del sacrificio soportado por uno de los cónyuges en beneficio del matrimonio y de la familia (en este sentido se pronuncia la jurisprudencia más reciente, como la STS de 19 de enero de 2010, RJ 2010/417 o STS de 14 de abril de 2011, RJ 2011/184064). En otras palabras, desde esta interpretación la pensión compensatoria sólo ha de abonarse a aquel cónyuge que ha sufrido algún perjuicio económico o profesional derivado del matrimonio (para ello, se pueden tener en cuenta las circunstancias previstas en el artículo 97 del CC tales como la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades mercantiles o profesionales del otro cónyuge o las probabilidades de acceso a un empleo) y que, tras la separación o el divorcio, sufre un desequilibrio económico efectivo. De esta forma, la mera diferencia de ingresos entre ambos cónyuges, posterior a la ruptura, no justifica por sí sola el abono de la pensión compensatoria.

En las circunstancias actuales, la vinculación de la pensión de viudedad a la pensión compensatoria tiene diversa lectura según el perfil de sus destinatarios. Porque, efectivamente, en el caso de separación o divorcio de mujeres mayores, que llevan muchos años casadas, sin trabajo y con escasas posibilidades de encontrar empleo tras la ruptura del vínculo, la pensión compensatoria (en estos casos, normalmente de carácter indefinido) atiende un estado de dependencia económica que, en caso de fallecimiento del deudor, produce sobre el cónyuge sobreviviente una situación de necesidad real que debe ser cubierta con cargo a la pensión de viudedad.

Sin embargo, no en todos los supuestos se produce esa misma vinculación entre pensión compensatoria, dependencia económica, situación de necesidad y pensión de viudedad. Así, puede darse el caso de sujetos que tras el divorcio se encuentran en estado de necesidad porque carecen de recursos suficientes para vivir y, sin embargo, no tienen derecho a pensión compensatoria porque no existe un desequilibrio económico entre su situación y la de su cónyuge, por ejemplo, porque éste también tiene un bajo nivel de ingresos. En estos casos aunque, ciertamente, uno de los cónyuges no dependiera económicamente del otro (no recibiera ayuda alguna de ésta) se encuentra en una situación de necesidad real que, injustificadamente, carece de cobertura en el sistema actual de protección de la viudedad.

También puede darse el caso opuesto. Puede suceder, por ejemplo, que en un caso concreto el juzgador de instancia (o incluso las partes, voluntariamente, en el convenio regulador) fije una pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges que, aunque tenga su propia fuente de ingresos (haya trabajado durante el matrimonio y siga haciéndolo después del mismo) haya sufrido algún perjuicio, por ejemplo, en su propia carrera profesional renunciando o viéndose condicionado su derecho a la promoción por su especial dedicación a la familia. En estos casos y aunque este cónyuge tenga sus

propios ingresos (e incluso, aunque éstos sean de cuantía más que suficiente para vivir) si existe un evidente desequilibrio en la situación económica de ambos cónyuges (porque el otro tenga unos ingresos notablemente superiores) se le puede reconocer una pensión compensatoria que, a su vez, le permita el acceso a una pensión de viudedad a la muerte del causante. Aunque en estos casos se produzca una relación de dependencia económica, porque efectivamente uno de los cónyuges recibe una renta periódica del causante que pierde como consecuencia de su fallecimiento, no existe una situación de necesidad real que requiera la protección del Sistema.

En un sistema de protección de la viudedad de carácter asistencial, quizá hubiera sido más adecuado que la viudedad se hubiera configurado como una prestación social sustitutiva de la pensión alimenticia. Así solía suceder durante el período en el que se limitaba la pensión de viudedad al cónyuge declarado inocente (sobre todo, porque si era la mujer –que normalmente no trabajaba y carecía de ingresos propios- lo habitual es que fuera beneficiaria de la pensión alimenticia) especialmente, desde que la Orden de 13 de febrero de 1967, fijara como requisito alternativo a la declaración de inocencia, el que el sobreviviente hubiera sido beneficiario, en vida del causante, de la pensión civil de alimentos. En estos casos, la prestación de Seguridad Social sustituía la pensión privada que, como señala el artículo 142 del CC, comprende “*lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica*”. Por ello, normalmente, el fallecimiento del obligado a prestar alimentos dejaba al alimentista en una situación de penuria económica que, con una finalidad asistencial, venía a ser compensada por la pensión de viudedad. Desde esta perspectiva el problema descansaría en la imposibilidad de utilizar este criterio en los supuestos de divorcio, ya que, en atención a los preceptos civiles aplicables, el deber de alimentos (que, para las partes de una relación matrimonial, deriva del deber de los cónyuges de socorrerse mutuamente) sólo opera constante el matrimonio; por este motivo, se puede seguir reclamando mientras los cónyuges permanezcan separados, pero no una vez producido el divorcio.

Para finalizar este epígrafe, es necesario hacer referencia a las reformas realizadas por el legislador en poco más de dos años, unas con el fin de excepcionar la regla general y otra, de carácter transitorio, que permite inaplicar el nuevo requisito durante un determinado período de tiempo. En el primer aspecto, en la DF 3ª.10 de la Ley 26/2009, con efectos de 1 de enero de 2010 y vigencia indefinida, se modifica el primer párrafo del art. 174.2 de la LGSS para decir que, en todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio. Por otro lado, añade la Ley 26/2009 una nueva DT a la LGSS, la 18ª, para autorizar la inaplicación del citado requisito (por lo cual se trata de otra excepción a la regla general) a los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 en los que se cumplan ciertas condiciones adicionales: a) que entre la fecha de la separación o el divorcio y el fallecimiento hayan transcurrido menos de 10 años; b) que el vínculo matrimonial haya durado un mínimo de 10 años; y c) que existan hijos comunes o que el beneficiario tenga más de 50 años en la fecha del fallecimiento del causante. En la misma DT, *in fine*, se permite aplicar lo dispuesto en esta norma y lo previsto en el art. 174. 2 de la LGSS a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 el 31 de diciembre de 2009.

La aplicación, a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de requisitos nuevos, hasta entonces no exigidos, supuso, lógicamente, un cambio radical en el régimen de acceso a las prestaciones originadas por el fallecimiento del causante con posterioridad a esa fecha. La denegación del derecho explica, en ciertos casos, la interposición de varias demandas, que han llegado al máximo órgano judicial después de la entrada en vigor de la Ley 26/2009 que, como ya se ha señalado, ha alterado la redacción originaria del precepto dando solución a algunos de los problemas planteados con posterioridad a la reforma de 2007.

En este aspecto, una reclamación reiterada, resuelta por el Tribunal Supremo en los últimos años, ha sido planteada por aquellas mujeres que, por ser víctimas de violencia de género, renunciaron, en el convenio regulador firmado en el momento de la separación o el divorcio, a recibir una pensión compensatoria como forma de alejarse del ámbito de influencia y amenazas del agresor. Tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007, dicha renuncia, plenamente justificada, les impedía acceder a la pensión de viudedad tras la muerte del causante. La duración de los trámites procesales ha hecho que la respuesta del TS se haya dado una vez en vigor la Ley 26/2009. Por ello, el Tribunal ha venido estimando las demandas planteadas reconociendo el derecho a la pensión de viudedad a las mujeres que acreditaran ser víctimas de violencia de género en el momento de la separación o el divorcio, en estos supuestos concretos, aunque no fueran acreedoras de una pensión compensatoria.

A estos efectos, sólo conviene hacer una precisión: mientras en la primera sentencia dictada en unificación de doctrina (en la STS de 21 de diciembre de 2010, RJ 2011/59) el Tribunal ha otorgado el derecho a la pensión de viudedad en aplicación de la segunda excepción (porque el divorcio se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 y se daban las condiciones adicionales previstas en la DT 18ª –período transcurrido entre el divorcio y el fallecimiento, duración mínima del matrimonio, existencia de hijos comunes y/o edad del beneficiario-) en la posterior resolución, también dictada en unificación de doctrina (STS de 26 de enero de 2011, RJ 2011/2116) se llega a la misma respuesta, en esta ocasión, por aplicación de la primera excepción (porque, según lo dispuesto en la DT 18ª, *in fine*, la excepción contenida en el actual artículo 174.2, referida a las mujeres que fueran víctimas de violencia de género, pueden ser aplicadas a los fallecimientos sucedidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009).

Ante la disparidad de preceptos aplicados, y aunque en los supuestos enjuiciados ambas vías llevan a la misma solución, puede señalarse, como fórmula más favorable de reconocimiento del derecho, la segunda, que atribuye a las mujeres que hayan sido víctimas de violencia de género un derecho general a percibir la pensión de viudedad aunque no hayan sido beneficiarias de la pensión compensatoria, sin exigirles condiciones adicionales que, en muchos casos, pueden suponer la pérdida del beneficio (este es el argumento utilizado en posteriores resoluciones, como la STS de 30 de mayo de 2011, RJ 2011/5108). De esta forma, se les reconoce a este colectivo un derecho incondicionado a la pensión de viudedad, tanto si el hecho causante se ha producido después de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, a partir del 1 de enero de 2008 (cuando se exige a todos los sujetos, para acceder a la pensión, ser beneficiario de la pensión compensatoria) como si el fallecimiento se produce con posterioridad al 1 de

enero de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 26/2009 y, con ésta, de la excepción referida a este grupo de eventuales beneficiarias.

Al margen de esta cuestión, los problemas que se han venido planteando son, fundamentalmente, de carácter probatorio; se trata, en los casos concretos, de probar que la mujer era víctima de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio, disponiendo el legislador a estos efectos, tanto las vías expresas que en la nueva redacción del art. 174.2 de la LGSS se contemplan (la declaración en sentencia firme de ser víctima de violencia de género, el archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento del agresor, la existencia de una orden de protección de la víctima, el informe del Ministerio Fiscal indicando la existencia de indicios de violencia) como cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO

AAVV. *Juspratico Laboral e Segurança Social*, Wolters, Coimbra, 2010.

AAVV. *La viudedad del futuro. Estudio y propuestas de reforma global para garantizar su sostenibilidad*. Ministerio de Empleo y Seguridad social, Secretaría de Estado y Seguridad Social, Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/161475.pdf>

AHN, Namkee. *Adecuación de la pensión de viudedad ante el cambio demográfico y socio-económico*. Fundación de Estudios de Economía Aplicada- FEDEA. MTAS. 2007.

ALONSO, J.; CONDE RUIZ, J.I. *Reforma de las pensiones: la experiencia internacional. Documento de Trabajo 2007-18, Junio 2007*. Fundación de Estudios de Economía Aplicada. www.fedea.es.

ALONSO MESEGUER, J.; CONDE RUIZ, J. I. “Reforma de las pensiones: la experiencia internacional”. /En/ *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, nº 837, 2007

ALONSO, J.; CONDE RUIZ, J. I. “Reforma de las pensiones: la experiencia internacional”. /En/ *Documentos de trabajo (FEDEA)*, nº 18, 2007.

ALONSO OLEA, MANUEL: “Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 39, 2002.

ALONSO OLEA, MANUEL: “Las pensiones de viudedad hoy”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 154, 2003 (monográfico sobre *Seguridad Social y Familia*).

APILLUELO MARTÍN, MARGARITA: “La pensión de viudedad tras la nueva Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, nº 9, 2008.

ALONSO, J.; CONDE RUIZ, J.I. *Reforma de las pensiones: la experiencia internacional. Documento de Trabajo 2007-18, Junio 2007*. Fundación de Estudios de Economía Aplicada. www.fedea.es.

BADEL, M. “Suprésión de l’assurance veuvage et réforme de la pension de réversion: quelle équivalence?”. /En/ *Revue de droit sanitaire et social*, 2004. <http://bu.dalloz.fr>

BADEL, M. “Avantages familiaux de retraite: réalités et pertinente”. /En/ *Revue de droit sanitaire et social*, 2008. <http://bu.dalloz.fr>

BALLESTER PASTOR, I.: “La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho”, *Tribuna Social: Revista*

de Seguridad Social y Laboral, nº 209, 2008 (monográfico sobre: *La pensión de viudedad: régimen vigente y perspectivas de futuro*).

BALLESTER PASTOR, M. A. “La reforma del sistema de pensiones en Suecia, o los nuevos límites del estado del bienestar”. /En/ *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 20, 1995.

BARREIRO GONZÁLEZ, GERMÁN y MARTÍNEZ BARROSO, M^a DE LOS REYES: “La pensión de viudedad a debate”, *Actualidad Laboral* nº 20, 2006

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. “La pensión de viudedad en el ordenamiento jurídico italiano”. /En/ *Relaciones Laborales*, nº 2, 1990.

BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO: “El Real Decreto 1645/2001, de 27 de diciembre: una reforma incompleta del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia”, *Temas Laborales*, nº 66, 2002.

BLASCO RASERO, C.: *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2003.

BLÁZQUEZ AGUDO, EVA M^a: “La pensión de viudedad y orfandad: una realidad pendiente de cambio”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, nº 21, 2007.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, IGNACIO: “La pensión de viudedad y la Ley 40/2007: anatomía de una encrucijada”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2008.

BICHOT, J. “Veuvage et protection sociale”. /En/ *Droit Social*, nº 12, décembre, 2004, p. 1114-1122.

BOADO-PENAS, M.C.; SETTERGREN, O.; VIDAL MELIÁ, C. El balance actuarial del sistema de reparto. Modelo sueco frente a modelo EE.UU. /En/ *Revista española de financiación y contabilidad*, nº 149, 2011.

CABEZA PEREIRO, JAIME: *La pensión de viudedad*, BOE, 2004.

CARRIL VÁZQUEZ, XOSÉ MANUEL: “El matrimonio como presupuesto del derecho a la pensión de viudedad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, coord. BORRAJO DACRUZ, EFRÉN, 2004.

CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO: “La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas para su reforma”, *Aranzadi Social*, nº 5, 2001.

CRUZ VILLALÓN, JESÚS: “La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad”, en *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivación de su jubilación*, coord. MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS y otros, 2008.

DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: “La reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia. ¿Una primera fase para su reformulación integral?”, *Temas Laborales*, nº 94, 2008.

DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M^a LUISA: *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, Carl, 2002.

DESDENTADO DAROCA, ELENA: *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*, Bomarzo, 2009.

DESDENTADO DAROCA, ELENA: “Homosexualidad y pensión de viudedad. Una reflexión crítica sobre los problemas de Derecho Transitorio”, *Aranzadi Social*, nº 10, 2009.

DESDENTADO DAROCA, ELENA: “Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución”, *Tribuna Social*, nº 228, 2009.

DÍAZ MÉNDEZ, ANGEL: “Pensión de viudedad y formas inusuales de matrimonio”, *Actualidad Laboral*, nº 1, 2001.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Pensiones de viudedad y orfandad*, Tirant Lo Blanch, 2011.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO; M.R.: *Pensiones de viudedad y de orfandad*, Tirant Lo Blanch, 2011

FERRERAS ALONSO, FIDEL: “La pensión de viudedad (elementos de reflexión)”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 55, 2000.

FERRERAS ALONSO, Fidel. “El Sistema de pensiones en Suecia (síntesis)”. /En/ *Tribuna Social*, nº 121, 2001.

GALA DURÁN, CAROLINA: “El derecho a la pensión de viudedad en los casos de nulidad, separación y divorcio: la nueva regulación del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, nº 5, 1998.

GALA DURÁN, CAROLINA: “Una aproximación a la nueva regulación propuesta en el marco de la pensión de viudedad”, *Iuslabor*, nº 1, 2007.

GARCÍA MURCIA, J. Y CASTRO ARGÜELLES, M.A. (dir.): *Legislación histórica de previsión social*, Aranzadi, 2009

GARCÍA NINET, JOSÉ IGNACIO: “Acerca de la pensión de viudedad”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 209, 2008 (monográfico sobre: *La pensión de viudedad: régimen vigente y perspectivas de futuro*).

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO y MERCADER UGUINA, JESÚS: “Pensión de viudedad y convivencia “more uxorio”, perfiles de una polémica (notas a la

STC 125/2993, de 19 de junio y al ATC 188/2003, de 3 de junio”, *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 15, 2003.

GENTILE, Alessandro. “El plan de reforma del sistema de pensiones italiano: las características de una transición estructural”. /En/ *Documentos de trabajo (CSIC. Unidad de Políticas Comparadas)*, nº 1, 2004.

GETE CASTRILLO, PEDRO: “Compatibilidad en la pensión de viudedad en nuestro sistema de Seguridad Social. Algunas ideas para un debate necesario”, *Foro de Seguridad Social*, nº 3, 2001.

GRACIA ALEGRÍA, GEMMA: “El acuerdo de reforma de pensiones y la Ley de Medidas de Seguridad Social: cuestiones resueltas y cuestiones pendientes”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 209, 2008 (monográfico sobre: *La pensión de viudedad: régimen vigente y perspectivas de futuro*).

GONZÁLEZ DE PUJANA, BEGOÑA: “Aspectos actuales de la pensión de viudedad y su conexión con el Derecho de Familia”, *Diario La Ley*, nº 6902, 2008.

GONZALO GONZÁLEZ, BERNARDO: “La renovación del “Pacto de Toledo” y el futuro de las pensiones: apunte crítico y propuesta para la reforma de la viudedad”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 1999.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.; BARCELÓN COBEDO, S.; QUINTERO LIMA, G.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, 2011

GUTIÉRREZ PEÑA, FLORENCIO: “La pensión de viudedad, perspectiva española, en aplicación de los reglamentos comunitarios de Seguridad Social”, *Miscelánea de Derecho Privado*, 2002.

INFORME del grupo de trabajo parlamentario sobre pensiones en torno a la ley de bases de reforma del sistema de pensiones en Suecia: noviembre 1994. /En/ *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 18, 1995.

KAHALE CARRILLO, D.T. *La reestructuración de la pensión de viudedad a las nuevas situaciones sociales y las nuevas formas de familia y convivencia: propuestas de reforma*, programa de Fomento de la Investigación de la Protección Social, 2010

KERSCHEN, N. “Vers une individualisation des droits sociaux: approche européenne et modèles nationaux”. /En/ *Droit Social*, nº 2, février, 2003.

LABACA ZABALA, LOURDES: “La desprotección de la familia no matrimonial por muerte y supervivencia en el sistema español de Seguridad Social: la pensión de viudedad”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 2004.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Civitas, 2010.

LAGALA, Canio. “Los planes/fondos de pensiones en Italia”. /En/ *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 3, 2003.

LAQUENTIN, M.T. “Les retraites des femmes: quelle égalité?”. /En/ *Droit Social*, nº 3, mars, 2011.

LÓPEZ CUMBRE, LOURDES: “Los nuevos pensionistas de viudedad”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 209, 2008 (monográfico sobre: *La pensión de viudedad: régimen vigente y perspectivas de futuro*).

LÓPEZ LERMA, J. El seguro de pensiones en Alemania, Consejería de Trabajo e Inmigración. Enero, 2012
<http://www.consejeriadetrabajo.de/2012%20SEGURO%20DE%20PENSIONES%20EN%20ALEMANIA.pdf>

LÓPEZ LÓPEZ, J. “Pensión de viudedad y dependencia económica: un análisis de las reformas desde el punto de vista del género” en, *Las últimas reformas y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, 2005.

LUNDQVIST, Bo. “Finlandia: asegurar la viabilidad de las pensiones finlandesas después del año 2000”. En *Revista Internacional de Seguridad Social*, nº 2, 1997.

MARTÍNEZ ABASCAL, VICENTE ANTONIO: “Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?”, *Aranzadi Social*, nº 17, 2009.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, PAZ: “La pensión de viudedad: entre la “contributividad automática” y la “asistencialidad contributiva”. Breve crónica de cómo el tiempo va poniendo –poco a poco- cada cosa en su lugar”, *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 41, 2010.

MINGORANCE ARNÁIZ, A. C. “Alternativas del sistema de pensiones de reparto: El caso de Suecia”. En *Presupuesto y gasto público*, nº 32, 2003.

MONTICONE, C.; RUZIK, A.; SKIBA, J. “Women’s pension rights and survivors’ benefits. A comparative analysis of EU Member States and Candidate Countries”. ENEPRI Research Report nº 53, AIM WP6, TASK 6.4.3, April 2008.

MORENO GENÉ, JOSEP: “La “pensión especial” de viudedad en las parejas de hecho: la prueba de la convivencia estable”, *Aranzadi Social*, nº 17, 2009.

NAVARRO ROLDÁN, R.: *La pensión de supervivencia. Presente y futuro de la pensión de viudedad*, La ley, 2006

OJEDA AVILÉS, ANTONIO: “Reformulación de la pensión de viudedad”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 74, 2008 (ejemplar sobre: *Los ciclos vitales y la Seguridad Social: estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos jurídicos, sociológicos y económicos*”).

OLARTE ENCABO, SOFÍA: “De nuevo una reforma de las pensiones de viudedad: el desmoronamiento de toda una doctrina constitucional y la ignorancia de la dimensión multicultural”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 96, 2008.

PELLICIA, Luigi. *Le nuovepensioni*. MaggioliEditore, 2011

PÉREZ ALONSO, M^a ANTONIA: *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2000.

PÉREZ ALONSO, M^a ANTONIA: “La pensión compensatoria y la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, nº 6, 2009.

PÉREZ-CAMPANERO FERNÁNDEZ, J. A. “Un episodio de reforma del sistema de pensiones público: el caso de Suecia”. En *César Molinas Sanas, Instrumentos financieros para la jubilación*, 2008.

PIETERS, DANNY: “Seguridad Social y supervivencia”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 209, 2008 (monográfico sobre: *La pensión de viudedad: régimen vigente y perspectivas de futuro*).

PIÑEYROA DE LA FUENTE, ANTONIO JOSÉ: “Doctrina constitucional y evolución de la cobertura de la pensión de viudedad en España”, *Relaciones Laborales*, nº 6, 2010.

QUESADA SEGURA, R.: “Una modificación legal justa y socialmente responsable. La nueva regulación de la pensión de viudedad recogida en la ley de Presupuestos Generales del Estado par 2010 (BOE 24.12.2010)”, *Tribuna Social*, nº 232, 2010.

QUINTERO LIMA, GEMA: “La pensión de viudedad de parejas homosexuales: A propósito de la –discrepante- aplicación analógica de la disposición adicional décima de la Ley 20/1981 por lo juzgados de lo social tras la Ley 13/2005, de 1 de julio”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 14, 2006.

RIERA NAYREDA, CARLOS: *La pensión de orfandad*, Tirant lo Blanch, 2000.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA: “La pensión de viudedad: nuevas perspectivas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 771, 2009.

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La viudedad en el Sistema Español de Seguridad Social*, Laborum, 2006.

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Laborum, 2009.

ROMERO BURILLO, A. M. “El régimen jurídico de los planes y fondos de pensiones en Italia” /En/ *Relaciones Laborales*, nº 2, 2000.

SÁEZ LARA, CARMEN: “Garantía de la familia por el artículo 39.1 CE: la pensión de viudedad y la protección de la familia matrimonial”, en *Derecho y opinión*, nº 8, 2000.

SALAFIA, A. “Italia: el proyecto de ley de reforma de los regímenes de pensiones estatutario y complementario”. /En/ *Revista Internacional de Seguridad Social*. Nº 3-4, 1995.

SASTRE IBARRECHE, RAFAEL: “Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, nº 5, 2007.

SELMA PENALVA, A. Las peculiaridades prácticas de la pensión de orfandad. /En/ *Actualidad Laboral*, nº 14, 2009.

SOCIAL protection in Austria 2010. Federal Ministry of Labour, Social Affairs and Consumer Protection, Stubenring 1, 1010 Vienna.

STEINER, H. *Social Report 2009-2010*. Division V, Federal Ministry of Labour, Social Affairs and Consumer Protection (BMAK).

TAURAN, T. “La réforme des retraites résultant de la loi du 9 novembre 2010. Les grandes lignes du texte”. /En/ *Le Droit Ouvrier*, nº 752, mars, 2011.

TORTUERO PLAZA, J.L. “Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres. Un apunte sobre su impacto en el régimen de compatibilidades”. *Tribunal Social*, 154/ 2003.

UREÑA MARTÍNEZ, M.: *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad. (Especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria)*, Aranzadi, 2011.

VALENCIANO SAL, V. “Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones: la pensión de viudedad, su “estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados”, en *Temas Laborales*, 109/2011.

VÁZQUEZ MARISCAL, A. “Las reformas de los sistemas de pensiones en Europa”. /En/ *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 54, 2004.

VICENTE PALACIO, A “*La pensión de viudedad: marco jurídico para una nueva realidad social, Como reformular la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante*”, programa de Fomento de la Investigación de la Protección Social, 2006

VICENTE PALACIO, M^a ARANTZAZU: “Un breve aporte estadístico. La realidad actual de la pensión de viudedad desde sus beneficiarios y sus cuantía”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº 209, 2008 (monográfico sobre: *La pensión de viudedad: régimen vigente y perspectivas de futuro*).

VIQUEIRA PÉREZ, CARMEN: “La situación protegida en la pensión de viudedad derivada de pareja de hecho (Ley 40/2007)”, *Actualidad Laboral*, nº 18, 2008.

VV. AA.: La pensión de viudedad. Régimen vigente y perspectivas de futuro, Monográfico, *Tribuna Social*, nº 209, 2008.

WALLEY. *Social Security: Another British Failure?*, C. Knight, 1972

WIKELEY, OGUS Y BARENDT'S. *The Law of Social Security*. Butterworths, 2002

WILLIAMSON, J. Evaluación de las posibilidades de reforma de un pilar previsional de cotizaciones definidas teóricas. /En/ *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 57, nº 1, 2004.

YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (dir.): *Tratado de Derecho de Familia. Volumen II. Las crisis matrimoniales*, Aranzadi, 2011.

Páginas web

<http://www.portaldocidadao.pt/PORTAL/entidades/MSSS/DGSS/pt>

<http://www2.seg-social.pt/>

<http://www.lassuranceretraite.fr>

<http://www.service-public.fr>

<http://www.caf.fr>

<http://www.agirc-arrco.fr>

<http://www.cfdt-retraites.fr>

