



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO Y
ASUNTOS SOCIALES

SECRETARÍA DE ESTADO DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL DE
ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD
SOCIAL

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.

**RESPONSABLE: ARANTZAZU VICENTE PALACIO
UNIVERSIDAD JAUME I**

Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS-)

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



**“La reforma de la pensión de viudedad: cómo reformular la pensión de viudedad para que recupere su carácter de renta sustitutiva del salario perdido con consecuencia del fallecimiento del causante”
(FIPROS 2006)**

**Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
Orden TAS/1587/2006, de 25 de mayo.**

Equipo Investigador:

- I. Ballester Pastor
- G. Gracia Alegría
- S. Ruano Albertos
- A. Vicente Palacio (I. Principal)

Sumario

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE: ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL

Capítulo Primero

Un breve aporte estadístico: la realidad de la pensión de viudedad desde sus beneficiarios y sus cuantías: una breve presentación de la nueva sociedad española: algunos fenómenos relevantes a estos efectos

1. Un breve aporte estadístico. La realidad de la pensión de viudedad actual desde sus beneficiarios y sus cuantías.
2. Una breve presentación de la nueva sociedad española: algunos fenómenos relevantes que condicionan la reforma de la pensión de viudedad
3. Conclusiones.

Capítulo Segundo

La pensión de viudedad en su dimensión histórica. El progresivo camino en la mutación de la naturaleza jurídica de la prestación

1. Introducción.
2. La protección del accidente de trabajo.
3. La protección de la enfermedad profesional.
4. La protección de los riesgos comunes.
5. La Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963 y su texto articulado de 21 de abril de 1966. Modificaciones introducidas por la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social.
6. El Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974.
7. La Constitución de 6 de diciembre de 1978 y sus consecuencias. La intervención del Tribunal Constitucional.
8. El Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.
9. Modificaciones Posteriores: la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de Medidas en materia de Seguridad Social.

Capítulo Tercero

Sujetos causantes y beneficiarios: requisitos

1. Vínculo matrimonial: requisitos relativos al matrimonio.
 - 1.1. Sobre la necesidad de inscripción en el Registro Civil.

- 1.2. Criterios judiciales y jurisprudenciales en torno a la problemática que suscita la necesidad de existencia de vínculo matrimonial.
 - a) Uniones celebradas conforme a otros ritos.
 - b) Vínculo matrimonial con transexual.
 - c) La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
 - d) La poligamia y sus consecuencias en materia de viudedad.
 - e) Los supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial: efectos sobre los beneficiarios.
2. El periodo de carencia cuando el fallecimiento deriva de enfermedad común.
 - 2.1. Periodo de carencia exigible cuando el trabajador se encuentra en alta o situación asimilada al alta.
 - 2.2. Periodo de carencia cuando el trabajador no se encuentra en alta o situación asimilada en el momento del hecho causante.
 - 2.3. Situación de alta o asimilada al alta sin obligación de cotizar.
3. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre: modificaciones de requisitos relativos a los sujetos causantes y a los beneficiarios.

Capítulo Cuarto

Determinación de la cuantía de las prestaciones de viudedad

1. Presentación y breve panorámica histórica del régimen jurídico de la pensión de viudedad. Normativa aplicable y las reformas operadas sobre la misma.
2. Las prestaciones en materia de viudedad: determinación de su cuantía.
 - 2.1. Pensión de viudedad
 - 2.1.1. Forma de determinación de la base reguladora
 - a) *Regla general: determinación de la base reguladora cuando el trabajador fuese trabajador en activo y tanto se hallase en alta o situación asimilada como no se hallase en alta o situación asimilada y el fallecimiento fuese debido contingencias comunes.*
 - b) *Base reguladora cuando el causante fuera pensionista de jubilación o incapacidad permanente.*
 - c) *Cálculo de la base reguladora en situaciones de pluriempleo y pluriactividad.*
 - d) *Base reguladora cuando el causante fallece por riesgos profesionales.*
 - e) *Base reguladora de los trabajadores a tiempo parcial*
 - f) *Supuestos especiales o excepcionales de determinación de la base reguladora.*
 - 2.1.2. Porcentajes aplicables
 - a) *Régimen común o general.*
 - b) *Régimen especial.*
 - 2.1.3. El incremento directo de la pensión cuando el fallecimiento fuera debido a accidentes de trabajo y enfermedad profesional por omisión de medidas de seguridad: el recargo de prestaciones (art. 123 LGSS).
 - 2.1.4. La cuantía de la pensión de viudedad en el supuesto de concurrencia de beneficiarios: el supuesto de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

3. Elementos que matizan la contributividad del sistema: los complementos por mínimos y el tope máximo de pensión pública como suelo y techo, respectivamente, de la protección.
4. La cuantía de la pensión en el caso de concurrencia con la pensión SOVI.
5. La indemnización especial a tanto alzado en el supuesto de fallecimiento derivado de contingencias profesionales.

Capítulo Quinto

La extinción de la pensión de viudedad. Régimen de compatibilidades. Prestaciones de Derecho Transitorio: el régimen de viudedad SOVI

I. LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD.

1. Introducción.
2. Causas de extinción.
 - 2.1. La extinción por contraer nuevo matrimonio.
 - 2.2. Por declaración en sentencia firme de culpabilidad en la muerte del causante.
 - 2.3. Por fallecimiento.
 - 2.4. Por reaparición.
 - 2.5. Por violencia de género.
3. Convivencia marital y extinción de la pensión de viudedad.
4. Nuevas causas legales de extinción: la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social.

II. RÉGIMEN DE COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.

1. Notas introductorias: el punto de partida y el mecanismo de la fijación de incompatibilidades para lograr una mejora de la pensión de viudedad.
2. La compatibilidad de la pensión de viudedad con la realización de trabajos y con la percepción de rentas derivadas del mismo.
 - 2.1. Régimen jurídico actual aplicable a todos los trabajadores del Sistema de la Seguridad Social.
 - 2.2. Las carencias del régimen jurídico actual y el benévolo tratamiento del viudo/a: posibles actuaciones.
 - 2.3. Sobre la elaboración del concepto de la dependencia económica por parte del legislador: fases.
3. Compatibilidad de la pensión de viudedad con las prestaciones periódicas, temporales o de pago único derivadas de la realización de trabajos del viudo/a beneficiario.
 - 3.1. Estudio de compatibilidad entre las distintas prestaciones económicas: estudio singular de cada prestación.
 - a) Prestaciones económicas de Incapacidad Temporal, Maternidad y Paternidad.
 - b) Prestaciones a tanto alzado vinculadas a la situación de Incapacidad Permanente.
 - c) Protección por desempleo contributivo y asistencial.
 - d) Las prestaciones o asignaciones familiares de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva y en su modalidad no contributiva.
 - e) Las prestaciones por muerte y supervivencia.
 - f) La indemnización a tanto alzado derivada de las lesiones permanentes no invalidantes.

- g) Las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como aquéllas otras materias en que se considere conveniente.
 - h) Los beneficios de la asistencia social cuando correspondan.
 - i) Las ayudas que las Comunidades Autónomas puedan establecer o fijar en beneficio de los pensionistas de viudedad residentes en su Comunidad Autónoma, creadas en el ejercicio de sus competencias.
 - j) Otras ayudas.
 - k) Otras prestaciones
- 3.2. Unas reflexiones y una toma de postura acerca del régimen jurídico de la compatibilidad de la pensión de viudedad, respecto del resto de los subsidios o prestaciones.
4. Compatibilidad de la pensión con otras pensiones.
- 4.1. Con la percepción de otra pensión de viudedad del mismo o diferente causante.
 - 4.2. Con la pensión por jubilación y/o incapacidad permanente del beneficiario.
 - 4.3. Con la percepción de las pensiones del Seguro Obrero de Vejez e Invalidez (SOVI)
4. Con las pensiones de viudedad generadas en diferentes Regímenes de la Seguridad Social: el supuesto de la pluriactividad del causante y sus límites.

III. PRESTACIONES DE DERECHO TRANSITORIO: EL RÉGIMEN DE VIUEDAD SOVI.

- 1. Introducción
 - 1.1. Antecedentes normativos y creación del SOVI.
 - 1.2. Pervivencia del SOVI.
- 2. Viudedad SOVI.
 - 2.1. Beneficiarios y requisitos.
 - 2.2. Importe, compatibilidad y efectos económicos.
 - 2.3. Extinción.

SEGUNDA PARTE: PROPUESTAS DE REFORMA DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

1. Cuestiones generales

- a) Sobre la posibilidad -constitucional- de mantener un doble sistema de protección del estado de viudez.
- b) Delimitación de la situación protegida.
- c) Necesidad de coherencia con el Sistema de Seguridad Social.

2. El nuevo modelo de protección de la viudedad aplicable a los beneficiarios nacidos con posterioridad a 1 de enero de 1967.

- 2.1. Beneficiarios. Extensión a las parejas de hecho en igualdad de condiciones.
- 2.2. Determinación de la dependencia económica en el supuesto de separación, divorcio o nulidad matrimonial.
- 2.3. La cuestión de la bigamia.

- 2.4. Ampliación del periodo de carencia.
- 2.5. La delimitación del umbral de dependencia económica.
- 2.6. Rentas computables.
- 2.7. Dinámica de la prestación.
- 2.8. Cuantía de la prestación.
- 2.9. Régimen de compatibilidad de la pensión de viudedad.
- 2.10. Régime extintivo.

INTRODUCCIÓN

El proyecto de investigación para el que se solicitó la subvención en el marco de la convocatoria FIPROS 2006, tiene por finalidad, tal y como indica su propia denominación¹ concluir en la formulación de unas propuestas dirigidas a la reformulación de la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante”, y todo ello en razón a la existencia de una nueva realidad social, muy distinta de la que existía en el momento de la configuración de su régimen jurídico esencial. A esta misma necesidad, y en el mismo sentido de recuperación del carácter de renta sustitutiva de las rentas perdidas, se refería la D.A.54ª Ley 30/2005, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006² además de a otros aspectos de reforma de la pensión de viudedad. En todo caso, al igual que prácticamente todas las últimas reformas del Sistema de Seguridad Social la citada Disposición Adicional invoca al Diálogo Social para la realización de la reforma, diálogo social que no se hizo esperar -Acuerdo para la reforma de la Pensiones de 13 de julio de 2007- recogiendo un importante elenco de futuras reformas a acometer sobre el régimen jurídico de la pensión de viudedad, reformas que, lógicamente, debían articularse a través de los correspondientes instrumentos normativo. El citado Acuerdo, a modo de orientación, señalaba un conjunto de cuestiones que cabe resumir en lo que a la recuperación del carácter de renta sustitutiva se refiere en dos extremos: por un lado, predica con carácter general esta necesidad de modo abstracto, cifrando o definiendo dicho carácter en la necesidad de que dicha pensión se reserve para aquellos supuestos en los que efectivamente existiera dependencia económica o hijos en común con derecho a pensión de orfandad y, por otro lado, se prevé una futura reformulación de la pensión de viudedad para los nacidos con posterioridad a 1-1-1967. Estas previsiones se completan con la necesidad de extender la protección a las parejas de hecho siempre que exista, entre otros requisitos, dependencia económica, así como la nueva exigencia de un periodo mínimo de matrimonio para causar derecho a la pensión de viudedad en el caso de fallecimiento por enfermedad común.

1 “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”.

2 Disposición adicional quincuagésima cuarta. *Pensión de viudedad*.

El Gobierno presentará ante el Congreso de los Diputados, previa su valoración y análisis con los agentes sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de Ley que, dentro de un contexto de reformulación global de la pensión de viudedad, dirigido a que la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante y posibilite, igualmente, el acceso a la cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes, en el momento de fallecimiento del causante.

El hecho de que los agentes sociales limitaran la futura reformulación de la pensión de viudedad a los nacidos con posterioridad a 1-1-1967, aún obedeciendo posiblemente a razones de carácter político, no resulta tampoco extraño desde las perspectivas sociológica y jurídicas. Desde la segunda, es una fecha de gran trascendencia en nuestro sistema de Seguridad Social, al ser la del inicio de su propia existencia³. Desde la primera, supone aceptar que las personas nacidas a partir de dicha fecha ya se enmarcan de forma efectiva en el tantas veces citado cambio de la realidad social y especialmente en la dimensión mas relevante de ésta a estos efectos: la incorporación de la mujer al mercado de trabajo con las consecuencias de que es perceptora de sus propias rentas derivadas del trabajo así como generadora de sus propios derechos de protección social. Tampoco hay que olvidar que en esa fecha se cifra -año arriba, año abajo- el inicio de la generación del baby-boom con las importantes consecuencias que sobre el sistema de pensiones va a tener el acceso a las distintas prestaciones por parte de estas generaciones. Limitando así el colectivo afectado por la reforma global es evidente que resulta mas sencillo -políticamente sobre todo- afrontar la reforma.

Estas previsiones fueron recogidas en el Proyecto de Ley de Reforma del Sistema de Seguridad Social que en Gobierno presentó a las Cortes para su tramitación. Hay que anticipar ya que dicho Proyecto, aun cuando recoge algunas de las previsiones contenidas en el citado Acuerdo, quedó francamente mermado limitándose recoger sus aspecto mas sencillos, en términos políticos y sindicales, pues si bien recoge algunas de los recortes previstos en el Acuerdo -la exigencia de dos años de matrimonio cuando el fallecimiento deriva de enfermedad común- y muchas de las extensiones previstas -la ampliación del concepto de beneficiario a los integrantes de parejas de hecho- deja sin embargo fuera del mismo la cuestión esencial de la reformulación de la pensión de viudedad para que recupere su carácter de renta sustitutiva de las rentas dejadas de percibir por el fallecimiento del causante. Es cierto que introduce la dependencia económica en algunos supuestos puntuales (parejas de hecho y ex-cónyuges) pero deja incólume, en esencia, con algunas reformas mínimas, el régimen jurídico de la pensión de viudedad tal y como existe en la actualidad. Ninguna referencia hay en el Proyecto de Ley tampoco -quizá no es el lugar pero también era peculiar el contenido de la citada D.A.54ª LPGE/2006- al futuro establecimiento de un régimen diferente para los nacidos con posterioridad a 1-1-1967: ello no lo excluye, pero es una lástima que no se haya abordado de una vez por todas -aunque el resultado hubiera podido ser el mismo estableciendo como régimen transitorio el vigente con las modificaciones puntuales que hubieran sido precisas para los nacidos con anterioridad a dicha fecha- una reforma completa que evite la legislación desbordada y desbordante que, en todo el campo de la Seguridad Social pero especialmente en materia de viudedad, estamos padeciendo.

3 Como es sobradamente conocido, la Ley de Seguridad Social de 1966 por la que se aprobó el Texto Articulado de la Ley de Bases de 1966 entró en vigor el 1-1-1967 significando la total defunción del anterior sistema de seguros sociales.

El citado Proyecto de Ley ha sido finalmente aprobado como Ley 40/2007, de 4 de diciembre y recoge un nuevo recordatorio de una futura reforma de la pensión de viudedad, "integral" la denomina la Disposición Adicional Vigésima Quinta de la citada Ley, para lo que el Gobierno elaborará un estudio siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo. Pese a que la Ley 40/2007 no contiene ninguna referencia a la limitación de la reforma a un colectivo concreto -pues dicha limitación procede del Acuerdo Social del año 2007- no parece que la reforma vaya a caminar por otro sendero distinto. Las reformas de Seguridad Social, en el marco de la Recomendaciones del Pacto de Toledo, deben contar con el máximo respaldo social y político y no parece que ningún Gobierno pueda afrontar una reforma sin ese apoyo que claramente circunscribió la reforma a los nacidos con posterioridad a 1-1-1967. No son razones jurídicas sino sociales y políticas lo que van a determinar que la reforma se limite a los beneficiarios futuros (y aún previsiblemente lejanos). En definitiva, que el encargo que asumió este equipo de investigación continúa siendo necesario no obstante la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, pues, en definitiva, la **reforma global** de la prestación no ha sido acometida. De hecho, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre prevé de nuevo la elaboración de un estudio por el Gobierno que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad, sin que en este caso dicha reforma se restrinja a los nacidos con posterioridad a 1-1-1967.

El esquema con el que hemos abordado este trabajo ha partido del análisis jurídico de la pensión de viudedad en los aspectos mas relevantes del mismo, tanto en sus distintos textos normativos como en su aplicación jurisprudencial: no en balde buena parte de la desfiguración de la naturaleza de la pensión de viudedad tiene su origen en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional adecuando una regulación discriminatoria a los mandatos constitucionales, amén de los importantes problemas que la jurisprudencia ordinaria ha tenido que afrontar en la aplicación de unas normas no siempre claras e incluso en algunos casos claramente farragosas. Con este primer análisis jurídico -precedido de un breve aporte estadístico- pretendemos -aún conscientes de que existen muchos otros trabajos sobre la materia de excelente calidad- detectar las posibles disfuncionalidades que pudiera haber en el régimen vigente de cara a su subsanación, para concluir en la propuesta de un nuevo sistema de protección de la viudedad mas acorde a los nuevos tiempos y que, partiendo de la una previa definición de la situación de necesidad, resulte coherente con el sistema de Seguridad Social. Este nuevo sistema parte de la premisa de su limitación a los nacidos con posterioridad a 1-1-1967 en la idea de que ese es el propósito de los agentes sociales y dado que ninguna reforma en materia de Seguridad social parece viable sin el previo acuerdo de aquéllos. El hecho de que la Ley 40/2007, de 4 de diciembre no haga referencia a esta limitación cuando se refiere a la futura reforma integral no contradice lo anterior pues nada impide que el legislador pueda limitar la reforma al colectivo que estime conveniente si, como así ocurre en el presente caso, existen razones objetivas y razonables, ajenas a todo móvil discriminatorio, que justifican esta limitación y alejan cualquier tacha de discriminación que pudiera imputarse.

El esquema es el siguiente:

.- Capítulo Primero: "Un breve aporte estadístico: La realidad de la pensión de viudedad desde sus beneficiarios y sus cuantías".

.- Capítulo Segundo: "La pensión de viudedad en su dimensión histórica. El progresivo camino en la mutación de la naturaleza jurídica de la prestación. De las primeras sentencias del Tribunal Constitucional a la modificación del régimen jurídico extintivo.

.- Capítulo Tercero: "Sujetos causante y beneficiarios: requisitos".

.- Capítulo Cuarto: "La cuantía de la pensión de viudedad: los sistemas de determinación de la cuantía de la pensión.

.- Capítulo Quinto: "La extinción de la pensión de viudedad. Régimen de compatibilidades".

.- Conclusiones/Propuestas

Castellón, a 6 de diciembre de 2007.

PRIMERA PARTE

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL

Capítulo Primero

“Un breve aporte estadístico: La realidad de la pensión de viudedad desde sus beneficiarios y sus cuantías. Una breve presentación de la nueva sociedad española: algunos fenómenos relevantes a estos efectos”

1. Un breve aporte estadístico. La realidad de la pensión de viudedad actual desde sus beneficiarios y sus cuantías.

Los datos que se presentan a continuación pretenden únicamente situar la pensión de viudedad en la realidad actual (en general, los datos disponibles lo son a Agosto/septiembre de 2007, aunque en algunos casos son anteriores). Tienen, por tanto, una finalidad muy limitada desde la perspectiva de este trabajo que pretende presentar una propuesta de reforma global de la pensión de viudedad y además, y por las razones antes expuestas, circunscrita al colectivo de nacidos con posterioridad a 1-1-1967 pues el equipo investigador carece de datos estadísticos fiables sobre dicho colectivo, mas allá de la percepción inmediata, al igual que cualquier observador de la sociedad, de algunos fenómenos sociales que han determinado un cambio profundo de la sociedad española y que demanda, por tanto, una actualización de las instituciones jurídicas previstas para una realidad social inexistente.

Como se desprende de la tabla nº 1, existe un elevado **número de pensionistas de viudedad** en nuestro sistema, pues el total de pensiones de viudedad (2.228.822) equivale, en términos porcentuales, a un 26,87% (el total de pensiones del sistema a 1-9-2007 es de 8.293.915), es decir, constituye un porcentaje considerable. Si atendemos a cuestiones de género (Tabla nº 2) un 93,26% de dichas pensiones son percibidas por mujeres y sólo un 6,74% las perciben varones lo que puede ser debido, bien que las mujeres no han llegado a realizar actividad profesional (teniendo en cuenta que la carencia exigida cuando el causante se encuentra en situación de alta o asimilada es muy escasa: 500 días dentro de un periodo de 5 años cuando deriva de enfermedad común) o bien que los viudos incurren en alguna causa de extinción de la pensión de viudedad una vez causada dado su carácter vitalicio, singularmente a que contraen nuevo matrimonio. Carecemos de datos estadísticos relativos a los supuestos de extinción de la pensión de viudedad por nuevo matrimonio sin perjuicio de lo que con posterioridad se señalará (vid. infra). En términos macroeconómicos, las pensiones de viudedad suponen para el año 2007 el 19% del gasto en pensiones del sistema según se desprende de la tabla nº 3, lo que significa un total de 15.641 millones de euros.

Tabla nº 1: Nº pensiones de viudedad y pensión media por Regímenes (1-8-2007)⁴

Regímenes	Número	Pensión Media
General	1.343.938	559,31
Trabajadores Autónomos	274.764	381,15
Agrario cuenta ajena	206.101	398,63
Agrario cuenta propia	202.700	347,32
Trabajadores del Mar	45.274	496,80
Minería del Carbón	23.855	638,17
Empleados de Hogar	9.606	265,71
Accidentes de Trabajo	63.015	627,73
Enfermedades profesionales	16.573	674,04
SOVI	42.996	281,78
TOTAL SISTEMA	2.228.822	498,95

Tabla nº 2: Número y cuantía de pensiones de viudedad por género y régimen

Regímenes	Hombres		Mujeres		No Consta	
	Número	P. media	Número	P. Media	Nº	P. Media
General	70.758	497,21	1.273.136	562,77	44	554,31
Autónomos	23.691	315,10	251.058	387,38	15	404,51
Agrario ajena	13.905	300,84	192.189	405,71	7	393,53
Agrario propia	26.358	269,30	176.337	358,98	5	461,19
T. Mar	1093	435,93	44.178	498,31	3	494,23
M. Carbón	356	675,14	23.494	637,60	2	699,53
E. Hogar	8.907	261,49	699	319,47	-	-
Accidentes de Trabajo	3.091	684,37	59.920	624,80	4	810,90
E. Profesionales	246	621,22	16.327	674,83	-	-
SOVI	1.716	206,28	41.278	284,92	2	338,84
TOTAL	150.124	396,65	2.078.616	506,32	82	516,11

En este sentido pueden ser interesantes los datos relativos al número de mujeres pensionistas de jubilación o incapacidad permanente, puesto que, como

⁴ Todas las tablas, salvo que se indique lo contrario son de elaboración propia a partir de los datos y tablas disponibles en el servidor Web de la Seguridad Social (<http://www.seg-social.es/inicio>)

se señalará a continuación, la mayoría de pensionistas de viudedad son mayores de 65 años por lo que, presuponiendo que los causantes son de edad similar o cercana a los beneficiarios, el dato del porcentaje de posibles causantes pensionistas mujeres pueda dar una idea aproximada, si bien con dos matizaciones: la posibilidad de la extinción de la pensión por nuevo matrimonio y la mayor esperanza de vida de las mujeres. Es decir, las pensionistas de jubilación e incapacidad permanente, si están casadas (no solteras ni viudas) serán causantes de futuras pensiones de viudedad en favor de sus cónyuges.

PENSIONES EN VIGOR A 1 DE AGOSTO DE 2007														
NÚMERO Y CUANTÍA POR GÉNERO, RÉGIMEN Y CLASE														
Regímenes	Incapacidad permanente						Jubilación							
	Hombres		Mujeres		No consta		Hombres		Mujeres		No consta			
	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.	Núm.	P.Med.
General	369.184	908,72	171.470	766,15	12	490,77	2.074.318	1022,21	618.798	733,25	81	678,53		
Autónomos	66.074	582,06	32.587	497,86	8	531,10	361.201	626,04	267.095	461,97	62	556,31		
Agrario ajena	38.593	462,94	28.457	407,23			240.931	534,04	110.140	444,78	8	411,69		
Agrario propia	18.542	427,44	11.904	392,52			267.531	520,72	251.290	437,13	13	466,51		
T. del mar	8.592	738,10	941	524,92			66.705	966,53	3.563	537,45	3	227,97		
M. del carbón	4.341	1.182,93	37	1.138,02	2	844,31	38.698	1601,08	883	1.047,54	2	1.078,92		
E. de hogar	388	430,64	14.068	418,56	2	435,51	3.006	448,52	160.809	435,70				
A. de trabajo	72.940	924,18	8.827	792,54	3	764,99	39.578	728,79	4.125	662,55	1	92,07		
E. profesionales	10.730	1.098,42	3.066	722,73	2	518,86	11.741	1482,87	478	888,72				
Sovi	2.100	317,30	30.573	325,25	1	218,76	62.658	319,56	295.679	323,16	24	328,25		
Total sistema	690.484	831,04	301.730	627,31	30	541,64	3.156.367	887,74	1.712.460	629,80	194	565,04		

Tabla nº 3. Presupuesto de gastos de la Seguridad Social para el año 2007⁵.

Cuadro 17		
PRESUPUESTO DE GASTOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA EL AÑO 2007		
DESGLOSE DEL CRÉDITO DE PENSIONES POR CLASES Y MODALIDAD DE PENSIÓN		
CLASE Y MODALIDAD DE PENSIÓN	Millones de euros	% de participac.
INVALIDEZ	10.377	12,6
- Contributivas	9.467	11,5
- No contributivas	910	1,1
JUBILACION	54.729	66,7
- Contributivas	53.667	65,4
- No contributivas	1.062	1,3
VIUEDAD	15.641	19,0
ORFANDAD	1.114	1,4
EN FAVOR DE FAMILIARES	214	0,3
TOTAL CRÉDITO DE PENSIONES PARA EL AÑO 2007	82.075	100,0

El importe total de las pensiones no contributivas no incluye 141 millones de euros correspondientes al País Vasco (111 millones) y Navarra (30 millones), que figuran como transferencias al Estado dentro del Área de Prestaciones Económicas. Considerando el citado importe el montante total de las PNCs asciende a 2.113 millones de euros.

Por **tramos de edad** (Tabla nº 4), sólo 44.984 corresponden a viudos/as menores de 45 años, lo que equivale a un 2,01% del total de pensiones de viudedad; 377.465 a menores de 65 años (16,91%); 522.577 son pensionistas entre 65 y 74 años (23,42%) situándose el mayor colectivo de viudos/as en los mayores de 75 años con 1.613.504 de pensiones (72,31%) lo que da idea,

5 Tabla extraída de los Presupuestos de la Seguridad Social para el año 2007 que se puede descargar de la página web www.mtas.es, en la sección de Estadísticas.

además, de la importante esperanza de vida de los nuestros mayores. Es por ello que realmente el dato de la edad media de nuestros pensionistas que refleja la tabla 4 se encuentra desvirtuado por el hecho de que existan pensionistas, aunque en cuantía escasa, muy jóvenes. Los pensionistas de viudedad son, en su mayor parte, mayores de 75 años e incluso podríamos decir, que un colectivo muy importante son mayores de 80 años (862.480; en términos porcentuales, el 38,65%).

Tabla nº 4: Número y cuantía de pensiones de viudedad en vigor por edad y género (Septiembre 2007)

Grupos de edad	Hombres		Mujeres		No consta		TOTAL	
	Número	P. Media	Número	P. Media	Número	P. Media	Número	P. Media
15-19	2	344,44	6	644,30	-	-	8	569,33
20-24	24	459,94	137	529,84	-	-	161	519,42
25-29	152	461,02	1.080	538,34	-	-	1.232	528,80
30-34	414	489,45	3.992	553,02	-	-	4.406	547,05
35-39	1.299	508,34	10.935	544,84	-	-	12.234	540,97
40-44	3.265	495,95	23.677	554,25	1	596,62	26.943	547,19
45-49	6.369	512,33	39.677	569,39	-	-	46.046	561,50
50-54	9.276	532,62	60.208	581,97	1	400,82	69.485	575,38
55-59	11.473	520,28	93.946	577,73	-	-	105.419	571,48
60-64	12.635	493,57	143.877	578,18	3	833,54	156.515	571,36
65-69	11.977	428,44	181.442	553,18	3	596,51	193.422	545,46
70-74	18.119	383,84	311.028	530,08	8	425,62	329.155	522,03
75-79	22.996	357,31	398.863	509,45	10	490,26	421.869	501,16
80-84	24.407	331,80	396.234	480,54	14	544,50	420.655	471,91
>85	27.920	297,30	413.896	429,18	9	530,67	441.825	420,84
No consta	71	503,41	1.688	460,55	25	458,68	1.784	462,23
TOTAL	150.399	397,02	2.080.686	506,71	74	506,23	2.231.159	499,31
EDAD MEDIA	72 años		75 años		77 años		75 años	

Desde la perspectiva de la **cuantía**, en general, la pensión cobrada por la mujeres es superior a la cobrada por los varones (vid. Tabla nº 5, columna M-H) acentuándose esta tendencia respecto de los beneficiarios a partir de 65 años. Este fenómeno puede ser debido al hecho sobradamente conocido de la menor retribución del trabajo femenino, ya porque se refiera a trabajos con menor categoría profesional, ya porque se trate de trabajo a tiempo parcial. El hecho de que la diferencia se incremente a mayor edad de los beneficiarios podría ser debido, aunque carecemos de datos sobre el particular, a la circunstancia de que la causante sea ya pensionista de jubilación por lo que, al utilizarse como base reguladora de la pensión de viudedad la base reguladora de la pensión de jubilación y tomarse para el cálculo de ésta un periodo de referencia muy elevado (15 años), esta es muy inferior a la base reguladora de los pensionistas de jubilación varones dada la incidencia que la atención de la familia tiene sobre

la carrera del seguro de las mujeres existiendo en mayor medida que en los varones lagunas de cotización que se integran con la base mínima de cotización para mayores de 18 años. Como se ve, en general, las pensiones son inferiores, tanto para hombres como para mujeres a mayor edad, lo que puede ser debido, además de al fenómeno señalado de que a tal edad del beneficiario también el causante es ya mayor y por tanto la pensión se causa desde la situación de pensionista -con el efecto señalado respecto de la base regulada-, como a la menor cuantía de la cotización en su momento, del quien es luego pensionista.

Tabla nº 5: Número y cuantía de pensiones de viudedad en vigor por edad y género (Septiembre 2007)

Grupos de edad	Hombres		Mujeres		M-H	No consta		TOTAL	
	Número	P. Media	Número	P. Media	Total ⁶	Número	P. Media	Número	P. Media
15-19	2	344,44	6	644,30	299,86	-	-	8	569,33
20-24	24	459,94	137	529,84	69,9	-	-	161	519,42
25-29	152	461,02	1.080	538,34	77,32	-	-	1.232	528,80
30-34	414	489,45	3.992	553,02	63,57	-	-	4.406	547,05
35-39	1.299	508,34	10.935	544,84	36,5	-	-	12.234	540,97
40-44	3.265	495,95	23.677	554,25	58,3	1	596,62	26.943	547,19
45-49	6.369	512,33	39.677	569,39	57,06	-	-	46.046	561,50
50-54	9.276	532,62	60.208	581,97	49,35	1	400,82	69.485	575,38
55-59	11.473	520,28	93.946	577,73	57,45	-	-	105.419	571,48
60-64	12.635	493,57	143.877	578,18	84,61	3	833,54	156.515	571,36
65-69	11.977	428,44	181.442	553,18	124,74	3	596,51	193.422	545,46
70-74	18.119	383,84	311.028	530,08	146,24	8	425,62	329.155	522,03
75-79	22.996	357,31	398.863	509,45	152,14	10	490,26	421.869	501,16
80-84	24.407	331,80	396.234	480,54	148,74	14	544,50	420.655	471,91
>85	27.920	297,30	413.896	429,18	131,88	9	530,67	441.825	420,84
No consta	71	503,41	1.688	460,55	42,85	25	458,68	1.784	462,23
TOTAL	150.399	397,02	2.080.686	506,71	109,69	74	506,23	2.231.159	499,31
EDAD MEDIA	72 años		75 años			77 años		75 años	

Los **complementos por mínimos** cumplen una importante función de mejora de las pensiones del Sistema y concretamente, juegan un papel fundamental en las pensiones de viudedad, como se desprende de las tablas nº 6 y 7. El 33,23 % de la pensiones de viudedad del sistema cuenta, a 1 de agosto de 2007, con la garantía del complemento por mínimos. Este dato, además, ha de matizarse porque, como se explica con posterioridad, la reforma (parcial) operada a partir del año 2001 y completada en el año 2003 sobre el porcentaje aplicable para la determinación de la cuantía de la pensión de viudedad elevando,

6 Recoge la diferencia de pensión entre los hombres y las mujeres, donde M es mujeres y H es hombres. La cantidad refleja en euros la cantidad en que es superior la pensión de las mujeres.

progresivamente, del anterior 46% al actual 52%, ampliable hasta un excepcional 70% en determinados supuestos, pudo determinar un trasvase de cuantías, es decir, que el pensionista pasara a percibir la misma cuantía de la pensión pero con diferente naturaleza jurídica. Aunque no existen datos explícitos sobre cuales fueran realmente esas consecuencias, la tabla que se reproduce a continuación⁷ pone de manifiesto el importante incremento cuantitativo operado en las pensiones de viudedad en el periodo afectado por la reforma. Hay que tener en cuenta que aunque la ampliación progresiva del porcentaje ordinario se realizó en varias fases, el porcentaje extraordinario del 70% fue ya introducido por el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, iniciando sus efectos por tanto, a partir del 1-1-2002. Esta misma norma es la que inicia la fase de ampliación ordinaria que se cifra en el 46% (efectos de 1-1-2002); 48% (efectos 1-1-2003⁸); 52% (efectos 1-1-2004⁹).

PENSIONES CONTRIBUTIVAS DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL	PEN-11. Importe medio de las pensiones de viudedad, por régimen.							
	Media anual En euros/mes		VARIACIONES SOBRE EL AÑO ANTERIOR					
	VALORES ABSOLUTOS		Absolutas				Relativas	
	En euros		En euros		En porcentaje			
	2003	2004	2002	2003	2004	2002	2003	2004
TOTAL	395,83	432,09	18,77	28,22	36,26	5,4	7,7	9,2
Régimen General	444,33	488,41	22,04	33,45	44,08	5,7	8,1	9,9
R. E. Minería del Carbón	484,42	542,15	27,11	42,75	57,73	6,5	9,7	11,9
R. E. Agrario cuenta ajena	330,37	345,58	10,14	15,15	15,21	3,3	4,8	4,6
R. E. Agrario cuenta propia	283,44	301,21	9,68	15,45	17,77	3,7	5,8	6,3
R. E. Empleados de Hogar	223,37	244,75	8,64	14,99	21,38	4,3	7,2	9,6
R. E. Trabajadores Autónomos	310,52	333,12	12,06	17,43	22,60	4,3	5,9	7,3
R. E. Trabajadores del Mar	398,33	432,18	17,55	27,16	33,85	5,0	7,3	8,5
Acc. de Trabajo y Enfer. Profesionales	498,16	549,71	26,96	40,17	51,55	6,3	8,8	10,3
S.O.V.I.	222,01	236,60	9,72	12,73	14,59	4,9	6,1	6,6

La tabla siguiente¹⁰ recoge el importe de las pensiones de viudedad, según clase y concepto, por regímenes, desglosado por conceptos, lo que da idea de la importancia del peso de los complementos por mínimos (los datos corresponden a la media anual 2004).

7 Tabla extraída del "Anuario de Estadísticas Laborales y de Asuntos Sociales 2004", que se puede consultar y descargar de www.mtas.es

8 RD 1425/2002, de 27 de diciembre, de Revalorización de Pensiones para el ejercicio 2003

9 Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre, de Mejora de las pensiones de viudedad.

10 Tabla extraída del "Anuario de Estadísticas Laborales y de Asuntos Sociales 2004", que se puede consultar y descargar de www.mtas.es

**PENSIONES CONTRIBUTIVAS DEL SISTEMA
DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

PEN-20. Concl.
**Importe de las pensiones, según
clase y concepto, por régimen (1).**

Media anual 2004
En porcentaje sobre el importe total de la pensión

	VIUDEDAD			ORFANDAD Y FAVOR FAMILIAR		
	Pensión inicial	Revalorización y mejoras	Complemento por mínimo	Pensión inicial	Revalorización y mejoras	Complemento por mínimo
TOTAL	41,4	46,4	12,2	48,1	41,6	10,3
Régimen General	46,0	46,4	7,6	52,9	40,0	7,1
R.E. Minería del Carbón	38,8	56,2	5,0	41,2	55,0	3,8
R. E. Agrario cuenta ajena	22,9	43,9	33,2	22,9	52,8	24,3
R. E. Agrario cuenta propia	24,4	49,0	26,6	16,4	57,8	25,8
R. E. Empleados de Hogar	49,2	44,7	6,1	29,8	49,8	20,4
R. E. Trabajadores Autónomos	41,4	37,8	20,8	53,7	31,9	14,4
R. E. Trabajadores del Mar	37,9	49,5	12,6	41,5	47,1	11,4
Acc. de Trabajo y Enfer. Profesionales	45,1	46,6	8,3	64,6	32,7	2,7
S.O.V.I.	1,8	98,2	-	-	-	-

(1) Véase nota a este cuadro en FUENTES Y NOTAS EXPLICATIVAS.

Tabla nº 6: Pensiones de viudedad en vigor complementadas por mínimos (porcentajes). (Datos a 1-8-2007)

Regímenes	Número	% total clase
General	368.624	26,67
Trabajadores Autónomos	103.641	37,72
Agrario cuenta ajena	132.072	63,54
Agrario cuenta propia	88.911	43,45
Trabajadores del Mar	17.815	38,97
Minería del Carbón	4.979	20,31
Empleados de Hogar	859	8,94
Accidentes de Trabajo	18.236	28,94
Enfermedades profesionales	5.447	32,87
TOTAL SISTEMA	740.584	33,23

Atendiendo por regímenes, en tres de ellos el papel de los complementos por mínimos se incrementa. Los dos regímenes especiales principales por razón de actividad (trabajadores agrarios y trabajadores del mar) encuentra su explicación en la asistencialidad del régimen que se traduce sobre todo en el mantenimiento de una baja cotización, con la lógica repercusión en materia de acción protectora. Este carácter asistencializado es menor en el régimen del mar que si bien si cuenta con un sistema de cotización al que se aplican coeficientes reductores, estos coeficientes no se trasladan luego a efectos de la determinación de la base reguladora de las prestaciones. Además, la base de cotización de estos, sin perjuicio de la aplicación de los citados coeficientes, se acerca mas a la establecida en el Régimen General al establecerse administrativamente sobre los valores medios de retribución del año anterior. Con todo, hay grandes diferencias según los grupos de cotización y en general, la actividad marítimo-pesquera atraviesa un periodo de grandes dificultades económicas.

Una valoración muy diferente debe merecer el dato de que el 37,72% de las pensiones de viudedad del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos estén complementadas por mínimos. Dado que es un régimen en el que es el propio trabajador el que selecciona su base de cotización entre un mínimo y un máximo, y por tanto, por lo menos, los trabajadores están cotizando por la mínima, esa base mínima no está asegurando que los beneficiarios perciban en función de sus ingresos, lo que exige elevar las bases mínimas de cotización de autónomos o prever mecanismos alternativos que permitan corregir esta grave disfuncionalidad.

Tabla nº 7. Pensiones de viudedad complementadas por mínimos por regímenes y sexos (datos a 1-8-2007)

Regímenes	Hombres	Mujeres	No consta
General	7.411	361.202	11
Trabajadores Autónomos	2.554	101.080	7
Agrario cuenta ajena	2.782	129.285	5
Agrario cuenta propia	2.323	86.583	5
Trabajadores del Mar	235	17.579	1
Minería del Carbón	36	4.942	1
Empleados de Hogar	612	247	-
Accidentes de Trabajo	502	17.733	1
Enfermedades profesionales	82	5.365	2
TOTAL SISTEMA	16.537	724.016	31

También resulta interesante conocer los datos sobre **altas iniciales y las bajas definitivas**. La tabla nº 8 recoge estos datos predicados del mes de agosto de 2007, señalando lo que ya conocemos: la clara feminización de la pensión, la mayor cuantía de la pensión cuando el causante es varón y un dato adicional, el hecho de que existe un mayor número de altas que de bajas definitivas. Esta variable se mantiene en términos similares en todo el periodo estudiado lo que implica que el alta de pensionistas de viudedad no se ve compensado con la baja definitiva de pensionistas por este mismo concepto, fenómeno que además se ve agravado por el hecho lógico de que las altas lo son en pensiones cuantitativamente superiores.

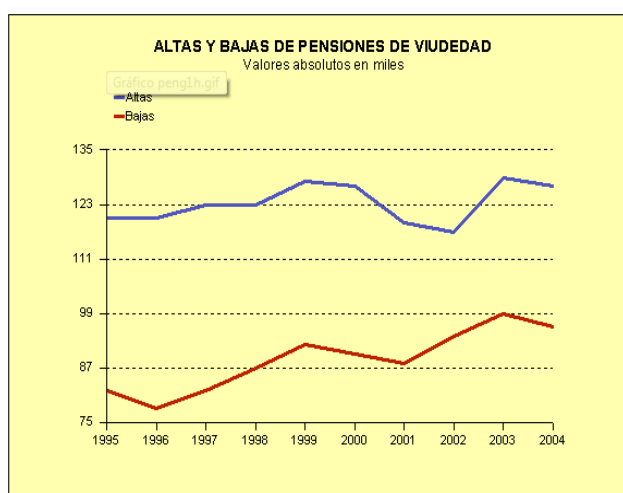
Tabla nº 8. Altas iniciales y bajas definitivas de pensiones de viudedad por sexos y clases (agosto 2007)

	Hombres		Mujeres		No consta		TOTAL	
	Número	P. Media	Número	P. Media	Número	P. Media	Número	P. Media
Altas iniciales	943	367,19	8.828	551,62	3	556,64	9.774	533,82
Bajas definitivas	621	329,55	6.770	449,33	-	-	7.391	439,27

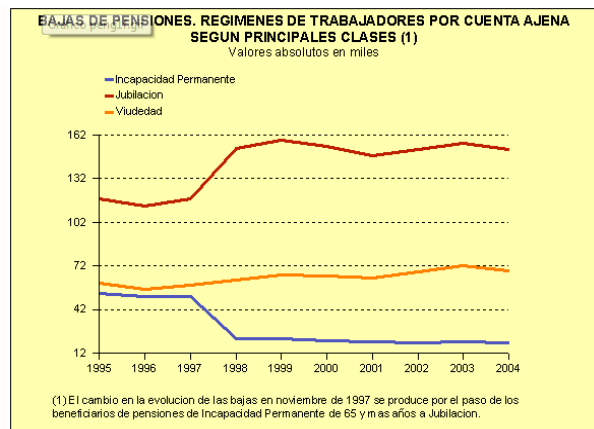
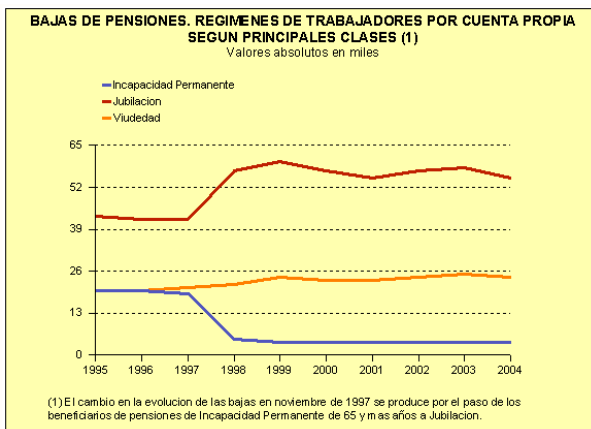
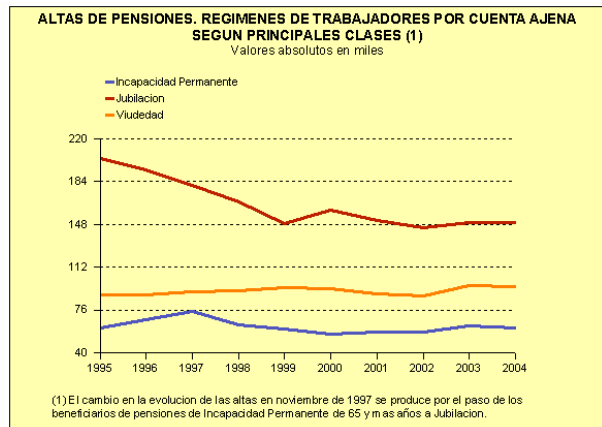
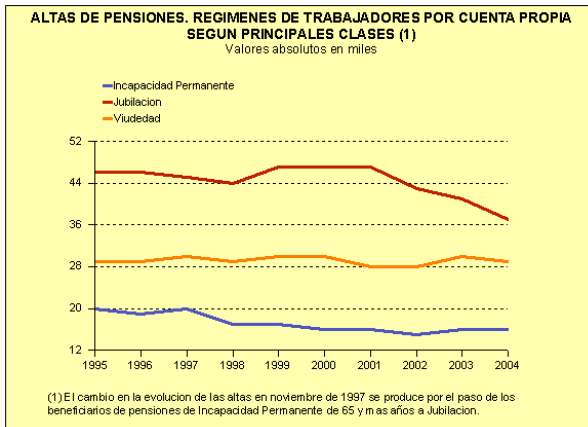
Tabla nº 9. Altas iniciales por regímenes: número y pensión media.

Altas iniciales	Número	Pensión Media
Régimen General	6.188	602,66
Régimen T. Autónomos	1.318	409,55
Agrario cuenta ajena	831	390,02
Agrario cuenta propia	871	344,68
Trabajadores Mar	158	554,15
Minería del Carbón	96	786,60
Empleados de hogar	59	252,77
Accidentes de Trabajo	80	802,41
Enfermedad Profesional	45	902,27
SOVI	128	323,99
Total Sistema	9.774	533,82

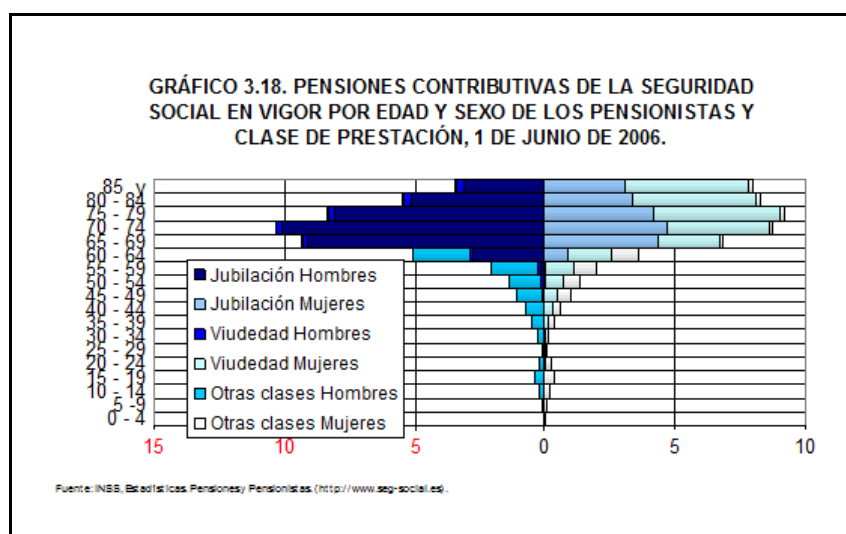
Igual horizonte se desprende si la valoración se realiza de un periodo mas largo. El gráfico¹¹ que se recoge a continuación muestra la relación de altas y bajas de pensiones de viudedad desde 1995 hasta el año 2004, y las siguientes muestran iguales variables pero no sólo de las pensiones de viudedad sino también de las pensiones de incapacidad permanente y de jubilación pues hay que tener siempre en cuenta que el fallecimiento (baja definitiva) de un pensionista de incapacidad permanente o de jubilación puede determinar el alta de un pensionista de viudedad, como de hecho así ocurre en la mayor parte de veces. No obstante, no es posible de los datos globales que recogen los gráficos abajo reproducidos valorar ese efecto de sustitución.



¹¹ Los gráficos proceden del "Anuario de Estadísticas Laborales y de Asuntos Sociales 2004", que se puede consultar y descargar de www.mtas.es.



La gráfica que se reproduce a continuación muestra, aunque correspondientes al año 2006 (junio) la presencia del tipo de pensiones según clase y edad. Resulta muy significativo el reparto de las pensiones según tipo y clase, siendo muy inferiores el número de pensiones de jubilación en las mujeres quienes son prácticamente el total de beneficiarias de las pensiones de viudedad. En todo caso, y por lo que al efecto sustitución se refiere, la tabla no nos aporta datos sobre la eventual percepción simultánea de pensiones de jubilación y/o incapacidad permanente y viudedad, ni nos permite valorar adecuadamente el efecto sustitución señalado.



Respecto de la **extinción de la pensión de viudedad**, no contamos con datos que indiquen cuando la extinción se produce por el hecho de contraer nuevo matrimonio. El único dato con los que contamos es el número de matrimonios contraídos según el estado civil de los contrayentes pero tales datos no indican si dichos viudos eran o no titulares de la pensión de viudedad. Tampoco indican, respecto de los divorciados, si alguno estaba percibiendo la pensión de viudedad. Se reproducen a continuación esos datos procedentes del Instituto de la Mujer¹².

¹² Los datos se limitan a recoger los matrimonios heterosexuales porque, como señala el Instituto de la Mujer, aunque el INE (fuente utilizada por el Instituto de la Mujer para la realización de sus tablas) proporciona también datos desde 2005 sobre los matrimonios homosexuales, no se incluyen en la tabla para mantener su continuidad.

	1982	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Esposos Total	193.319	208.129	216.451	208.057	211.522	212.300	216.149	208.146
Menos de 20 años	9.279	1.412	1.171	927	837	670	627	534
De 20 a 24	84.069	22.956	21.486	18.911	17.400	16.019	14.169	12.424
De 25 a 29	69.021	92.402	95.498	89.402	88.281	84.887	81.650	74.928
De 30 a 34	16.716	58.187	62.573	61.249	64.248	66.015	63.428	68.997
De 35 a 39	5.109	17.458	19.193	19.949	21.289	23.163	25.412	25.882
De 40 a 49	3.775	9.978	10.558	11.209	12.514	13.926	16.282	16.688
De 50 a 59	2.324	3.571	3.721	3.981	4.336	4.830	5.589	5.918
De 60 y más años	3.026	2.265	2.251	2.429	2.617	2.790	2.992	3.175
Solteros	187.755	194.363	202.179	193.342	195.630	195.034	196.740	188.709
Menos de 20 años	9.268	1.412	1.171	927	837	669	626	534
De 20 a 24	83.998	22.825	21.454	18.882	17.378	15.984	14.133	12.397
De 25 a 29	68.711	91.961	95.064	88.987	87.841	84.432	81.163	74.501
De 30 a 34	16.179	56.338	60.804	59.516	62.430	64.044	67.248	66.548
De 35 a 39	4.541	14.857	16.371	17.175	18.278	19.896	21.807	22.271
De 40 a 49	2.813	5.486	5.826	6.262	7.120	8.058	9.516	9.953
De 50 a 59	1.144	1.021	1.024	1.082	1.231	1.377	1.645	1.759
De 60 y más años	1.101	463	465	511	515	574	602	746
Viudos	3.561	1.905	1.862	1.819	1.933	2.092	2.036	1.844
Menos de 20 años	5	0	0	0	0	0	1	0
De 20 a 24	40	8	4	3	7	4	3	3
De 25 a 29	146	23	16	12	21	16	17	16
De 30 a 34	259	61	53	36	49	60	48	41
De 35 a 39	281	110	85	103	95	95	97	69
De 40 a 49	575	268	308	273	301	337	308	236
De 50 a 59	814	441	435	417	428	447	445	466
De 60 y más años	1.441	994	961	975	1.032	1.133	1.117	1.013
Divorciados	2.003	11.861	12.410	12.896	13.959	15.174	17.373	17.593
Menos de 20 años	6	0	0	0	0	1	0	0
De 20 a 24	31	23	28	26	15	31	33	24
De 25 a 29	164	418	418	403	419	439	470	411
De 30 a 34	278	1.788	1.716	1.697	1.769	1.911	2.132	2.008
De 35 a 39	287	2.491	2.737	2.671	2.916	3.172	3.508	3.542
De 40 a 49	387	4.224	4.424	4.674	5.093	5.531	6.458	6.499
De 50 a 59	366	2.109	2.262	2.482	2.677	3.006	3.499	3.693
De 60 y más años	484	808	825	943	1.070	1.083	1.273	1.416

Como se desprende de lo anterior, sólo en el 0.88% de los matrimonios contraídos el año 2005, el varón era viudo. Este porcentaje es aún mas reducido en el caso de las mujeres, un escaso 0.51%. Con todo, este dato nos proporciona una información muy relativa pues esos porcentajes lo son respecto del número de matrimonios contraídos (208.146) pero no están proyectados respecto del número de pensionistas de viudedad pues, como ya se hemos señalado, el dato no señala si esos viudos son titulares de pensión de viudedad. En la hipótesis mas verosímil de que las mujeres sí fueran pensionistas de viudedad, y teniendo en cuenta que, para el año 2004 había un total de 2.136.300 pensionistas de viudedad mujeres¹³, el porcentaje sería 0.05%.

13 Tabla PEN-1 (Pensiones, según clase por sexo) extraída del Anuario Estadísticas Laborales y de asuntos Sociales 2004" que se puede descargar en:
<http://www.mtas.es/estadisticas/ANUARIO2004/welcome.htm>

Esposas Total	193.319	208.129	216.451	208.057	211.522	212.300	216.149	208.146
Menos de 20 años	34.970	5.619	4.743	3.908	3.257	2.897	2.754	2.463
De 20 a 24	103.570	46.081	44.694	39.415	36.913	34.086	31.039	27.386
De 25 a 29	36.575	37.804	103.421	98.779	99.837	97.843	96.225	90.353
De 30 a 34	8.372	38.179	41.464	42.359	45.707	48.796	52.832	53.802
De 35 a 39	3.124	11.077	12.244	12.868	13.922	15.396	17.562	17.561
De 40 a 49	2.780	6.546	7.014	7.711	8.479	9.666	11.706	12.258
De 50 a 59	2.156	1.966	2.063	2.228	2.458	2.685	3.174	3.310
De 60 y más años	1.772	857	808	789	949	931	857	1.013
Solteras	190.431	196.943	204.864	196.096	198.295	197.969	199.376	191.231
Menos de 20 años	34.961	5.617	4.742	3.904	3.256	2.896	2.752	2.461
De 20 a 24	103.468	45.936	44.563	39.302	36.775	33.909	30.862	27.229
De 25 a 29	36.258	96.648	102.286	97.716	98.726	96.635	94.896	89.018
De 30 a 34	8.059	35.535	38.891	39.747	42.950	45.722	49.423	50.534
De 35 a 39	2.885	8.645	9.625	10.146	10.958	12.161	13.554	13.695
De 40 a 49	2.237	3.442	3.648	4.074	4.408	5.267	6.358	6.704
De 50 a 59	1.461	771	780	858	870	1.022	1.193	1.203
De 60 y más años	1.102	349	329	349	352	357	338	387
Viudas	1.933	1.093	963	970	1.092	1.152	1.195	1.069
Menos de 20 años	7	0	1	0	0	0	0	0
De 20 a 24	54	12	8	6	10	4	5	8
De 25 a 29	158	67	35	33	38	49	56	44
De 30 a 34	161	131	88	100	100	96	113	79
De 35 a 39	155	135	120	126	130	163	165	133
De 40 a 49	339	224	232	256	242	316	357	320
De 50 a 59	505	244	215	217	255	235	272	236
De 60 y más años	554	280	264	232	317	289	227	249
Divorciadas	955	10.093	10.624	10.991	12.135	13.179	15.578	15.846
Menos de 20 años	2	2	0	4	1	1	2	2
De 20 a 24	48	133	123	107	128	173	172	149
De 25 a 29	159	1.089	1.100	1.030	1.073	1.159	1.273	1.291
De 30 a 34	152	2.513	2.485	2.512	2.657	2.978	3.296	3.189
De 35 a 39	84	2.297	2.499	2.596	2.834	3.072	3.843	3.733
De 40 a 49	204	2.880	3.134	3.381	3.829	4.083	4.991	5.234
De 50 a 59	190	951	1.068	1.153	1.333	1.428	1.709	1.871
De 60 y más años	116	228	215	208	280	285	292	377

FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del Movimiento Natural de la Población. INE
Nota: A partir de 2005, el INE presenta datos de matrimonios entre personas del mismo sexo, que no se incluyen en esta tabla para mantener la continuidad de la misma.

Desde la perspectiva de la estructura del hogar (Fuente: Imserso), se confirma el dato de que las mujeres viudas en general, no contraen nuevo matrimonio pues en un número muy elevado (en términos relativos, un 15,35%) son mujeres mayores de 65 años que viven solas y sin embargo, ese porcentaje escasamente llega a un 4,64% en el caso de hombres mayores de 65 años . La tabla no informa sobre las causas de esa soledad (solteros, viudos, divorciados) y tampoco implica que todos los viudos/as vivan solos pues en cualquiera de las otras formas de convivencia podrían incardinarse viudos, pero da una idea aproximada.

Indicadores de Portal Mayores		http://www.imsermayores.csic.es						
Formas de convivencia de la población mayor por grupos de edad, 2001								
Estructura del hogar	Total	65-69	70-74	75-79	80-84	85-89	90 y más	
Total	6.796.936	2.071.921	1.823.131	1.410.131	841.808	446.662	203.383	
Una mujer de 65 o más años	1.043.471	173.882	240.495	266.881	202.742	114.448	45.033	
Un hombre de 65 o más años	316.466	82.761	79.100	68.203	45.521	26.838	13.043	
Una mujer adulta con uno o más menores	4.264	1.495	1.293	832	363	163	78	
Un hombre adulto con uno o más menores	1.236	495	356	215	92	57	21	
Dos adultos, uno al menos de 65 años o más, sin menores	2.886.836	861.726	850.785	645.636	332.194	142.715	52.780	
Dos adultos y un menor	32.450	12.923	9.706	5.639	2.622	1.094	466	
Dos adultos y dos menores	8.821	3.344	2.670	1.612	756	307	132	
Dos adultos y tres o más menores	1.509	597	462	261	117	52	20	
Dos adultos de 35 años o más, uno de 16 a 34 años, sin menores	497.679	289.440	132.148	45.271	17.160	9.154	4.506	
Dos adultos de 35 años o más, uno de 16 a 34 años y un menor	29.664	13.943	8.314	4.168	1.940	888	411	
Dos adultos de 35 años o más, uno de 16 a 34 años y dos o más menores	13.167	5.160	4.004	2.327	990	494	192	
Otro hogar de tres adultos, con o sin menores	842.348	230.366	237.396	182.366	101.612	56.286	34.322	
Dos adultos de 35 años o más, dos de 16 a 34 años, sin menores	135.503	89.298	26.872	8.863	5.218	3.496	1.756	
Dos adultos de 35 años o más, dos de 16 a 34 años y un menor	18.685	10.229	4.822	1.973	933	500	208	
Dos adultos de 35 años o más, dos de 16 a 34 años y dos o más menores	9.312	4.786	2.690	1.088	424	213	111	
Otro hogar de cuatro adultos, con o sin menores	485.037	151.921	124.005	88.865	57.942	38.965	23.339	
Cinco o más adultos, con o sin menores	472.508	139.455	98.023	85.931	71.162	50.972	26.965	

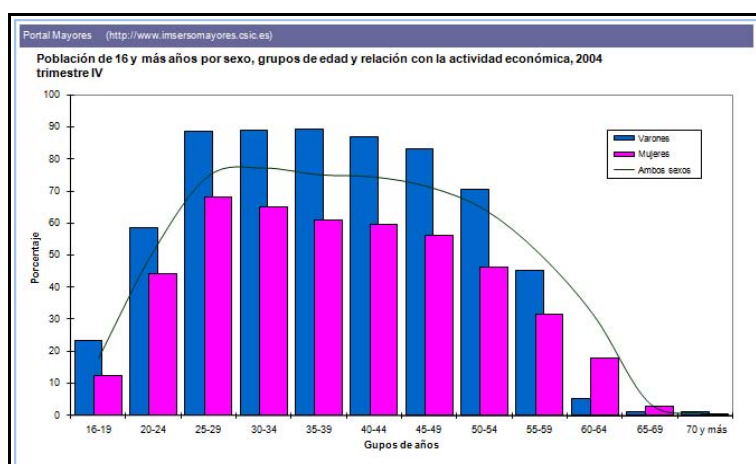
Fuente: INE. INEBASE. *Censos de Población y Viviendas 2001* Resultados definitivos. INE, 2005.

2. Una breve presentación de la nueva sociedad española: algunos fenómenos relevantes que condicionan la reforma de la pensión de viudedad.

Dijo Guasp que el Derecho mata a la sociología porque desde el momento en que toma una realidad social para regularla, necesita definirla y en esa definición, la petrifica porque necesita operar con categorías jurídicas cerradas en aras de la necesaria seguridad jurídica. Esta afirmación es especialmente válida para la pensión de viudedad. La sociedad para la que se definió este instrumento de protección social está afortunadamente muerta en muchos de sus aspectos pero, en lo que ahora interesa, y en primer lugar, en la propia definición o conformación de la unidad familiar sobre la que se proyecta la situación de viudez. La familia de naturaleza matrimonial integrada por un progenitor varón, aportante de los ingresos para el mantenimiento de la unidad familiar, y una progenitora mujer, relegada al papel de procreadora y madre de familia, con una prole de entre 3 y 5 hijos, como media, ha dado paso a múltiples variantes familiares: familias monoparentales; matrimonios heterosexuales pero también homosexuales; uniones de hecho -heterosexuales o no- y todas ellas, con una baja tasa de natalidad; divorciados; la presencia de un importante colectivo de extranjeros, con culturas distintas y regímenes matrimoniales específicos, y sobre todo, y común en prácticamente cualesquiera de esas uniones familiares, la incorporación de la mujer al trabajo, con abandono del tradicional reducto de actividad familiar en términos de exclusividad.

La mujer relegada al estricto ámbito doméstico ya no existe, por lo menos, por lo que se refiere al sector más joven de la sociedad española que se va incorporando con plena normalidad al mercado laboral, y en términos más o menos igualitarios en términos cuantitativos respecto de los varones lo que elimina el presupuesto básico sobre el que se configuró la prestación de viudedad y que sólo por cuestiones técnico-jurídicas de orden constitucional quedó anulado tanto respecto de las mujeres como respecto de los varones: la dependencia económica de la mujer respecto del marido. Las unidades familiares "bilaterales" (por oposición a las monoparentales) normalmente se nutren de los ingresos producidos por ambos progenitores -con independencia de su sexo- por lo que el fallecimiento de uno de ellos no priva al otro de sus propios ingresos y si bien sí se produce una lógica pérdida de ingresos en el total de la unidad familiar, no deja al superviviente sin medios de subsistencia al contar con las rentas de su propio trabajo. Es verdad que sobre las mujeres aún recaen las principales obligaciones en lo relativo a la crianza de los hijos y no sólo en el aspecto obvio de la maternidad biológica sino que sus obligaciones se prolongan más allá, con las obvias consecuencias negativas que para la generación de derechos propios de seguridad social conllevan: lagunas de cotización, cotización a tiempo parcial, menores carreras de cotización; pero las diferencias respecto de los varones se van atenuando y es de esperar que conforme transcurra el tiempo aún sea más equitativo el reparto de las obligaciones en el ámbito doméstico siendo igualmente interesante la previsión de mecanismos dentro del ámbito de la seguridad social dirigidos a soslayar o atenuar estas consecuencias negativas, tales como el establecimiento de ficciones de cotización respecto de esos

periodos de “suspensión” de las carreras de cotización, y la deseable modificación de las reglas para el cómputo del periodo de carencia en los supuestos de trabajo a tiempo parcial. Como se desprende de las tablas abajo reproducidas¹⁴, en la actualidad la tasa de actividad en las mujeres está siempre por debajo de la tasa de actividad de los varones, y en un porcentaje muy elevado lo es a tiempo parcial, salvo en los periodos últimos de la vida profesional, en la que la tasa de las mujeres es bastante superior a la de los varones. De hecho, hay una constante mas o menos permanente, lo que quiere decir que no se acrecienta, salvo en un porcentaje muy limitado, durante la edad de procreación de la mujer.



En el año 2004, los nacidos en el año 1967 contaban con 37 años de edad: según el gráfico anterior, la tasa de actividad de las mujeres supera por muy escaso margen el 60%, un 30% menos que los varones para el mismo tramo de edad. Las más jóvenes presentan tasas de actividad mas elevadas -especialmente en el tramo 25-29 (casi el 60%) y 30-34 (sobre el 65%), manteniéndose en ambos grupos la tasa de actividad de los varones también sobre el 90%.

14 El gráfico está extraído del IMSERSO (Portal Mayores) y la tabla sobre el tipo de jornada del Instituto de la Mujer.

POBLACIÓN OCUPADA, SEGÚN SRNADA									
Nueva Metodología. EPA-2005									
		2003	2004	2005	2006	2007			
						I Trim.	II Trim.	III Trim.	IV Trim.
Ambos sexos Datos absolutos (en miles)	TOTAL	17.559,70	18.288,10	19.314,30	20.001,80	20.069,20	20.367,30		
	Trabajadores/as por cuenta propia	3.164,80	3.246,90	3.446,20	3.524,20	3.541,70	3.578,70		
	Jornada completa	2.945,60	3.023,50	3.040,20	3.160,60	3.140,80	3.211,90		
	Jornada parcial	219,20	223,30	406,00	363,60	401,00	366,80		
	Jornada parcial por obligaciones familiares (*)	33,10	30,70						
	Asalariadas/os	14.374,60	15.022,40	15.841,60	16.466,20	16.514,50	16.779,40		
	Jornada completa	13.130,00	13.654,50	13.943,10	14.458,30	14.423,20	14.708,20		
	Jornada parcial	1.244,60	1.367,90	1.898,50	2.007,80	2.091,30	2.071,20		
	Jornada parcial por obligaciones familiares (*)	116,00	126,30						
	Otra situación	20,30	18,80	26,40	11,50	13,00	9,30		
% Mujeres	TOTAL	38,79	39,43	40,20	40,85	40,93	41,04		
	Trabajadoras por cuenta propia	30,98	31,36	31,27	31,33	31,71	31,42		
	Jornada completa	28,04	28,70	26,94	27,22	27,41	27,79		
	Jornada parcial	70,48	67,35	63,65	67,05	65,39	63,17		
	Jornada parcial por obligaciones familiares (*)	100,00	98,05						
	Asalariadas	40,51	41,15	42,14	42,89	42,92	43,09		
	Jornada completa	36,56	37,06	36,79	37,50	37,38	37,66		
	Jornada parcial	82,20	82,03	81,46	81,73	81,08	81,66		
	Jornada parcial por obligaciones familiares (*)	98,45	99,05						
	Otra situación	37,44	52,66	40,91	34,78	30,00	46,24		

FUENTE: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta
Nota: 1998-2006 (IV Trimestre)
(*) Cuidado de niños o de adultos enfermos o discapacitados.

En todo caso, que esta incorporación haya sido importante no quiere decir que no existan supuestos en los que en el reparto de tareas domésticas, y no necesariamente por la atención y crianza de los hijos, no exista aún incluso entre las personas jóvenes la opción porque uno de los miembros de la unidad familiar no realice actividad profesional. En algunos casos, es una opción explícita; en otros, deriva de circunstancias de muy variada índole que determinan que, aún deseando incorporarse al mercado de trabajo, esa posibilidad no se materialice, surgiendo nuevamente las situaciones de dependencia económica de un cónyuge o pareja respecto del otro. En otros casos, son circunstancias meramente coyunturales, especialmente situaciones de desempleo no subsidiado, bien por agotamiento de prestación económica anterior, bien por no haber reunido el periodo de carencia. Abajo se reproducen los datos actuales que recogen las distintas tasas de actividad, ocupación y paro, desglosadas por sexo¹⁵.

15 Fuente: Instituto de la Mujer. Se pueden descargar en www.mtas/mujer

		1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007			
											I Trim.	II Trim.	III Trim.	IV Trim.
Ambos sexos	TASA DE ACTIVIDAD	52,21	52,95	53,98	53,41	54,63	55,91	56,74	57,72	58,58	58,58	58,86		
	TASA DE OCUPACIÓN	42,81	44,90	46,74	47,74	48,29	49,56	50,75	52,70	53,72	53,62	54,18		
	TASA DE PARO	17,99	15,19	13,42	10,63	11,62	11,37	10,56	8,70	8,30	8,47	7,95		
Mujeres	TASA DE ACTIVIDAD	39,50	40,73	41,76	40,96	42,72	44,47	45,79	46,95	48,56	48,61	48,78		
	TASA DE OCUPACIÓN	29,21	31,64	33,55	34,71	35,79	37,54	39,13	41,50	43,05	43,08	43,66		
	TASA DE PARO	26,04	22,31	19,68	15,25	16,22	15,60	14,55	11,61	11,36	11,39	10,49		
Hombres	TASA DE ACTIVIDAD	65,66	65,88	66,88	66,55	67,16	67,92	68,19	68,95	69,00	68,93	69,33		
	TASA DE OCUPACIÓN	57,21	58,94	60,67	61,47	61,42	62,17	62,90	64,37	64,81	64,57	65,09		
	TASA DE PARO	12,86	10,53	9,29	7,62	8,54	8,46	7,76	6,64	6,06	6,32	6,10		

Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa, INE
Nota: A partir del I trimestre de 2002, y con carácter retroactivo desde el I trimestre de 2001, el INE cambia la metodología de la EPA.
Los datos de esta tabla están recalculados, pero sólo se incluye la nueva definición del parado a partir del I trimestre de 2001, por ello, sólo la tasa de ocupación puede ser comparada antes y después de esta fecha

Nota 2: 1998-2006 (IV Trimestre)

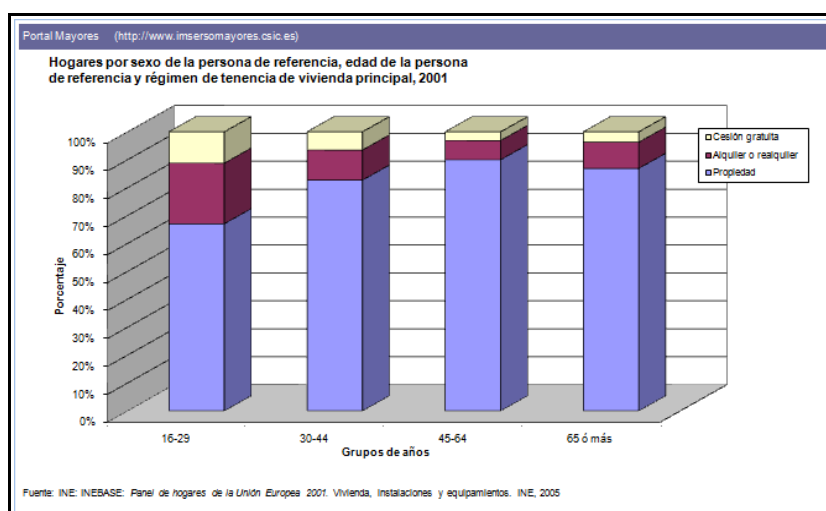
		2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007			
								I Trim.	II Trim.	III Trim.	IV Trim.
Datos absolutos: ambos sexos	TOTAL	34.246,3	34.846,0	35.434,3	36.038,3	36.652,1	37.235,5	37.428,8	37.591,9		
	Activas/os	18.292,0	19.037,2	19.811,7	20.447,5	21.155,5	21.812,4	21.925,3	22.127,3		
	Ocupadas/os	16.348,2	16.825,4	17.559,7	18.288,1	19.314,3	20.001,8	20.069,2	20.367,3		
	Paradas/os	1.943,8	2.211,8	2.252,1	2.159,4	1.841,3	1.810,6	1.856,1	1.760,0		
	Buscan 1er empleo	340,1	385,0	367,9	310,8	220,3	201,8	185,4	211,3		
	Inactivas/os	15.931,5	15.808,9	15.622,6	15.590,8	15.496,6	15.423,1	15.503,5	15.464,6		
	Pob. contada aparte										
% Mujeres	TOTAL	51,32	51,26	51,21	51,13	51,05	50,97	50,95	50,93		
	Activas	39,35	40,09	40,73	41,27	41,52	42,26	42,28	42,21		
	Ocupadas	37,32	38,00	38,79	39,43	40,20	40,85	40,93	41,04		
	Paradas	56,49	55,97	55,89	56,86	55,40	57,82	56,89	55,64		
	Buscan 1er empleo	67,92	61,66	62,98	62,03	63,32	62,98	62,78	59,49		
	Inactivas	64,50	64,72	64,50	64,07	64,05	63,30	63,21	63,41		
	Pob. contada aparte										

En definitiva, que el hecho cierto de que la mujer se haya incorporado al mercado de trabajo de forma masiva, y que esta incorporación vaya en aumento en las generaciones más jóvenes, no significa que dicha incorporación sea total o que se hayan eliminado de forma total las eventuales situaciones de dependencia económica de un cónyuge respecto de otro, tanto estructurales como coyunturales. Aún existirán supuestos en los que el fallecimiento del causante puede implicar la pérdida para esa unidad familiar de los ingresos de los que dependía y esa necesidad debe ser atendida, si bien lógicamente con independencia del sexo del eventual beneficiario de la pensión. Otra cuestión será la definición de la situación de dependencia económica cuestión que se

aborda en las Conclusiones y Propuestas finales.

Pero la sociedad actual ha cambiado en otros muchos aspectos, además del señalado, respecto de la sociedad para la que se diseñó la pensión de viudedad, lo que enlaza con la cuestión de la definición de la dependencia económica. La estructura del gasto de las unidades familiares o, mejor dicho, la función entre la proporción de la renta familiar dedicada al ahorro y al gasto se ha modificado profundamente. La renta de las unidades familiares ya no está formada exclusivamente, como antaño, y según la clásica fórmula económica, por la suma del consumo y el ahorro ($Y=D + S$), sino que a dichas variables hay que unir el endeudamiento o deuda de la unidad familiar por lo que en la actualidad más que la capacidad de ahorro, es la capacidad de endeudamiento lo que mide el nivel de consumo -presente pero especialmente futuro-, de la unidad familiar, capacidad de endeudamiento cuyo nivel se mide por los ingresos de la unidad familiar y la esperanza de vida de los integrantes de esa unidad familiar-. En definitiva, que la unidad familiar -sobre todo en los supuestos de fallecimiento "temprano"- puede tener un compromiso de gasto futuro -deuda- muy elevado en el momento del fallecimiento del causante, deuda que posiblemente será más elevada cuanto más tempranamente se produzca dicho fallecimiento. Esta realidad incide directamente sobre la cuestión de la dependencia económica pues es perfectamente posible que el superviviente realice actividad profesional de la obtenga ingresos propios -lo que según la óptica tradicional excluiría la dependencia económica presupuesto básico para el nacimiento del derecho a la prestación- pero que la deuda -a medio y corto plazo- asumida conjuntamente con el cónyuge o pareja sea totalmente inasumible con solitario.

En este sentido, es de sobre conocido que uno de los más importantes gastos a los que se enfrentan los jóvenes actuales, eventuales futuros pensionistas de viudedad, es al acceso a la vivienda, tanto en alquiler, como sobre todo, en propiedad dado que la sociedad española muestra una clara inclinación hacia la adquisición de la vivienda en régimen de propiedad, frente a otros sistemas alternativos como el alquiler.



El salvaje encarecimiento de la vivienda en los últimos años parejo al- consecuencia de- bajo precio del dinero y la generosa concesión de créditos hipotecarios que han pasado de ser de amortización a medio plazo (10-15 años) a largo (20-25) o larguísimo plazo (30 y 40 años), determina que los jóvenes actuales que han accedido o accedan a una vivienda en la actualidad todavía estarán pagándola cuando acaben su vida activa por lo que el fallecimiento de cualquiera de los miembros de la pareja, no dependiente económicamente del otro respecto de los ingresos pero sí respecto de los gastos, tiene una gran incidencia sobre su economía. A estas deudas a largo plazo hay que añadir la deuda contraída para un consumo a medio plazo, especialmente mediante prestamos de carácter personal: coche y vacaciones fundamentalmente. El sistema de Seguridad Social no puede permanecer indiferente a esta situación que afecta, si no a la definición de la situación de necesidad protegida, sí a la definición del propio requisito de la dependencia económica y debe prever mecanismos que permitan atender en alguna medida a dicha situación pero también compaginándolo con un fomento de la autorresponsabilidad tanto en la reconducción del endeudamiento, sobre todo, el relativo al consumo, como a la previsión por el propio interesado de mecanismos aseguradores ante la eventualidad del fallecimiento pues de la misma manera que nadie cuestiona que la Seguridad Social no tiene porque atender el pago de las deudas asumidas cuando el trabajador pierde su empleo, mas allá del pago de la prestación temporal de desempleo, (recuérdese que el máximo son 720 días y el porcentaje es del 60 y 70%), no parece que la situación deba ser diferente en el supuesto de fallecimiento del cónyuge o pareja. A continuación se reproducen algunos datos relativos al número de hipotecas constituidas sobre fincas urbanas, su importe y número, así como la evolución de los distintos tipos de interés.

Resumen anual de fincas hipotecadas por naturaleza de la finca, CC.AA., capital prestado y número e importe.								
Unidades: Nº/Importe (miles de euros)								
	Hasta 12.000 euros		De 12.001 a 30.000 euros		De 30.001 a 90.200 euros		Mayor de 90.200 euros	
	Número	Importe	Número	Importe	Número	Importe	Número	Importe
1994								
Viviendas								
Nacional	25.726	221.816	145.297	3.387.929	238.254	11.484.794	20.596	3.217.681
1995								
Viviendas								
Nacional	20.974	184.084	119.242	2.795.452	241.958	11.791.485	21.413	3.128.887
1996								
Viviendas								
Nacional	15.887	142.458	108.794	2.550.263	262.478	13.103.524	25.823	3.769.951
1997								
Viviendas								
Nacional	15.083	138.161	115.917	2.727.315	309.985	16.000.673	38.252	5.472.203
1998								
Viviendas								
Nacional	14.815	133.527	108.434	2.568.581	349.215	18.718.744	57.101	8.174.828
1999								
Viviendas								
Nacional	13.693	120.208	99.121	2.355.649	388.616	21.640.138	84.352	12.102.467
2000								
Viviendas								
Nacional	11.290	100.038	85.243	2.026.282	396.525	22.937.224	119.794	17.262.083
2001								
Viviendas								
Nacional	12.014	106.386	73.999	1.741.402	373.433	22.116.576	156.257	22.610.236
2002								
Viviendas								
Nacional	17.518	140.963	68.072	1.586.426	376.428	22.909.036	228.212	34.349.222
2003								
Viviendas								
Nacional	15.348	126.144	63.147	1.480.021	370.656	23.086.077	313.827	49.354.279

Resumen anual de fincas hipotecadas por naturaleza de la finca, CC.AA., interés del préstamo y número e importe.

Unidades: Nº/Importe (miles de euros)

	Hasta 14 %		De 14,1 % a 16 %		Mayor de 16 %		Sin interés y no consta	
	Número	Importe	Número	Importe	Número	Importe	Número	Importe
1994								
Viviendas								
Nacional	404.703	17.234.016	13.292	539.769	9.401	413.130	2.477	125.305
1995								
Viviendas								
Nacional	380.228	16.818.584	14.058	651.936	7.382	327.930	1.919	101.457
1996								
Viviendas								
Nacional	396.920	18.752.299	8.455	422.944	5.797	275.540	1.810	115.406
1997								
Viviendas								
Nacional	467.799	23.733.445	5.100	261.987	4.364	232.081	1.974	110.839
1998								
Viviendas								
Nacional	520.674	29.095.867	3.180	176.692	3.344	179.078	2.367	144.045
1999								
Viviendas								
Nacional	577.415	35.698.454	2.633	164.605	3.150	205.414	2.584	149.989
2000								
Viviendas								
Nacional	607.446	41.935.746	1.451	102.491	1.527	105.393	2.428	181.992
2001								
Viviendas								
Nacional	609.959	46.126.545	1.314	109.832	1.766	140.005	2.664	198.218
2002								
Viviendas								
Nacional	683.267	58.393.549	1.402	117.875	2.061	188.632	3.500	285.591
2003								
Viviendas								
Nacional	756.425	73.446.362	1.204	115.914	1.806	174.492	3.543	309.753

Resumen anual de fincas hipotecadas por CC.AA., naturaleza de la finca y número e importe.

Unidades: Nº/Importe (miles de euros)

	Viviendas	
	Número	Importe
2003		
Nacional	989.439	96.175.561
2004		
Nacional	1.107.664	122.147.451
2005		
Nacional	1.257.613	156.946.440

Tipos de interés legales, del mercado hipotecario y del mercado financiero
Unidades: %

	Tipo de interés legal (porcentaje)	Mercado interbancario/ EURIBOR / A 1 año	Mercado hipotecario/ media ponderada prestamo a mBs 3 años conjunto entidades
1990M01	9,000	9,541	..
1990M12	10,000	9,638	16,660
1991M12	10,000	9,730	15,210
1992M12	10,000	9,470	15,410
1993M12	10,000	5,883	11,730
1994M12	9,000	6,630	10,255
1995M12	9,000	5,002	11,010
1996M12	9,000	3,712	8,174
1997M12	7,500	4,077	6,255
1998M12	5,500	3,149	5,150
1999M12	4,250	3,826	4,940
2000M12	4,250	4,881	6,371
2001M12	5,500	3,298	4,852
2002M12	4,250	2,872	4,380
2003M12	4,250	2,381	3,458
2004M12	3,750	2,301	3,349
2005M12	4,000	2,783	3,404
2006M12	4,000	3,921	4,753
2007M09	5,000	4,725	5,497

La elevación de la esperanza de vida también afecta, lógicamente, a la conformación del régimen jurídico de la pensión de viudedad. Los datos disponibles (INE)¹⁶ ponen de manifiesto el archianunciado envejecimiento de la población, fenómeno especialmente relevante desde la perspectiva que ahora nos interesa de la prolongación en el mantenimiento del derecho a una pensión que, como la de viudedad, en la actualidad es vitalicia, carácter que, en principio, se propone mantener cuando concurra la situación de dependencia económica. Las tablas que se reproducen a continuación recoge, para ambos sexos dado que el sexo no incide sobre el derecho al acceso de la pensión, las proyecciones de población hasta el año 2060.

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
1 de enero											
Ambos Sexos											
15 a 19 años	2.243.534	2.223.216	2.202.426	2.179.243	2.161.040	2.150.819	2.152.669	2.172.817	2.213.188	2.266.844	2.321.382
20 a 24 años	2.657.749	2.580.872	2.517.448	2.468.745	2.431.552	2.401.089	2.375.646	2.352.525	2.329.187	2.310.820	2.300.407
25 a 29 años	3.475.614	3.362.802	3.238.710	3.110.757	2.994.784	2.892.210	2.806.150	2.738.374	2.689.474	2.652.051	2.621.339
30 a 34 años	3.905.662	3.928.341	3.913.968	3.864.499	3.780.846	3.675.571	3.554.123	3.425.958	3.298.196	3.182.360	3.079.874
35 a 39 años	3.729.301	3.800.597	3.873.664	3.942.420	4.004.244	4.046.193	4.062.049	4.044.451	3.995.150	3.911.800	3.806.920
40 a 44 años	3.548.670	3.607.910	3.660.935	3.708.591	3.759.033	3.819.118	3.885.204	3.955.506	4.023.867	4.085.353	4.127.089
45 a 49 años	3.237.842	3.317.127	3.392.337	3.468.513	3.540.674	3.599.815	3.655.112	3.706.075	3.753.462	3.803.605	3.863.307
50 a 54 años	2.794.505	2.891.727	2.990.204	3.083.153	3.170.738	3.254.634	3.330.609	3.403.892	3.479.381	3.550.920	3.609.599
55 a 59 años	2.500.595	2.536.222	2.580.193	2.631.164	2.700.902	2.787.509	2.881.343	2.977.440	3.069.063	3.155.438	3.238.251
60 a 64 años	2.298.618	2.352.769	2.394.499	2.428.751	2.450.356	2.469.476	2.503.115	2.545.798	2.596.165	2.664.747	2.749.750
65 a 69 años	1.886.472	1.929.740	2.002.335	2.088.832	2.168.090	2.226.146	2.277.361	2.317.524	2.351.353	2.373.130	2.392.570
70 a 74 años	1.872.768	1.833.933	1.780.555	1.736.287	1.728.130	1.769.012	1.810.380	1.879.227	1.961.298	2.036.773	2.092.773
75 a 79 años	1.660.861	1.685.802	1.707.731	1.713.423	1.698.505	1.661.021	1.629.513	1.585.343	1.549.574	1.546.037	1.586.052
80 a 84 años	1.168.566	1.204.968	1.238.931	1.276.697	1.312.592	1.345.405	1.370.664	1.393.715	1.403.565	1.396.222	1.369.940
85 y más años	938.406	995.826	1.055.928	1.115.532	1.177.265	1.239.917	1.305.175	1.370.423	1.438.068	1.505.794	1.571.821

16 Instituto Nacional de Estadística: "Proyecciones de Población. Base Censo 2001", que puede consultarse en www.ine.es

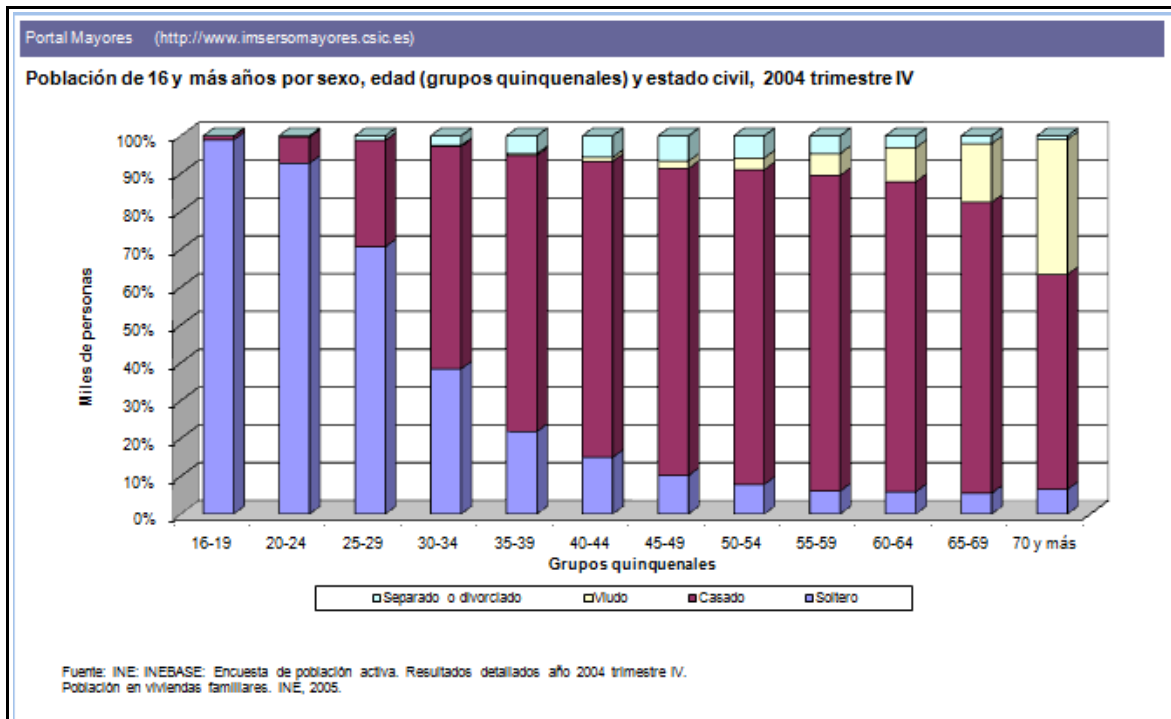
	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028	2029
1 de enero											
Ambos Sexos											
15 a 19 años	2.388.521	2.448.682	2.497.977	2.538.631	2.580.427	2.605.493	2.627.100	2.644.330	2.656.310	2.662.498	2.662.826
20 a 24 años	2.302.041	2.321.934	2.362.006	2.415.340	2.469.537	2.536.315	2.596.127	2.645.098	2.685.448	2.726.941	2.751.723
25 a 29 años	2.595.631	2.572.240	2.548.616	2.529.947	2.519.216	2.520.491	2.539.990	2.579.627	2.632.497	2.686.231	2.752.523
30 a 34 años	2.993.837	2.926.018	2.877.000	2.839.428	2.808.534	2.782.616	2.759.012	2.735.182	2.716.293	2.705.307	2.706.298
35 a 39 años	3.685.913	3.558.199	3.430.869	3.315.393	3.213.197	3.127.364	3.059.666	3.010.693	2.973.110	2.942.180	2.916.197
40 a 44 años	4.142.866	4.125.347	4.076.290	3.993.382	3.889.061	3.768.714	3.641.688	3.515.037	3.400.162	3.298.482	3.213.077
45 a 49 años	3.928.917	3.998.689	4.066.488	4.127.442	4.168.756	4.184.327	4.166.908	4.118.227	4.035.983	3.932.519	3.813.162
50 a 54 años	3.664.410	3.714.896	3.761.822	3.811.441	3.870.454	3.935.322	4.004.289	4.071.310	4.131.553	4.172.409	4.187.841
55 a 59 años	3.313.249	3.385.543	3.459.930	3.530.346	3.588.084	3.642.030	3.691.757	3.738.012	3.786.921	3.845.056	3.908.962
60 a 64 años	2.841.693	2.935.751	3.025.346	3.109.740	3.190.646	3.263.982	3.334.715	3.407.483	3.476.388	3.532.940	3.585.809
65 a 69 años	2.425.785	2.467.594	2.516.750	2.583.222	2.665.288	2.754.020	2.844.769	2.931.171	3.012.603	3.090.786	3.161.759
70 a 74 años	2.141.955	2.180.685	2.213.453	2.234.833	2.253.949	2.285.967	2.326.125	2.373.291	2.436.636	2.514.558	2.598.746
75 a 79 años	1.626.180	1.690.253	1.765.648	1.835.065	1.887.168	1.932.820	1.969.212	2.000.471	2.021.578	2.040.749	2.071.632
80 a 84 años	1.348.619	1.316.394	1.290.931	1.292.222	1.329.468	1.366.768	1.423.763	1.490.012	1.551.494	1.598.858	1.640.428
85 y más años	1.632.801	1.691.029	1.739.919	1.774.733	1.793.034	1.812.650	1.822.886	1.832.728	1.854.370	1.893.106	1.934.304

	2030	2031	2032	2033	2034	2035	2036	2037	2038	2039	2040	2041	2042
1 de enero													
Ambos Sexos													
15 a 19 años	2.655.810	2.642.497	2.624.347	2.597.632	2.564.405	2.526.696	2.486.288	2.444.613	2.408.175	2.377.435	2.352.561	2.333.483	2.320.031
20 a 24 años	2.773.061	2.790.031	2.801.763	2.807.702	2.807.777	2.800.514	2.786.960	2.768.567	2.741.612	2.708.157	2.670.223	2.629.593	2.587.705
25 a 29 años	2.811.865	2.860.391	2.900.306	2.941.371	2.965.746	2.986.664	3.003.212	3.014.509	3.020.024	3.019.683	3.012.016	2.998.072	2.979.303
30 a 34 años	2.725.477	2.764.747	2.817.212	2.870.524	2.936.352	2.995.224	3.043.301	3.082.778	3.123.379	3.147.332	3.167.839	3.183.984	3.194.884
35 a 39 años	2.892.520	2.868.608	2.849.626	2.838.521	2.839.330	2.858.241	2.897.144	2.949.173	3.002.016	3.067.335	3.125.719	3.173.349	3.212.404
40 a 44 años	3.145.687	3.096.900	3.059.442	3.028.590	3.002.637	2.978.959	2.955.038	2.936.001	2.924.775	2.925.400	2.944.026	2.982.537	3.034.101
45 a 49 años	3.687.182	3.561.576	3.447.634	3.346.782	3.262.042	3.195.134	3.146.657	3.109.399	3.078.661	3.052.778	3.029.151	3.005.289	2.986.271
50 a 54 años	4.170.682	4.122.645	4.041.499	3.939.396	3.821.549	3.697.121	3.573.025	3.460.414	3.360.712	3.276.923	3.210.751	3.162.781	3.125.891
55 a 59 años	3.976.920	4.042.945	4.102.316	4.142.631	4.157.886	4.141.048	4.093.830	4.014.039	3.913.632	3.797.787	3.675.490	3.553.527	3.442.847
60 a 64 años	3.634.596	3.680.038	3.728.100	3.785.159	3.847.720	3.914.120	3.978.514	4.036.300	4.075.387	4.090.051	4.073.434	4.027.232	3.949.325
65 a 69 años	3.230.279	3.300.748	3.367.476	3.422.364	3.473.517	3.520.614	3.564.380	3.610.538	3.665.186	3.725.136	3.788.780	3.850.449	3.905.734
70 a 74 años	2.684.817	2.766.743	2.844.028	2.918.381	2.985.725	3.050.538	3.116.906	3.179.508	3.230.758	3.278.477	3.322.432	3.363.325	3.406.505
75 a 79 años	2.110.013	2.154.930	2.214.454	2.287.169	2.365.034	2.444.054	2.518.749	2.588.785	2.655.949	2.716.801	2.775.390	2.835.329	2.891.755
80 a 84 años	1.674.375	1.704.277	1.725.655	1.745.547	1.774.568	1.809.352	1.849.227	1.900.884	1.963.157	2.029.777	2.097.239	2.160.771	2.220.224
85 y más años	1.985.086	2.044.035	2.109.384	2.177.492	2.240.269	2.301.678	2.363.107	2.419.162	2.472.459	2.527.935	2.585.972	2.647.196	2.712.767

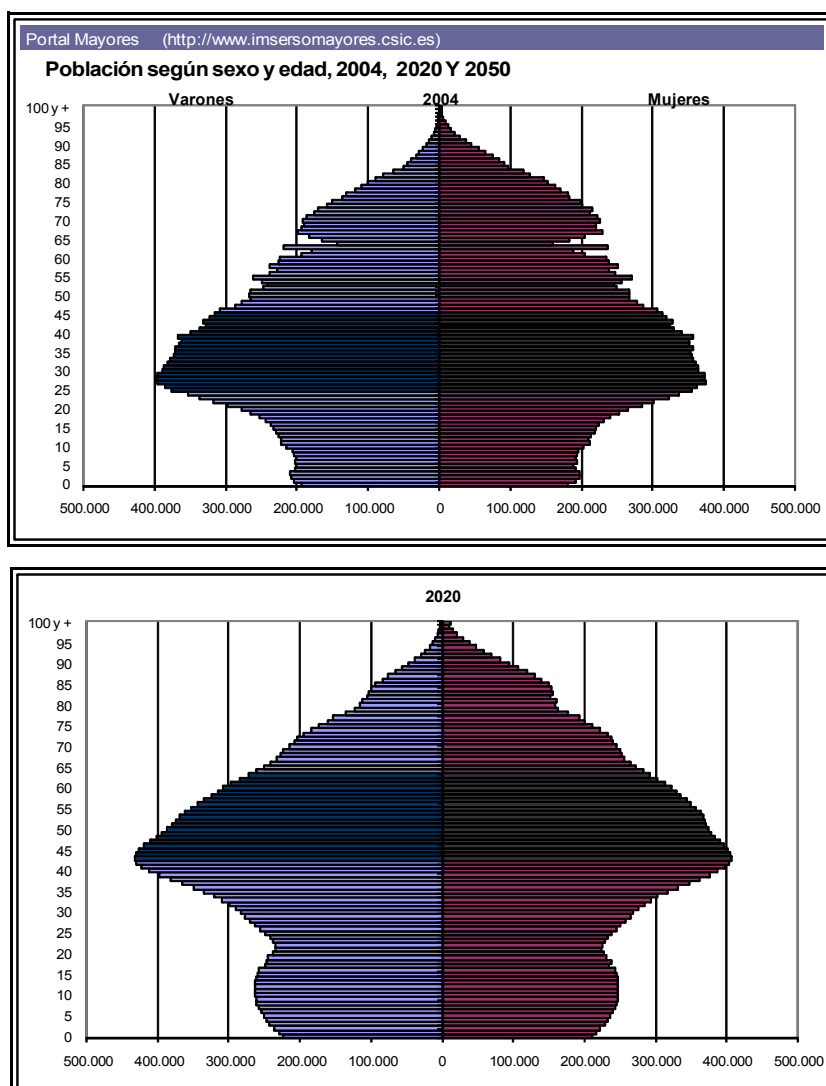
	2043	2044	2045	2046	2047	2048	2049	2050
1 de enero								
Ambos Sexos								
15 a 19 años	2.311.980	2.309.090	2.311.112	2.317.773	2.328.716	2.343.212	2.360.661	2.380.267
20 a 24 años	2.551.044	2.520.078	2.494.959	2.475.633	2.461.924	2.453.606	2.450.436	2.452.176
25 a 29 años	2.951.982	2.918.171	2.879.899	2.838.930	2.796.706	2.759.696	2.728.373	2.702.888
30 a 34 años	3.200.023	3.199.323	3.191.317	3.177.042	3.157.956	3.130.344	3.096.253	3.057.708
35 a 39 años	3.252.572	3.276.163	3.296.322	3.312.134	3.322.726	3.327.574	3.326.603	3.318.348
40 a 44 años	3.086.443	3.151.198	3.209.040	3.256.201	3.294.829	3.334.567	3.357.822	3.377.671
45 a 49 años	2.975.009	2.975.504	2.993.861	3.031.927	3.082.940	3.134.698	3.198.773	3.255.985
50 a 54 años	3.095.427	3.069.750	3.046.298	3.022.624	3.003.752	2.992.541	2.992.949	3.011.017
55 a 59 años	3.344.869	3.262.519	3.197.465	3.150.286	3.113.985	3.083.987	3.058.676	3.035.550
60 a 64 años	3.851.365	3.738.400	3.619.173	3.500.288	3.392.410	3.296.918	3.216.661	3.153.245
65 a 69 años	3.943.000	3.956.789	3.940.544	3.895.910	3.820.893	3.726.690	3.618.138	3.503.625
70 a 74 años	3.457.658	3.513.804	3.573.418	3.631.125	3.682.789	3.717.459	3.730.060	3.714.462
75 a 79 años	2.937.842	2.980.689	3.020.184	3.057.010	3.095.967	3.142.158	3.192.898	3.246.787
80 a 84 años	2.277.373	2.329.184	2.379.091	2.430.076	2.477.925	2.516.861	2.552.988	2.586.337
85 y más años	2.784.102	2.860.253	2.938.909	3.016.859	3.095.035	3.175.982	3.256.294	3.336.663

	2050	2051	2052	2053	2054	2055	2056	2057	2058	2059	2060
1 de enero											
Ambos Sexos											
15 a 19 años	2.380.267	2.401.145	2.422.335	2.443.117	2.462.548	2.479.869	2.494.480	2.505.940	2.514.004	2.518.589	2.519.710
20 a 24 años	2.452.176	2.458.543	2.469.190	2.483.379	2.500.518	2.519.812	2.540.370	2.561.240	2.581.704	2.600.825	2.617.837
25 a 29 años	2.702.888	2.683.188	2.669.089	2.660.377	2.656.800	2.658.119	2.664.063	2.674.273	2.688.017	2.704.707	2.723.549
30 a 34 años	3.057.708	3.016.473	2.973.990	2.936.711	2.905.108	2.879.329	2.859.318	2.844.896	2.835.843	2.831.918	2.832.874
35 a 39 años	3.318.348	3.303.851	3.284.561	3.256.773	3.222.536	3.183.853	3.142.501	3.099.905	3.062.496	3.030.737	3.004.788
40 a 44 años	3.377.671	3.393.199	3.403.529	3.408.146	3.406.972	3.398.566	3.383.954	3.364.577	3.336.743	3.302.493	3.263.827
45 a 49 años	3.255.985	3.302.606	3.340.755	3.379.997	3.402.907	3.422.441	3.437.693	3.447.788	3.452.218	3.450.907	3.442.419
50 a 54 años	3.011.017	3.048.556	3.098.882	3.149.893	3.213.077	3.269.466	3.315.403	3.352.959	3.391.586	3.414.107	3.433.293
55 a 59 años	3.035.550	3.012.216	2.993.612	2.982.547	2.982.903	3.000.619	3.037.451	3.086.852	3.136.855	3.198.826	3.254.104
60 a 64 años	3.153.245	3.107.251	3.071.840	3.042.550	3.017.808	2.995.196	2.972.392	2.954.222	2.943.409	2.943.735	2.961.003
65 a 69 años	3.503.625	3.389.476	3.285.916	3.194.289	3.117.292	3.056.444	3.012.314	2.978.332	2.950.181	2.926.363	2.904.583
70 a 74 años	3.714.462	3.672.252	3.601.602	3.513.038	3.411.090	3.303.618	3.196.529	3.099.403	3.013.527	2.941.382	2.884.373
75 a 79 años	3.246.787	3.298.861	3.345.370	3.376.353	3.387.281	3.372.641	3.333.936	3.269.580	3.189.126	3.096.687	2.999.332
80 a 84 años	2.586.337	2.617.531	2.650.637	2.689.936	2.733.153	2.779.068	2.823.304	2.862.677	2.888.598	2.897.309	2.884.144
85 y más años	3.336.663	3.416.719	3.493.620	3.564.658	3.632.134	3.696.797	3.759.060	3.820.230	3.881.905	3.944.362	4.007.446

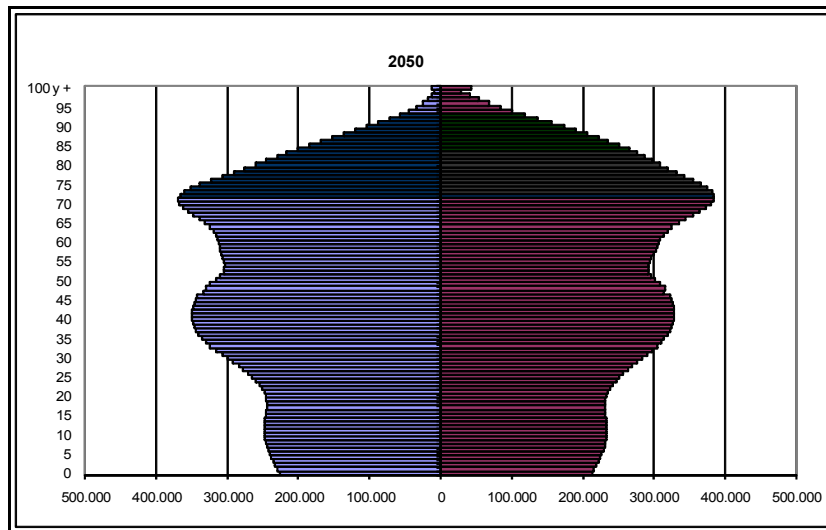
Hay que tener en cuenta que los nacidos el año 1967 (la generación del baby-boom)- la reforma propuesta se limita a los nacidos a partir de dicha fecha- contarán con 45 años en el año 2012. A partir de esta edad es cuando, si atendemos a los datos actuales (vid. Gráfico abajo), empiezan a causarse en un número significativo pensiones de viudedad, aunque es a partir de los 60 años cuando el número de pensionistas de viudedad (se insiste que si atendemos a los datos actuales) empieza a ser significativo, edad que los nacidos en el año 1967 tendrán en el año 2027.



Los gráficos que se reproducen a continuación constituyen las pirámides de población de los años 2004, 2020 y 2040 en las que claramente se aprecia el impacto que sobre la pirámide de población tiene la generación del baby-boom¹⁷. Dos fenómenos son claros: primero, la elevación de la esperanza de vida, especialmente en las mujeres, al engrosarse la pirámide en su vértice especialmente en la zona de las mujeres. En segundo lugar, el gran incremento de población de mas de 70 años, fenómeno que es mas acusado en la parte de la pirámide que representa a las mujeres. Es la llegada de la generación del baby boom a la edad de 70 años, lo que implica un mayor gasto para el sistema de pensiones no sólo de las pensiones propias sino también en su caso, de las derivadas, siendo éstas mas numerosas en las mujeres.



17 La zona sombreada indica la posición de la generación del baby-boom.
 Fuente: INE: INEBASE: Proyecciones de la población de España a partir del Censo de Población de 2001. INE. 2005. 2004. INE: INEBASE: Revisión del Padrón Municipal de Habitantes a 1 de enero de 2004. INE 2005



Desde otra perspectiva, se reproducen los datos disponibles, si bien limitados al periodo 2004-2005, referidos a las tasas de mortalidad y conexas a partir de los 45 años.

2004-2005								
	Población	Defunciones	Riesgo de muerte *1000	Supervivientes edad exacta	Defunciones teóricas	Esperanza de vida (años)	Supervivientes edad cumplida	Probabilidad de supervivencia
Total								
Ambos Sexos								
45	629.064	1.303	2,053	97.097	199	36,79	96.999	0,997848
46	612.992	1.390	2,251	96.898	218	35,87	96.790	0,997651
47	593.096	1.463	2,447	96.680	237	34,95	96.563	0,997460
48	571.879	1.517	2,637	96.443	254	34,03	96.318	0,997244
49	553.339	1.603	2,879	96.189	277	33,12	96.052	0,997006
50	536.969	1.687	3,113	95.912	299	32,22	95.765	0,996747
51	522.222	1.784	3,396	95.613	325	31,31	95.453	0,996466
52	508.757	1.878	3,668	95.289	350	30,42	95.116	0,996215
53	503.736	1.978	3,903	94.939	371	29,53	94.756	0,995966
54	503.467	2.118	4,179	94.569	395	28,64	94.373	0,995628
55	494.369	2.277	4,574	94.173	431	27,76	93.961	0,995234
56	488.132	2.433	4,952	93.743	464	26,89	93.513	0,994889
57	488.888	2.594	5,275	93.278	492	26,02	93.035	0,994524
58	480.211	2.751	5,697	92.786	529	25,15	92.526	0,994034
59	465.693	2.928	6,247	92.258	576	24,29	91.974	0,993480
60	448.956	3.068	6,791	91.681	623	23,44	91.374	0,992942

2004-2005								
	Población	Defunciones	Riesgo de muerte *1000	Supervivientes edad exacta	Defunciones teóricas	Esperanza de vida (años)	Supervivientes edad cumplida	Probabilidad de supervivencia
Total								
Ambos Sexos								
81	233.167	13.914	57,965	58.787	3.408	8,05	57.100	0,938764
82	212.080	14.165	64,674	55.379	3.582	7,52	53.604	0,931328
83	187.012	14.137	72,901	51.798	3.776	7,00	49.923	0,923101
84	163.673	13.831	81,152	48.021	3.897	6,51	46.084	0,913911
85	139.890	13.383	91,414	44.124	4.034	6,04	42.116	0,903272
86	119.242	12.857	102,445	40.091	4.107	5,60	38.042	0,891160
87	101.313	12.417	115,601	35.984	4.160	5,18	33.902	0,878536
88	87.893	11.979	127,651	31.824	4.062	4,79	29.784	0,865300
89	74.736	11.443	142,332	27.762	3.951	4,42	25.772	0,850268
90	63.044	10.714	156,778	23.810	3.733	4,07	21.913	0,841295
91	52.133	9.791	160,356	20.077	3.220	3,74	18.435	0,833088
92	42.126	8.738	175,837	16.858	2.964	3,36	15.358	0,812390
93	32.941	7.526	201,915	13.894	2.805	2,97	12.477	0,781816
94	25.126	6.265	237,282	11.088	2.631	2,59	9.755	0,742689
95	18.506	5.002	280,631	8.457	2.373	2,24	7.245	0,696319
96	13.242	3.925	330,655	6.084	2.012	1,92	5.045	0,644002
97	9.057	2.962	386,048	4.072	1.572	1,62	3.249	0,587010
98	5.995	2.051	445,502	2.500	1.114	1,33	1.907	0,542406
99	3.817	1.448	507,710	1.386	704	0,99	1.034	0,248058
100	5.207	2.466	571,366	682	682	0,50	341	0,000000

2004-2005								
	Población	Defunciones	Riesgo de muerte *1000	Supervivientes edad exacta	Defunciones teóricas	Esperanza de vida (años)	Supervivientes edad cumplida	Probabilidad de supervivencia
Total								
Ambos Sexos								
61	429.989	3.165	7,308	91.059	665	22,60	90.729	0,992543
62	422.548	3.247	7,637	90.393	690	21,76	90.052	0,991945
63	390.406	3.348	8,521	89.703	764	20,93	89.327	0,991039
64	367.948	3.482	9,403	88.939	836	20,10	88.526	0,990153
65	365.710	3.791	10,288	88.102	906	19,29	87.655	0,989333
66	376.842	4.221	11,111	87.196	969	18,48	86.720	0,988067
67	368.700	4.749	12,770	86.227	1.101	17,69	85.685	0,986746
68	388.760	5.374	13,704	85.126	1.167	16,91	84.549	0,985688
69	402.006	6.070	14,964	83.959	1.256	16,14	83.339	0,984346
70	405.237	6.708	16,401	82.703	1.356	15,37	82.035	0,982663
71	396.279	7.337	18,326	81.347	1.491	14,62	80.612	0,980687
72	389.727	8.017	20,342	79.856	1.624	13,89	79.056	0,978507
73	378.747	8.702	22,695	78.231	1.775	13,16	77.356	0,976081
74	364.149	9.304	25,211	76.456	1.928	12,46	75.506	0,973290
75	345.286	9.911	28,288	74.528	2.108	11,77	73.489	0,970117
76	329.605	10.583	31,585	72.420	2.287	11,09	71.293	0,966372
77	309.602	11.287	35,788	70.133	2.510	10,44	68.896	0,962068
78	291.581	11.966	40,192	67.623	2.718	9,81	66.282	0,957213
79	271.482	12.645	45,517	64.905	2.954	9,20	63.446	0,951788
80	254.478	13.337	51,074	61.951	3.164	8,61	60.388	0,945563

3. Conclusiones

- ✓ La pensión de viudedad es una prestación muy numerosa cuantitativamente pues mas del 26% del total de pensiones contributivas del sistema son de esta clase.
- ✓ El gasto total del sistema la pensión de viudedad representa, en el año 2007, un 19% del gasto total en pensiones para este año, lo que significa un gasto total de 15.641 millones de euros.
- ✓ Hay una clara feminización de la pensión: en muy escaso número los beneficiarios son varones.
- ✓ El mayor número de beneficiarios se sitúa en una edad superior a los 65 años, siendo un porcentaje pequeño el número de pensionistas en edades susceptibles de encontrar empleo -es decir, por debajo de los 45 años- si no lo tenían con anterioridad.

- ✓ Las pensiones cobradas por las mujeres son de cuantía superior a las cobradas por los hombres.
- ✓ Igualmente, las pensiones cobradas por los jóvenes son de cuantía superior a las cobradas por personas de mas edad.
- ✓ Un tercio de las pensiones de viudedad (33,3%) están complementadas con mínimos, papel complementario que se acentúa en el caso de los regímenes mas asistencializados y en el caso del RETA en el que el trabajador puede optar por su base de cotización.
- ✓ Existe un número mayor de altas en pensiones de viudedad que bajas, y además, esas altas son en pensiones por cuantía superior por lo que no existe efecto de sustitución.
- ✓ De los datos disponibles, ninguno de los cuales mide directamente esa variable, parece desprenderse que son pocos los casos de extinción de la pensión por nuevo matrimonio, siendo los varones viudos los que se casan con un poco mas de frecuencia pero siempre en porcentajes muy escasos.
- ✓ La tasa de ocupación de las mujeres es bastante inferior a la de los varones y en un porcentaje muy elevado lo es a tiempo parcial existiendo todavía un porcentaje muy importante de mujeres inactivas también a edades jóvenes.
- ✓ Un 30% de las mujeres nacidas en el año 1967 permanece inactiva lo que parece indicar una tasa de dependencia económica importante, aunque es verdad que esos porcentajes disminuyen para los mas jóvenes pero aún existe diferencia importante (del orden de 20 puntos) respecto de sus coetáneos varones.
- ✓ La estructura del gasto de las unidades familiares ha cambiado respecto de generaciones anteriores: existe una gran parte de la población que ha contraído grandes deudas a largo plazo fundamentalmente para la adquisición de la vivienda pero también, a mas corto plazo, para el consumo.
- ✓ El incremento de la esperanza de vida tiene como efecto inmediato el crecimiento de gastos para el sistema de seguridad social en el pago de pensiones de viudedad pues al ser estas vitalicias el derecho a su percibo se prolonga durante mas tiempo.
- ✓ La generación del baby-boom cumplirá 60 años (edad en la que en la actualidad el acceso a la pensión de viudedad empieza a ser significativo) en el año 2027. A partir de esa fecha el sistema de pensiones empezará a soportar una fuerte presión tanto por la elevada cantidad de beneficiarios que causarán pensión por derecho propio como por los eventuales derechos derivados, a lo que se añade la prolongación de la esperanza de vida y la disminución de trabajadores activos. Una forma de evitar o aligerar esa carga es modificar los derechos derivados, atacando bien al carácter vitalicio de la prestación, bien al régimen de compatibilidades o restringiendo el derecho de acceso de forma que se potencie el efecto de sustitución: el reconocimiento de la pensión sólo en supuestos de dependencia económica.

Capítulo Segundo

“La pensión de viudedad en su dimensión histórica. El progresivo camino en la mutación de la naturaleza jurídica de la prestación”

1. Introducción

Para comprender la regulación vigente de la pensión de viudedad y plantearse las necesidades de reforma es imprescindible conocer los antecedentes del actual régimen legal, el punto de partida de la prestación y su correspondiente evolución. Para ello es preciso examinar la evolución de la protección derivada de accidente de trabajo, enfermedad profesional y riesgos comunes, teniendo presente que la protección se inició cuando se protegieron las consecuencias derivadas del fallecimiento por accidente de trabajo porque tradicionalmente se ha atendido para proceder a la protección a la causa del fallecimiento, más que a la situación de necesidad generada por ese fallecimiento. Por ello, la evolución histórica obliga a examinar la protección atendiendo al origen de la causa del fallecimiento y teniendo presente que el nacimiento de la protección por muerte se basó en sus orígenes atendiendo al fallecimiento ocurrido por accidente de trabajo.

2. La protección del accidente de trabajo

El fallecimiento del trabajador carecía de protección hasta la promulgación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, conocida como Ley Dato porque se promulgó a iniciativa del Ministro de la Gobernación Eduardo Dato e Iradier. Con anterioridad a esta norma al no disponer de legislación al respecto se aplicaban las normas generales sobre las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia, es decir, los arts.1902 a 1910 del Código Civil. La Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 acogió el principio de responsabilidad objetiva del empresario frente a los riesgos generados por la actividad laboral y se abandonó con ello la doctrina civil de la responsabilidad del patrono basada en la culpa; así, el art.2 establecía que “el patrono es responsable del accidente de trabajo salvo fuerza mayor extraña al trabajo”.

La norma definía en su artículo primero el accidente de trabajo como “toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena” e inicia la protección específica del fallecimiento por riesgo profesional creando un seguro para la protección del accidente de trabajo que ocasionara fallecimiento y cuya características eran la siguientes:

- El patrono debía sufragar los gastos de sepelio con el límite máximo de

- 100 pesetas
- Igualmente debía abonarse una indemnización sobre el salario medio que percibía el trabajador fallecido en función de los parientes supervivientes que concurrían y su grado de parentesco. La indemnización consistía en una suma igual al salario medio diario de dos años que disfrutaba el causante cuando dejaba viuda e hijos o nietos huérfanos que se hallaren a su cuidado; dieciocho meses de salario cuando sólo quedasen hijos o nietos; de un año de salario cuando sólo quedase viuda sin hijos ni otros descendientes; y de 10 meses de salario cuando sólo dejase padres o abuelos o de siete meses cuando sólo fuese uno de ellos.
 - Los beneficiarios de esta indemnización se establecían en función del sujeto causante. Si el sujeto causante era varón, los beneficiarios eran: la viuda, los descendientes legítimos que fueran hijos o nietos huérfanos menores de 16 años y que estuvieran al cuidado del causante, y los ascendientes (padres y abuelos) que fueran sexagenarios, carecieran de recursos y no concudiesen con la viuda o los descendientes. Si el sujeto causante era mujer, al no estar previsto que el marido pudiera ser beneficiario de la indemnización, sólo se causaba a favor de sus descendientes si éstos hubieran sido abandonados por su padre o abuelo viudo, o cuando vinieran de un matrimonio anterior de la trabajadora. Respecto de los ascendientes, se exigían iguales requisitos que cuando el causante era varón.
 - La indemnización era compatible con la indemnización por incapacidad para el trabajo debida al trabajador accidentado durante el periodo transcurrido entre el accidente y la muerte.
 - Podía incrementarse la indemnización en una mitad más de la cuantía correspondiente cuando el accidente se producía en un establecimiento u obra cuyas máquinas o artefactos carecieran de los aparatos de precaución previstos reglamentariamente.
 - Se podía sustituir la indemnización, a voluntad del patrono, por pensiones vitalicias siempre que se garantizasen con criterio parecido.
 - El pago se realizaba directamente por el empresario o por seguro realizado a través de una Sociedad de seguros debidamente constituida.
 - La ley previó como causa de extinción de la pensión las nuevas nupcias de la viuda y el cumplimiento de 16 años para los descendientes.

La Ley de Accidentes de Trabajo no fue solamente el origen de la pensión de viudedad y orfandad, sino que también contemplaba la prevención de riesgos al prever el incremento de la cuantía de la indemnización en supuestos de carencia de aparatos de precaución en el trabajo, origen del actual recargo por falta de medidas de seguridad (art. 123 LGSS), y además marcó el inicio de lo que con posterioridad se convirtió en un auténtico Sistema de Seguridad Social.

La protección otorgada por la Ley de 1900 para los trabajadores de la industria se extendió para el ramo de guerra y el ramo de la marina por los Reales Decretos de 26 de marzo y 2 de julio de 1902.

Posteriormente, la Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922, fue

desarrollada por un Reglamento provisional de 29-12-1922 que vino a sustituir a la primera Ley de Accidentes de Trabajo e introdujo una serie de novedades:

- La cantidad a abonar por gastos de sepelio se estableció reglamentariamente mediante una escala en función del número de habitantes de la población.
- Las prestaciones por supervivencia se ampliaron a los descendientes naturales reconocidos, y también a los hijos adoptivos, y jóvenes prohijados o acogidos, pero en estos dos supuestos se requería que fueran sostenidos por la víctima un año antes del accidente y no tuvieran otro amparo.
- La edad máxima de los beneficiarios descendientes se elevó a los 18 años, sin límite de edad cuando fueran inútiles para el trabajo.
- Se abrió la posibilidad de que el cónyuge varón accediera a la indemnización por supervivencia en los supuestos en los que su subsistencia dependiera de la víctima.
- En cuanto a los padres o abuelos del fallecido, se les exigía que fuesen pobres, sexagenarios o incapacitados para el trabajo.
- El pago de la indemnización podía realizarse de una sola vez o en forma de pensión.
- La Ley previó la creación de un Fondo Especial de Garantía ante hipotéticos incumplimientos patronales o de Entidades Aseguradoras.
- La Ley mantuvo el incremento cuando el accidente que daba lugar al fallecimiento se había producido en establecimientos u obras cuyas máquinas o artefactos carecieran de aparatos de precaución, con la novedad de que este riesgo no podía ser objeto de aseguramiento.

Posteriormente, se procedió a la codificación del Derecho Social español y la Ley de Accidentes de Trabajo y su Reglamento, junto con otras disposiciones vigentes se incluyeron en el Código de Trabajo de 23 de agosto de 1926.

Consecuencia de la III Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra en junio de 1921, se aprobó el Decreto de 12 de junio de 1931, de Bases para la aplicación a la agricultura de la Ley de Accidentes de Trabajo, por el que se extendió la protección por accidente de trabajo que hasta aquella fecha se reconocía únicamente a los trabajadores de la industria.

Mediante el Real Decreto 8 de octubre de 1932 en el que se recogió el Texto Refundido sobre Accidentes de Trabajo en la industria, se efectuó una adaptación a los convenios de la OIT de 1925. El Texto Refundido fue desarrollado reglamentariamente por Decreto de 31 de enero de 1933. Como novedades pueden destacarse:

- A los hermanos menores de 18 años y a cargo del fallecido se les consideraba en idéntica situación que a los jóvenes prohijados o acogidos
- Cuando la víctima fallecía sin derecho-habientes el beneficiario era el Fondo de Garantía.
- En la prestación por supervivencia la cuantía a entregar se efectuaba en forma de renta, salvo que se solicitase que el abono en todo o en parte se

hiciera en forma de indemnización, y en este caso a juicio de la autoridad competente se estimara que el solicitante haría un empleo juicioso de la suma entregada ofreciendo para ello garantías. Por Decreto de 7 de abril de 1932 la decisión sobre la autorización o no de la entrega de capital correspondió a la Comisión Revisora Paritaria Superior de Previsión Social.

- Seguía siendo obligación del patrono el aseguramiento del riesgo aunque se autorizaba a que se asegurase mediante un seguro directamente convenido con la Caja Nacional que crearía el Instituto Nacional de Previsión, mediante la inscripción en la Mutualidad Patronal o mediante la suscripción de seguro con una sociedad de seguros legalmente constituida
- Se estableció un incremento de la renta cuando la viuda contrajera matrimonio antes de que el hijo más joven alcanzara la edad de 18 años. En este caso la totalidad de su renta se percibía por los hijos menores, y cuando entre los hijos hubiese uno o varios inútiles o incapacitados, la parte de renta que dejaban de percibir los hijos que cumplieran los 18 años acrecentaría la parte de los hijos disminuidos.
- La indemnización a percibir se estableció en función de un porcentaje a aplicar sobre el salario que disfrutaba la víctima, distinguiéndose a los trabajadores accidentados antes o después de 1 de enero de 1944 tras la reforma que realizó el Decreto de 29 de septiembre de 1943. Así:
 - o Los trabajadores accidentados antes de 1 de enero de 1944 que dejasen viuda e hijos o nietos inútiles para el trabajo, o huérfanos menores de 18 años, la indemnización se cifraba en una renta igual al 50% del salario.
 - o En el supuesto anterior, cuando el fallecido dejaba viuda con hijos mayores de 18 años o carecía de hijos u otros descendientes, un 20% del salario.
 - o El 20% del salario para padres o abuelos del fallecido, pobres, sexagenarios o incapacitados para el trabajo, si no dejaba viuda ni descendientes, cuando fueran dos o más los ascendientes. Si sólo quedaba un ascendiente, el 15 % del salario.
 - o Para trabajadores accidentados después de 1 de enero de 1944 que dejasen viuda con uno o más hijos o nietos huérfanos menores de 18 años o inútiles para el trabajo que se hallasen a su cuidado, la indemnización era de una renta igual al 75% del salario.
 - o En el supuesto anterior, cuando sólo quedase un hijo o nieto huérfano menor de 18 años o mayor pero inútil para el trabajo, la renta sería del 50% del salario.
 - o La renta sería del 37,50 % del salario para la viuda con hijos mayores de 18 años o sin hijos o descendientes del fallecido.
 - o Para ascendientes la renta consistía en un 40% del salario; en el supuesto de que solamente concurriera un ascendiente, la renta era del 30%.
- Las rentas se preveían vitalicias para la viuda, salvo que volviera a contraer matrimonio, y para los ascendientes y descendientes inútiles. Para descendientes válidos, hermanos menores de 18 años y huérfanos,

tenía carácter temporal y cesaba con el cumplimiento de los 18 años de edad.

Por Ley de 22 de diciembre de 1955 se amplió a los trabajadores agrícolas los beneficios de que disponían los trabajadores de la industria. Igualmente se previó (art. 5) que se llevara a cabo una refundición con la Ley de 8 de octubre de 1932; el resultado de la citada refundición fue el Decreto de 22 de junio de 1956 que contenía el Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo.

Esta norma recogía que el Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo cubriría los riesgos de incapacidad permanente y muerte, lesiones definitivas que no constituyeran incapacidad, incapacidad temporal y asistencia sanitaria.

En el supuesto de fallecimiento recogía como sujetos beneficiarios a:

- La viuda, sin que se equiparara a ella la mujer que conviviera con el fallecido según sentencia del Tribunal Supremo de 23.12.1958. El viudo solo tenía derecho a pensión si se probaba la situación de necesidad; en cambio, para la viuda se presumía la situación de dependencia económica y la convivencia.
- Los descendientes menores de 18 años o inútiles para el trabajo.
- Los asimilados a los descendientes, que eran los hijos adoptivos, los hermanos huérfanos, los prohijados y los acogidos por la víctima. A estos últimos se les exigía que estuvieran a cargo de la víctima al menos con un año de antelación y no tuvieran otro sustento.
- Los ascendientes legítimos, naturales o adoptivos, padrastros y madrastras, que junto con la condición de pobres fueran sexagenarios o incapacitados para el trabajo. En el supuesto de que únicamente quedara la madre viuda que conviviera con el fallecido bastaba acreditar la condición de pobre.
- Cuando la víctima no dejaba derecho-habientes, el beneficiario era el Fondo de Garantía

En caso de fallecimiento existían dos tipos de indemnización: la que atendía los gastos de sepelio, y que consistía en el importe de dos mensualidades del salario del causante, con una cantidad mínima fijada en mil pesetas, y la indemnización por razón de muerte, que consistía en una renta que se distribuía del modo siguiente:

- La renta de la viuda dependía de su concurrencia o no con descendientes o asimilados. En el supuesto de no concurrir con descendientes o asimilados, la renta era del 50% del salario; si concurría con descendientes o asimilados, la renta se incrementaba un 10% por cada descendiente hasta el límite del 100% del salario.
- Para descendientes o asimilados cuando no existía viuda, la renta era del 60% si sólo había un descendiente; en el supuesto de que hubiera varios descendientes, la renta del 60% se incrementaba en un 10% por cada uno de los beneficiarios, con un límite del 100% del salario

- Para los ascendientes, cuando no existía ni viuda ni descendientes, la renta se cifraba en el 30 ó 40% del salario según que quedase uno o dos ascendientes, porcentaje que se podía incrementar en un 20% si los ascendientes convivían con el causante y a su costa al menos durante el año anterior a la muerte. Si los ascendientes no reunían las condiciones para recibir la renta en forma de pensión porque no eran pobres y sexagenarios o incapacitados, recibían del Fondo de Garantía un subsidio equivalente a un año de salario del causante si los ascendientes eran dos, y nueve mensualidades cuando sólo era un ascendiente.
- Ante la inexistencia de derecho-habientes, el patrono o la entidad aseguradora debía ingresar el capital necesario para constituir una renta del 30% del salario durante veinticinco años.

Estas rentas eran vitalicias para ascendientes y descendientes inútiles y para la viuda o madre viuda siempre que no contrajera nuevo matrimonio, mientras que para el resto de descendientes era temporal, cesando al cumplir los 18 años de edad.

También se calificó automáticamente como fallecimiento derivado de accidente de trabajo los supuestos de fallecimiento de incapacitado permanente absoluto o de gran invalidez por razón de accidente.

3. La protección de la enfermedad profesional

La protección del fallecimiento derivado de enfermedad profesional se remonta a la Ley de 8 de abril de 1932 que ratificó el Convenio OIT número 18 (1925) relativo a la reparación de enfermedades profesionales.

El Convenio OIT nº 18 (1925) establecía la necesidad de reparar a las víctimas de enfermedades profesionales y a sus derecho-habientes de igual modo que se hacía con las víctimas de accidentes de trabajo. Recogía como enfermedades profesionales las intoxicaciones por plomo, aleaciones o sus compuestos, las provocadas por el mercurio, sus amalgamas y sus compuestos y la infección carbuncosa. Tras la revisión del Convenio en 1934 se extendió la protección a otras enfermedades profesionales.

El 13 de julio de 1936 se promulgó la Ley de Bases de Enfermedades Profesionales, conteniendo veintidós enfermedades profesionales y afectando a cuarenta industrias. Además, la citada Ley establecía (Base V) la obligación del patrono de asegurar a sus obreros contra los riesgos de incapacidad permanente o muerte derivada de enfermedad profesional.

Hay que tener presente que con anterioridad a esta norma la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 17 de junio de 1903) entendió que la protección de la enfermedad profesional quedaba amparada por la protección dispensada al

accidente de trabajo¹⁸.

Aunque la guerra civil española truncó las previsiones de la Ley de Bases de Enfermedades Profesionales, sus principales características fueron las siguientes:

- No había una definición de enfermedad profesional señalando las enfermedades que se consideran como tal.
- La responsabilidad recaía sobre el patrono para el que el obrero hubiera trabajado en los doce meses anteriores, estableciendo además unas reglas de determinación de la responsabilidad en el supuesto que no hubiera sido así.
- La protección se dispensaba por las empresas que la ley obligó a asegurar a sus trabajadores contra el riesgo de incapacidad y muerte con cualquiera de las entidades aseguradoras autorizadas.
- Se equiparaba la protección de las prestaciones por enfermedad profesional a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo.
- El patrono estaba obligado a realizar exámenes periódicos de sus trabajadores para facilitar un diagnóstico precoz de las enfermedades.

Como esta norma consistía en una ley de Bases su desarrollo se realizó regulando determinadas enfermedades siendo la silicosis la enfermedad que recibió especial atención. Así, la protección del trabajador frente a la silicosis se inicia mediante la Orden de 7 de marzo de 1941 para la prevención y reparación de la silicosis, continuando con el Decreto de 3 de septiembre de 1941 que estableció un seguro obligatorio para las empresas e industrias en que se puede desarrollar esta enfermedad, y con la Ley de 8 de octubre de 1932 y el Reglamento de 31 de enero de 1933 que establecieron medidas para reparar esta enfermedad.

La protección por silicosis se equiparó mediante una remisión y en cuanto a prestaciones económicas al seguro de accidentes de trabajo, aunque en caso de fallecimiento la indemnización se calculaba tomando en consideración la situación laboral y salario que disfrutaba el obrero en el momento de producirse la lesión.

Finalmente, mediante Decreto de 10 de enero de 1947 se creó el Servicio de Enfermedades Profesionales dentro de la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo del Instituto Nacional de Previsión, con la finalidad de implantar el Seguro de Enfermedades Profesionales obligando a las industrias a declarar ante la Caja Nacional todos los supuestos de enfermedades profesionales que se produjeran entre su personal.

18 Decía esta sentencia que siempre que la lesión sobreviene de una manera directa e inmediata por consecuencia indudable del manejo de sustancias tóxicas, se encuentra comprendida en la Ley de 30 de enero de 1900, ya que ésta no define el accidente con referencia a un suceso repentino más o menos importante, sino al hecho mismo constitutivo en sí de la lesión, ya porque dada la naturaleza de esta clase de accidentes en los establecimientos en que se emplean sustancias tóxicas o insalubres, sería por lo demás insólito que acaecieran repentinamente, como acontece en otras fábricas o talleres, o en los demás lugares en donde los obreros ejecutan un trabajo manual por cuenta del patrono.

En cuanto a prestaciones se efectuaba una remisión a las prestaciones para accidentes de trabajo en la industria. Lo característico de la protección de la enfermedad profesional radicaba en la importancia que se concedía a la autopsia del fallecido.

Posteriormente, por Decreto de 13 de abril de 1961 se incluyó las enfermedades profesionales en los riesgos protegidos por el Seguro de Accidentes de Trabajo. La gestión se llevó a cabo por el Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y se creó la Obra Social de Grandes Inválidos y Huérfanos fallecidos por Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, que dependía del Fondo Compensador.

La Obra Social dispensaba una serie de prestaciones de forma discrecional y en función de las disponibilidades financieras, a los siguientes beneficiarios teniendo en cuenta sus circunstancias familiares y económicas, su orientación profesional y su capacidad intelectual:

- Los descendientes menores de 18 años de los obreros en situación de gran invalidez, invalidez permanente total o absoluta.
- Los huérfanos y viudas de trabajadores muertos por enfermedad profesional.

Las prestaciones de la Obra Social podían consistir, por ejemplo, en atender a la instrucción de los hijos mediante ayudas económicas, obtención de becas en Universidades Laborales o Centros de Formación Profesional.

En cuanto al resto de prestaciones, mediante la remisión a la protección por accidente de trabajo se otorga la misma protección, con la salvedad de la obligación de realizar la autopsia para reconocer la prestación por fallecimiento derivado de enfermedad profesional.

4. La protección de los riesgos comunes

La protección del fallecimiento derivado de riesgos comunes (enfermedad común y accidente no laboral) tuvo como punto de partida el Real Decreto de 11 de marzo de 1919 creador del primer seguro social obligatorio denominado **Retiro Obrero**, que fue desarrollado por Reglamento aprobado por el Real Decreto de 21 de enero de 1921, y que era gestionado por el Instituto Nacional de Previsión creado en 1908. Con anterioridad al Retiro Obrero, el ordenamiento jurídico español creó un seguro social voluntario cuya gestión fue encomendada al Instituto Nacional de Previsión por Ley de 27 de febrero de 1908. En 1919 se convirtió en el Primer Seguro Social.

El Retiro Obrero tenía como características las siguientes:

- Protegía a los trabajadores industriales asalariados, de edad comprendida entre 16 y 65 años y retribución inferior a 4.000 ptas anuales.
- Concebía la vejez como invalidez por edad (invalidez fisiológica).

- Se nutría de aportaciones realizadas por empresarios y el Estado.
- Otorgaba una acción protectora uniforme: pensión a los 65 años de 365 pesetas al año, es decir 1 peseta diaria.
- La gestión era descentralizada y junto al Instituto Nacional de Previsión existían Cajas Colaboradoras.
- Se operaba mediante el sistema financiero de capitalización.

El Retiro Obrero protegía la vejez y el fallecimiento únicamente se protegía indirectamente mediante el acceso de los derechohabientes a las prestaciones devengadas y no percibidas por el fallecido beneficiario del Retiro Obrero. También en supuesto de ausencia del causante se establecía la posibilidad de que las familias recibieran las prestaciones cuando el beneficiario desapareciera o se careciera de noticias suyas durante un largo periodo de tiempo.

Por Ley de 1 de septiembre de 1939 se creó el **Subsidio de Vejez** en sustitución del Retiro Obrero. La Orden de 2 de febrero de 1940 desarrolló esta norma.

El Subsidio de Vejez estableció la incompatibilidad del subsidio con el trabajo por cuenta ajena y una vez cumplida la edad de 65 años el asegurado tenía la opción de continuar trabajando o percibir el subsidio. Las innovaciones más importantes del subsidio fueron:

- Se sustituyó el régimen de capitalización por el de reparto.
- Se sustituyó la cotización uniforme por una cotización proporcional al salario.
- Se fijó la pensión uniforme en 3 pesetas diarias.
- Se elevó el tope de afiliación a 6.000 pesetas anuales ampliándose con posterioridad a 9.000, y la edad se rebajó a 60 y 14 años.

El Subsidio de Vejez protegía la vejez por cumplimiento de una determinada edad y la invalidez, pero el fallecimiento del subsidiado permitía que el cónyuge superviviente y, en su defecto, los hijos, percibieran el subsidio devengado y no percibido por el fallecido. Incluso como eran numerosos los supuestos de ancianos subsidiados que se encontraban asistidos por otros parientes o por personas extrañas que les prestaban cuidados, se extendió el percibo del subsidio a estas personas.

Por Decreto de 18 de abril de 1947 se integró el Subsidio de Vejez en el **Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez**¹⁹ ofreciendo una cobertura específica de la protección por invalidez. La Orden de 18 de junio de 1947 que dictó las normas de aplicación del Decreto de 1947 dispuso que las pensiones de invalidez devengadas y no percibidas por el beneficiario se entregarían al cónyuge y, en su defecto, a los hijos, sin que contuviera ninguna previsión referida al resto de parientes o personas encargadas del cuidado del fallecido.

19 En adelante SOVI

Finalmente el Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955 reconoció específicamente como riesgo protegido la supervivencia del cónyuge fijando una pensión de viudedad cuando el causante fuese un varón beneficiario del SOVI o con derecho a sus prestaciones, que falleciera con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto (1 de enero de 1956).

La beneficiaria era la mujer con 65 años o incapacitada para el trabajo, que no tuviera derecho a pensión SOVI y que hubiera contraído matrimonio como mínimo, con diez años de antelación a la fecha del fallecimiento y que hasta el fallecimiento hubiera venido conviviendo con el causante. Si la viuda no alcanzaba los 65 años de edad pero tenía más de 50, podía solicitar la pensión SOVI cuando cumpliera los 65 años.

La prestación era del 50% del subsidio reconocido al causante, siendo incompatible con la pensión de vejez e invalidez, y reconociéndose en este supuesto la posibilidad de optar por la pensión más favorable. Debía solicitarse por la viuda y se reconocía con efectos del día primero del mes siguiente al fallecimiento del causante. Las solicitudes presentadas con posterioridad eran reconocidas con un plazo máximo de efectos de un año, prescribiendo a los cinco años desde el fallecimiento.

En el supuesto de fallecimiento de la viuda o cuando contrajera matrimonio se extinguía la pensión, y se suspendía durante el tiempo en que realizara trabajos remunerados por cuenta ajena o los desempeñara por cuenta propia y obtuviera beneficios equivalentes al importe de la prestación.

El régimen de incompatibilidades de las pensiones SOVI se configuró por Orden de 10 de agosto de 1957.

La ley de 14 de diciembre de 1942 estableció el **Seguro Obligatorio de Enfermedad**, en el que se preveía en caso de fallecimiento de un asegurado, la dispensación de una indemnización para gastos funerarios cuya cuantía era veinte veces el importe de la retribución diaria del asegurado. Esta indemnización era incompatible con cualquier otra análoga que pudiera corresponderle, reconociéndose la posibilidad de optar por la más favorable.

Junto con los seguros examinados, la Ley de Bases de 18 de julio de 1938 creó un Seguro Social con la denominación de **Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares**. Por Orden de 11 de junio de 1941 se aprobó el reglamento de desarrollo y se estableció un subsidio de viudedad dirigido a las viudas cuyo esposo estuviere asegurado en el subsidio familiar y ni la viuda, hijos o nietos huérfanos absolutos a su cargo tuvieran el carácter de subsidiados, que además carecieran de medios de fortuna para su sostenimiento y no disfrutaran de pensión de viudedad u orfandad superior a 4.000 pesetas anuales, y que no satisficieran contribución al Tesoro superior a 300 pesetas anuales.

El Régimen de Subsidios Familiares reconocía prestación a la viuda y huérfanos ante la situación de necesidad generada por el fallecimiento del asegurado.

Por otra parte, la complejidad de aplicar las normas de los distintos Seguros Sociales existentes a algunos sectores originó que se crearan distintas parcelas de seguro en función de la actividad desempeñada. Este fue el caso del Régimen Especial para la Agricultura que, gestionado por la Mutualidad Nacional de Previsión Agraria, otorgaba socorro por fallecimiento, pensión de viudedad y pensión de orfandad. Igualmente, el Régimen Especial para los pescadores por el que se les aplicaba el Subsidio Familiar y el Seguro Obligatorio de Enfermedad o los trabajadores del Servicio Doméstico para los que se creó por Decreto de 17 de marzo de 1959 el Montepío Nacional del Servicio Doméstico.

La insuficiencia en el carácter uniforme de la protección por fallecimiento llevó al desarrollo de un sistema de aseguramiento complementario de carácter profesional a través de las Mutualidades Laborales o seguros por ramas de la profesión que fijaban porcentajes distintos por Mutualidad, sobre el salario regulador siendo un complemento de los seguros sociales.

Las Mutualidades se organizaban por actividades profesionales, tenían patrimonio propio y personalidad jurídica y administrativa propia. Se crearon al amparo de la Ley de 6 de diciembre de 1941 y su existencia se consolidó al aprobarse el Reglamento General del Mutualismo Laboral en fecha 10 de septiembre de 1954.

La afiliación a la Mutualidad era obligatoria para aquellos trabajadores por cuenta ajena de las actividades reguladas por las Reglamentaciones Laborales, y se protegía el riesgo derivado del fallecimiento siempre que el causante hubiera contraído matrimonio antes de los sesenta años y con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento, salvo que dejare hijos habidos con la viuda. Además, se exigía tener cubierto un periodo de carencia y que el fallecimiento no derivase de accidente de trabajo ni enfermedad profesional.

El Mutualismo Laboral incluyó por primera vez como beneficiario al varón. A la mujer se le exigía haber hecho vida conyugal con el causante hasta el fallecimiento, y en el supuesto de separación legal, que hubiese sido declarada inocente o el marido estuviese obligado a prestarle alimentos. Además, era preciso que no hubiese abandonado a sus hijos y hubiese llevado una conducta honesta y normal. Al varón se le exigía, además, que estuviera incapacitado permanentemente y de forma absoluta para toda clase de trabajo y que no tuviera derecho a pensión derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional ni de una Institución de Previsión Social. Igualmente, debía de carecer de medios de subsistencia y que no quedasen familiares con obligación y posibilidad de prestar alimentos según la legislación civil.

La prestación variaba en función de la Mutualidad que la reconociese. Se establecía en función de un porcentaje y en determinadas circunstancias la prestación consistía en un subsidio temporal. Se generaba en el momento del fallecimiento, extinguiéndose por fallecimiento del beneficiario, por contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso, por pérdida o privación de la patria

potestad, por observar una conducta deshonesto o inmoral, y por ser declarado culpable del fallecimiento del causante. Además el viudo beneficiario podía perder la prestación si recobraba facultades suficientes para trabajar antes de cumplir los sesenta años de edad.

En conclusión, la protección por muerte y supervivencia por contingencia común no estaba cubierta por un solo seguro sino por varios: el Régimen de Subsidios Familiares, el SOVI y el Mutualismo Laboral. Los Subsidios Familiares y el SOVI reconocían prestación en función de la situación de necesidad generada por el fallecimiento y la dependencia económica de la viuda respecto del fallecido; de hecho en ambos regímenes se excluía la protección del varón viudo aún cuando dependiera económicamente de su esposa. El Régimen del Mutualismo Laboral fue más generoso al reconocer pensión de viudedad al varón y presumir la situación de necesidad de la viuda con matrimonio vigente y convivencia habitual.

Característica común de toda esta regulación era la exigencia de vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad estableciendo condiciones en cuanto a la duración del matrimonio con la finalidad de evitar la celebración de matrimonios con el único propósito de acceder a las prestaciones generadas tras el fallecimiento del causante.

5. La Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963 y su texto articulado de 21 de abril de 1966. Modificaciones introducidas por la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social.

El gran cambio en la protección de las prestaciones por muerte y supervivencia se produjo con la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Seguridad Social. Esta norma, unificadora de todos los seguros sociales y el Mutualismo Laboral, creó un verdadero Sistema de Seguridad Social basado en la unidad para evitar la dispersión de Seguros Sociales existentes hasta la fecha y cuya gestión le correspondía al Estado mediante la creación de los organismos administrativos competentes²⁰.

La Base X reconocía el derecho a la pensión de viudedad con independencia de la duración del matrimonio pero se exigía que la viuda hubiera cumplido cuarenta años, o se encontrara incapacitada para el trabajo, o tuviera a su cargo hijos habidos con el causante con derecho a pensión de orfandad. Cuando la viuda no reunía estos requisitos no tenía derecho a pensión de viudedad sino únicamente a un subsidio temporal. Tanto la pensión como el subsidio eran

20 Dice textualmente la ley que " está presidida por ciertas directrices [...] la tendencia a la unidad, la participación de los interesados en el propio gobierno de los órganos gestores, la supresión del posible ánimo de lucro de estos últimos, la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas, la transformación del régimen financiero, la acentuación de la participación del Estado en el sostenimiento del Sistema y la preocupación preferente sobre los servicios de recuperación y rehabilitación".

compatibles con cualesquiera rentas de trabajo de la viuda. En cuanto al viudo, solamente tenía derecho a pensión si estaba incapacitado para el trabajo y sostenido por la mujer en vida de ésta.

Tanto a la viuda como al viudo se les exigía convivencia habitual con el cónyuge causante, y en supuesto de separación judicial, que la sentencia firme lo reconociera como inocente.

La ley establecía que la pensión de viudedad consistía en un porcentaje fijado reglamentariamente y que se aplicaría sobre la base reguladora de prestaciones del causante que hubiera completado el correspondiente periodo de carencia si estuviera en activo en la fecha del fallecimiento, o en su caso, sobre la pensión de vejez o invalidez que percibiera el causante en el momento del fallecimiento. La pensión tenía carácter vitalicio salvo que se concurriera alguna de las causas de extinción previstas reglamentariamente.

Mediante el Decreto 907/1966, de 21 de abril, se aprobó el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social (en adelante, LSS/1966), en cuyo artículo 157 se reconocía el derecho a la pensión vitalicia de viudedad y el subsidio temporal de viudedad, reconociéndose también una indemnización a tanto alzado en los supuestos en que el fallecimiento tuviera su origen en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional.

El Texto Articulado reprodujo fielmente el contenido de la Ley de Bases de 1963 añadiendo que causarían derecho a las prestaciones de muerte y supervivencia los trabajadores en situación de alta o asimilada a la de alta, los inválidos provisionales y los pensionistas por vejez e invalidez permanente. En todo caso, causaban derecho a las prestaciones los trabajadores fallecidos por accidente de trabajo o enfermedad profesional, reputándose de derecho muertos a consecuencia del accidente o la enfermedad profesional quienes tuvieran reconocida por tal causa una invalidez permanente y absoluta para todo trabajo o la condición de Gran Inválido. En otro caso, debía probarse que la muerte había sido debida al accidente de trabajo o la enfermedad profesional siempre que el fallecimiento hubiera ocurrido dentro de los cinco años siguientes a la fecha del accidente si bien en el supuesto de la enfermedad profesional se admitía la prueba cualquiera que fuera el tiempo transcurrido.

En cuanto a las situaciones asimiladas al alta, la ley remitía a su desarrollo reglamentario.

La LSS/1966 también preveía una indemnización a tanto alzado en el supuesto de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional, para viudas, viudos y huérfanos, cuya cuantía se determinaría reglamentariamente.

En cuanto a la base reguladora establecía lo siguiente:

- Cuando el causante al tiempo de su fallecimiento fuese trabajador en activo, la base reguladora era la misma que la de la pensión de vejez.

- Cuando el causante al tiempo de su fallecimiento fuese pensionista de vejez o invalidez, la base reguladora era el importe de su pensión, no computándose el complemento del cincuenta por ciento que se otorgaba a los grandes inválidos para remunerar a la persona que les asistía
- Cuando el fallecimiento se debía a accidente de trabajo o enfermedad profesional la base reguladora era el salario real, con independencia de la situación laboral del accidentado al tiempo del fallecimiento.

Para determinar la cuantía de las prestaciones remitía a la regulación reglamentaria la fijación de porcentaje correspondiente.

La LSS/1966 también establecía la compatibilidad entre las pensiones y subsidios de viudedad con cualesquiera rentas de trabajo, siendo además compatible la pensión de orfandad y la de viudedad derivada de un mismo causante siempre que la suma de las pensiones de viudedad y orfandad no excedieran de la cuantía de la base reguladora.

La Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967 recogió las normas para la aplicación y el desarrollo de las prestaciones por muerte y supervivencia en el Régimen General de la Seguridad Social.

Esta Orden añadió como eventuales sujetos causantes a los trabajadores que percibieran subsidio de espera o asistencia. Igualmente consideró como pensionista de vejez a quien, habiendo cesado en el trabajo por cuenta ajena y reuniendo todas las condiciones para ser otorgada pensión de vejez, falleciese dentro de los tres años siguientes a la fecha de su cese en el trabajo sin haber solicitado dicha pensión. En este supuesto quien solicitaba la prestación debía probar que el fallecido reunía todas las condiciones precisas para haber obtenido la pensión de vejez de haberla solicitado en el momento de cesar en el trabajo por cuenta ajena. Posteriormente, la Orden de 18 de enero de 1984 eliminó la necesidad de que los familiares de los beneficiarios de las prestaciones de muerte y supervivencia probasen que el fallecido reunía las condiciones para causar derecho a la pensión, todo ello porque se consideraba que en aras de la progresiva mejora y perfeccionamiento de la acción protectora de la Seguridad Social se consideró oportuno que los familiares beneficiarios de aquellos trabajadores que reuniendo los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación que no la habían solicitado, no resultaran perjudicados y pudieran causar las prestaciones de muerte y supervivencia en los mismos términos y condiciones que el causante pensionista.

En virtud del desarrollo reglamentario dispuesto en el Decreto 907/1966 la Orden consideró como situaciones asimiladas al alta para causar prestaciones:

- 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.
- El traslado del trabajador, por su Empresa, a centros de trabajo radicados fuera del territorio nacional.

- El cese de la condición de trabajador por cuenta ajena, con la suscripción del oportuno convenio especial con la Mutualidad correspondiente.
- El desempleo, involuntario total y subsidiado.
- El paro involuntario, que subsistiera después de haberse agotado las prestaciones por desempleo cuando el trabajador tuviese cumplidos en tal momento los cincuenta y cinco años de edad.
- La permanencia en filas para el cumplimiento del Servicio militar, bien con carácter obligatorio o voluntario para anticiparlo.
- Las demás que pudieran declararse expresamente por el Ministerio de Trabajo

La Orden de 13 de febrero de 1967 también fijó el hecho causante de las prestaciones de viudedad en la fecha del fallecimiento del sujeto causante cifrando el periodo de carencia necesario en quinientos días dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento, salvo que la causa del fallecimiento fuese un accidente de trabajo o enfermedad profesional en cuyo caso no se exigía el requisito de la carencia.

La cuantía de la pensión de viudedad era el 45% de la base reguladora del causante, y si el causante era pensionista de vejez o invalidez la base reguladora era el importe de la pensión correspondiente, elevándose el porcentaje hasta alcanzar el 60%, sin que la cuantía de la pensión pudiera ser superior a la que correspondería de no ser pensionista el causante.

En cuanto al cálculo de la base reguladora, si el causante era trabajador en activo o se encontraba en situación asimilada al alta en el momento del fallecimiento, y éste no era debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional, la base reguladora era el cociente de dividir por veintiocho la suma de las bases de cotización del causante durante un período ininterrumpido de veinticuatro mensualidades aún cuando dentro del mismo existieran lapsos en los que no hubiera habido obligación de cotizar. El periodo de veinticuatro meses era elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que se causaba el derecho a la pensión.

Cuando el causante era inválido provisional o estuviese percibiendo subsidio de espera o de asistencia la base reguladora se determinaba de la forma establecida anteriormente para los trabajadores en activo o situación asimilada al alta.

En cuanto al fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional, la base reguladora se determinaba sobre las retribuciones efectivamente percibidas en tanto que la cotización por esas contingencias se efectuara sobre tales retribuciones, la Orden remitía a las normas que para los casos de muerte se establecían en el capítulo V del Reglamento de Accidentes de Trabajo recogido en el Decreto de 22 de junio de 1956.

Por último cabe señalar que la pensión de viudedad se extinguía por:

- Contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso. En ambos casos, siempre que el cambio de estado tuviera lugar antes de cumplir la

beneficiaria los sesenta años de edad, tenía derecho a percibir, por una sola vez, una cantidad igual al importe de veinticuatro mensualidades de la pensión que estuviese percibiendo.

- Pérdida o privación de la patria potestad, o ausencia que implicase abandono de los hijos, siempre que en ambos casos, la viuda hubiese tenido derecho a la pensión por tener a su cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad.
- Observar una conducta deshonesto o inmoral.
- Cesar en la incapacidad por la cual se otorgó la pensión, aunque esta causa no surtía efectos cuando se producía después que la viuda hubiera cumplido cuarenta años o el viudo sesenta.
- Declaración, en sentencia firme, de culpabilidad en la muerte del causante.
- Fallecimiento.

En cuanto al subsidio temporal de viudedad, recordaba la Orden que este subsidio se generaba cuando la viuda reunía los requisitos para generar pensión de viudedad excepto haber cumplido la edad de cuarenta años, estar incapacitada para el trabajo o tener a su cargo hijos habidos con causante con derecho a pensión de orfandad.

La cuantía del subsidio era igual a la que hubiera correspondido de haberse generado pensión de viudedad, y se percibía durante veinticuatro mensualidades siempre que antes no concurriera alguna causa de extinción.

El subsidio también era compatible con cualquier renta del trabajo de la viuda o con la pensión de invalidez a la que ella pudiera tener derecho.

Se extinguía:

- Por agotamiento del período de duración fijado como máximo.
- Por contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso. En este caso la viuda tenía derecho a percibir por una sola vez, una cantidad equivalente a las mensualidades que restasen hasta completar las veinticuatro que constituían la duración máxima del subsidio, sin que el número pudiera exceder de doce.
- Por observar una conducta deshonesto o inmoral.
- Por declaración en sentencia firme, de culpabilidad en la muerte del causante.
- Por fallecimiento.

La Orden también contemplaba una indemnización especial a tanto alzado en caso de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional. En este supuesto, la viuda o el viudo que fuesen beneficiarios de las prestaciones por viudedad, tenían derecho a una indemnización especial por una sola vez que consistía en el importe de seis mensualidades de la base reguladora de la pensión de viudedad.

Un nuevo hito en este devenir histórico lo constituye la Ley 24/1972, de 21 de

junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social, la cual, basándose en el carácter esencialmente dinámico de la Seguridad Social, entendió que este carácter debía reflejarse en un continuado perfeccionamiento del sistema para garantizar a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares a su cargo la protección adecuada en las situaciones y contingencias legalmente establecidas. La Ley 24/1972 tuvo como principal aportación a estos efectos la modificación del sistema de financiación al sustituir el sistema de bases tarifadas según categorías profesionales por un sistema de cotización que tomaba en cuenta las retribuciones reales de los trabajadores y todo ello con la finalidad de alcanzar la suficiencia de las prestaciones económicas de cuantía variable sustitutivas del salario. Por otra parte, en los que se refiere al perfeccionamiento del régimen de pensiones la Ley, entre otras medidas, modificó el reconocimiento de la situación de pensionista dejando sin efecto limitaciones legales existentes hasta el momento para las viudas de trabajadores en activo o pensionistas y previendo la periódica revalorización de las cuantías de las pensiones a fin de que no perdieran su poder adquisitivo.

La Ley 24/1972 introdujo las siguientes novedades:

- Suprimió el subsidio temporal de viudedad al determinar que las viudas que reuniesen las condiciones exigidas para ser beneficiarias de prestaciones por viudedad, tendrían derecho a pensión cualesquiera que fuese su edad y capacidad para el trabajo, y aunque no tuvieran a su cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad. Se estableció una presunción *iuris et de iure* de la situación de necesidad de la viuda de tal forma que cumpliendo el requisito de la convivencia se accedía a la prestación, o en el supuesto de ser declarada inocente en caso de separación judicial.
- Estableció que los trabajadores que hubieran desaparecido con ocasión de un accidente, fuera o no de trabajo, en circunstancias que hicieran presumible su muerte y sin que se hubieran tenido noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes al del accidente, podían causar las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción. En este caso los efectos económicos se retrotraerían a la fecha del accidente.
- Amplió la indemnización a tanto alzado determinando que 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 tuvieran, con motivo de la muerte de éste, derecho a las prestaciones a favor de familiares, percibirían la indemnización especial a tanto alzado.
- Se estableció la imprescriptibilidad del derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción de auxilio por defunción. Los efectos del reconocimiento del derecho se producirían a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presentara la correspondiente solicitud
- No se exigiría período previo de cotización para el derecho a las

prestaciones derivadas de accidente no laboral.

- Se estableció la revalorización periódica por el Gobierno de las prestaciones por muerte y supervivencia, cualquiera que fuera la contingencia que la hubiera determinado, a propuesta del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta, entre otros factores indicativos, la elevación del nivel medio de los salarios, el índice del coste de la vida y la evolución general de la economía, así como las posibilidades económicas del Sistema de la Seguridad Social.

La Disposición Final Quinta de la Ley 24/1972 dispuso que se dictaran las disposiciones precisas para la aplicación inmediata de la norma. En virtud de esta habilitación, el Decreto 1646/1972, de 23 de junio, desarrolló la Ley de 21 de junio en materia de prestaciones del Régimen General haciendo referencia a las prestaciones por muerte y supervivencia en los siguientes aspectos:

- El art.4 de este Decreto dispuso para las pensiones de viudedad que las viudas que reuniesen las condiciones exigidas para ser beneficiarias de prestaciones por viudedad tendrían derecho a pensión, cualesquiera que fuese su edad y capacidad para el trabajo y aunque no tuvieran a su cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad.
- Igualmente el art.7 materializó que la base reguladora de la prestación por muerte y supervivencia, cualquiera que fuese la contingencia de la que derivase, sería el cociente de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegido por los beneficiarios dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que se originara el derecho a la pensión.
- En cuanto a la base reguladora cuando el causante, al tiempo de su fallecimiento, fuese pensionista de jubilación o invalidez, sería la misma que sirvió para determinar su pensión, aunque la cuantía de la pensión se incrementaría en este caso con el importe de las mejoras o revalorizaciones que, para las prestaciones de igual naturaleza por muerte y supervivencia, hubieran tenido lugar desde la fecha del hecho causante de la pensión de la que se deriven.
- En cuanto a los trabajadores desaparecidos, las prestaciones por muerte y supervivencia se reconocerían por la Mutualidad Laboral o Mutua Patronal competente, atendida la contingencia determinante de la desaparición. La competencia para conocer de los posibles recargos por falta de medidas de seguridad e higiene correspondería a las Comisiones Técnicas Calificadoras.
- En cuanto a la indemnización especial a tanto alzado que se amplió al padre o madre que viviera a expensas del trabajador fallecido siempre que no existieran otros familiares con derecho a pensión y siempre que padre o madre no tuvieran derecho a pensión, percibirían una indemnización especial a tanto alzado equivalente a nueve mensualidades de la base reguladora calculada de conformidad con las normas aplicables para determinar la pensión de viudedad, dichas mensualidades se elevaban a doce si existían los dos ascendientes. El importe de la indemnización se reconocía por la Mutualidad Laboral o Mutua Patronal correspondiente y se

deducía del capital a ingresar en el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo cuando el trabajador fallecía sin familiares con derecho a pensión.

6. El Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974

Como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley 24/1972, y lo dispuesto en su Disposición Final Tercera que establecía la aprobación de un Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social, se aprobó por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social refundiendo las modificaciones introducidas anteriormente.

El Texto Refundido tenía como finalidad la sistematización y depuración técnica adecuada para lograr regularizar, aclarar y armonizar las normas en materia de Seguridad Social. En su capítulo IX recogía en los art.157 a 166 la regulación de las prestaciones de Muerte y Supervivencia.

En cuanto a la pensión de viudedad de forma clarificadora determinó lo siguiente:

- Que serían sujetos causantes los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen General que, además de cumplir los requisitos establecidos para la prestación de viudedad, reuniesen el requisito de estar afiliados y en alta en el Régimen o en situación asimilada al alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida. También estableció como sujetos causantes a los inválidos provisionales y los pensionistas por invalidez permanente o jubilación. Recogió igualmente la presunción *iuris et de iure* de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional de quienes tuvieran reconocida una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, y la posibilidad de causar la prestación para los trabajadores desaparecidos con ocasión de un accidente de hiciera presumir su muerte.
- Reconocía pensión de viudedad para la viuda que hubiera convivido habitualmente con el causante, salvo en caso de separación judicial en que la sentencia la reconociese como inocente en cuyo caso no se exigía la convivencia habitual. En el caso del varón viudo se exigía, además, que al tiempo de fallecer su esposa se encontrase incapacitado para el trabajo y a cargo de la esposa. En ambos casos se exigía que el causante hubiese completado el periodo de cotización establecido (500 días dentro de los cinco años anteriores al hecho causante) salvo que la causa del fallecimiento fuese un accidente de trabajo o accidente no laboral, o una enfermedad profesional.
- Se reconocía la indemnización a tanto alzado en caso de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional para viudos, huérfanos y padre y madre.
- La cuantía de la prestación de viudedad era la señalada reglamentariamente teniendo en cuenta que se determinaba en función de la totalidad de las bases por las que se hubiera efectuado cotización en los períodos que se señalaban. La base reguladora de la prestación no podía superar el tope máximo de las bases de cotización. La suma de la cuantía

de la pensión de viudedad y orfandad no podía exceder el importe de la base reguladora en función de las cotizaciones del causante si bien esta limitación se aplicaba para la determinación inicial de la cuantía pero no afectaba a las revalorizaciones periódicas de las pensiones de viudedad y orfandad.

- La pensión de viudedad era compatible con cualesquiera rentas de trabajo y el derecho a su reconocimiento era imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos del reconocimiento se produjeran a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presentara la correspondiente solicitud.

7. La Constitución de 6 de diciembre de 1978 y sus consecuencias. La intervención del Tribunal Constitucional.

Aunque la Constitución de 27 de diciembre de 1978 no hace referencia explícita a las prestaciones por muerte y supervivencia, sí que hace mención en su artículo 41 al sistema de Seguridad Social al establecer la obligatoriedad de que los poderes públicos mantengan 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. El art. 41 CE es un precepto que informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53 CE) y aunque queda fuera de los derechos y deberes fundamentales, el Tribunal Constitucional²¹ ha declarado que los principios rectores de la política social y económica se deben tener presentes en la interpretación de las restantes normas constitucionales y de las leyes.

El propio Tribunal Constitucional ha sentenciado que "el art.41 consagra en forma de garantía institucional un régimen público, cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador, de forma que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar".

Teniendo presente que la Constitución fijó unas pautas configuradoras del régimen de Seguridad Social, la Ley 30/1981, de 7 de julio, de regulación del matrimonio en el Código Civil, en su Disposición Adicional Décima estableció con carácter provisional y en tanto se diera una regulación definitiva en la correspondiente legislación en materia de pensiones y Seguridad Social, que en lo que se refería a las prestaciones de Seguridad Social tendrían derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobreviniera separación judicial o divorcio. Además, la señalada D.A.10ª Ley 30/1981 contenía una fórmula que permitía acceder a la pensión de viudedad a aquellas parejas de hecho que convivieron maritalmente con anterioridad a 1981 pero que por impedimento legal no pudieron contraer matrimonio. El texto de la citada Disposición Adicional

21 STC 19/1982, de 5 de mayo

era el siguiente: "quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme se establece en el apartado siguiente"

La norma exigía tres requisitos para acceder a la prestación:

- Convivencia *more uxorio* de pareja heterosexual, con estabilidad, comunidad de vida entre hombre y mujer, quedando excluidas las relaciones ocultas, clandestinas o intermitentes, y las que no comportaron ruptura de la convivencia de matrimonio anterior de uno de los sujetos
- Imposibilidad de contraer matrimonio al existir un anterior vínculo matrimonial; es decir, que uno de los componentes de la pareja o ambos debían estar casados con un tercero;
- Fallecimiento del causante con anterioridad a la Ley, aunque con posterioridad la práctica puso de manifiesto que para contraer matrimonio era preciso iniciar los trámites de la separación judicial o el divorcio y así en virtud de aplicación jurisprudencial se flexibilizó esta exigencia incluyendo los supuestos en los que el fallecimiento acaecía con posterioridad a la norma pero durante la tramitación de la separación judicial o divorcio, entendiéndose que en estos supuestos también existía impedimento legal de contraer nuevo matrimonio, convivencia ininterrumpida y no existía voluntad contraria a contraer matrimonio²².

La finalidad de esta Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/81 era resolver las situaciones en las que era presumible que, de haber existido la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial mediante divorcio, se hubiera procedido al divorcio y se hubiera contraído nuevo matrimonio con el conviviente de hecho con el que no se podía contraer matrimonio por existir vínculo matrimonial previo. Fuera de esta circunstancia no era posible acceder a la pensión de viudedad como, por ejemplo, cuando no existía impedimento para contraer matrimonio, o cuando se demoraban los trámites del divorcio o el nuevo matrimonio.

En su apartado tercero la Disposición Adicional Décima reconoció que el derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por fallecimiento correspondería a quién fuera o hubiera sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio, aunque estos derechos quedarían sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del art.101 del Código Civil²³.

22 STCO 260/1988, de 22 de diciembre, (RTC 1998\260). Ponente: Excma.Sra.Dña.G. Begué Cantón

23 El art.101 disponía que el derecho a la pensión (se refiere a la pensión compensatoria tras la separación o divorcio) se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.

Hay que tener en cuenta que la regla quinta de la Disposición Adicional Décima que decía que los derechos derivados de los apartados anteriores quedarían sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del art.101 del Código Civil, fue derogada por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

Posteriormente, las sentencias del Tribunal Constitucional 103/1983, de 22 de noviembre y 104/1983, de 23 de noviembre declararon la inconstitucionalidad sobrevenida por discriminatorios de los preceptos del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 en los que se limitaba, con carácter general, el reconocimiento de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad a la mujer exigiendo al varón para ser beneficiario de pensiones de viudedad requisitos adicionales a los exigidos a la mujer: la incapacidad para el trabajo y la dependencia económica de su esposa fallecida. La consecuencia de ambas resoluciones judiciales fue que el vínculo matrimonial se convirtió en el requisito básico para acceder a la pensión de viudedad con abstracción de cualquier otro como la dependencia económica o la incapacidad para el trabajo.

Posteriormente, por Oficio-Circular de la Subdirección General de Gestión del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 15 de noviembre de 1984 y en aplicación del art.18.1 de la Constitución que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se declaró inaplicable el art. 21.1.d) de la Orden de 13 de febrero de 1967 que establecía como causa de extinción de la pensión de viudedad que la viuda observase una conducta deshonesto o inmoral.

También se suprimió el requisito de la convivencia habitual con el cónyuge causante para generar prestación de viudedad. La Ley General de Seguridad Social de 1974 exigía que la viuda hubiera convivido habitualmente con el causante salvo que por sentencia de separación se hubiera reconocido su condición de cónyuge inocente. Con la Disposición Adicional 10º de la ley 30/1981 el requisito de la declaración de inocencia en el supuesto de separación quedó sin efecto al reconocerse que en los supuestos de interrupción de la convivencia por separación o divorcio se conservaba el derecho a la pensión de viudedad con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio. Esta situación ocasionó que tras una jurisprudencia vacilante con criterios jurisprudenciales dispares en los que en un principio se entendió que el requisito de la convivencia era exigible ante las separaciones de hecho pero no ante las separaciones judiciales y finalmente se interpretó que la disposición adicional décima contemplaba los supuestos de separación judicial y los de separación de hecho, la Secretaría General de la Seguridad Social mediante la Resolución de 23 de junio de 1989 reconoció el derecho a la pensión de viudedad sin exigir en ningún caso el cumplimiento del requisito de la convivencia al que se refería el art.160 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974.

Esta Resolución de 23 de junio de 1989 dejaba al margen las pensiones

derivadas del SOVI y los fallecimientos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1981 lo que obligó al Tribunal Supremo (STS de 25 de noviembre de 1993) a declarar que no existía razón para exigir este requisito en la pensión SOVI puesto que las Disposiciones Adicionales señaladas no limitaban su ámbito de aplicación rigiendo para todas las prestaciones de Seguridad Social. En cuanto a los fallecimientos anteriores a la Ley 30/1981 el Tribunal suprimió el requisito de la convivencia basándose en que si el cónyuge separado de hecho, viudo antes de la Ley, accedía a pensión compartida con quien era conviviente *more uxorio* del causante fallecido ante la imposibilidad legal del divorcio, no parecía razonable negar la pensión no fraccionada al cónyuge separado que quedara viudo o viuda con anterioridad a la Ley.

Como consecuencia de lo expuesto, la Resolución de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 16 de junio de 1994 admitió la eficacia retroactiva de la norma tercera de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981 siendo aplicable a los fallecimientos anteriores a su entrada en vigor, e igualmente entendió que la Resolución de 23 de junio de 1989 era aplicable también a la pensión de viudedad derivada del SOVI.

Aunque la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y la acción protectora de la Seguridad Social introdujo importantes modificaciones para reforzar el carácter profesional, contributivo y proporcional de las pensiones de jubilación e incapacidad, con una correlativa mejora de la protección contributiva y una mejora de la eficacia protectora por la reordenación de recursos y racionalización de la estructura del Sistema, no alteró el régimen normativo de las prestaciones por muerte y supervivencia. Aún así, en orden a una mejor comprensión de las reformas habidas posteriormente en el régimen jurídico de la prestación de viudedad merece destacar lo siguiente de esta ley:

- Se admitió la posibilidad de causar pensión de jubilación e incapacidad permanente absoluta o gran invalidez derivada de contingencias comunes aunque el interesado no se encontrase en la fecha del hecho causante en alta o situación asimilada al alta
- Se modificó el periodo mínimo de cotización exigido para causar derecho a las prestaciones de jubilación e invalidez permanente y el periodo de cálculo de la base reguladora de la prestación de jubilación y de incapacidad permanente.
- Se contempló la revalorización de las pensiones causadas de conformidad con el Índice de Precios al Consumo
- Se reordenaron las prestaciones económicas de protección a la familia comprendiendo las asignaciones económicas por hijo a cargo

8. Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social

La Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecieron en la Seguridad Social las prestaciones no contributivas preveía en su Disposición Final Primera

una autorización al Gobierno para elaborar en el plazo de dos años un texto refundido en el que se integraran debidamente regularizados, aclarados y armonizados los textos legales específicos de Seguridad Social. Con posterioridad, la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, a través de su Disposición Final segunda, otorgó una doble autorización al Gobierno, para regularizar, sistematizar y armonizar las disposiciones que en materia de protección por desempleo se contenían en ella con otros textos legales, y para que el producto así obtenido se integrara en el texto refundido previsto en la ley 26/1990. Finalmente 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, autorizó al Gobierno para que la refundición se extendiera también a las disposiciones que sobre Seguridad Social y protección por desempleo se contenían en ella, procediéndose a ampliar el plazo para la refundición. En virtud de estas sucesivas autorizaciones se elaboró el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado en Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

El Texto Refundido recogió en el capítulo VIII (arts. 171 a 179), las prestaciones por muerte y supervivencia, de la manera siguiente:

- En caso de fallecimiento se reconoce derecho a pensión vitalicia de viudedad; si además es por accidente de trabajo o enfermedad profesional se concede una indemnización a tanto alzado.
- Son sujetos causantes las personas integradas en el Régimen General que estén afiliadas y en alta o situación asimilada al alta, y que cumplan determinado periodo de cotización si éste es requerido. También son sujetos causantes los inválidos provisionales y los pensionistas por invalidez permanente y jubilación en su modalidad contributiva.
- Se recoge la presunción *iuris et de iure* de considerarse muertos por accidente de trabajo o enfermedad profesional a quienes tengan reconocida por esa contingencia una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. En caso contrario se establece un plazo de cinco años para probar el fallecimiento derivado de accidente de trabajo y en caso de enfermedad profesional se admite su prueba en cualquier momento.
- Se cita igualmente la referencia a los trabajadores desaparecidos por accidente sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumir su muerte y sin que se tengan noticias en los noventa días siguientes al del accidente.
- Se reconoce el derecho a la pensión de viudedad del cónyuge superviviente con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción, cuando al fallecimiento del causante, éste se encontrase en alta o en situación asimilada al alta, y hubiera completado el periodo de cotización. Si la causa del fallecimiento fuese accidente, sea o no de trabajo, o enfermedad profesional, no se exige periodo previo de cotización.
- En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad se reconoce a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en

cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio. Los derechos derivados en este supuesto quedan sin efecto en los supuestos del art. 101 del Código Civil.

- En el supuesto de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el cónyuge superviviente y los huérfanos tienen derecho a indemnización a tanto alzado, que en el supuesto de separación o divorcio se reconoce en cuantía proporcional. Cuando no existen otros familiares con derecho a pensión por muerte y supervivencia, el padre o la madre que viven a expensas del trabajador fallecido, siempre que no tengan derecho a las prestaciones en favor de familiares, tienen derecho a la indemnización especial a tanto alzado.
- El derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción es imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud
- La pensión de viudedad es compatible con cualesquiera rentas de trabajo. La suma de las cuantías de las pensiones de viudedad y orfandad no puede exceder del importe de la base reguladora que corresponda en función de las cotizaciones efectuadas por el causante. Esta limitación resulta aplicable a la determinación inicial de las cuantías pero no afecta a las revalorizaciones periódicas de las pensiones de viudedad y orfandad que procedan.

9. Modificaciones posteriores

En la regulación contenida en el Texto Refundido tuvo con posterioridad una importante incidencia el "Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse", más conocido como Pacto de Toledo. Este Acuerdo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 6 de abril de 1995, fue el resultado de una Proposición no de Ley presentada en el Congreso con la finalidad de crear una Ponencia para el estudio del Sistema de Seguridad Social y hacer propuestas para mantener el Sistema y garantizar su viabilidad futura. El Acuerdo fue el resultado del compromiso de todos los grupos políticos con representación parlamentaria, para el mantenimiento y consolidación del actual sistema de protección social, garantizando su viabilidad futura a través de la adopción de medidas que permitieran su adaptación constante a las nuevas realidades y retos que pudieran plantearse.

El Pacto de Toledo contenía XV Recomendaciones. En la Recomendación XII se hacía referencia a la necesidad de reforzar el principio de solidaridad y de la garantía de suficiencia, en la medida en que la situación financiera lo permitiera, adoptando medidas como podían ser la elevación de la edad máxima de permanencia en el percibo de las pensiones de orfandad, o la mejora de las pensiones de viudedad en el caso de menores ingresos. La Ponencia propuso que se procediera a la regulación de la responsabilidad en orden a las prestaciones,

adecuada a la realidad actual y a las características del modelo presente de Seguridad Social.

Con posterioridad, la ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social añadió una Disposición Adicional Séptima bis en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, referida a las cuantías mínimas de las pensiones por viudedad para beneficiarios con menos de sesenta años, estableciendo que cuando sin superar los requisitos cuantitativos de renta fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para causar derecho a los complementos por mínimos, no alcanzasen un determinado límite de rentas y atendiendo a sus cargas familiares, se equipararían de modo gradual y en el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la ley, a los importes de pensión de viudedad para beneficiarios con edades comprendidas entre los sesenta y sesenta y cuatro años.

El Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, que desarrolló la ley 24/1997 aclaró que se entendía por cargas familiares en estos supuestos la convivencia del beneficiario con hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, dividida por el número de miembros que la componen, no superara en cómputo anual el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Se consideraban como ingresos o rentas computables cualesquiera bienes o derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional, referidos en todo caso al año anterior a aquel en que debían aplicarse los complementos. El citado Real Decreto añadía que todo beneficiario estaba obligado a presentar ante la Entidad Gestora, en el plazo de treinta días, a contar desde la fecha en que se produzcan, comunicación debidamente acreditada de cuantas variaciones hubieran tenido lugar en la situación familiar o económica que pudieran suponer el nacimiento o la extinción del derecho al complemento por mínimos. También debía presentarse antes del 1 de marzo de cada año declaración expresiva de los ingresos propios y de los ingresos de los miembros de la unidad familiar a efectos de determinar la subsistencia de las cargas familiares.

El Real Decreto 3475/2000, de 29 de diciembre, modificó el RD 1647/1997 aclarando que los rendimientos computables tomarían el valor percibido en el ejercicio anterior a aquel en que debían aplicarse los complementos, debiendo excluirse los dejados de percibir como consecuencia del hecho causante de las prestaciones, así como aquellos que se probara que no iban a ser percibidos en el ejercicio en que debían aplicarse los referidos complementos.

Con posterioridad, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su Disposición Adicional Decimotercera modificó el art. 174 LGSS referente a la pensión de viudedad en dos aspectos:

- En primer lugar, añadió que tendría derecho a pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante en la fecha del fallecimiento no se encontrase en alta o situación asimilada al alta, exigiendo en este caso que el causante hubiera completado un período mínimo de cotización de

veintidós años. En ningún caso se tenía derecho al cobro de las cantidades correspondientes a ejercicios anteriores a 1 de enero de 1998.

- Aclaró la regulación del reconocimiento de la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio especificando que en el caso de divorcio se tenía derecho a pensión de viudedad siempre que no se hubiese contraído nuevas nupcias añadiendo que en caso de nulidad matrimonial el derecho a la pensión de viudedad correspondería al superviviente respecto del que no se apreciara mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante.

La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificó nuevamente el art. 174 LGSS reduciendo el periodo mínimo de cotización de veintidós a quince años cuando se accediera a la pensión de viudedad de causante que en la fecha del fallecimiento no se encontraba en alta o situación asimilada a la de alta uniformizando así la cotización exigible cuando se accede a prestaciones desde la situación de no alta con el periodo exigible en tales circunstancias en las pensiones de incapacidad permanente y jubilación, posibilidad creada con la Ley 26/1985, de 31 de julio.

El art. 174 LGSS ha sido modificado en otras dos ocasiones hasta llegar a la redacción actual. La primera de ellas mediante el art. 34.7 de la ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que modifica su epígrafe 3 para establecer que los derechos derivados de la pensión de viudedad en supuestos de nulidad, separación o divorcio quedarán sin efecto en los supuestos del art.101 del Código Civil, sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio. Este añadido se introdujo porque el art.101 del Código Civil recoge la extinción de la pensión compensatoria en el supuesto de contraer el acreedor nuevo matrimonio, y mediante el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre se permitió en determinados supuestos el mantenimiento de la pensión de viudedad aunque se contrajeran nuevas nupcias.

La última modificación del art. 174 LGSS tuvo lugar mediante la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social. Esta norma aclaró la exigencia de los periodos de carencia para causar prestación de viudedad determinando que:

- Si el causante se encontraba en alta o situación asimilada en la fecha del fallecimiento, es necesario que haya completado un periodo de carencia de quinientos días dentro de las cinco años anteriores a la fecha del hecho causante
- Si la prestación se causa desde una situación de alta o asimilada sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días debe estar comprendido dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar
- Si el causante en la fecha del fallecimiento no se encontraba en alta o situación asimilada es preciso que hubiera completado un período mínimo

- de cotización de quince años
- Si la causa del fallecimiento fuese un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exige período previo de cotización

Aunque no introdujo ninguna novedad, el Acuerdo de Reforma de Pensiones de 9 de abril de 2001 determinó un conjunto de reformas posteriores y paulatinas en la pensión de viudedad que se pueden sintetizar en los siguientes extremos:

- Mejora, con carácter general y de forma progresiva, del porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora, a efecto del cálculo de la pensión de viudedad, pasando de forma gradual del 45% al 52%.
- En el supuesto de pensionistas de viudedad con cargas familiares, y cuando la pensión de viudedad constituya la principal fuente de rentas, el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora quedará fijado en el 70%. A tales efectos el concepto de cargas familiares será el aplicable en las pensiones mínimas de viudedad para beneficiarios con menos de 60 años.
- Se aprobará un nuevo marco de compatibilidades de la pensión de viudedad, permitiendo el mantenimiento en el percibo de esta pensión aunque el pensionista contraiga nuevas nupcias, en los supuestos en que concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: 1) que se trate de personas mayores o incapacitadas; 2) que la pensión de viudedad constituya la principal fuente de ingresos del pensionista; 3) que se trate de personas con menores niveles de renta.

El Acuerdo Social de 9 de abril de 2001, para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, previó, en el marco de las orientaciones contenidas en la Recomendación 12º del Pacto de Toledo, una mejora en el ámbito de la acción protectora de las prestaciones de muerte y supervivencia, en especial las de cuantía más reducida. También en el Acuerdo se preveía la implantación de un nuevo marco de compatibilidad en el percibo de la pensión de viudedad que posibilitara el disfrute de la misma aún mediando nuevo matrimonio del pensionista, por ello la Ley 24/2001 procedió a modificar nuevamente el art.174.3 LGSS.

Como consecuencia de las previsiones recogidas en el Acuerdo, el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de Modificación Parcial del Régimen Jurídico de las Prestaciones de Muerte y Supervivencia mejoró las pensiones de muerte y supervivencia en dos aspectos fundamentales: uno de ellos fue el referente al porcentaje aplicable a la base reguladora de la prestación; el otro fue el correspondiente a la extinción de la pensión de viudedad en el supuesto de contraer nuevo matrimonio.

En cuanto a la cuantía de la pensión de viudedad, el porcentaje a aplicar a la correspondiente base reguladora pasó del 45% al 46%, y cuando la pensión de viudedad constituía la principal o única fuente de ingresos del pensionista y éste tuviera cargas familiares, el porcentaje se cifró en el 70%, siendo necesario, en este último supuesto la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Que la pensión de viudedad calculada al 46% más las revalorizaciones y los complementos por mínimos constituyera la principal o única fuente de ingresos del pensionista, debiendo representar el importe anual de la pensión, como mínimo, el 50% del total de ingresos
- Se entiende por cargas familiares la convivencia con hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados (se entiende que el hijo conviviente está incapacitado cuando acredite un grado de minusvalía igual o superior al 33%), o menores acogidos, cuando los rendimientos en conjunto de la unidad familiar, dividido por el número de miembros no superase en cómputo anual el 75% del salario mínimo interprofesional excluidas pagas extras.
- La aplicación del porcentaje del 70% sobre la base reguladora no podía 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, excediesen del límite del importe anual de la pensión mínima de viudedad según edad; en caso contrario se procedía a reducir la cuantía de la pensión de viudedad con la finalidad de no superar tal límite.

El porcentaje del 46% y del 70% pasó a ser aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a 1 de enero de 2002, teniendo efectos económicos desde el día 1 de enero de 2002. En cuanto al porcentaje del 70% para aplicarse a las pensiones causadas con anterioridad a 1 de enero de 2002 fue necesaria previa solicitud del interesado debiendo acreditar la concurrencia de los requisitos y acompañando 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 el pensionista.

La cuantía de la pensión, por aplicación del indicado 70% no tiene carácter consolidable, ya que únicamente se puede percibir si se cumplen los requisitos; por ello, la pérdida de alguno de ellos origina la aplicación del porcentaje del 46% con efectos desde el día 1º del mes siguiente a aquél en que deje de concurrir alguno de los requisitos. La pérdida del derecho a percibir el 70%, no produce la extinción del derecho sino su suspensión, de tal manera que, de reunir posteriormente el interesado todos los requisitos que condicionan el reconocimiento del indicado importe, se rehabilita el derecho con efectos desde el día 1º del mes siguiente a aquél en que se formule la correspondiente solicitud.

Añade el Real Decreto que la suma de las pensiones de viudedad y orfandad derivadas del mismo sujeto causante no pueden superar el límite del 100% de la base reguladora del causante de la prestación, aplicando los siguientes criterios:

- Las pensiones de orfandad en vigor con fecha 1 de enero de 2002 no experimentaban modificación en su cuantía aunque variase el porcentaje de la pensión de viudedad
- La limitación es aplicable a las pensiones de orfandad cuyo hecho causante se produjera a partir de 1 de enero de 2002
- Cuando existan varias pensiones de viudedad compartidas derivadas de

un mismo causante, pero con distintos porcentajes aplicable a la base reguladora se procede del modo siguiente:

- 1) Cada uno de los porcentajes aplicables en la respectiva pensión de viudedad –46% ó 70%- se multiplica por el tiempo de convivencia acreditado por cada uno de los pensionistas de viudedad.
- 2) Se suman los porcentajes que resulten de la aplicación de lo dispuesto anteriormente, siendo el resultado el porcentaje total atribuido a la pensión de viudedad.
- 3) La diferencia entre el 100% de la base reguladora y el porcentaje de viudedad conjunto se distribuye en partes iguales entre todos los huérfanos con derecho a pensión de orfandad.

Cuando no quede cónyuge sobreviviente y deba incrementarse la pensión de orfandad con la correspondiente pensión de viudedad, el incremento correspondiente de la pensión de orfandad será el equivalente al 46%, ya que la aplicación del 70% queda condicionada a una serie de circunstancias económicas y personales que únicamente pueden predicarse del cónyuge sin que puedan ser referidas a los huérfanos.

En lo que respecta a la extinción de la pensión de viudedad, modificó el art.11 de la Orden de 13 de febrero de 1967 determinando que la pensión de viudedad se extinguía por las siguientes causas:

- Contraer nuevo matrimonio
- Declaración en sentencia firme de culpabilidad en la muerte del causante
- Fallecimiento

En el supuesto de contraer nuevo matrimonio se permitió mantener el percibo de la pensión de viudedad los pensionistas de viudedad en los que concurrieran los requisitos siguientes:

- a) Ser mayor de sesenta y un años o menor de dicha edad, siempre que en este último caso, tuvieran reconocida también una pensión de incapacidad absoluta o de gran invalidez, o acreditaran una minusvalía en un grado igual o superior al 65%
- b) Constituir la pensión o pensiones de viudedad la principal o única fuente de rendimientos entendiendo que constituye la principal fuente de rendimientos, cuando el importe anual de la misma o de las mismas represente, como mínimo, el 75% del total de ingresos del pensionista, en cómputo anual. Para el cómputo del porcentaje se considera comprendida en la cuantía de la pensión el complemento por mínimos que pudiera corresponder. Se consideran como rendimientos computables cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional.
- c) Tener el matrimonio 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.

La pensión de viudedad que se generase 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.

Cualquiera que sea la consecuencia en la pensión de viudedad (mantenimiento o extinción por contraer nuevo matrimonio), no procede el abono de la indemnización de las 24 mensualidades de pensión, debido a que el art.2 del Real Decreto 1465/2001 dio nueva redacción al art.11 de la Orden de 13 de febrero de 1967 suprimiendo la dote de 24 mensualidades en el supuesto de extinguirse la pensión de viudedad por contraer nuevo matrimonio el pensionista menor de sesenta años o tomar estado religioso.

En cuanto al porcentaje del 46% aplicable a la base reguladora, con la finalidad de adaptarlo a las previsiones del Acuerdo de 9 de abril de 2001, el Real Decreto 1425/2002, de 27 de diciembre, de Revalorización de Pensiones para el ejercicio 2003, en su Disposición Final Primera elevó la cuantía de la pensión de viudedad al 48% modificando el Reglamento General de Prestaciones. Posteriormente, el Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre, de Mejora de las Pensiones de Viudedad -basándose en la Recomendación XII del Pacto de Toledo que estableció la necesidad de que se mejorasen las pensiones de viudedad- y el Acuerdo de 9 de abril de 2001 -que fijó que se incrementase de forma gradual el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de viudedad desde el 45% hasta el 52%-, modificó nuevamente el Reglamento General de Prestaciones aprobado por Decreto 3158/1966, para incrementar el porcentaje aplicable hasta el 52%. Este porcentaje tuvo efectos desde el 1 de enero de 2004, aplicándose a las pensiones de viudedad que se generasen a partir de dicha fecha y a las causadas con anterioridad.

No fue ésta la única modificación del régimen jurídico de la pensión de viudedad que tuvo lugar mediante modificaciones operadas en el año 2003. Ya se ha hecho referencia anteriormente a que la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en Materia de Seguridad Social modificó el art. 174 LGSS para aclarar los periodos de carencia exigidos: esta misma norma añadió un párrafo al art. 179.1 LGSS para, tras referir que la pensión de viudedad es compatible con cualesquiera rentas de trabajo, añadir que en los supuestos en que la pensión de viudedad se generase desde situación de no alta o asimilada, es 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 los regímenes se superpongan, al menos, durante quince años. Se establecieron así reglas sobre el régimen de compatibilidad en el supuesto de concurrencia de pensiones por supervivencia causadas en diferentes regímenes.

Por otra parte, el Real Decreto 1795/2003 también modificó el RD 1646/1972, dictado para el desarrollo de la Ley 24/1972, con la finalidad de modificar el sistema de cálculo de la base reguladora cuando el causante fallece en situación de activo, ampliando el periodo de referencia que debe estar comprendido en los

quince años anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. Por tanto, en la actualidad, la base reguladora derivada de contingencias comunes es el cociente de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegidos por los beneficiarios dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. Esta modificación se realizó con el objetivo de que exista una mayor proporcionalidad y contribución entre las cotizaciones efectuadas por el fallecido y la cuantía de las pensiones generadas a favor de determinados familiares.

Posteriormente la Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del SOVI con las pensiones de viudedad del Sistema de Seguridad Social ha modificado con su artículo único la redacción de la Disposición Transitoria Séptima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, principalmente añadiendo un segundo párrafo a la citada Disposición Transitoria. Esta Disposición Transitoria mantiene tras la reforma la posibilidad de causar pensión SOVI con arreglo a la legislación del mismo siempre que no se tenga derecho a ninguna pensión del Sistema de Seguridad Social, pero añade como novedad la excepción de compatibilizar pensión SOVI y pensión de viudedad.

El novedoso segundo párrafo añade a la compatibilidad citada un límite económico, en el supuesto de concurrir en un mismo beneficiario pensión SOVI y pensión de viudedad de forma que la suma de ambas pensiones no puede ser superior al doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 o más años. En el supuesto de superarse ese límite, se procede a la minoración de la cuantía de la pensión SOVI en el importe necesario para no exceder el límite fijado.

Con este límite económico se establece una flexibilidad de carácter limitado en el régimen de incompatibilidad del SOVI, permitiéndose la compatibilidad entre la pensión SOVI y la pensión de viudedad pero siempre teniendo en cuenta que la suma del importe de ambas pensiones no puede superar el límite económico señalado. Con ello se garantiza una suficiencia básica de la protección pública, de conformidad con lo reflejado en el Informe de la Comisión No Permanente para la Valoración de los Resultados obtenidos por la aplicación del Pacto de Toledo, en el que se estableció la necesidad de revisar la compatibilidad entre SOVI y pensión de viudedad para garantizar la suficiencia económica en casos de necesidad.

La ley no diferencia entre pensiones cuyo hecho causante sea anterior o posterior a la entrada en vigor de la norma para reconocer o no la compatibilidad de pensiones. La Disposición Transitoria Única recoge que la compatibilidad será también de aplicación a las situaciones que se pudiesen haber generado antes de la entrada en vigor de la ley 9/2005; es decir, en aquellos supuestos anteriores a la ley 9/2005 en que se hubiera optado por percibir una de las dos pensiones, la norma permite que se pueda rehabilitar el percibo de aquella pensión que era incompatible en aquel momento o que se pueda generar la pensión que no se solicitó debido a la incompatibilidad. El primer supuesto sería aquél en el que un

pensionista SOVI hubiera optado por pasar a percibir pensión de viudedad cuando ésta se hubiera causado con posterioridad, y el segundo ejemplo sería aquél en el que un pensionista de viudedad nunca hubiera solicitado pensión SOVI, pudiendo causarla, precisamente por tratarse de pensión incompatible y de cuantía inferior a la pensión de viudedad.

Por su parte, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio ha añadido un segundo párrafo al artículo 44 Cc estableciendo que "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo" y ha redactado el art. 66 Cc diciendo que "los cónyuges son iguales en derechos y deberes". Esta norma ha supuesto una innovación trascendental pues, como es sabido, ha permitido la celebración de matrimonios homosexuales, algo no solamente novedoso en relación a los países de nuestro entorno jurídico, sino que también ha supuesto una modificación que ha generado una gran controversia social y jurídica.

En lo referente a la prestación de viudedad, el art. 174 LGSS reconoce como beneficiario de la prestación de viudedad al cónyuge superviviente, ya sea cónyuge actual o pretérito. Sin vínculo matrimonial no se adquiere la condición de cónyuge ni la de viudo. Para adquirir la condición de beneficiario de la prestación es preciso ser o haber sido cónyuge del fallecido. El matrimonio homosexual comporta el reconocimiento de la prestación de viudedad al cónyuge superviviente cuando el causante fallezca sin que haya sido necesario efectuar ninguna adaptación normativa al respecto: simplemente cuando se produzca el hecho causante consistente en el fallecimiento de uno de los cónyuges de matrimonio homosexual, si se cumplen el resto de requisitos exigidos (alta o situación asimilada y carencia), se producirá el reconocimiento de la prestación de viudedad, y de orfandad en el supuesto de hijos con derecho a la prestación, ya se trate de hijos propios o aportados al matrimonio²⁴.

La Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 en su Disposición Adicional Quincuagésima cuarta anunció una futura reforma de la prestación de viudedad mediante la presentación de un proyecto de ley, previa concertación con los agentes sociales en el marco del diálogo social que, dentro de un contexto de reformulación global de la pensión de viudedad, dirigido a que la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante y posibilite, igualmente, el acceso a la cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se

24 Conviene recordar que la prestación de orfandad se reconoce a los hijos del causante con independencia de su filiación, y a los hijos llevados al matrimonio por el cónyuge del causante siempre que: 1. el matrimonio se hubiera celebrado con una antelación mínima de dos años a la fecha del hecho causante, 2. que se pruebe que convivían con el causante y a sus expensas, 3. que no tengan derecho a otra pensión de Seguridad Social, ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil y 4. que el progenitor no cónyuge haya fallecido o no esté establecida la filiación

produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes en el momento del fallecimiento del causante.

La concertación social a la que hacía referencia la Ley 30/2005 se produjo mediante el Acuerdo de Reforma de Pensiones de 13 de julio de 2006 en el que se abordó la reforma de la pensión de viudedad con la finalidad de mejorar la situación de las familias que dependen de las rentas del fallecido y adecuar la acción protectora del sistema a las nuevas realidades sociales, de tal manera que se acordaba adoptar las medidas siguientes:

- 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 supérstes: matrimonio, parejas de hecho 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 preceptoras de las pensiones previstas en el Código Civil
- En caso de matrimonio, para acceder a la pensión de viudedad, en los supuestos de fallecimiento del causante por enfermedad común, se requerirá un periodo previo de vínculo conyugal de dos años o la existencia de hijos en común con derecho a pensión de orfandad. De no acreditarse ese período y ante la ausencia de hijos con derecho a pensión de orfandad, se concederá una pensión temporal con una duración equivalente al período acreditado de convivencia matrimonial.
- En los supuestos de parejas de hecho, para acceder a la pensión de viudedad se precisará la constatación de convivencia mutua, estable y notoria, durante un período amplio. En caso de existencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, se precisará, además, dependencia económica del conviviente sobreviviente, en más del 50% de sus ingresos, de los del causahabiente. En los supuestos de inexistencia de hijos comunes, se exigirá dependencia económica en más del 75% de los ingresos. Cuando no se acceda a la pensión de viudedad debido al período de convivencia o a la falta de dependencia económica, y existiesen hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, el importe que hubiera correspondido a la pensión de viudedad acrece la pensión de orfandad.
- En los supuestos de distribución de la pensión entre la persona viuda del fallecido con otra que hubiera sido cónyuge de este último, y del que en el momento del fallecimiento se encontraba divorciada, se establecerán las oportunas modificaciones normativas en orden a que exista una garantía del 50% de la pensión a favor del cónyuge sobreviviente, que cumpla los requisitos para acceder a la misma
- Para los nacidos con posterioridad a 1 de enero de 1967 se establecerán, previa la realización de un estudio, en el marco de la Comisión no Permanente de valoración de los resultados del Pacto de Toledo, reglas para la reformulación de la pensión de viudedad que, a su vez, serán objeto de negociación en el marco del diálogo social

Como consecuencia del Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social se ha elaborado un Proyecto de ley que en la actualidad se encuentra en fase de tramitación parlamentaria y que afectando a incapacidad temporal, incapacidad permanente y jubilación, en materia de prestaciones por muerte y supervivencia introduce una serie de novedades, siendo de resaltar como la más significativa la que distingue entre una pensión vitalicia de viudedad y una prestación temporal de viudedad:

- Se reconoce el derecho a la pensión vitalicia de viudedad del cónyuge superviviente en todo caso si el fallecimiento del causante se debe a accidente, sea o no de trabajo, o a enfermedad profesional, ya que en estos supuestos no se exige periodo previo de cotización.
- Cuando el fallecimiento del causante tenga su origen en enfermedad común se exige un periodo de cotización de quinientos días dentro de los cinco años anteriores al hecho causante en supuestos de alta o asimilada al alta, no quince años de cotización en supuestos de falta de alta. Además, se requiere que el matrimonio se haya celebrado con dos años de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, que existan hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. En cambio, no se exige que el vínculo matrimonial haya tenido una duración de dos años cuando se acredite que en la fecha de celebración del matrimonio un período de convivencia con el causante que, sumado al de duración del matrimonio hubiera superado los cinco años.
- En supuesto de separación y divorcio se sigue reconociendo prestación de viudedad salvo que se haya contraído nuevas nupcias o se haya constituido una pareja de hecho. En el supuesto de personas separadas o divorciadas la pensión de viudedad queda condicionada a que sean acreedoras de pensión compensatoria prevista en el Código Civil que se haya extinguido por el fallecimiento del causante.
- Si habiendo divorcio del causante concurren beneficiarios con derecho a pensión, ésta se reconocerá en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, garantizándose el 50% a favor del cónyuge superviviente o, del que sin ser cónyuge conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de pensión de viudedad.
- En caso de nulidad matrimonial el derecho a pensión de viudedad corresponde al superviviente con derecho a indemnización recogida en el Código Civil²⁵, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido pareja de hecho. En este supuesto la pensión se reconoce en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de que en el supuesto de que concurren varios beneficiarios se le garantice al cónyuge superviviente el 50% de la pensión.
- También se reconoce el derecho a pensión de viudedad, cuando el causante cumpla los requisitos de alta y cotización, para quien formase una pareja de hecho con el causante en el momento del fallecimiento y

25 El art. 98 del Código Civil establece que el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el art. 97

acredite que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50% de la suma de los propios y de los causante. El porcentaje es del 25% en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. También se reconoce derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, este requisito debe concurrir en el momento del hecho causante de la prestación y durante el período de su percepción.

- A efectos de generar pensión de viudedad 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.
- La pensión de viudedad se extingue cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya pareja de hecho por la que se pudiera generar pensión de viudedad, sin perjuicio de las excepciones reconocidas reglamentariamente para aquellos supuestos en los que pese a contraer matrimonio se permite la subsistencia de la pensión de viudedad.
- En cuanto a la prestación temporal de viudedad se reconoce cuando el cónyuge superviviente no pueda acceder al derecho a la pensión de viudedad por no acreditar que su matrimonio con el causante ha tenido una duración mínima de dos años, o alternativamente, por la inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad y reúna el resto de requisitos para generar derecho a pensión de viudedad. En este caso se tiene 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.
- En el supuesto de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el cónyuge superviviente, el sobreviviente de pareja de hecho y los huérfanos tienen derecho a una indemnización a tanto alzado. En supuesto de separación, divorcio o nulidad se reconocerá proporcionalmente.
- Se modifica el reparto de las pensiones de viudedad y orfandad permitiendo que cuando el porcentaje reconocido en la pensión de viudedad sea del 70% de la base reguladora el porcentaje de las prestaciones de orfandad alcance el 48%.

La tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley ha culminado con la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre²⁶, que recoge en lo esencial el Proyecto presentado con algunas modificaciones que, en lo que se refiere a la pensión de viudedad cabe resumir en las siguientes:

- Cuando el fallecimiento del causante tenga su origen en enfermedad

26 BOE de 5 de diciembre de 2007

común, la exigencia de que el matrimonio se hubiera celebrado con una antelación de dos años se ha reducido a un año. El requisito alternativo al anterior de que el matrimonio tuviera hijos comunes con derecho a pensión de orfandad se ha modificado en el sentido de no exigir que dichos hijos sean beneficiarios de pensión de orfandad si bien lo habitual será que así sea.

- El Proyecto de Ley eximía del requisito de la duración del matrimonio o de la exigencia de hijos comunes si en la fecha del matrimonio se acreditaba un periodo de convivencia con el causante que, sumado al de duración del matrimonio hubiera superado los cinco años. La Ley 40/2007 ha reducido dicha exigencia a 2 años.
- El porcentaje asegurado a quien es cónyuge o pareja de hecho en el momento del hecho causante en el supuesto de concurrencia de cónyuges se ha reducido del 50 al 40%.

Capítulo Tercero

“Sujeto causante y beneficiarios: requisitos”

El derecho a la pensión de viudedad contributiva -por otro lado, única modalidad prevista en la actualidad en nuestro sistema a diferencia de otras situaciones protegidas como la invalidez o la jubilación, que cuentan con prestaciones de naturaleza no contributiva- no está en la actualidad estrictamente condicionado a la existencia de una situación de necesidad real o de dependencia económica por parte del cónyuge superviviente, ni a que éste se halle incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido, como ocurría en la legislación anterior respecto del viudo. De hecho, en lo que a la pensión de viudedad se refiere, el art. 160.2 LGSS en su redacción originaria, requería la dependencia económica²⁷, si bien esta exigencia referida únicamente al viudo, pero no respecto la viuda, exigencia que fue declarada inconstitucional por la STC 103/1983²⁸,

27 Así, en el art. 160.2 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de Seguridad Social, se señalaban como requisitos: “2. El viudo tenderá derecho a la pensión, únicamente, en el caso de que además de concurrir los requisitos señalados en el apartado a) y b) del número anterior, se encuentre, al tiempo de fallecer su esposa, incapacitado para el trabajo y sostenido por ella”. Sin embargo, respecto de la viuda se establecía: “Tendrá derecho a la Pensión de Viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguno de los casos de extinción de tal derecho que se establezcan reglamentariamente, la viuda cuando, al fallecimiento de su cónyuge, se den los requisitos siguientes: a) Que hubiese convivido habitualmente con su cónyuge causante o, en caso de separación judicial, que la sentencia firme la reconozca como inocente. b) Que el cónyuge del causante, si al fallecer se encontrase en activo, haya completado los períodos de cotización que reglamentariamente se determinen, salvo que la causa sea un accidente de trabajo o enfermedad profesional. c) Que se encuentre 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 hijos habidos del causante con derecho a la pensión de orfandad.”

28 STC 103/1983, de 22 de noviembre [RTC 1983 193]. En la STC 104/1983, de 23 de noviembre [RTC 1983 104] el supuesto planteado es prácticamente idéntico al ya resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 22 de noviembre de 1983, cuya doctrina se reitera en la misma. Por su parte, la STC 253/1988, de 20 de diciembre [RTC 1988 253] se señala en relación con art. 3 Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955 regulador del SOVI que: “Ha de concluirse, por lo tanto, que la denegación de pensión de viudedad al recurrente, contenida en la Sentencia de 11 de septiembre de 1986 del Tribunal Central de Trabajo, vulnera el derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución, por lo que procede, a través de una interpretación integradora del art. 3.º del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955, que resulte conforme al citado precepto constitucional estimar la pretensión del recurrente en amparo. Y, en consecuencia, declarar la nulidad de la mencionada resolución judicial y reconocer su derecho a percibir prestación de viudedad, como cónyuge superviviente de trabajadora beneficiaria del seguro obligatorio de vejez e invalidez en las mismas condiciones que aquella norma establece para las viudas de trabajadores beneficiarios del expresado seguro.” En el mismo sentido, entre otras, STC 144/1989, de 20 de diciembre [RTC 1989 144], STC 158/1990, de 18

precisamente por incurrir en discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE. Argumentaba el Alto Tribunal que si la situación de necesidad era la que justificaba el derecho a la pensión de viudedad, la acreditación de dicha situación debía requerirse tanto para la viuda como para el viudo, pero no sólo a este último; y que si no era la citada situación la que fundaba el derecho, y no se exigía su acreditación a las viudas, lo mismo debía ocurrir en el caso de los viudos.

De hecho nuestra Constitución supuso un cambio respecto a la conceptualización de la Seguridad Social mantenida por la anterior Ley de Bases de la Seguridad Social, que gravitaba exclusivamente sobre modalidades contributivas que se articulaban respecto de personas afiliadas al sistema en función del trabajo o actividad, requiriéndose tras la entrada en vigor del texto constitucional, concretamente el art. 41 CE, ampliar el régimen público a fórmulas no contributivas, asegurando así situaciones de necesidad²⁹, de tal manera que la acción protectora viene a configurarse como una función de Estado. Así, en el art. 41 CE se establece la necesidad de que el régimen público de Seguridad Social, atienda en su conjunto a situaciones de necesidad, no apareciendo limitada, por tanto, la protección a la cobertura contributiva de los riesgos³⁰.

No obstante, la pensión de viudedad ciertamente no ha tenido una finalidad, si se quiere estricta, de atender a una situación de necesidad o de dependencia económica asegurando un mínimo de rentas, sino más bien tiende a compensar

de octubre [RTC 1990 158].

29 Al respecto, la STC 197/2003, de 30 de octubre, [RTC 2003 197] señala que "el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987). Los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho (STC 114/1987). La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico [SSTC 103/1984 y 27/1988], ni vulnera el principio de igualdad [STC 77/1995, de 20 de mayo, FJ 4]".

30 En este sentido, la STC 103/1983, de 22 de noviembre, señala que: "El artículo 41 de la Constitución establece la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en «situaciones de necesidad». La adopción de este término no se opone a la idea de perjuicio. La referencia a una «situación de necesidad» o a un «estado de necesidad» obedece a la voluntad de superar la primitiva perspectiva legal, donde era prioritaria la noción de «riesgo» o «contingencia», que se produjo en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, aun cuando todavía subsista parcialmente una atención diferenciada del estado de necesidad según el riesgo de que deriva: accidente de trabajo o no".

frente a un daño, como supone la ausencia o disminución de ingresos de los que era partícipe el cónyuge sobreviviente. Es decir, se pretende afrontar las repercusiones económicas que supone la muerte de uno de los cónyuges articulando a tal efecto una pensión que depende y es proporcional en su cuantía a la base reguladora correspondiente al causante, independientemente de que el fallecimiento realmente cree o no un estado de necesidad. De hecho, en la actualidad esta pensión resulta compatible, como se verá más adelante, con la percepción de cualesquiera rentas del trabajo por parte del cónyuge supérstite, así como con la percepción de pensión de jubilación e incapacidad permanente.

En la actualidad, son dos los requisitos exigidos por art. 174 LGSS para tener derecho a la pensión de viudedad: en primer lugar, y con carácter general, la existencia de vínculo matrimonial legítimo; en segundo lugar, la exigencia de un periodo de cotización previa o carencia, periodo que varía según el trabajador causante se encuentre o no en alta en el momento del hecho causante, que no es otro que el momento de su fallecimiento.

1. Vínculo matrimonial. Requisitos relativos al matrimonio

En este sentido, tienen derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, a salvo los supuestos extintivos legalmente previstos, el cónyuge o ex-cónyuge del fallecido exigiéndose el vínculo matrimonial previo. Así, esta exigencia de "vínculo matrimonial" ha resultado ser requisito ineludible, hasta el momento de la recién aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de dici, para la concesión de la pensión de viudedad. Al respecto, nuestra legislación establece que el matrimonio puede celebrarse en la forma civil prevista en los arts. 51 y ss. CC o también en la forma religiosa reconocida y ante el ministro de culto de la confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación vigente (art.49.2º CC). Sin olvidar la previsión contenida en el art. 61 CC en el que se establece que «el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración» y que «para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil», afirmando, finalmente, que «el matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas».

Por tanto, el vínculo matrimonial habrá de adoptar alguna de las formas previstas en el art. 49 del CC y ello con independencia del sexo de los contrayentes y sin que la exigencia de tal requisito pueda considerarse que vulnera el art. 14 CE, como reiteradamente viene señalando el Tribunal Constitucional al declarar que "el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida"³¹. Y es que sólo en aquellos supuestos en que la norma carezca de justificación suficiente por atribuir determinados derechos a los casados y no a los convivientes *more uxorio*, de

31 ATC 156/1987 de 11 de febrero, [RTC 1987,156 AUTO]

manera que venga a coartar irrazonablemente el derecho a vivir con otra persona libremente, es cuando procede la extensión de esos derechos previstos en la norma que los atribuye a los cónyuges, a todos los convivientes que reúnan los requisitos.

Esta argumentación es la esgrimida por el Alto Intérprete de nuestra Constitución en relación con las pensiones de viudedad, precisando que la actual regulación de tales pensiones no vulnera lo dispuesto en el artículo 14 CE; ni contiene discriminación alguna en función de una «circunstancia social» que trate de excluir socialmente a las parejas que no hayan contraído matrimonio”. Criterio que se ha seguido manteniendo con posterioridad al señalar respecto de los presupuestos legales para acceder a la prestación de viudedad, que 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; considerándose que el legislador puede determinar en cierta medida la configuración del sistema de Seguridad Social atendiendo a las circunstancias socio-económicas de cada momento teniendo en cuenta que se ha de administrar recursos limitados y que se ha de atender a un gran número de necesidades sociales³².

La razón para circunscribir la prestación de viudedad a la existencia de un vínculo matrimonial reside en la protección jurídica de la familia y esa protección de la familia es lo que tuvo en cuenta el legislador al fomentar el matrimonio como institución social de cuidado de hijos y ayuda mutua³³, que se refuerza con la asunción de los deberes conyugales mediante el consentimiento matrimonial prestado en alguna de las formas previstas en la ley. Y, ello, en el entendimiento de la existencia de una serie de diferencias entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales, ya expresadas por el Tribunal Supremo, al considerar que: “mientras que las (uniones de hecho), son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil; las (matrimoniales) no, lo que da lugar a que respecto de éstas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, tal acontece por ejemplo con la creación del status iuris casado/da que tampoco es de aplicación a las uniones more uxorio; lo mismo acontece con los requisitos que la disolución de las matrimoniales requiere y no juegan para las de puro hecho”³⁴, de lo que se infieren tres diferencias: la necesidad de un consentimiento matrimonial, un estatuto legal de derechos y obligaciones y la disolución de la unión sujeta a una serie de requisitos.

Este mismo planteamiento se deduce de los Convenios Internacionales, que exigen igualmente el vínculo matrimonial con el causante para tener derecho a

32 SSTC 184/1990, de 15 de noviembre [RTC 1990, 184], 29/1991 [RTC 1991, 29], 30/1991 [RTC 1991, 30], 31/1991 [RTC 1991, 31], 35/1991 [RTC 1991, 35] y 38/1991, de 14 de febrero [RTC 1991, 38], o 77/1991, de 11 de abril [RTC 1991, 77].

33 STS de 29 de junio de 1992 [RJ 1992, 1482]

34 STS (Sala Civil) de 22 de julio de 1993 [RJ 1993, 6274]

las prestaciones correspondientes. Así, el Convenio³⁵ núm. 102 de la OIT referente a la Norma mínima de Seguridad Social señala que las prestaciones de sobrevivientes mencionadas en dicho Convenio deben comprender “la pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda (...) como consecuencia de la muerte del sostén de la familia”, pudiendo presumir las legislaciones nacionales que la viuda es “incapaz de subvenir a sus propias necesidades”. E igualmente establece que la prestación puede suspenderse si la beneficiaria ejerce ciertas actividades remuneradas (art. 60) y concretamente se reconoce en favor de “las cónyuges” y “las viudas” (art. 61) que estaban a cargo de los causantes en el momento del fallecimiento [art. 1 c) y d)]. En aplicación de este mismo criterio, el Convenio núm. 128 de la OIT, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes [arts. 1 e), f) y g), y 22], establece la posible exigencia de que la viuda tenga una determinada edad, si bien se dejan a salvo determinados supuestos y que es posible la prescripción de una duración mínima del matrimonio para que la viuda sin hijos tenga derecho a la prestación.

Justificada de esta manera la constitucionalidad del requisito de existencia del previo vínculo matrimonial para tener derecho a la pensión de viudedad, la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, del Divorcio³⁶, vino a asegurar esta pensión para el supuesto de convivencia *more uxorio* no regularizada a consecuencia de la existencia de obstáculos legales, que esta Ley vino a suprimir, y que impedían la regularización, mediante el matrimonio, de esa situación de convivencia. En cualquier caso, no toda imposibilidad de cumplir los requisitos legales para contraer matrimonio permite concluir que quienes se ven así impedidos tienen, sólo por ello, los mismos derechos y deberes que quienes conviven matrimonialmente. Por el contrario, para que ello sea así se requiere que la causa que limite la libertad de casarse sea una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales; y, efectivamente, el art. 32.2 CE, recoge un mandato al legislador para que regule las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos; mandato que se vio cumplido con la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Por consiguiente, al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, se presumía que quienes convivieron «*more uxorio*» “lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, debe reconocerseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial”³⁷.

De esta forma, la Ley 30/1981, de 7 de julio, no creaba una nueva pensión de viudedad, como así pone de relieve el propio Tribunal Constitucional, sino que la Disposición Adicional 10ª de la mencionada norma únicamente extendía la pensión de viudedad en favor de quien no hubiera podido contraer matrimonio con el causante por impedirlo la legislación que regía hasta la fecha de la misma,

35 Ratificado por España el 17 de mayo de 1988, si bien no en la Parte X, relativa a las prestaciones de sobrevivientes

36 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.

37 STC 155/1988, de 13 de julio [RTC 155,1998]

si bien requería que hubieren vivido como tal, acaeciendo el fallecimiento del propio causante antes de la vigencia de la misma. Por consiguiente, se establecía esta regulación basándose en el hecho de la convivencia unida a la imposibilidad de poder contraer matrimonio, o lo que es lo mismo, convivencia *more uxorio* mantenida con impedimento legal y muerte de la persona con la que convivía, antes de haber podido regularizar la situación por cambio de la legislación reguladora del matrimonio³⁸.

En definitiva, como señalamos, se extendía la pensión ya existente a aquéllos que no pudieron casarse como consecuencia de la legislación anterior a la mencionada Ley en la que el divorcio no existía, pero haciendo hincapié en que esa extensión no era de aplicación a todos los supuestos de convivencia extramatrimonial³⁹ y sin que tampoco supusiera la creación de un nuevo supuesto de pensión de viudedad. Por tanto, es la propia imposibilidad legal de contraer nuevas nupcias lo que constituía la base de la protección dispensada por el legislador a través de la norma en cuestión⁴⁰.

Sin embargo, el hecho de admitir legalmente el divorcio no suponía en modo alguno que la, hasta ese momento, unión extramatrimonial se convirtiese en unión matrimonial. Por este motivo y teniendo en cuenta los trámites procedimentales requeridos para la obtención del divorcio, llevó al Tribunal Constitucional a tener que afirmar que el mero retraso en la tramitación judicial no podía ser un criterio de distinción constitucionalmente legítimo para fundamentar la exclusión del derecho a la pensión extraordinaria de viudedad concedida por la citada Disposición adicional, cuando se habían adoptado a tiempo las medidas conducentes a la obtención del divorcio con evidente intención de regularizar la situación de convivencia. En este sentido, se consideró que había que equiparar a los supuestos de imposibilidad legal de regularización de la situación de convivencia mediante el matrimonio, aquellos supuestos en los que, aunque el fallecimiento del causante fuera posterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, aún no había dado tiempo para finalizar los trámites judiciales oportunos para la obtención del divorcio, iniciados inmediatamente a la aprobación de la ley, y regularizar mediante el matrimonio la situación de convivencia. Sin embargo, no era posible apreciar tales circunstancias cuando el retraso en el inicio de los trámites de divorcio se debía a la pasividad del sujeto y no a una auténtica imposibilidad de regularizar la situación de convivencia⁴¹.

38 STC 177/1985, de 18 de diciembre [RTC 1985, 177]

39 STC 27/1986, de 9 de febrero [RTC 1986, 27]

40 STC 260/1988, de 22 de diciembre [RTC 1988, 260]

41 STC 29/1992, de 9 de marzo [RTC 1992, 29], siguiendo este criterio, STSJ de Murcia, de 16 de mayo de 1995 [AS 1995, 2089], al señalar que: "En el presente caso, se trata de una unión de hecho iniciada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de que, en septiembre de 1989, nació un hijo; no obstante lo cual don Pedro Y. R. no inició los trámites para obtener el divorcio de su esposa hasta el 2 de septiembre de 1992, en que presentó demanda, dictándose sentencia que acordó la disolución del matrimonio por divorcio, el 25 de noviembre de 1992, fecha coincidente con la del fallecimiento del causante. No cabe en tal supuesto la aplicación del apartado 2 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, para

1.1. Sobre la necesidad de la inscripción en el Registro Civil

La exigencia del requisito de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad, ha originado no pocos interrogantes en relación, fundamentalmente, con la falta de inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil, y su consecuencia en relación con el percibo de la pensión de viudedad, y es que resulta cuestionable que se niegue efectos civiles al matrimonio bajo la consideración de que para que estos se produzcan y puedan hacerse efectivos para causar derecho a pensión de viudedad conforme al art. 174 de la LGSS es preciso que el matrimonio se halle inscrito en el Registro Civil.

El art. 61 Cc liga la producción de efectos civiles a la celebración del matrimonio y, en este sentido, señala que «el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración». Es por ello que los efectos civiles del matrimonio debe entenderse que se producen desde el momento de la celebración del mismo, por lo que desde ese momento son jurídicamente reconocidos⁴², no teniendo la inscripción efectos constitutivos. Luego, “el pleno reconocimiento de efectos civiles” al que hace referencia el art. 61 CC, no supone sino la posibilidad de oponer dichos efectos a terceros de buena fe⁴³.

eludir el requisito del matrimonio, pues la convivencia de la actora con el fallecido se inició con posterioridad al 20 de julio de 1981; tal norma, según sus literales términos, sólo se aplica a las uniones de hecho anteriores a la modificación del Código Civil, que permitió la separación y el divorcio, cuya situación no se pudo legalizar por haber fallecido alguno de los convivientes antes de entrar en vigor la Ley 30/1981, y la Jurisprudencia tan sólo la ha aplicado a los casos de fallecimiento posterior a tal entrada en vigor, cuando se presumía la intención de legalizar la situación, pero ello no se pudo conseguir por haberse producido el fallecimiento en fecha próxima al 20 de julio de 1981, o cuando concurrían otras circunstancias excepcionales que justificaban una demora razonable en la decisión de formalizar el divorcio del cónyuge legítimo”. En análogo sentido, STSJ Las Palmas, de 14 de marzo de 2005 [As 2005, 765], en la que se señala que: “constituye un dato objetivamente constatable, y así se desprende de los hechos probados, que desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981 hasta la solicitud de divorcio por parte del fallecido en 1987 había transcurrido un tiempo prolongado durante el cual no existía ya la imposibilidad jurídica de contraer matrimonio. Sin que en el procedimiento se haya acreditado ninguna otra circunstancia que pudiera haber incidido de algún modo en la valoración de dicha imposibilidad hasta el punto de concluir que su falta de consideración por el órgano judicial hubiera determinado una desigualdad prohibida por el art. 14, ya que no puede concederse relevancia constitucional para desvirtuar el razonamiento judicial a la genérica alegación de la recurrente de que precisaron de aquellos años para encontrarse preparados objetiva y personalmente para iniciar los trámites correspondientes”.

42 En este sentido, la Res. DGRN de 11 abril 1985 [RJ 1985, 3496], ya señalaba: “ Que si este matrimonio era formalmente válido, también hay que estimarlo válido sustantivamente mientras no sea declarada otra cosa por los Tribunales, pues así lo impone el principio del «favor matrimonii» y lo confirma el hecho de que este enlace haya sido disuelto por una sentencia de divorcio; por otra parte, la circunstancia de que el repetido matrimonio no haya sido inscrito en el Registro Civil español no significa que el mismo se vea privado de efectos: como indica el artículo 61 del Código Civil -y antes el artículo 70 de la Ley del Registro Civil-, «el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración», y la inscripción, aunque sea obligatoria, sólo se exige «para el pleno reconocimiento» de los efectos, de modo que la falta de inscripción «no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas» pero no implica, sino al contrario, que haya que estimar como no casado al que efectiva y legalmente lo está”.

43 En este sentido, la RDGRN 11 de abril de 1985 [RJ 1989, 5947] señala que: “Ese primer

Por consiguiente, si el matrimonio se celebra, debe considerarse que el matrimonio existe y produce los efectos jurídicos propios del mismo. Es por ello por lo que el propio Tribunal Supremo interpreta que "si el matrimonio existió se debe entender cumplida la cualidad de «cónyuge superviviente» que es la exigida por el art. 174.1 LGSS para causar derecho a la pensión de viudedad, de donde, sin necesidad de mayores indagaciones acerca del alcance de las expresiones «efectos civiles» o «plenos efectos» del art. 61 CC se desprende el derecho de la demandante a la pensión que reclama"⁴⁴. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional⁴⁵ en relación con los efectos de un

matrimonio de un ciudadano español es válido y produce efectos desde su celebración, como señalaba ya el artículo 70 de la Ley del Registro Civil y confirma hoy el artículo 61 del Código Civil. La circunstancia de que tal matrimonio no esté inscrito implicará una dificultad de su prueba y del pleno reconocimiento de sus efectos, pero no puede provocar la grave consecuencia de estimar que el contrayente no está casado. Por el contrario la inscripción sigue siendo obligatoria y su falta no puede redundar en beneficio de uno u otro contrayente sino solamente en su caso en el de los terceros de buena fe, como concretan los artículos citados" .

44 STS 15 de diciembre de 2004 [RJ 2005, 2170]

45 STC 199/2004, de 15 de noviembre [RTC 2004,199]. Sentencia con dos votos particulares. En el formulado por el Magistrado Conde Martín de Hijas se argumenta que "La inscripción en el Registro no es, así, problema de existencia o inexistencia de matrimonio, sino problema de plena eficacia del matrimonio. El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración (momento de inicio de los efectos); pero sometido a la *conditio juris* de la inscripción. Es precisamente esa *conditio juris* la que, a mi juicio, unifica en el ordenamiento jurídico estatal la eficacia de las diversas formas de matrimonio propias o ajenas a la regulación de ese ordenamiento. Por eso desde la perspectiva del ordenamiento estatal me parece absolutamente desacertado prescindir de esa *conditio juris* y reconocer efectos vinculantes para el Estado en sus regímenes prestacionales a matrimonios no inscritos". En el segundo voto particular formulado por la Magistrada Pérez Vera, se argumenta partiendo de la constancia en el expediente remitido «acta de manifestaciones» realizada ante Notario por quien fue vicario diocesano en la parroquia del Sagrado Corazón de Jesús, en la que se reúne la Comunidad Cristiana «del Sagrat Cor de Pobla Nou», según la cual actuó como ministro de la «celebración sacramental, conforme a la liturgia católica de la fecha» del matrimonio entre el recurrente y su causahabiente, manifestando «que por expreso deseo de los celebrantes no se comunicó la unión conyugal al Registro Civil, por entender éstos que la celebración de su unión conyugal en la fe era suficiente a todos los efectos». Las anteriores consideraciones "ponen de relieve es una actuación del demandante, perfectamente coherente, encaminada a negar su compromiso matrimonial ante cualquier instancia civil. Tal comportamiento, fruto de la libre determinación, debe ser respetado pero con conciencia de que supone el incumplimiento objetivo de requisitos legítimamente impuestos por el legislador; un incumplimiento deliberado e intencional de resistencia al régimen legal al que resulta razonable asignar las consecuencias que la Administración y el órgano judicial han alcanzado en estos autos, cuando concluyen que están ante una pareja de hecho, a la que, según reiterada jurisprudencia, no resulta inconstitucional, ex art. 14 CE denegar la pensión solicitada. En efecto, así resultaría de la inscripción como hijo de padres solteros del hijo habido por la pareja o de la reclamación inicial planteada por el recurrente a la Administración de la pensión que pudiera corresponderle, como pareja de hecho conviviente con la funcionaria fallecida. Y es que sólo cuando esta pretensión fue desestimada alegó el recurrente que había celebrado un matrimonio canónico que nunca llegó a inscribir". En tales condiciones considera la Magistrada "que las conclusiones alcanzadas en sede jurisdiccional que han llevado a otorgar a la pretensión del demandante el mismo tratamiento que reciben las solicitudes planteadas por convivientes more uxorio, se encuentran suficientemente motivadas y no merecen ninguna tacha de inconstitucionalidad. Por todo ello entiendo que, manteniéndose la doctrina constitucional en la materia, hubiera procedido la desestimación del amparo".

matrimonio canónico no inscrito en el Registro Civil, en la que entiende que a los efectos de causar pensión de viudedad debe considerarse cónyuge supérstite a quien contrajo matrimonio aunque después éste no se hubiera inscrito, por cuanto la indicada inscripción no puede considerarse en nuestro Derecho con efectos constitutivos. Así, señala que: "el reconocimiento no cuestionado de la existencia de vínculo matrimonial (...) impide entender que la situación del recurrente en amparo sea idéntica o equiparable a la de las parejas que conviven more uxorio y que no sea equivalente al resto de matrimonios aunque estén inscritos. Muy por el contrario, el reconocimiento de la existencia de un vínculo matrimonial y la afirmación de que el matrimonio ha sido celebrado obligan a considerar equiparables ambas situaciones a los efectos de la prestación cuestionada y, en todo caso, impide exigir para el otorgamiento de la pensión un requisito adicional que se encuentra extramuros de la capacidad interpretativa de que disfruta la Administración y el órgano judicial por estar claramente vedado por el principio de igualdad".

Lo cierto es que si se considerase inexistente el matrimonio no inscrito sería tanto como dar valor constitutivo a la inscripción, lo que no se deduce del art. 61 CC., dado que lo que se deriva de la terminología empleada en dicho precepto: "pleno reconocimiento de los efectos civiles", no es sino la posibilidad de oponer dichos efectos frente a terceros⁴⁶. Por lo que ciertamente resultaría desmedido considerar a un cónyuge como ilegítimo por el simple hecho de la falta de inscripción del matrimonio en el Registro Civil. En este sentido, no es posible denegar la pensión de viudedad, como señala el máximo intérprete de nuestra Constitución, dado que su denegación provocaría la creación de una "desigualdad artificiosa y arbitraria por no estar fundada en criterios o juicios de valor generalmente aceptados; teniendo en cuenta que se de un matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico"⁴⁷. Exigir, por tanto, la inscripción sería como considerar que no se tiene la condición de cónyuge legítimo y ello aún cuando hubiere podido quedar probado que el vínculo matrimonial es válido, lo que daría lugar a una situación similar a la de

46 RDGRN 11 de abril de 1985 [RJ 1985, 3496]

47 Así, en SJS de Mieres, Asturias, de 20 de abril de 2001 [AS 2001 338], en la que se señala que: "el matrimonio existe, pues ha adquirido realidad jurídica a través de un acto válido, que consecuentemente otorga a quienes lo contrajeron el carácter de cónyuges legítimos, aunque puede estar condicionado en el ámbito de la eficacia al cumplimiento del requisito de publicidad que en modo alguno empece a aquella validez jurídica del acto matrimonial, y que una vez extinguido por la muerte de uno de aquéllos, otorga naturalmente al supérstite la condición de viudo, consideraciones que conducen a la estimación de la demanda rectora de autos". En el mismo sentido, STSJ de Málaga, de 10 de junio de 1998 [RJ 1998 3559], en donde se señala que: "la cuestión que se plantea radica en averiguar y resolver si la omisión de inscripción de matrimonio en el Registro Civil Español constituye un requisito esencial de orden constitutivo o simplemente un requisito «ad provationem» o «ad solemnitatem». La Sala considera que representa un mero defecto de forma que no puede privar de validez y eficacia, con todos los efectos legales que le son inherentes en el Ordenamiento Jurídico Español, al matrimonio celebrado conforme a la Legislación Marroquí, concretamente, el de la prestación de viudedad por la condición de cónyuge sobreviviente, y ello como consecuencia lógica, normal y obligada de la adquisición de la Nacionalidad Española por la presunta beneficiaria y el sujeto causante". STSJ de Valencia, de 14 de octubre de 1999 [AS 2000 613].

las parejas de hecho, cuando ciertamente éstas suponen el ejercicio del derecho a no contraer matrimonio.

Por este motivo, tampoco habría inconveniente en admitir la validez del matrimonio celebrado en el extranjero aun cuando no se haya inscrito en el Registro Civil, toda vez que un español puede contraer matrimonio en el extranjero acogiéndose, o bien a la forma civil regulada por el Derecho español debiendo prestar su consentimiento ante el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero; o bien, de forma religiosa legalmente prevista en España; o bien, finalmente, en la forma establecida o admitida por la ley del Estado en que se celebre.

Ahora bien, si la celebración del matrimonio produce efectos civiles, nada impediría que se pudiera contraer un segundo matrimonio y que este produjera efectos civiles, dada la dificultad de advertir la existencia de otro anterior por no estar inscrito. Esta dificultad sería mayor en aquellas celebraciones del matrimonio en forma religiosa en las que no se exige tramitar previamente el expediente matrimonial como ocurre, por ejemplo, en el matrimonio islámico⁴⁸, supuestos en los que el control sobre el cumplimiento de los requisitos de validez queda relegado al momento de la inscripción. En todo caso, la tramitación del expediente adquiere especial interés para evitar consentimientos simulados⁴⁹ que suponen realmente una voluntad matrimonial inexistente, dado que la voluntad que se declara no se corresponde con la interna, originándose así una discordancia consciente, que conduciría a la nulidad absoluta del matrimonio celebrado, pero, pese a ello, a nadie se le escapa las dificultades de prueba de la existencia de simulación. Y, lógicamente, en aquellos supuestos en los que no es necesaria la previa tramitación del expediente es en el momento de la inscripción del matrimonio donde se determina si concurren los requisitos legales para la validez del mismo; por lo que si se tiene en cuenta que el matrimonio, mientras no se declare su nulidad, se beneficia de las consecuencias legales de la institución matrimonial, la inscripción en el Registro ostenta una especial relevancia.

1.2. Criterios judiciales y jurisprudenciales en torno a la problemática que suscita la necesidad de existencia de vínculo matrimonial.

a) Uniones celebradas conforme a otros ritos

La exigencia de este requisito de existencia de vínculo matrimonial reconocido legalmente, ha generado interrogantes respecto de las uniones celebradas conforme a otros ritos pero que no tienen la consideración de matrimonio en el ordenamiento jurídico español. Efectivamente, la legislación española permite, como ya se ha señalado, que los contrayentes manifiesten su consentimiento en

48 Art. 7 Ley 26/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, de 10 de noviembre de 1992 (BOE núm. 272, de 12 de diciembre de 1992)

49 IDGRN 9 de enero de 1995[RCL 1995 210], RDGRN 24 de marzo de 2006 [RJ 2007, 1791]

la forma civil prevista en los arts. 51 y ss. CC o también en la forma religiosa reconocida y ante el ministro de culto de entidades religiosas inscritas o reconocidas por la legislación vigente—art. 49.2º CC—. No obstante, para que el consentimiento matrimonial pueda prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa se exige que se trate de una confesión religiosa inscrita en el Registro de Entidades Religiosas y, además, que el Estado haya celebrado un Acuerdo o Convenio con esa confesión religiosa en el que se admita como válida la forma ritual utilizada para prestar el consentimiento. Aun no existiendo Convenio se considera válida si lo autoriza norma jurídica estatal. En la actualidad existen cuatro formas religiosas legalmente admitidas: canónica⁵⁰, evangélica⁵¹, judía⁵² e islámica⁵³.

También hay que partir, como ya hemos señalado, de las previsiones contenidas en el art. 61 CC en el que se dispone que «el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración», que «para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil» y que «el matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas».

Pues bien, en el caso de matrimonios celebrados de forma válida y admitida por la costumbre y los usos de la etnia gitana, se cuestiona sobre la eventual existencia de discriminación étnica al no ser reconocida la prestación de viudedad por no concurrir el requisito de vínculo matrimonial, al equiparar su situación jurídica con la de una pareja de hecho que conviviera *more uxorio*. Al respecto el Tribunal Constitucional⁵⁴ ha seguido partiendo de la base, por un

50 Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979 Instrumento de ratificación de 4 de diciembre de 1979 (BOE nº300/79, de 15 de diciembre de 1979)

51 Ley 24/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, de 10 de noviembre de 1992 (BOE núm. 272, de 12 de diciembre de 1992)

52 Ley 25/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, de 10 de noviembre de 1992 (BOE núm. 272, de 12 de diciembre de 1992)

53 Ley 26/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, de 10 de noviembre de 1992 (BOE núm. 272, de 12 de diciembre de 1992)

54 STC 69/2007, de 16 abril [RTC 2007/69]. Sentencia con voto particular en la que el Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez considera que existe coincidencia con el supuesto de la STC 1999/2004 y así señala que: “Pues bien, el caso del viudo de funcionaria con matrimonio no inscrito coincide así, a mi entender en forma decisiva, con el de doña María Luisa en que se reclamaba en ambos pensión de viudedad por dos recurrentes que no tenían lo que afirmaban ser su matrimonio debidamente inscrito en el Registro Civil. El viudo de funcionaria con unión conyugal controvertida y no inscrita obtuvo nuestro amparo, y consiguió su pensión en la STC 199/2004, mientras que la viuda gitana que no ha visto inscrito en el Registro Civil el matrimonio conforme a las costumbres ancestrales de su pueblo ha visto rechazado el reconocimiento de su pensión de viudedad en la Sentencia de la que discrepo”. Asimismo, afirma que: “La Sentencia de la mayoría concluye sugiriendo una intervención del legislador para que las uniones celebradas conforme al rito ancestral de los gitanos pudieran tener efectos civiles matrimoniales (F. 4 in fine). En mi opinión la validez previa del matrimonio gitano a efectos de Derecho de familia no era necesaria para que otorgásemos el amparo que reclamaba en este caso doña María Luisa. Y es que resulta claramente desproporcionado que el Estado español que ha tenido en cuenta a doña María Luisa, y a su familia gitana al otorgarle libro de

lado, de que no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia y, por otro, que la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio.

Es por ello por lo que nuestro máximo intérprete de la Constitución considera que no es posible afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado la prestación al no constar vínculo matrimonial con el causante en cualquiera de las formas reconocidas legalmente. Y sin que sea posible interpretar que existe un trato discriminatorio directo o indirecto por motivos raciales o étnicos, derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbre gitanos con el vínculo matrimonial a los efectos de dicha prestación y de que se les haya aplicado el mismo tratamiento jurídico que a las uniones *more uxorio*. En este sentido, reitera el Tribunal "que resulta ajeno al núcleo de protección del art. 14 CE la «discriminación por indiferenciación», 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"⁵⁵.

En fin, pese al criterio marcado por el Tribunal Constitucional, y aun cuando claramente quepa la posibilidad de que se admitan legalmente otros ritos o formas de celebración entre los que podría incluirse los matrimonios celebrados por el rito gitano, también es cierto que en determinadas resoluciones judiciales, como ocurre en la STS de 15 de diciembre de 2004⁵⁶ entiende concretamente respecto de la atribución o no de la condición de cónyuge del causante habida cuenta de matrimonio celebrado ante la Iglesia Evangélica de Filadelfia con anterioridad a la Ley 24/1992, de 10 de noviembre -que reconoció el Acuerdo de Cooperación del Estado Español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España-, que efectivamente, a pesar de haber contraído un matrimonio en una forma religiosa regulada con posterioridad a su celebración, reunía la condición de cónyuge del causante -el fallecimiento se produce con posterioridad a tal Ley- y, por lo tanto, se le podía atribuir la condición de viuda del mismo a los efectos del artículo 174 LGSS. El Tribunal argumenta que el matrimonio se celebró en 1989, estando en vigor la nueva normativa del Código Civil -Ley 30/1981, de 7 de julio por la que se modificó el Título IV del libro I del Código Civil- y los contrayentes prestaron su consentimiento ante un Pastor de la Iglesia Evangélica de Filadelfia, inscrita en el Registro de Asociaciones Religiosas, y que se celebró en presencia de dos testigos, siguiendo las exigencias básicas que la Ley posterior de referencia -la Ley 24/1992- vino a

familia, reconocimiento de familia numerosa, asistencia sanitaria con familiares a su cargo para ella y para sus seis hijos y ha percibido las cotizaciones correspondientes a su marido gitano durante diecinueve años, tres meses y ocho días quiera desconocer hoy que el matrimonio gitano resulta válido en materia de pensión de viudedad (STJCE Becker, asunto 8/81, § 24)".

55 STC 117/2006, de 24 de abril [RTC 2006, 117]

56 STS 15 de diciembre de 2004 [2005, 2170]

establecer, con la única diferencia de que no tramitó el expediente previo ante el Registro Civil que dicha Ley exige. En este sentido, considera el Tribunal que la diferencia entre haber celebrado el matrimonio antes o después de 1992 es meramente de procedimiento y, por lo tanto, no puede estimarse que afecte a su eficacia. En consecuencia, considera que se está ante un matrimonio celebrado antes de la Ley de 1992 pero siguiendo las pautas de una Iglesia reconocida en España cuyas formas se acomodan en lo esencial a lo después establecido legalmente, y que la norma de 1992 lo único que hace es dar cumplimiento a una previsión ya existente en el Código Civil desde 1981. Por lo tanto, concluye "(...) no es fácil llegar a la conclusión de que la celebración en una u otra fecha sea determinante de la eficacia jurídica del matrimonio cuando lo único que hizo la norma nueva fue reglamentar algo que venía establecido desde antes, y por lo tanto con efectos declarativos y no constitutivos".

Del mismo modo, se vislumbra este criterio, si se quiere, más flexible y no tan riguroso respecto de la existencia de vínculo matrimonial en otras resoluciones judiciales, si bien aisladas, que confirman la pensión de viudedad a favor de persona que convive con otra sin contraer matrimonio presumiéndose su existencia⁵⁷; o a favor de persona que no llega a contraer matrimonio por la muerte prematura del futuro cónyuge pero existiendo una voluntad inequívoca de contraerlo⁵⁸. O en supuestos singulares en los que existiendo convivencia

57 Así, en la STJ de Navarra de 22 de mayo de 1997 [AS 1997, 1626] se señala que: " Resulta un hecho incuestionable que la demandante y el fallecido don Felipe S. mantuvieron su relación bajo la concepción de matrimonio, lo que lleva a que tal estado figure en los diversos documentos que por distinta razón se han producido, así como en los relacionados con la Seguridad Social que, hasta el óbito del esposo de la interesada no cuestiona la existencia del vínculo matrimonial. Antes al contrario la actora obtuvo Resolución del encargado del Registro Civil, de fecha 13 julio 1994 en la que se establecía la presunción de matrimonio. Por otra parte, además de la asistencia sanitaria reconocida por el INSS a la demandante en cuanto esposa del difunto, mediante testamento de hermandad y escritura pública de compraventa se da fe de la condición matrimonial de ambos, y de los hijos fruto de su relación. Y es bajo tal presunción sobre la que se emiten los documentos aludidos en que la buena fe ha sido el dominante en su idea de la existencia de matrimonio. Además esta consideración de la relación inter-personal ha tenido su reflejo en las situaciones externas de la pareja al transmitirse en su entorno social la idea de que semejante unión estaba presidida por el signo del matrimonio, y consiguiente no puede romperse, por un mero principio formal, lo que toda una vida ha llevado constituido".

58 En este sentido, la STSJ de Madrid, de 2 de julio de 1998 [AS 1998, 2899], donde se afirma que: "Si bien es cierto que, conforme al art. 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social, sólo tiene derecho a la pensión de viudedad, el cónyuge del causante, condición que no es atribuible a quien no está (o ha estado, en el supuesto de divorcio), unido por vínculo matrimonial, no lo es menos que, en supuestos tan singulares como el de autos, procede el reconocimiento de dicha prestación cuando la voluntad y firme propósito de contraer matrimonio resulta tan patente como en el presente caso, al haberse iniciado y concluido el correspondiente expediente matrimonial, y no llegar a realizarse aquél, no obstante, haberse instado su celebración «in articulo mortis», por no encontrarse el causante -en el momento en que, a la presencia judicial, iba a tener lugar- con lucidez suficiente para comprender el significado del acto, hasta el punto que al día siguiente falleció. En el mismo sentido, SJS Sevilla 18 de mayo de 2004 [AS 2004 2694], cuando señala que: "Si bien es cierto que, conforme el art. 174.1 de la LGSS, sólo tiene derecho a la pensión de viudedad el cónyuge del causante, condición ésta que no es atribuible a quien no está o ha estado, en supuesto de divorcio unido por vínculo matrimonial, no lo es menos que en supuestos singulares procede el

marital deciden contraer matrimonio, iniciando el oportuno expediente ante el Registro Civil correspondiente, y una vez instruido y autorizado, con informe favorable de la Fiscalía, y manifestada su voluntad de formalizar el matrimonio civil ante el Juzgado de Paz, fallece el causante⁵⁹. O el supuesto de convivencia marital de varón con transexual sometido a intervención quirúrgica de cirugía transexual, en el que fallece sin poder contraer matrimonio una vez modificada la inscripción en el Registro Civil de cambio de sexo⁶⁰. En todas ellas late similar argumentación⁶¹, en el sentido de considerar que la interpretación de las normas de la Seguridad Social debe efectuarse "de forma y modo que su aplicación no frene su dinamismo progresivo, acorde con las garantías de asistencia y prestaciones sociales que postula la Constitución, en cuanto inherentes al Estado Social y de Derecho"⁶².

b) Vínculo matrimonial con transexual

Respecto a los supuestos de transexualidad, debe señalarse que es la doctrina jurisprudencial la que ha llevado a cabo una verdadera integración de la laguna existente, en cuanto que el legislador no ha contemplado hasta fechas muy recientes⁶³ la situación jurídica del transexual⁶⁴. El Tribunal Supremo, en base al

reconocimiento de dicha prestación cuando la voluntad y firme propósito de contraer matrimonio resulta patente. Y tal voluntad aparece en el caso analizado suficientemente probada en virtud de las claras manifestaciones ofrecidas en el acto de juicio por dos testigos, ambos con constante, directo y personal trato diario con el fallecido, quienes relataron ante el plenario que tal era el indubitado deseo del Sr. ..., inalcanzado por las dificultades inherentes a las penosidades propias a la enfermedad que le provocó finalmente la muerte".Procede pues acoger favorablemente la demanda, pues si bien es cierto que se observa cierto grado de dejadez y pasividad respecto a su personal situación referente al anterior matrimonio citado en el hecho probado segundo, ello no empece ni enerva el resto de los razonamientos expuestos, al haberse constatado que su unión de hecho con la actora reviste de hecho total similitud con la situación propia al matrimonio que no pudo celebrar.

59 STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2005 [AS 2006, 86360]

60 Así, en la STSJ de Las Palmas, de 7 de noviembre, de 2003 [AS 2003, 3635], señala que: "La actora y su compañero sentimental, al contrario que en los casos allí contemplados, eligieron libremente asumir los deberes conyugales, y a tal fin removieron los obstáculos legales que les impedían contraer matrimonio y es por ello que su caso merece la atención individualizada a la que en el anterior fundamento jurídico nos referíamos, que, a juicio de esta Sala, le hace acreedora de la prestación de Seguridad Social reclamada. No se trata de suplir el incumplimiento objetivo del requisito de matrimonio, legalmente impuesto para acceder a la pensión de viudedad, sino de otorgar excepcionalmente a aquella exigencia la flexibilidad necesaria en atención a las circunstancias del caso, a fin de evitar la desprotección en la que la accionante se encuentra tras el óbito del que no pudo formalmente llegar a ser su cónyuge".

61 SSTs de 3 de junio de 1975 [RJ 1975, 2691] y 27 de diciembre de 1988 [RJ 1988, 9925]

62 SSTs 20 de enero de 1989 [RJ 1989, 276] y 10 de febrero de 1989 [RJ 1989, 734]

63 Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

64 Debe señalarse que el derecho a contraer matrimonio garantizado por el artículo 12 del Convenio de Roma se refiere al matrimonio tradicional entre personas de sexo biológico opuesto, no obstante, la interpretación del TEDH ha permanecido atenta a la evolución científica, médica y social, y a las concepciones existentes en cada momento histórico y llamó la atención sobre la importancia de una constante adecuación del Derecho a la evolución científica y social. En este sentido, en Sentencias de 11 de julio de 2002 (asuntos I. c. Reino Unido y Christine Goodwin c. Reino Unido), el Tribunal se reafirma en la necesidad de mantener

principio de libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1CE, admitía la constancia en el Registro Civil de un sexo distinto por consideraciones de tipo psíquico y social; y pese a mostrarse la jurisprudencia⁶⁵ contraria a reconocer al transexual aptitud para contraer matrimonio, argumentando que la diferencia biológica de sexos era esencial y que, en consecuencia, el matrimonio sería nulo por ausencia de consentimiento matrimonial⁶⁶, sin embargo, se señalaba también que hasta tanto una norma legal dispusiera la extensión de los efectos a producir en virtud de los cambios de sexo acordados judicialmente, incumbía a los órganos judiciales precisar su extensión, bien en ejecución de sentencia, o bien en otra litis diferente⁶⁷. Es por ello por lo que la DGRN⁶⁸ entiende que: "Desde el momento que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos. Si el principio constitucional de desarrollo de la personalidad del artículo 10-1 de la Constitución justifica, tras el síndrome transexual, la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento médico oportuno, el cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos". En definitiva, afirma⁶⁹ que: "No puede defenderse que el

un enfoque dinámico de la interpretación del Convenio, atendiendo a la evolución social, médica y científica, para concluir que no es evidente que el elemento cromosómico deba ser inevitablemente el criterio determinante de la identidad sexual que el Derecho atribuya a los transexuales. En relación con el derecho a contraer matrimonio, el Tribunal recuerda los casos precedentes en que no se apreció vulneración del artículo 12, pero volviendo a examinar la situación en el año 2002, señala que la referencia al hombre y la mujer del artículo 12 no evidencia que actualmente el sexo deba ser determinado según criterios puramente biológicos. Concluye, por ello, que el margen de apreciación de los Estados no justifica que los transexuales se vean privados, de raíz, del derecho a casarse.

65 SSTS 2 de julio de 1987 [RJ 1987, 5045], 15 de julio de 1988 [RJ 1988,5722]

66 Arts. 32.1 y 44 CC

67 STS 3 de marzo de 1989 [RJ 1989,1993]

68 RDGRN 31 de enero de 2001 [RJ 2001,5095]

69 Afirmación que se mantiene actualmente en la RDGRN, como la de 24 de enero de 2005, en donde se señala que: "La cuestión que se plantea en este recurso es la de si pueden contraer matrimonio entre sí un varón y un transexual masculino puro, el cual, para adecuar su sexo biológico y anatómico a su comportamiento sexual psíquico y social, ha sufrido una intervención quirúrgica de cirugía transexual y a continuación ha obtenido una sentencia firme dictada por un Juez de Primera Instancia español declarando que el sexo del demandante es el de mujer. La situación jurídica del transexual sigue sin estar contemplada, al menos en el ámbito civil, por el legislador español, si bien esta laguna está resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual en las sentencias citadas en los vistos admitía la constancia en el Registro Civil de un sexo distinto por consideraciones de tipo psíquico y social y en consonancia con el principio de libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1 de la Constitución. Siendo esto así y si, como se ha apuntado, la sentencia de cambio de sexo no contiene en el supuesto una declaración sobre la falta de capacidad matrimonial, no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológico-genéticos o cromosómico invariables de ambos contrayentes. Desde el momento que una sentencia judicial firme ha declarado el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos. Si el principio constitucional de desarrollo de la personalidad del artículo 10-1 de la Constitución justifica, tras el síndrome transexual, la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento médico oportuno, el cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino,

matrimonio entre un varón y un transexual que ha pasado a ser mujer sea, por este solo motivo, nulo por ausencia de consentimiento matrimonial. Si el cambio de sexo se ha producido, los sexos de ambos contrayentes son distintos y cada uno de ellos, al prestar el consentimiento, ha tenido en cuenta el diferente sexo del otro. Por lo demás, si ese matrimonio pudiera ser declarado nulo por error en las cualidades personales esenciales del otro contrayente (art. 73-4º CC.), no ocurre así en este caso en el que el varón conoce el proceso sexual de la otra parte, aparte de que la nulidad por error sólo puede ser invocada por el cónyuge que hubiera sufrido el vicio (art. 76 CC.)”.

Con posterioridad a la solución jurisprudencial señalada, la promulgación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, ha venido a garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas, regulando la posibilidad de modificación de la asignación registral inicial del sexo y del nombre propio. De acuerdo con la regulación que se establece en esta Ley, como indica su Exposición de Motivos, la rectificación registral del sexo y el cambio del nombre se dirigen a constatar como un hecho cierto el cambio ya producido de la identidad de género, de manera que queden garantizadas la seguridad jurídica y las exigencias del interés general. Para ello, dicho cambio de identidad habrá de acreditarse debidamente, y la rectificación registral se llevará

creando una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos. No debe olvidarse, por último, que la solución de permitir al transexual contraer matrimonio con persona de su mismo sexo cromosómico es la generalizada en Derecho comparado; tiene claro apoyo en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y es una posibilidad que se está admitiendo en la práctica registral y en la doctrina oficial de este Centro Directivo”. Considerando que debe aplicarse la Ley española aun cuando el que pretende contraer matrimonio es un transexual de nacionalidad costarricense, argumentando para ello que: “Es cierto que las cuestiones relativas a la «persona», entre las que se incluye la determinación y cambio de sexo de la persona, deben solventarse con arreglo a la «Ley personal» del sujeto en cuestión, esto es, con sujeción a la «Ley nacional» o Ley del país cuya nacionalidad ostenta el sujeto en cuestión, tal y como antes se apuntó. Sin embargo, no es menos cierto que la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. En concreto, se rechaza la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación produzca una vulneración de los principios esenciales y básicos e irrenunciables del Derecho español. Pues bien, es claro que es un principio básico e irrenunciable del Derecho civil español la posibilidad de «cambio de sexo» de las personas, de modo que por indicación de la misma Constitución Española de 1978, que protege el «libre desarrollo de la personalidad», todo sujeto, sea español o extranjero, debe tener la posibilidad de cambiar su sexo. Cuando la Ley extranjera, como es el caso de la Ley costarricense, no admite el cambio de sexo en ningún caso, dicha Ley no debe ser aplicada por los Tribunales españoles (art. 12.3 Ce), que en su lugar han de aplicar la Ley española. Esta tesis viene reforzada por la más reciente jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, en particular en función de la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los artículos 8 y 12 del Convenio europeo de derechos del hombre de 4 de noviembre de 1950 en su Sentencia de 11 de julio de 2002, dada la importancia que para salvar el carácter restrictivo del orden público internacional tiene el método comparatista y transnacional como instrumento de decantación de los principios jurídicos protegidos por la cláusula de orden público por su condición de principios esenciales comunes a una pluralidad de países”

a cabo de acuerdo con la regulación de los expedientes gubernativos del Registro Civil.

Por lo expuesto, admitido el vínculo matrimonial nada impide que se reconozca en estos supuestos la pensión por viudedad.

c) La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

En el caso de las personas homosexuales, la Ley 13/2005, de 1 de julio, modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, añadiendo un nuevo párrafo al artículo 44 del Código Civil, conforme al cual «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». De esta manera, atendiendo no sólo a la realidad social en la que ha dejado de existir una única forma de convivencia de pareja⁷⁰, sino también en atención a los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución de igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad y no discriminación⁷¹, se permite el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, superando la concepción tradicional de la diferencia de sexos como elemento esencial del reconocimiento de la institución matrimonial.

Ya expusimos el razonamiento del Tribunal Constitucional respecto de que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes a todos los efectos, y que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la convivencia de hecho y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento. Sin embargo, también se sostiene que el

70 Manifestaciones de ese reconocimiento y aceptación social crecientes son las diversas legislaciones que regulan la convivencia entre personas del mismo sexo, lo que también se refleja en algunas legislaciones autonómicas, en cada caso con sus perfiles propios y sus más o menos limitados efectos en uno u otro ámbito, civil o administrativo. Así, han dictado Leyes sobre la materia Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja), Aragón (Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas), Navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables), Comunidad Valenciana (Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho), Baleares (Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables), Madrid (Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho), Principado de Asturias (Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables), Andalucía (Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho), Canarias (Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho), Extremadura (Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho) y el País Vasco (Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho).

Desde esa perspectiva, lo que se plantea no es si las formas de convivencia "more uxorio" entre personas del mismo sexo deben tener reconocimiento jurídico, sino cuál deba ser el alcance de ese reconocimiento jurídico. En vía judicial, se han ido reconociendo ciertos efectos a la convivencia de parejas estables del mismo sexo, equiparándose en algunos aspectos a las parejas heterosexuales.

71 Al respecto debe señalarse que tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como en la Constitución Europea se recoge la prohibición de toda discriminación por razón de la orientación sexual (artículos 21.1 in fine y II. 81 in fine).

libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado si los poderes públicos trataran de coartar irrazonablemente la convivencia "more uxorio" o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que la convivencia no formalizada se viera gravada o sancionada de algún modo⁷². También reitera que para no considerar arbitraria esa diferencia de trato, debe tenerse en cuenta la voluntariedad de la convivencia "more uxorio" o, lo que es lo mismo, que los convivientes no hayan querido transformar su relación en matrimonio cuando nada les impedía acceder a dicho estatus. En este sentido, la convivencia de hecho de los homosexuales no suponía el resultado de una libre opción, sino como apunta el Consejo de Estado⁷³ "de que el ordenamiento impida el reconocimiento institucional de la convivencia "more uxorio" entre personas del mismo sexo".

Por consiguiente, reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo a partir de la Ley 13/2005, la citada norma produce efectos respecto de otros derechos que se derivan a favor de quienes han contraído matrimonio, como ocurre con la pensión de viudedad no existiendo problemática alguna sobre tal derecho centrándose el debate o controversia en relación con aquellos supuestos en los que el fallecimiento de la persona que convivía con el demandante de la pensión se produjo antes de la promulgación de la citada norma y en la posible aplicación de la Disposición adicional 10ª de la Ley 30/1981, en el entendimiento de que existe una remisión de la Disposición adicional 1ª de de la Ley 13/2005⁷⁴ a la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

En principio debe tenerse en cuenta que no existe ninguna previsión expresa en Ley 13/2005, a modo de la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Por lo tanto, cabe entender que no afectaría más que a las parejas existentes en el momento de su promulgación que serían las que pueden contraer matrimonio por así permitirlo la norma. E igualmente sería difícil argumentar una posible aplicación analógica, por cuanto el recurso a la analogía requiere que el supuesto específico carezca de regulación normativa, además de que la norma que se vaya a aplicar por su identidad de razón con el supuesto, sea lo suficientemente expansiva, interpretada correctamente en su sentido y finalidad, hasta el punto de permitir esa aplicación. El legislador con la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, optó por extender derechos reconocidos a los casados sólo a aquéllos que no pudieron casarse entre sí por impedirlo una causa constitucionalmente ilegítima, de tal manera que se reconoció el derecho a percibir la pensión de viudedad a quienes hubieran convivido con el cotizante, fallecido antes de la entrada en vigor de la Ley, sin que hubieran podido casarse por impedirlo la legislación anterior, o lo que es lo mismo, porque lo impedía una causa que no existía en la nueva regulación. Por

72 SSTC 184/1990, 3 de diciembre 1990 [1990, 184]

73 Dictamen del Consejo de Estado, de 16 de diciembre de 2004 [número de expediente: 2628/2004 (JUSTICIA)]

74 La Disposición adicional primera, "Aplicación en el ordenamiento" señala: Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes.

consiguiente, en base a lo anteriormente argumentado y como señala el propio Tribunal Constitucional⁷⁵, la razón de ser de la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981 no era otra que “la imposibilidad legal de disolver el primer vínculo y contraer nuevo matrimonio”, sin embargo, no se puede señalar ésta como razón motivadora de la regulación introducida por la Ley 13/2005⁷⁶. Además, la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, reconocía excepcionalmente, como hemos señalado, el derecho a la prestación de viudedad al supérstite de convivencia “more uxorio” cuando hubiera concurrido imposibilidad legal de contraer matrimonio por vínculo conyugal previo indisoluble con otra persona, pero debe hacerse hincapié que antes de la Ley 13/2005, el ordenamiento

75 STC 140/2005, de 6 de junio [RTC 2005, 140]

76 En este sentido, STSJ de Madrid, de 18 de septiembre de 2006 [AS 2006, 3427], señala que: “Además y al margen del espacio temporal y carácter provisional y transitorio que caracterizaba a la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, la misma se refería a un supuesto de hecho en el que no tiene encaje la situación que ahora se plantea o, en términos de la sentencia de instancia, no es parangonable a ésta, tal y como afirma la entidad recurrente en el motivo tercero del recurso. La citada Disposición reconocía el derecho a las prestaciones de Seguridad Social a quienes no podían contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente, exonerando a dichas personas del requisito de existencia de vínculo matrimonial, necesario para generar el derecho a la pensión de viudedad. Pues bien, en el caso de las parejas del mismo sexo no existía ese impedimento sino que, tan solo no estaba contemplada la institución del matrimonio para ellos. La razón que justificaba aquella Disposición Adicional 10ª estaba relacionada con el impedimento de uno o los dos miembros de la pareja, de no poder acceder al matrimonio porque la legislación vigente no permitía la extinción del vínculo matrimonial que uno o los dos ya mantenían con una tercera persona pero no, como sucede aquí, por no estar contemplado el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo que es lo que el legislador ha querido remover. Esto es, las parejas del mismo sexo no tenían posibilidad alguna de acceder a la institución del matrimonio antes de la Ley 13/2005, de forma que su unión o convivencia no era el resultado de que uno de ellos no pudiera acceder al matrimonio sino porque la constitución de esa pareja o unidad de convivencia no era la aceptada legalmente para configurar el matrimonio o, como decía el Tribunal Constitucional, con anterioridad a la Ley 13/2005, «la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento» (ATC 222/1994 [RTC 1994, 222 AUTO]). Caso distinto era el de las parejas de distinto sexo que se encontraban conviviendo de hecho antes de la Ley del Divorcio, que son a las que se refiere la Adicional 10ª, ya que no podían acceder a un nuevo matrimonio por otra circunstancia totalmente diferente, como es la de encontrarse ya vinculados por esa misma institución con otra persona, y lo único que pretendió el legislador entonces fue liberarlas de ese obstáculo legal de forma que la unión de hecho no fuera por la consecuencia de no existir el divorcio, regulando de forma excepcional el régimen de prestaciones de la Seguridad Social”. Con análoga argumentación, la STSJ de Cataluña, de 6 de junio de 2005 [AS 2005,1896] señala que: “Sostiene el recurrente que, a diferencia de las parejas de hecho heterosexuales que optan voluntariamente por no contraer matrimonio, los homosexuales no pueden contraer matrimonio por impedirlo la legislación vigente, y esta circunstancia de imposibilidad legal permite la aplicación del criterio mantenido en la sentencia del Tribunal Constitucional 184/90, de 15 de noviembre. Argumento inatendible, porque este razonamiento del Tribunal Constitucional limita sus efectos a la situación jurídica en la que se encontraban las parejas de hecho heterosexuales, que aún queriendo, no podían contraer matrimonio con anterioridad a la Ley 30/1981, por la imposibilidad legal de disolver por divorcio un anterior vínculo conyugal. A diferencia de lo que sucede con las parejas homosexuales, la precitada Ley vino a remover el obstáculo legal que impedía a tales parejas contraer matrimonio, y justamente por ello sus disposiciones transitorias habilitaron un mecanismo para que pudiera accederse a la pensión de viudedad en caso de haberse producido el fallecimiento del causante con anterioridad a la entrada en vigor de la misma. De igual manera, debería ser la nueva normativa legal que reconozca el derecho de las parejas

impedía el reconocimiento institucional de la convivencia “more uxorio” entre personas del mismo sexo, por lo que difícilmente podría entenderse cumplido el requisito exigido por la Disposición adicional 10ª de la Ley 30/1981.

La Ley 13/2005 no ampara⁷⁷ a aquellas parejas que con anterioridad a su entrada en vigor mantuvieron una convivencia como tal pero no pudieron contraer matrimonio por haberse extinguido por fallecimiento de uno de sus miembros antes de su promulgación y la Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/2005. Lo único que señala es que las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entiendan aplicables con

homosexuales a contraer matrimonio, la que en su caso establezca el mecanismo que permita el acceso a la pensión de viudedad cuando el causante haya fallecido con anterioridad a su entrada en vigor. Corresponde esta decisión al legislador, y en tanto no se produzca, el órgano judicial ha de limitarse a aplicar la legislación en este momento vigente”.

77 En sentido contrario, STSJ de las Islas Canarias de 28 de junio de 2007 [AS 2007, 726] que considera que: “Así la Ley 30/1981 empleaba las nueve primeras disposiciones adicionales en añadir una serie de normas procesales, en tanto no se modificara la Ley de Enjuiciamiento Civil La Disposición Adicional 10ª se utilizó con otro propósito distinto que también el legislador definía: «con carácter provisional, en tanto se de una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y de Seguridad Social, regirán las siguientes normas». En definitiva esta Disposición Adicional 10ª lo que modificaba era el régimen de la prestación de viudedad regulada en la LGSS, por lo tanto la Disposición Adicional 10ª quedaba así vinculada a la normativa de Seguridad Social en materia de prestaciones de muerte y supervivencia, y más concretamente, lo que hacía el legislador en el apartado 2º de esta Disposición Adicional 10ª era reconocer el derecho a la prestación de viudedad a quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación vigente, hubieran convivido maritalmente con el causante de la prestación y éste hubiera fallecido antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, dándose solución a los casos en los que dos personas hombre y mujer, por encontrarse ambas o una de ellas separadas de facto de una relación matrimonial previa, no pudieron contraer nuevo matrimonio al no existir el divorcio. Estas personas vivían formando pareja de hecho porque no se podían casar por impedimento legal, al así vivir, cuando una de ellas fallecía, la otra no lucraba pensión de viudedad. La Disposición Adicional 10ª.2 resolvía este problema, de modo que estas personas accedieron a la prestación de viudedad. La situación vivida por el demandante es por completo equiparable al supuesto de hecho atendido en la Ley 30/1981 ya que el actor no pudo contraer matrimonio con su pareja por impedirlo la legislación vigente, el actor convivió maritalmente con su pareja hasta su fallecimiento y éste se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005. Sin embargo, y éste es el escollo mayor para el reconocimiento del derecho pretendido, mientras que la Ley 30/1981 velaba por los derechos de quienes constituyendo una pareja de hecho heterosexual, no pudieran casarse por no autorizarse el divorcio, la Ley 13/2005 vela por los derechos de quienes no han podido casarse por razón de su orientación sexual. El legislador ha demostrado una amplia voluntad igualitarista al equiparar desde el nuevo art. 44 del Código Civil y en materia de prestaciones de Seguridad Social a las parejas del mismo sexo con las heterosexuales. El reconocimiento de este trato igual, sólo a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, excluyendo de un tratamiento igualador a las personas cuya pareja, causante de la prestación, falleció antes de haberse podido con ella casar, no se coherente con los propósitos expresados desde la Ley 13/2005. Tanto la Ley 30/1981 como la Ley 13/2005 han pretendido remover los obstáculos que impedían a dos ciudadanos contraer matrimonio y por tanto acceder a la prestación de viudedad. En 1981 el obstáculo que el legislador contempló era la inexistencia de divorcio que cerraba las puertas a un nuevo matrimonio. En 2005 ese obstáculo es la orientación sexual de los ciudadanos. Removerlo supone también el reconocimiento del derecho a la prestación de viudedad para quienes el hecho causante se produjo antes de la promulgación de la Ley 13/2005”.

independencia del sexo de sus integrantes, pero sin que entre esas normas resulte estar la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que tenía un claro carácter de provisionalidad dirigido a solventar una situación concreta provocada por la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

Finalmente, resta por examinar la cuestión de la situación jurídica en que se encuentran los matrimonios celebrados en el extranjero entre españoles o entre españoles/as y extranjeros/as del mismo sexo, en países que a la fecha de su celebración permitían dichos matrimonios, antes de la entrada en vigor en España de la Ley 13/2005, de 1 de julio. En este sentido, la cuestión a plantear no es otra que el reconocimiento por España de un matrimonio de personas del mismo sexo, al amparo de legislaciones de otros países donde estaba legalizado el mismo, y que afecta a las relaciones jurídico-matrimoniales constituidas al amparo de dichas legislaciones. Debe tenerse en cuenta que la nueva Ley omite una norma transitoria que dé base a una extensión retroactiva del nuevo régimen legal a hechos pretéritos. Por este motivo, considera al respecto la DGRN⁷⁸ que "No puede oponerse a lo anterior la falta de eficacia retroactiva de las leyes que no dispongan lo contrario (art.2.3 CC), ya que el problema no es el de una aplicación retroactiva de la nueva norma, sino el del reconocimiento actual de una institución antes desconocida en España, la del matrimonio de personas del mismo sexo. Pero es que, además, no resulta impertinente en esta materia hacer una aplicación analógica de la Disposición Transitoria primera del Código Civil en su redacción originaria, ya que siendo así que el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo se introduce ex novo en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 13/2005, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior, ello supone que, aplicando analógicamente la citada Disposición Transitoria Primera del Código Civil en su redacción originaria, tal derecho tendrá efecto desde luego, aunque el hecho -en este caso la celebración del matrimonio- que lo origine se verificara bajo la legislación anterior..."⁷⁹. Por consiguiente, y

78 Resolución-Circular, de la DGRN de 29 de julio de 2005 ,sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo

79 Por DGRN en su Resolución-Circular, de 29 de julio de 2005 ,sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, se razona que: "Por el contrario, no puede extenderse dicho reconocimiento como tales matrimonios a figuras jurídicas que en sus propios países de origen, con arreglo a cuya legislación se han constituido, no tienen la consideración de matrimonios, sino que, desde el punto de vista de su calificación a los efectos del Derecho Internacional Privado español (artículo 12.1 C.c.), deben reconducirse a la figura de las parejas de hecho o uniones estables de pareja reguladas por numerosas leyes autonómicas españolas, por más que aquellas figuras, como estas, reconozcan a sus miembros un régimen jurídico de derechos y deberes en muchos casos paralelos a los del propio matrimonio, en los ámbitos patrimonial, sucesorio, fiscal, etc., e incluso previendo el establecimiento de vínculos de parentesco entre cada uno de los miembros de la pareja y los familiares del otro, que con ser propio no es efecto exclusivo del matrimonio. Y siendo así que en el estadio normativo actual de nuestra legislación del Registro Civil no está previsto el acceso a los libros de tal Registro las propias parejas de hecho constituidas con arreglo a las leyes españolas (cfr. artículo 1 L.R.C.), tampoco podrán obtener tal acceso tabular las diversas figuras que en los países de nuestro entorno están configuradas de forma similar a las citadas uniones estables de pareja españolas, sin perjuicio del contenido variable de las diversas legislaciones en la materia que oscila por lo general entre el modelo puramente contractual y el modelo del cuasi estado civil".

en lo que afecta a la pensión de viudedad, no cabe duda de que reconocida la eficacia de dichos matrimonios, nada impide que su derecho a la pensión de viudedad sea reconocido siempre que se reúnan el resto de los requisitos legales; y sin que se pueda alegar prescripción, dado que se trata de un derecho imprescriptible desde el Texto Refundido de la LGSS de 1974. Sin embargo, no podemos olvidar que los efectos⁸⁰ de tal reconocimiento se producen a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud⁸¹. Sin embargo, respecto de aquellos posibles supuestos en que se hubiera solicitado la pensión de viudedad con anterioridad a la Ley 13/2005 y que, como consecuencia de no cumplir el requisito de vínculo matrimonial, se hubieren denegado, podría cuestionarse una posible aplicación del criterio del Tribunal Supremo mantenido en la su sentencia⁸² de 1 de febrero de 2000 en la que considera que: "solicitada una prestación de la Seguridad Social que es inicialmente denegada sin impugnación del beneficiario, y luego, reiteradas las peticiones y desestimaciones, expresas o presuntas, cuando finalmente se reconoce el derecho del beneficiario en los términos inicialmente solicitados con base en los mismos datos fácticos de los que disponía la Entidad Gestora y con fundamento en idéntica normativa Jurídica que la que regía en el momento de la inicial solicitud, puede otorgarse eficacia retroactiva a los actos dictados en sustitución de los revisados o anulados". Sin embargo, entendemos que para que se aplique este criterio debería existir una denegación inicial y reconocimiento posterior en base a los mismos datos fácticos y jurídicos, por lo que sería cuestionable la aplicación a este supuesto al que estamos haciendo referencia, dado que faltaría el reconocimiento posterior en base a idéntica norma jurídica que regía en el momento inicial de la solicitud, dado que tal norma no existía en dicho momento.

d) La poligamia y sus consecuencias en materia de viudedad

80 Art. 178 LGSS

81 Respecto de aquellos posibles supuestos en que se hubiera solicitado la pensión de viudedad con anterioridad a la Ley 13/2005 y, como consecuencia de no cumplir el requisito de vínculo matrimonial, se hubiere denegado, podría cuestionarse sobre una posible aplicación de la sentencia de la Sala 4ª del T.S. del 1 de febrero de 2000 [RJ 2000,404] en la que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en la que se señala que: "solicitada una prestación de la Seguridad Social que es inicialmente denegada sin impugnación del beneficiario, y luego, reiteradas las peticiones y desestimaciones, expresas o presuntas, cuando finalmente se reconoce el derecho del beneficiario en los términos inicialmente solicitados con base en los mismos datos fácticos de los que disponía la Entidad Gestora y con fundamento en idéntica normativa Jurídica que la regía en el momento de la inicial solicitud, puede otorgarse eficacia retroactiva a los actos dictados en sustitución de los revisados o anulados". Sin embargo, en este caso siempre que la retroactividad, tanto más, como ahora acontece, de no lesionarse derechos o intereses legítimos de otras personas". Sin embargo, entendemos que para que se aplique este criterio deberá existir una denegación inicial y reconocimiento posterior en base a los mismos datos fácticos y jurídicos, por lo que sería cuestionable la aplicación en estos supuestos a los que estamos haciendo referencia, dado que faltaría el fundamento en idéntica norma jurídica que regía en el momento inicial de la solicitud, por cuanto tal norma no existía en dicho momento.

82 STS 1 de febrero de 2000 [RJ 2000,404]

Como consecuencia lógica de la actual y cada vez mayor multiculturalidad de nuestra sociedad, y de las diferentes concepciones que cada cultura puede tener tanto de la familia y más concretamente del matrimonio, se presentan conflictos en cuanto a las distintas formas de entender los mismos por los ordenamientos jurídicos.

En nuestro país la poligamia está prohibida; es mas, el Código Penal la tipifica como delito en el artículo 217⁸³, cuyo bien jurídico protegido no es otro que "el interés público en asegurar el orden jurídico matrimonial establecido por el Estado"⁸⁴, ya que en estos casos "se aparenta, revistiéndole de ficticia legalidad merced a la cobertura de formalidades establecidas, un estado matrimonial para el que se carece de derecho en tanto el primer matrimonio no se halle disuelto o anulado, aunque no hubiese sido celebrado el mismo válidamente, o, instado divorcio vincular, no se contase con Sentencia firme decretándolo; y ello cualquiera que sea la forma, civil o religiosa, que se hubiere adoptado en uno u otro de sendos matrimonios celebrados."⁸⁵ También resultan de aplicación el artículo 218 CP, referente a la celebración de matrimonio inválido para perjudicar al otro contrayente, en cuyo caso podría resultar aplicable al cónyuge bigamo que tenga tal finalidad y el artículo 219 CP, autorizar matrimonios en los que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente,

83 La STS. 31 de enero de 1986 [RJ 1986, 212], aún con referencia al anterior Código señala que: "El delito de bigamia tipificado en el artículo 471 -ahora 217- del Código Penal supone un ataque frontal a la institución familiar, en cuanto que la misma tiene su fundamento en el matrimonio y éste responde en nuestro país, al igual que en la mayoría de los países civilizados, a la concepción monogámica, lo que lleva al legislador a criminalizar y sancionar la conducta del que "contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior". Al conllevar la celebración del matrimonio un cambio o modificación del "estado civil", se busca su protección contra el doloso y arbitrario atentado que supone, desentendiéndose del ligamen derivado de unas precedentes nupcias y contrariando la normativa de prohibición e impedimento establecida, abocar en una segunda celebración formal matrimonial, hiriendo y perturbando los normales sentimientos y derechos del primer cónyuge y, caso de buena fe del contrayente no casado, sometiéndole a indudable vejación y ocasionándole serios perjuicios, como consecuencia de un matrimonio sin base jurídica de subsistencia...".

84 STS (Sala de lo penal) de 22 de diciembre de 1978 [RJ 1978, 4292]

85 Así se señala en sentencia de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1978 [RJ 1978, 4292], donde además se argumenta que " Suele resaltarse la naturaleza formal de esta especie delictiva, en cuanto que su resultado no emana de la manifestación de voluntad del sujeto, siendo inherente a la misma; lo que supone cifrar el momento consumativo en aquel en que la conducta típica haya de estimarse completa, cuando el segundo o ulterior matrimonio pueda considerarse celebrado, consumación, pues, instantánea aunque abra paso a un "status" nuevo e ilícito, a una situación antijurídica prolongada en el tiempo, en tanto una declaración de nulidad no determine la cesación de tales efectos. De ahí que se defina el delito de bigamia como delito de estructura u originación instantánea aunque de efectos permanentes, diferenciabile del propio delito permanente en que en éste el estado antijurídico es mantenido ininterrumpidamente por el autor, en tanto que la situación provocada por la bigamia no es susceptible de una potestativa y voluntaria interrupción o terminación, salvo la derivada del ejercicio de la oportuna acción de nulidad del aparente vínculo contraído. Características resaltadas por la jurisprudencia al calificar técnicamente la infracción como delito instantáneo de efectos permanentes, cuyo "dies delicti commissi" se fija en el momento consumativo de la celebración formal del matrimonio prohibido, cualquiera que sea la permanencia de sus malos efectos posteriormente"

artículo que podría resultar de aplicación en los supuestos de bigamia.

Por su parte, el art. 46.2 CC recoge el impedimento del vínculo, dado que expresamente señala que "No pueden contraer matrimonio: 2º los que estén ligados con vínculo matrimonial" y sin que este impedimento sea dispensable pues en el art. 48 CC no aparece entre los impedimentos dispensables. El impedimento cesa siempre y cuando el matrimonio anterior se disuelva por algunas de las causas previstas en el art.85 CC⁸⁶, es decir, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio, operando dichas causas tanto si el matrimonio se ha celebrado en forma civil como si se ha celebrado en forma religiosa. Por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 73.2 CC es nulo el matrimonio celebrado entre las personas que están ligadas por vínculo matrimonial. Sin embargo, dispone expresamente el art. 79 CC al respecto que "la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe", sosteniendo en el último párrafo que "La buena fe se presume". Con este precepto se pretende atemperar los efectos de la declaración de nulidad, en cuanto que si bien la sentencia que declara la nulidad del matrimonio tiene eficacia retroactiva, también habrá de tenerse en cuenta el matrimonio constituido bajo una apariencia de realidad, sin que tengan que resultar perjudicados los hijos y contrayentes de buena fe⁸⁷. Por lo tanto, la presunción "iuris tantum", deberá ser destruida por aquel que alegue la mala fe del contrayente.

86 Debe tenerse en cuenta que el art.80 CC permite, además, la dispensa del matrimonio rato y no consumado.

87 Efectivamente, ya la Sala de lo Civil del TS en sentencia de 13 de mayo de 1983 [RJ 1983/2819], se señalaba que: "... para el caso de matrimonio celebrado entre personas que se hallaren ligados con vínculo matrimonial, es indudablemente sobre la base, en cuanto a efectos civiles, de que éstos se produzcan cuando el matrimonio declarado nulo haya sido contraído de buena fe por los dos cónyuges, o por uno de ellos en lo que a éste afecte, toda vez que, como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala en la tan meritada segunda sentencia dictada el 7 marzo 1972, como consecuencia de recurso de casación estimado, la expresada norma contenida en el art. 51 del C. Civ., en anterior redacción, es una fórmula que no altera, en el terreno estrictamente civil, la genérica sanción de nulidad del art. 101 del mismo Código, también en anterior redacción, puesto que al término «ser nulo» que éste emplea no se puede atribuir otro significado que el de «no producir efectos civiles», que también se utiliza en el invocado 51, de anterior redacción, y que hay que entender simplemente se reitera a los exclusivos fines de la coexistencia en nuestro derecho de las dos clases de matrimonio que mantenía el art. 42 del C. Civ. después de la reforma llevada a cabo por L. de 24 abril 1958 y actualmente se mantiene con la modalidad normativa acogida en el Capítulo tercero, del Título cuarto, del Libro primero, del meritado Código, y concretamente en su art. 49, conforme a la regulación dada por L. de 7 julio 1981 en tendencia de adaptación a la prevalente regla contenida en el art. 32, 1, de la Constitución Española, de que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», de modo que «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos», pero sin que en modo alguno el tan mencionado art. 51 del C. Civ., en su redacción anterior a la expresada L. de 7 julio 1981, pueda significar la introducción de un tipo especial de ineficacia más grave que las demás causas de nulidad de matrimonio, ni hay base jurídica (...)para deducir que el matrimonio nulo se convierta en inexistente, ni por tanto genere las sanciones de índole civil a éste inherente".

Sin embargo, la mayor problemática deviene de supuestos de matrimonios en los que las normas de conflicto conduzcan a una ley material aplicable que admita los matrimonios poligámicos, como ocurre normalmente en la mayoría de los países islámicos.

La DGRN⁸⁸ sostiene que la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. En concreto, se rechaza la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación produzca una vulneración de los principios esenciales, básicos e irrenunciables del Derecho español. Cuando la Ley extranjera incurre en tales vulneraciones dicha Ley no debe ser aplicada por los Tribunales españoles (art. 12.3 Cc.), que en su lugar han de aplicar la Ley española, como «lex fori».

Hay que destacar que la cláusula del orden público internacional ha sido aplicada con frecuencia en nuestro Derecho, y en particular, en materia de capacidad matrimonial. Así, se ha rechazado la aplicación de la ley extranjera alegando excepción de orden público en los supuestos en los que las leyes extranjeras admiten los matrimonios poligámicos, no reconociendo capacidad nupcial a las personas ya ligadas por anterior matrimonio no disuelto⁸⁹.

Ahora bien, como afirma en otras resoluciones⁹⁰ la DGRN⁹¹ tampoco se puede olvidar el carácter restrictivo del orden público internacional, de tal forma que “no todos los valores incorporados a nuestro Ordenamiento jurídico ordinario pueden alcanzar tal calificación de superiores, esenciales e irrenunciables, siendo así que esta calificación requiere consagración constitucional y alcance internacional, dada la importancia que tiene el método comparatista y trasnacional como instrumento de decantación de los principios jurídicos protegidos por la cláusula de orden público internacional por su condición de principios esenciales comunes a una pluralidad de países”. Pero como señalamos, la aplicación del orden público internacional debe hacerse restrictivamente, y como consecuencia de tal aplicación restrictiva se permite que un matrimonio poligámico celebrado en país extranjero cuyo Derecho lo permita pueda producir

88 RDGRN de 23 de noviembre de 2002 [RJ 2003, 27037]

89 RDGRN de 14 de mayo de 2001 [RJ 2002, 1728]

90 En la RDGRN de 3 de diciembre de 1996 [RJ 1997, 7371], ya se hacía referencia a la posible derivación de efectos, concretamente señalaba: “En este caso el interesado, cuando tenía la nacionalidad anterior marroquí y cuando era ya casado, volvió a contraer matrimonio con una marroquí soltera. Así resulta de la documentación presentada contra la que no puede prevalecer la manifestación posterior del interesado en el sentido de que tal matrimonio anterior no existió. Aunque ese segundo enlace sea válido para el ordenamiento marroquí y, en principio, haya que aplicar en este punto el estatuto personal de los contrayentes, es claro que la Ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar aquí excluida por virtud de la excepción de orden público internacional (art. 12.3 CC), que no puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio. No es cuestión de dilucidar aquí los efectos de distinto tipo que ese segundo matrimonio pueda producir para el ordenamiento español”.

91 Resolución-Circular de 29 de junio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.

efectos en determinados órdenes jurídicos, aun cuando no sea considerado válido en España y no pueda acceder a nuestro Registro Civil.

En efecto, por ejemplo, en el artículo 17. 1. a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, al regular la reagrupación familiar prevé que *«en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial»*, precepto éste que guarda coherencia con Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre sobre el derecho a la reagrupación familiar cuyo artículo 4.4.4. dice que *«en caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge»*, lo que también se recoge en la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

En cuanto al reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad de las distintas esposas del varón polígamo, no existe unanimidad por parte de la doctrina judicial. Así, existen resoluciones judiciales en las que se admiten efectos jurídicos de la poligamia al reconocer los matrimonios contraídos por el causante conforme a las leyes extranjeras con las solicitantes de la misma. Este es el caso de esposo de nacionalidad senegalesa, que venía trabajando en España como trabajador autónomo, y que tras su fallecimiento es solicitada por sus dos esposas, también senegalesas y que habían contraído matrimonio con el causante bajo la legislación de su país, la pensión de viudedad. En este supuesto, tras haber sido denegada por el INSS, el Juzgado de lo Social⁹², en este caso, de La Coruña, resuelve concedérsela, dividida por mitad entre ambas esposas, fundando su argumentación en la existencia de un matrimonio legalmente contraído que es la exigencia del art. 174 de la LGSS; sin que la ley requiera que se haya celebrado al amparo de la legislación española, "sino que siendo los cónyuges extranjeros, dicho matrimonio sea legal en base a su propia legislación, lo que sucede en el supuesto de autos, en los que, permitida la poligamia en el país de origen de las actoras, contrajeron matrimonio de conformidad con su legislación, por lo que el matrimonio así contraído es perfectamente legal y surte sus efectos en España como cualquier otro matrimonio entre extranjeros. Por ello se reúne el requisito de permanencia de cónyuge legal, con derecho a la prestación solicitada"⁹³. Con posterioridad, y

92 SJS Galicia, A Coruña, (núm. 3) de 13 julio 1998 [AS 2001, 1493]

93 Por su parte, el TSJ de Galicia de 2 de abril de 2002 [AS 2002, 899], resuelve recurso de suplicación interpuesto por ambas partes, contra la mencionada del Juzgado de lo Social de La Coruña, con análoga argumentación en cuanto a los efectos que han derivarse del matrimonio poligámico, así señala: "Lo cierto es que los vínculos matrimoniales del causante con las actoras fueron legítimamente contraídos de conformidad con la legislación de su país, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración. El Código Civil en el art. 49.2 contiene la norma básica del sistema de reconocimiento de los matrimonios extranjeros, junto con el art. 50. Sin embargo, no hay tratamiento expreso del matrimonio celebrado entre extranjeros ante autoridades extranjeras fuera del territorio español; laguna a integrar aplicando analógicamente lo dispuesto en el art. 49.2 del Código Civil (o en el art. 50 del

resolviendo recurso de suplicación formulado tanto por el INSS como por las dos esposas, el TSJ de Galicia confirma la sentencia recurrida y reconoce la pensión de viudedad como efecto derivado del matrimonio poligámico contraído conforme a su legislación nacional, haciendo, de esta manera, una aplicación atenuada del orden público internacional, no negando todo efecto jurídico al matrimonio poligámico que se ha celebrado legalmente en el extranjero con arreglo a las leyes que lo permiten. En relación con la cuantía, entiende el mencionado Tribunal que aunque la pensión debería ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante, mantiene no obstante el criterio del juzgador de instancia puesto que el referido criterio y consiguiente pronunciamiento no fueron objeto de impugnación en Suplicación.

Igualmente, otros pronunciamientos reconocen efectos jurídicos al matrimonio poligámico celebrado legalmente en el extranjero: así el Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁹⁴, reconoce la pensión de viudedad a las viudas de ciudadano marroquí fallecido cuando se encontraba casado con su primera mujer, aunque durante un tiempo había estado casado en segundas nupcias con otra mujer de la que se había divorciado. El INSS que había reconocido la pensión de viudedad exclusivamente a la persona con la que se mantenía vivo el vínculo matrimonial a la fecha del fallecimiento, con posterioridad modifica la pensión de viudedad que venía percibiendo la viuda, en aplicación de los artículos 3 y 23 Convenio Hispano Marroquí⁹⁵, y reconoce igualmente la pensión de viudedad a la mujer

mismo Código) de forma que tal matrimonio puede ser reconocido a los efectos del derecho español si ha sido contraído conforme al ordenamiento donde ocurrió su celebración; vía por la que cabe reconocer los matrimonios celebrados por extranjeros y en un Estado extranjero que sean válidos según la ley personal de los contrayentes extranjeros. Con el contexto de los arts. 49 y 50 Código Civil es dable reconocer los matrimonios celebrados conforme a leyes extranjeras si fueron contraídos de conformidad con el ordenamiento del lugar donde fueron celebrados; reconocerlos si fueron celebrados conforme al derecho extranjero en vigor. Desde lo anterior, a pesar de la proscripción en nuestro país de la bigamia y de la excepción de orden público (el art. 12.3 del Código Civil dispone que en ningún caso tendría aplicación la ley extranjera «cuando resulte contraria al orden público»), sin perjuicio de la incompatibilidad que del sistema matrimonial extranjero con el propio se manifiesta y que, por supuesto, se afirma y subsiste, sí cabe el reconocimiento de los efectos jurídicos que del vínculo matrimonial contraído conforme a aquél por el causante con las actoras se derivan en nuestro país en el contexto prestacional de Seguridad Social de que aquí se trata; es decir, que procede reconocer a las demandantes la pensión correspondiente como efecto derivado del matrimonio que contrajo el causante con cada una de ellas conforme a su legislación nacional.”

94 STSJ de la Comunidad de Madrid, 29 de julio de 2002 [AS 2002 3324]

95 Convenio Hispano Marroquí de 8 de noviembre de 1979 (BOE de 13 de octubre de 1982): El artículo 23 establece que: «la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación». El art. 22 de la misma norma prevé que «el capítulo 2 (Vejez) se aplicará por analogía a las prestaciones por supervivencia que hayan de concederse según las disposiciones del presente Convenio», y en dicho Capítulo 2, en concreto, en el art. 17.1 del Convenio, se dice que «la institución competente de cada Parte Contratante determinará el importe de la prestación, según las disposiciones de la legislación que ella aplique, teniendo en cuenta solamente los períodos de seguro cumplidos bajo esta legislación». Actualmente, Convenio sobre seguridad social entre España y el reino de Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, modificado por el protocolo adicional al convenio de 27 de enero de 1998. (en vigor desde 1 de octubre de 1982) (B.O.E. núm. 245, de 13 de octubre de 1982 y B.O.E. núm. 282, de 24 de noviembre de 2001).

de la que estaba divorciado. El Tribunal considera que la excepción que se derivaba del art. 23 del Convenio para la prestación de viudedad, no podía entenderse como una remisión o sustitución general o en bloque de la legislación española por la legislación marroquí en materia de reconocimiento, adquisición y cuantía de la misma, sino que, por su propia excepcionalidad, debía ser interpretada de forma restrictiva, entendiéndose que la expresión «conforme a la legislación marroquí» alude solamente a la posible situación de poligamia del causante. También considera el Tribunal en su resolución que la remisión a la legislación marroquí no sustituye el modo de distribución del art. 174.2 LGSS, de ahí que se proceda al reparto de la pensión entre ambas beneficiarias, graduando la cuantía en función de la convivencia matrimonial.

Como se puede observar en este caso, a diferencia del anterior, el Tribunal concede efectos al matrimonio poligámico en base al Convenio suscrito con Marruecos.

Del mismo modo, se ha reconocido judicialmente efectos al matrimonio poligámico en el supuesto⁹⁶ de fallecimiento de ciudadano peruano que había contraído matrimonio con su primera mujer habiéndose declarado la separación judicial del matrimonio por Sentencia, pero no habiéndose tramitado procedimiento de divorcio vincular. Con posterioridad contrajo matrimonio civil con su segunda mujer en Perú, constandingo como estado civil de ambos contrayentes el de solteros. El Tribunal considera a efectos de la pensión de viudedad, que de conformidad con lo que al respecto de los efectos sobre el contrayente de buena fe establece el art. 79 CC, impide considerar a la actora una mera conviviente de hecho, dado que no existe indicio alguno que permita atribuir a la afectada una conducta aviesa o torticera cuando contrajo matrimonio con el causante y, por ello, ha de presumirse que desconocía que el varón estaba ya casado, por lo que se reconoce a esta última la pensión de viudedad.

Sin embargo, en otros pronunciamientos⁹⁷ no se reconoce la pensión de

96 STJ de la Comunidad de Madrid, de 31 de mayo de 2005 [AS 2005 1525]

97 Así, en la STSJ de Cataluña, de 30 de julio de 2003 AS 2003/5255 se considera que: "La proscripción de la poligamia y de sus efectos como supuesto de orden público se evidencia en nuestra legislación en varios aspectos, el primero de ellos, el de ser considerado como delito, el segundo puede evidenciarse de la regulación que la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley 8/2000 de 22 de diciembre (y desarrollo reglamentario posterior y respecto de la reagrupación familiar establece en su art. 16.2 que los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagruparse con ellos a determinados familiares, señalando su art. 17 en su número uno, que tal derecho al reagrupamiento lo tiene su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho. Por otra parte, en cuanto al cónyuge y más concretamente al número de cónyuges, el precepto precisa ad pedem litterae que en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial», evidenciándose pues en este ámbito legislativo nacional, el principio general recogido en el art. 3.2 de la LO 4/00 y consiguientemente la aplicación de la excepción del orden público del art. 12.3 del CC. Igualmente se recoge tal principio de orden público como

viudedad al no considerarse válido el matrimonio por mor de la excepción de orden público internacional, por lo que la relación debería calificarse como «de facto».

En fin, la multiculturalidad hace necesario dar respuesta a las nuevas situaciones que se presentan actualmente en nuestro país, estableciendo una regulación capaz de armonizar nuestro orden público con la adecuada cobertura a situaciones de verdadera desprotección. No se trata de dar validez al matrimonio polígamo en España, sino de que el matrimonio polígámico celebrado legalmente en el extranjero pueda producir determinados efectos en relación con la pensión de viudedad.

e) Los supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial: efectos sobre los beneficiarios.

Si se hace un breve repaso histórico se puede apreciar como las normas de Mutualismo Laboral establecían como requisito común a todos los supuestos a los que se reconocía la posibilidad de la pensión de viudedad, el haber hecho vida conyugal con el causante hasta su muerte. El Texto articulado I de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre de Bases de la Seguridad Social exigía a la viuda, tanto para tener derecho a la pensión de viudedad como para el subsidio, la convivencia habitual con el cónyuge causante, salvo declaración de inocencia en la separación judicial. Este requisito se reitera en la Orden de 13 de febrero de 1967 y ello fundamentalmente, porque con las prestaciones de viudedad se trataba de compensar la pérdida del mutuo auxilio que venía implícito en la vida en común.

Sin embargo, la situación cambia con la modificación introducida en la referida Disposición Adicional 10ª Ley 30/1981, en su regla 3ª, no exigiéndose a partir de ese momento la concurrencia del requisito de convivencia habitual con el sujeto causante, como tampoco resultaba exigible por el artículo 160 de la LGSS de 1974⁹⁸. La modificación legal, no tuvo otra razón de ser que la de introducir en la regulación legal de las prestaciones de muerte y supervivencia, las nuevas situaciones legales reconocidas de separación y divorcio, pero sin pretender variar los requisitos exigidos para obtener esas prestaciones, salvo en el aspecto

excepción a dar validez en España a la poligamia, las diversas y constantes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que vienen negando sistemáticamente la celebración del segundo matrimonio sin previamente haberse disuelto el primero, así es de ver ad exemplum en la resolución de 11-5-1994 (RJ 1994\5022), en la que se señala que aunque el contrayente marroquí 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 en virtud de la excepción de Orden Público internacional (art. 12.3 CC). Lo expuesto, conlleva a entender que a efectos de la Ley española, en el presente caso, el segundo matrimonio es nulo y por lo tanto «quod nullum est ab initio, nulum effectum producet», y por ello la Sala no comparte el criterio mantenido por el juzgador de instancia. A los efectos de la Ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge el que deriva del primer matrimonio. En el mismo sentido, STSJ de la Comunidad Valenciana, de 6 de junio de 2005 [AS 2005, 2454].

98 Texto refundido fue aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo

necesario para reconocer las nuevas situaciones personales⁹⁹.

La Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se introdujeron prestaciones no contributivas en nuestro sistema de Seguridad Social autorizó al Gobierno para elaborar un texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, texto en el que debían integrarse, entre otras, concretamente, las disposiciones en materia de Seguridad Social contenidas en normas con rango de Ley que pertenecieran a otras ramas del ordenamiento jurídico. Consecuencia de tal mandato fue, tras sucesivas prórrogas por incumplimiento del plazo inicialmente fijado, fue la aprobación por el Decreto Legislativo 1/1994 del 20 de junio del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en cuyo artículo 174.2 se recoge, como hemos señalado, prácticamente en los mismos términos la regla 3ª de la Disposición Adicional 10ª Ley 30/1981. La modificación introducida por la Ley 66/1997 en dicho precepto trató de aportar mayor claridad al precepto exigiendo que no se hubiera contraído nuevas nupcias, manteniendo la pensión en cuantía proporcional al tiempo convivido.

Así, pues, en los supuestos de separación y divorcio, en la actualidad el artículo 174.2 LGSS, artículo redactado por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, y que recoge en esencia la

99 De hecho, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en Resolución de 23 de junio de 1989, de la secretaria general para la seguridad social, sobre no exigencia del requisito de convivencia matrimonial para causar derecho a la pensión de viudedad en los regimenes del sistema de la seguridad social en los supuestos de separación de hecho (BOE n. 156 de 1/7/1989) señalaba que: "El tribunal central de trabajo ha introducido, a partir del año 1986, un cambio de la línea interpretativa mantenida hasta entonces, en virtud del cual se pasa a considerar que la norma tercera de la 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 y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, debe interpretarse, a tenor de su propia redacción, en el sentido de que contempla no solo el supuesto de separación judicial, sino también las otras especies de separación, es decir, la de hecho y la convenida de modo voluntario por los interesados. Consecuentemente, estima dicho tribunal que la citada disposición ha venido a derogar el apartado a) del artículo 160 de la ley general de la seguridad social, cuyo texto refundido fue aprobado por decreto 2065/1974, de 30 de mayo; y que el hecho de la convivencia no es ya exigible como requisito al viudo que hubiera sido cónyuge legítimo al fallecimiento del causante, sino únicamente de utilidad para la distribución del importe de la pensión en el caso de que hubiere mas de un beneficiario llamado al disfrute de la misma. No obstante, la interpretación jurisdiccional, al mantenerse en vía administrativa la vigencia del artículo 160.1.a), de la citada ley general de la seguridad social, se ha producido una disparidad de criterios que ha originado que el defensor del pueblo, desde la óptica general de salvaguardar <los intereses tanto de los ciudadanos como de la totalidad de los poderes públicos>, haya venido aconsejando la necesidad y conveniencia de poner fin a tales desavenencias y, en concreto, recomendando la acomodación de los criterios sustentados hasta ahora en vía administrativa a los asumidos en vía jurisdiccional laboral. En consideración a todo ello, y sin perjuicio del carácter de provisional que se atribuye a si misma la citada disposición adicional décima de la ley 30/1981, de 7 de julio, a fin de evitar que los beneficiarios hayan de recurrir a un procedimiento judicial para el reconocimiento de un derecho denegado previamente en vía administrativa, esta secretaria general para la seguridad social, en uso de las facultades que tiene conferidas, resuelve lo siguiente: primero. la pensión de viudedad de los distintos regimenes que componen el sistema de la seguridad social, se reconocerá en lo sucesivo sin exigir, en ningún caso, el cumplimiento del requisito de convivencia a que se refiere el apartado a) del número 1 del artículo 160 de la ley general de la seguridad social. ...".

regla 3ª de la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, lo que en lógica consecuencia ha motivado el que adoleciera de sus mismas imprecisiones y falta de claridad, viene a establecer que la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo. Ahora bien, en este último caso, siempre que no haya contraído nuevas nupcias, correspondiéndole en cuantía proporcional al tiempo convivido con el cónyuge fallecido y ello con independencia de las causas que hayan motivado la separación o el divorcio. En todo caso, este precepto, al ser copia casi literal de la Disposición la Disposición Adicional 10ª Ley 30/1981, dio lugar a distintas interpretaciones doctrinales, entendiéndose, de un lado, que tal norma atribuía el derecho a percibir la pensión de viudedad en la cuantía proporcional que en ella se especifica, consecuentemente en los casos de separación o divorcio que se hubieran producido con anterioridad a la muerte del causante, el supérstite, que cumpliera con los requisitos, no tendría derecho a percibir la totalidad de la pensión de viudedad sino tan sólo la parte proporcional al tiempo de convivencia (criterio atributivo); de otro, que la regla 3ª de la mencionada Disposición Adicional, sólo se refería a la distribución de la prestación de viudedad en aquéllos supuestos en que concurren varios beneficiarios con derecho a la misma, en estos casos el cónyuge supérstite que se hubiere separado o divorciado antes de la muerte del causante y que cumpliera con el resto de requisitos, tendría derecho al importe íntegro de la pensión pues sólo se aplicaría la proporcionalidad en los supuestos de concurrencia de dos o más beneficiarios (criterio distributivo). El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina¹⁰⁰, trató de solventar las dudas existentes aplicando el criterio distributivo pero con matizaciones en relación con su aplicación, en tal sentido, si concurre cónyuge supérstite con vínculo matrimonial existente al momento del fallecimiento con ex cónyuge beneficiario de la pensión, la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado, consiste en la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante, actuando como módulo temporal de referencia el período que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante. Por su parte, el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aun concurrendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último". Considerándose por el Tribunal irrelevante a los fines de determinar la parte de pensión que corresponde al cónyuge supérstite, que hubiera o no precedido a su matrimonio una convivencia de hecho. E igualmente, en unificación de doctrina, el Tribunal Supremo¹⁰¹ se ha pronunciado sobre aquellos supuestos en los que existe sólo un único beneficiario separado o divorciado con anterioridad al fallecimiento del causante entendiéndose que la pensión de viudedad es proporcional al tiempo de convivencia con el causante. Pero, en todo caso, la norma parte de la atribución de pensión y su reparto, y prescinde de los supuestos en que no existe atribución de pensión, ya que, en ese caso, no

100 STS de 21 de marzo de 1995 [RJ 1995, 2171]. Sentencia con votos particulares formulados por los Magistrados: Gil Suárez y Desdentado Bonete.

101 Entre otras, STS de 24 de enero de 2000 [2000/1062], 17 de julio de 2000 [RJ 2000, 9643]

puede haber reparto alguno¹⁰².

De esta manera, como venimos señalando, la convivencia no constituye condición esencial para la concesión de la pensión, si bien sí se tiene en cuenta para determinar el porcentaje de la pensión en los supuestos en que los cónyuges contraen ulteriores nupcias. En el entendimiento de que no puede considerarse que vulnere el principio de igualdad el cónyuge supérstite que comparte la pensión de viudedad en los supuestos de concurrencia de varios beneficiarios atendiendo al criterio de proporcionalidad (*pro rata temporis*) en relación con el cónyuge supérstite del causante que no ha contraído nupcias anteriores supuesto en el que se percibe la totalidad de la pensión de viudedad, y ello, en base a que los supuestos contemplados presentan un claro elemento diferenciador, pues, tal como razona el Tribunal Constitucional¹⁰³, "la pensión de viudedad se configura en relación con un causante, que no es el beneficiario directo y cuyas vicisitudes matrimoniales, fruto de su personal autonomía y libertad, son las que finalmente repercuten en el régimen jurídico de la pensión del beneficiario, ya que el legislador ha considerado como interés susceptible de protección el derivado de la convivencia marital durante un cierto tiempo. No pueden considerarse términos homogéneos para llevar a cabo la comparación necesaria en el juicio de igualdad biografías diferentes en el terreno matrimonial precisamente de la persona que con su muerte causa la pensión de viudedad. Y, en coherencia con tales biografías, el legislador ha tomado en consideración el tiempo de convivencia conyugal con el causante, en cuyo período de tiempo se ha realizado la pertinente cotización a la Seguridad Social a efectos de la pensión (...) concluyendo que efectivamente cuenta con una justificación objetiva y razonable la opción de no excluir de la titularidad de la pensión de viudedad a quienes anteriormente tuvieron la condición de cónyuges y que como tales convivieron con el causante durante un cierto lapso tiempo".

Otros temas, al margen de la concreta determinación de la cuantía que será tratada in extenso con posterioridad, revierten igualmente especial interés.

Así, la relativa al efecto jurídico que produce, en relación con la pensión de viudedad, la continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas que están legalmente separadas. En este sentido, debe señalarse que el artículo 83 CC establece que "La sentencia de separación produce la suspensión de la vida en común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro

102 La STSJ 13 de febrero 2007 [JUR 2007, 217966] señala que: "jurisprudencia referida se aplica, como indica el texto transcrito "en cuanto a la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado", que será "la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante", de modo que en tal caso actuará "como módulo temporal de referencia el período que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante. Tal matrimonio que después quedó resuelto por el divorcio es siempre uno que atribuya derecho a la pensión, y no uno, históricamente existente, pero que no tiene efecto alguno "en cuanto a la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado", porque tal divorciado carece de derecho por su ulterior matrimonio. En consecuencia ha de estimarse el recurso y revocarse la sentencia recurrida".

103 STC 2004/186, de 2 de noviembre 2004 [RTC 2004, 186]

cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica”, de lo que se deriva que el primero de los efectos que produce es la separación de la vida en común, y la reconciliación supone el reverso precisamente de ese cese efectivo de la convivencia, estableciendo el artículo 84 del CC los efectos de la reconciliación judicial, o lo que es lo mismo, de aquella reconciliación que se comunica al juez que conoce o ha conocido de la demanda de separación. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 84 CC, para que la reconciliación produzca efectos se exige que los cónyuges la pongan en conocimiento del juez que entiende o ha entendido del litigio y en el Auto de reconciliación dictado por el juez se tendrá a los cónyuges por reconciliados. Así, pues, el Código Civil no hace referencia a los efectos de la reconciliación extrajudicial sino exclusivamente a la judicial, de tal manera que la reconciliación extrajudicial podrá surtir efectos entre los cónyuges, pero nunca frente a terceros de buena fe¹⁰⁴.

De ahí, que el Tribunal Supremo venga manteniendo que: “(...) en tanto subsista y no se modifique por una nueva resolución judicial la decretada situación de separación matrimonial, la convivencia conyugal resulte legalmente inexistente, por más que pueda seguir dándose en la práctica o de hecho. Siendo esto así por las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho, la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha”; sosteniendo seguidamente que: “para que la reconciliación de los cónyuges separados produzca efectos en el reconocimiento de la pensión de viudedad es preciso que se produzca la comunicación de la reconciliación al órgano judicial, que exige el artículo 84 del Código Civil”¹⁰⁵. En todo caso, hay que señalar que si ya existe una sentencia firme de separación, el Auto deberá contener la necesidad de que se remita un testimonio del mismo al Registro Civil para que se proceda a su anotación en la inscripción del matrimonio¹⁰⁶. Y, ello, en el entendimiento de que la comunicación de la reconciliación al juzgado ni implica

104 Por su parte, la STS de 2 de febrero de 2005 [RJ 2005, 2296] señala que: cuando la reconciliación no se comunica “se está ante una reanudación de hecho de la convivencia, que, si bien puede tener efectos ante los cónyuges, como se desprende del precepto citado (‘la reconciliación...deja sin efecto lo acordado’ en el procedimiento de separación), no produce tales efectos ante terceros, condición que tiene obviamente la Entidad Gestora de la Seguridad Social, pues por razones de seguridad la reconciliación tiene que estar vinculada a un reconocimiento oficial”. Y destaca que también “hay que tener en cuenta la necesaria publicidad, que, en principio, resulta predicable de las situaciones relativas al estado civil y si la sentencia que acordó la separación se inscribe en el Registro Civil también tendrá que inscribirse la reconciliación, que sólo puede tener acceso al Registro a través de la resolución que el órgano judicial adopte, una vez comunicada por los cónyuges la reconciliación conforme al artículo 84 del Código Civil”.

105 STS de 15 de diciembre de 2004 [RJ 2005, 2169]

106 En efecto, podría pensarse que tal exigencia de inscripción en el Registro Civil, podría ser contraria a la doctrina de la STC 199/2004 sin embargo, en la STS de 15 de diciembre de 2004 [RJ 2005, 2170] se mantiene que “la diferencia de lo que ocurre con el matrimonio celebrado en forma pero sin inscripción, en el que la voluntad de establecer el vínculo es inequívoca y se expresa ante persona autorizada, en la convivencia posterior a la separación que no se comunica sólo hay una situación de hecho cuya significación no tiene ese carácter inequívoco en orden al restablecimiento del vínculo y por ello precisa de su comunicación la juez civil”.

la imposición de un nuevo requisito para tener derecho a la pensión, ni constituye tampoco un requisito para que la reconciliación produzca efectos entre los cónyuges. Ahora bien, lo cierto es que la convivencia reanudada produce la consecuencia de incrementar la pensión, lo que determina que deba ser probada fehacientemente, entendiéndose por la doctrina jurisprudencial que la única forma de acreditar fehacientemente tal hecho, es precisamente la comunicación al juzgado que prevé el art. 84 del CC¹⁰⁷.

Por consiguiente, y en relación con la determinación del momento del cese de la convivencia en el supuesto de separación judicial, entendemos que ha de ser el de la sentencia de separación, ya que la sentencia de separación es la que produce el efecto de la suspensión de la vida en común (art. 83 CC), desapareciendo el deber de convivencia entre los cónyuges. Es cierto que la presunción de convivencia cesa cuando se admite la demanda judicial de nulidad, separación o divorcio, (102.1 CC) o en los supuestos en que lo solicita como medida provisionalísima (art. 104 CC), pero, en estos casos, lo que se produce es el cese de la presunción de convivencia y los cónyuges podrán vivir separados, lo que no equivale a presumir que no viven juntos. Es por ello que debe estarse a la sentencia judicial de separación porque es la que produce la suspensión de la vida en común, y resulta igualmente coherente con la interpretación jurisprudencial que se efectúa en relación con la reconciliación judicial y la necesidad, por tanto, para que produzca efectos en relación con la pensión de viudedad, de la comunicación al juzgado. Por ello, en nuestra opinión debe estarse a la separación jurídica y no a la separación de hecho¹⁰⁸.

De otro lado, a los supuestos de nulidad se otorga el mismo tratamiento que a los supuestos de separación o divorcio, considerándose que en caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponde al superviviente respecto del cual no se hubiere apreciado mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, y ello en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante. Y es que, como hemos señalado, la Ley 30/1981, de 7 de julio establecía en su regla tercera, que vino a reproducir el artículo 174.2 LGSS que el derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos y prestaciones por razón de fallecimiento correspondería a quien fuese o hubiese sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubiesen determinado la separación o divorcio.

107 STS 2 de octubre de 2006 [RJ 2006, 8803]

108 En sentido contrario al expuesto, STSJ de Madrid, 19 de septiembre de 2005 [JUR 219659] que señala que: "Hay que distinguir entre separación jurídica y separación de hecho, siendo evidente, respecto de la segunda -que es la cuenta a los efectos ahora en litigio- que dichos cónyuges admiten y declaran en el convenio regulador que han cesado su vida en común a partir del momento en que está fechado ese documento, y la sentencia de separación, al aprobar el convenio, reconoce la eficacia de cuanto en el mismo se recoge y desde el momento en que éste tiene lugar y no desde ninguna otra fecha, a menos que se precise cosa distinta en él, pero, en cualquier caso, y respecto de este concreto extremo, lo que se limita es a constatar un hecho puesto de manifiesto por los propios interesados, por lo que no puede ahora la actora sostener algo diferente y acudir a la ficción de la fecha de la sentencia de separación (jurídica) como un momento posterior de cese de dicha convivencia (separación fáctica)".

Por lo tanto, no aparecía contemplada expresamente la tercera posibilidad de nulidad del matrimonio, por lo que la Administración interpretó que la Ley no había querido extender los beneficios indicados a esta situación. No obstante, el Tribunal Supremo¹⁰⁹, admitió la identidad de razón entre las situaciones derivadas de nulidad de matrimonio y las de separación o divorcio; declarando el derecho del cónyuge sobreviviente, cuyo matrimonio había sido declarado nulo, sin apreciación de mala fe por su parte, a compartir pensión de viudedad con la viuda o viudo del matrimonio subsiguiente del causante. En cumplimiento de lo anterior, se dicta Resolución¹¹⁰ por la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, del siguiente tenor “ Las entidades de la Seguridad Social extenderán por analogía la aplicación de las previsiones contenidas en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 13 de mayo, y el artículo 174.2 LGSS, de 20 de junio de 1994, a los cónyuges cuyo matrimonio fuese declarado nulo por sentencia judicial firme, siempre y cuando el cónyuge que pretenda ser beneficiario de las prestaciones de Seguridad Social hubiera sido considerado expresamente contrayente de buena fe en dicha sentencia o no se hubiese efectuado en la misma pronunciamiento acerca de la buena o mala fe de ninguno de ambos cónyuges, en cuyo caso la buena fe se presumirá, de acuerdo con el artículo 79 del Código Civil”.

En la propia Resolución se fija igualmente que habrá de tomarse como tiempo convivido con el cónyuge fallecido el transcurrido desde la celebración del matrimonio hasta la fecha de efectos de la nulidad del mismo, declarada por sentencia firme.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que vivir maritalmente con otra persona no se ha considerado causa de extinción de viudedad del cónyuge separado o divorciado o con matrimonio nulo, al haber sido declarada tal causa de extinción inconstitucional¹¹¹, al igual que tampoco produce la extinción de la pensión de

109 STS de 11 de febrero de 1985 [RJ 198, 634], la STS 11 de febrero de 1994, [RJ 1994, 870] da por reproducida la anterior, y en la que se señala que: “La cuestión que plantea el presente recurso de unificación de doctrina, en cuya interposición se han cumplido los requisitos exigidos por la Ley, es si el cónyuge sobreviviente, cuyo matrimonio había sido declarado nulo sin apreciación de mala fe por su parte, tiene derecho a compartir pensión de viudedad con la viuda (o viudo) de matrimonio subsiguiente del causante. Está en juego, como observan las resoluciones judiciales comparadas y los escritos de las partes y del Ministerio Fiscal, la extensión analógica al supuesto del contrayente con matrimonio anulado del derecho a pensión de viudedad reconocido al cónyuge divorciado o separado en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 de 7 julio. Como señala la sentencia impugnada (AS 1992\3985), sobre la cuestión controvertida se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia de 11 febrero 1985 (RJ 1985\634) en sentido favorable a dicha extensión analógica. A este pronunciamiento, cuya fundamentación se da por reproducida, vamos a atenernos en la decisión del presente recurso. Se coincide en ello con el detallado informe del Ministerio Fiscal, y también con lo apuntado en argumento «ex abundantia» en la reciente Sentencia de esta Sala de 1 octubre 1993 (RJ 1993\7561) (fundamento jurídico 2.b. y c.)”.

110 Resolución 1995/08728 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 3 de abril de 1995, sobre aplicación por analogía de las previsiones contenidas en materia de Seguridad Social en el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social a los supuestos de matrimonio nulo.

111 La STC 125/2003, de 19 de junio [RTC 2003, 125], señala que: “La constatación de un

viudedad en las que no han mediado las circunstancias referidas¹¹². Así, pues, los supuestos en que por mandato del art. 174.3¹¹³ de la LGSS se extinguen o quedan sin efecto los derechos a pensión de viudedad del ex cónyuge divorciado o del cónyuge separado se determinan mediante reenvío a otro precepto legal, que es el art. 101 del CC. Y, en este sentido, el Tribunal Constitucional¹¹⁴, ya ha declarado la imposibilidad de que esta regla se aplique a supuestos distintos a los de separación o divorcio, puesto que la norma hace referencia clara a los derechos derivados del 174.2 LGSS.

En este art. 101 del CC se regula el cese de la pensión civil que, de acuerdo con el art. 97 CC, se puede fijar en la resolución judicial de separación o divorcio en favor del cónyuge separado o del ex-cónyuge divorciado siempre y cuando la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

panorama de desigualdad resulta evidente. Una vez que a todos los cónyuges sin distinción se les otorga el derecho a la pensión de viudedad, la pensión de viudedad queda concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supervivientes, por lo que es evidente que no puede considerarse constitucionalmente admisible que la concreta causa de extinción de la pensión por convivencia «more uxorio» pueda aplicarse en unos casos y no en otros. Como pone de relieve el auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, si la convivencia «more uxorio» con una persona con la que no existe vínculo conyugal es perfectamente lícita en el marco de nuestro ordenamiento legal, de este hecho lícito no puede deducirse la privación de una pensión de viudedad, cuando tal medida no guarda relación alguna con la finalidad que persigue la ley al acordar su establecimiento, máxime cuando sólo en los casos concretos de cónyuges con matrimonio anulado, divorciados o separados opera esta circunstancia como causa legal de extinción de la pensión, sin que exista justificación razonable que explique ese diferente trato legal con respecto al cónyuge viudo. A lo anterior debe añadirse que la diferencia de trato que se introduce por la norma cuestionada entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que corresponde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma, factor éste de diferenciación que, al margen de no reunir la cualidad de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal, conlleva, en última instancia, una directa vulneración del art. 14 CE, y en particular de la prohibición de discriminación en función de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que aquel precepto se refiere. Como señalara la STC 177/1993, de 31 de mayo «el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados». De este modo, dada la unidad de la pensión, en los supuestos examinados la diferenciación legal, al establecer dos sistemas de extinción distintos, incurre en una discriminación prohibida por el art. 14 CE, careciendo de la objetividad, suficiencia y razonabilidad requerida por nuestra doctrina, por lo que cabe declarar la reclamada inconstitucionalidad de la norma 5ª de la disposición adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 julio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el art. 101 del Código Civil de «vivir maritalmente con otra persona».

112 Circular del INSS 4/2003, de 8 de septiembre

113 La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, vino a modificar el art.174.3 LGSS

114 STC 126/1994, de 25 de abril, [RTC 1994, 126]

En concreto, son tres las situaciones o supuestos de hecho indicados en el art. 101 CC de extinción de la pensión civil, que el legislador ha ordenado aplicar también por remisión a la pensión de viudedad: 1) el cese de la causa que lo motivó (el derecho a pensión); 2) contraer el acreedor (de la pensión) nuevo matrimonio; y la 3) No resulta de aplicación habida cuenta de la declaración de inconstitucionalidad de la pérdida de la pensión viudedad en los supuestos de convivencia marital del acreedor de la pensión con otra persona.

En todo caso, las pensiones del art. 101 CC son pensiones que en principio no van referidas al momento del fallecimiento del causante, sino que su prestación resulta ser intervivos y además no son vitalicias, a diferencia de lo que hasta el momento y a espera de las Medidas de reforma en materia de Seguridad Social ocurre con la pensión de viudedad.

2. El periodo de carencia cuando el fallecimiento deriva de enfermedad común.

Tradicionalmente, nuestro sistema de Seguridad Social viene exigiendo requisitos adicionales para acceder a las prestaciones económicas cuando estas derivan de enfermedad común, requisitos que se concretan en la exigencia de un periodo de cotización previo (periodo de carencia) del causante. Esta previsión hay que conectarla no sólo con la mejor consideración que reciben las prestaciones derivadas de riesgos profesionales, sino también con la idea de la evitación de actuaciones fraudulentas: sólo así se explica que el accidente no laboral no exija periodo de carencia previa.

Por otro lado, y como es de sobra conocido, nuestro sistema de Seguridad Social ha venido exigiendo, dado su carácter contributivo, una conexión inmediata del causante con la realización de actividad profesional de forma que únicamente cabía el acceso a la protección cuando el trabajador se encontraba en el momento del hecho causante realizando la actividad profesional justificativa del alta o en su caso, en aquellas situaciones en las que, aún no realizando dicha actividad profesional, el ordenamiento les otorgaba un valor equivalente; es decir, que únicamente se permitía el acceso a las prestaciones económicas cuando el trabajador se hallaba en alta o situación asimilada al alta (art. 124 LGSS). Esta situación se modificó profundamente con la Ley 26/1985, de 31 de julio de Reforma de las Pensiones en lo referente a las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente absoluta, norma que permitió el acceso a dichas prestaciones aunque el trabajador no se encontrara en alta o situación asimilada si bien exigiendo un periodo de cotización o carencia especialmente cualificado, en comparación al exigido con carácter general cuando el trabajador sí se encontraba en alta. La reforma legislativa, al igual que otras, en realidad vino a dar carta de naturaleza –y de hecho, a restringir- a la jurisprudencia “humanizadora” que venía entendiendo que resultaba contrario a la propia finalidad reparadora del sistema de Seguridad Social negar las prestaciones económicas por el hecho – coyuntural- de que el trabajador, acreditando un largo periodo de cotización previa, no se hallara en alta o situación asimilada al alta en el momento del hecho causante. Como se ha dicho, el legislador

mediante dicha reforma concretó dicho concepto de "larga carrera del seguro" en la exigencia de 15 años de cotización, periodo muy superior al entonces exigido para acceder a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente desde la situación de alta o asimilada.

La pensión de viudedad no se vio afectada por dicha reforma por lo que continuó siendo exigible el requisito tradicional de que el causante se hallara en alta o situación asimilada al alta para generar derecho a pensión si bien alguna jurisprudencia, continuando aquella línea humanizadora antes señalada, reconoció en algún caso el derecho a la pensión de viudedad en supuestos en los que, acreditando largos periodos de cotización, el causante no se hallaba en alta o situación asimilada al alta en el momento de su fallecimiento.

La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social vino a admitir, mediante la reforma del art. 174 LGSS, el acceso desde la situación de no alta si bien exigiendo un exorbitado periodo de carencia que cifró en 22 años. La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social ante las críticas recibidas, modificó dicho periodo y, unificándolo con el exigido para la jubilación e incapacidad permanente absoluta, lo cifró en 15 años, periodo de carencia que se mantiene en la actualidad.

Así pues, es preciso distinguir, tal y como dispone el art. 174 LGSS, varios supuestos en lo que al requisito del periodo de carencia se refiere.

2.1. Periodo de carencia exigible cuando el trabajador se encuentra en alta o situación asimilada al alta

Dispone el art. 174 LGSS que para tener derecho a la pensión de viudedad cuando el causante se encuentra en alta o situación asimilada al alta será preciso que este acredite un periodo de carencia de 500 días dentro de un periodo ininterrumpido de 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante. Se trata de un periodo de carencia exiguo en relación con las demás pensiones dispensadas por el sistema de seguridad social¹¹⁵ si bien ese periodo de carencia debe estar comprendido dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante, con la excepción del accidente laboral o no, o la enfermedad profesional, en las que no se requiere ningún período de cotización. Por consiguiente, sólo en el supuesto de fallecer a consecuencia de enfermedad común juega el necesario requisito de haber cubierto un período mínimo de cotización. El propio Tribunal Supremo¹¹⁶ justificaba el corto período carencial exigido y la necesidad de que éste, esté

115 Así, como es sabido, el periodo mínimo para acceder a las pensiones de jubilación se cifra en la actualidad en 15 años mientras que para acceder a la protección por incapacidad permanente, aunque el periodo de carencia es variable según la edad del beneficiario, en la actualidad sin perjuicio de las modificaciones que en esta materia también ha introducido la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Reforma de la Seguridad Social se cifra en 8 años para los mayores de 52 años.

116 STS de 15 de octubre de 197 [RJ 1997, 7352]

comprendido en los cinco años precedentes al hecho causante, habida cuenta de la naturaleza de la contingencia protegida, que priva al beneficiario de unos ingresos de la unidad familiar con los que viene contando de modo esencial, por ello la Ley entiende que basta que esta contribución alcance al menos a 500 días comprendidos en los 5 años precedentes, para que se produzca una situación protegible.

2.2. Periodo de carencia cuando el trabajador no se encuentra en alta o situación asimilada en el momento del hecho causante.

No será preciso que el causante se halle en situación de alta o situación asimilada siempre que aquél hubiera completado un período de cotización de 15 años, teniendo en cuenta que los efectos económicos de la correspondiente pensión sólo podrán retrotraerse al 1 de enero de 1999.

Con independencia de que en la actualidad sea posible acceder a la prestación de viudedad aunque el causante no se halle en situación de alta o asimilada, lo cierto es que este requisito ha sido necesario para tener acceso a pensión de viudedad hasta un momento relativamente cercano, concretamente hasta la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. Por lo tanto, el posible reconocimiento de la pensión cuando no se da el alta o la situación asimilada al alta no deja de ser reciente si se compara con la pensión de jubilación e invalidez en sus grados de absoluta y gran invalidez, lo que no dejaba de suponer una desigualdad y desventaja para los perceptores de esta pensión. De hecho, ante la imposibilidad de tener acceso a esta pensión si no existía la situación de alta o asimilada del sujeto causante, se pensó en una aplicación analógica de la normativa aplicable a determinadas pensiones¹¹⁷ para las que sí se había suprimido el mencionado requisito, extendiendo la mencionada normativa a efectos de poder lucrar la pensión de viudedad. Sin embargo, el criterio jurisprudencial¹¹⁸ fue contrario a esta extensión normativa basándose en que no cabía ampliar la supresión del requisito a prestaciones distintas, habida cuenta de que no estaba autorizado por el artículo 1 de la Ley 26/1985, de 31 de julio, y dado que para la pensión de viudedad expresamente se exigía que el causante se hallase en alta o situación asimilada a ella.

Así las cosas, no se produjo la desaparición del mencionado requisito sino hasta que la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 66/1997, modifica los artículos 174 y 175 de la LGSS, para permitir que se pudiera causar esta prestación pero exigiendo un período mínimo de 22 años de cotización. Período de cotización sensiblemente superior al requerido para otras prestaciones que ya no requerían el mencionado requisito, pero que venía a dar cobertura a aquéllos que habiendo cotizado durante un largo período de tiempo se encontraban desvinculados de la Seguridad Social. Además, suponía realmente un período de cotización desproporcionado si se comparaba con lo exiguo del ordinario (500

117 Art. 1 de la Ley 26/1985, de 31 de julio pues tal precepto suprime el requisito del alta o situación asimilada para causar derecho a determinadas pensiones

118 Entre otras, SSTs 5 febrero y 25 junio 1993 [RJ 1993, 742 y RJ 1993,4923]

días cotizados dentro de los 5 años anteriores al hecho causante). Como consecuencia de lo expuesto la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, vendría a modificar el mencionado período de cotización exigiendo los 15 años, de esta forma se armonizaba con el resto de las pensiones permitiéndose, pues, causar derecho a la prestación desde la situación de no alta con este período más reducido si se compara con los 22 años de la normativa anterior.

2.3. Situación de alta o asimilada al alta sin obligación de cotizar

Del mismo modo, se tiene derecho a la pensión de viudedad desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, con vigencia desde 1 de enero del 2004. Supuesto introducido por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, que requiere que el periodo de cotización de 500 días se encuentre dentro de un periodo ininterrumpido de 5 años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. No obstante, debe señalarse que la actuación administrativa ya se había acomodado con anterioridad a los criterios sentados por el Tribunal Supremo, en relación con la doctrina del paréntesis –retrotraer el período del cálculo a la fecha en que se extingue la obligación de cotizar, en lugar de la fecha del hecho causante¹¹⁹.

Por consiguiente, no podemos olvidar la interpretación evolutiva que la doctrina

119 Circular 4/2003, de 8 de septiembre, [LEG 2003/7863] en donde se señala que: Período mínimo de cotización de las prestaciones por muerte y supervivencia:

1. El período de cotización exigido de 500 días para tener derecho a prestaciones de muerte y supervivencia, causadas por trabajadores que en la fecha de su fallecimiento, debido a enfermedad común, se encontrasen en situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, deberá estar comprendido dentro de los cinco años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

A estos efectos, podrán no tomarse en consideración los períodos de cotización inferiores, en su conjunto, a quinientos días, que medien entre dos situaciones de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar.

De igual modo, se aplicará lo dispuesto en el primer párrafo de esta instrucción a quienes, sin haber completado el período de quinientos días cotizados, causen la pensión desde una situación de alta, con obligación de cotizar, cuando dicha situación proceda de otra inmediatamente anterior de alta o asimilada al alta, pero sin obligación de cotizar.

2. De conformidad con lo establecido en los artículos 174.1, 175.1 y 176.1 de la Ley General de la Seguridad Social, podrán causarse pensiones de viudedad, pensiones de orfandad y prestaciones en favor de familiares, respectivamente, aunque el causante, a la fecha del fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años y, aun no teniendo quinientos días cotizados en los últimos cinco años, acredite los demás requisitos exigidos.
3. También podrán causarse pensiones de viudedad y de orfandad y prestaciones en favor de familiares, aunque el causante, a la fecha del fallecimiento, se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta y no tuviera quinientos días cotizados en los últimos cinco años, pero hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años y acreditase los demás requisitos exigidos.
4. Podrán causarse, asimismo, prestaciones de muerte y supervivencia en más de un Régimen de la Seguridad Social cuando, no estando en alta o situación asimilada a la de alta en todos ellos, se acrediten quince años de cotización superpuestos.

jurisprudencial ha llevado a cabo, atendiendo sobre todo a criterios humanizadores para ponderar las circunstancias de cada caso y evitar situaciones de desprotección, como consecuencia de los cambios en el mercado de trabajo; evitando, de esta manera, una interpretación rigorista de la norma, tratando de atemperarla a la realidad social, pero con la tarea ardua difícil de no desvirtuar los requisitos de cotización y de alta o asimilados exigidos en el nivel contributivo para el reconocimiento de las prestaciones.

Así, pues, ese rigor de la literalidad de la norma se ha venido viendo atenuado fundamentalmente en lo referente a la exigencia del requisito del alta o situación asimilada, principalmente para causar prestaciones por muerte y supervivencia. Se ha apreciado la existencia de situaciones asimiladas al alta, no previstas reglamentariamente y su consideración como «tiempo neutro o paréntesis» excluido del período computable, pero, sin que en ningún caso cupiera la reducción de los periodos de carencia o cotización impuestos por la normativa. En fin, dichos criterios son resumidos por el propio Tribunal Supremo¹²⁰, de la siguiente manera: -El listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo. -Los tiempos excluidos del período computable, son en principio aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. La Sala ha considerado como tales: a) la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo¹²¹ porque esta situación acredita el “animus laborando”, o lo que es igual, “la voluntad de no apartarse del mundo laboral”¹²²; b) la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar¹²³; c) la percepción de una prestación no contributiva de invalidez¹²⁴ en que tampoco se cotiza; d) el período de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral, cuando el recluso ha mostrado durante él, su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios personales¹²⁵. e) La existencia comprobada de una grave enfermedad “que conduce al hecho causante, por la que es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta”¹²⁶. Por igual razón, cabe también excluir del período computable a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y carencia, un “interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo”, que no es revelador de esa “voluntad de apartarse del mundo laboral”¹²⁷. Por el contrario, no es posible incluir en esta

120 STS de 23 de diciembre de 2005 [RJ 2005, 595]

121 SSTS de 29 de mayo de 1992 [RJ 1992, 3619]; 1 de julio de 1993 [RJ 1993,6879], 1 de octubre de 2002, 25 de octubre de 2002 [RJ 2003,1907] y 12 de julio de 2004 [RJ 2004,5585]

122 STS 26 de mayo de 2003 [RJ 2003,5090]

123 SSTS de 10 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 9771], 24 de octubre de 1994 [RJ 1994,8106] entre otras.

124 STS de 28 de octubre de 1998 [RJ 1998, 9304], 9 de diciembre de 1999 [RJ 2000, 517], 2 de octubre de 2001 [RJ 2001,8978].

125 SSTS de 12 de noviembre de 1996 [RJ 1996,8556], 19 de julio de 2001 [RJ 2002,580].

126 SSTS de 28 de enero de 1998 [RJ 1998\1056] y 17 de septiembre de 2004 [RJ 2004,6320]

127 SSTS de 29 de mayo de 1992 [RJ 1992,3619], 12 de marzo de 1998 [RJ 1998,2565], 9 de noviembre 1999 [RJ 1999,9500], 25 de julio de 2000 [RJ 2000,7194] y 18 de diciembre de 2001 [RJ 2002,2975]

excepción, los casos de voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación¹²⁸. "La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su "carrera de seguro", y también en su caso, la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal"¹²⁹; en definitiva, si su duración es poco significativa en proporción al tiempo de cotización acreditado.

2.4. Periodo de carencia y trabajo a tiempo parcial.

Señala la D.A.7ª LGSS que la protección social de los trabajadores a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial con el trabajador a tiempo completo disponiendo su regla b) respecto del periodo de carencia exigible que las cotizaciones efectuadas a tiempo parcial para lucrar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, para lo cual el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiseis horas anuales. Esta regla únicamente se exceptúa -matizándola- en el supuesto de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente pues al número de días teóricos obtenidos conforme a lo dispuesto en la letra a) se le aplicará un coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se consideran acreditados para la determinación de los periodos mínimos de cotización. Esta matización a la regla de proporcionalidad absoluta o, en otras palabras, el establecimiento de una regla de proporcionalidad relativa respecto de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente proviene de la Ley 12/2001, de 9 de julio pues en su redacción anterior (Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre) ninguna prestación se exceptuaba de la aplicación de la regla de proporcionalidad absoluta. En definitiva, la regulación actual y por lo que a las prestaciones de muerte y supervivencia se refiere aplica la proporcionalidad absoluta no sólo a los efectos del cálculo de la prestación sino también a efectos de la acreditación del periodo de carencia lo que implica, en definitiva, que el trabajador a tiempo parcial precisa de más tiempo -entendiendo este sentido en sentido cronológico- que el trabajador a tiempo completo, para completar el periodo de carencia de las prestaciones.

El Tribunal Constitucional¹³⁰ ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la adecuación o no al texto constitucional de esta regulación legal en su redacción

128 STS de 19 de julio de 2001 [RJ 2002,580]

129 STS. de 25 de julio de 2000 [RJ 2000,9666]

130 Vid. STC 253/2004, de 22 de diciembre; STC 49/2005, de 14 de marzo y STC 50/2005, de 14 de marzo.

anterior a la actualmente vigente concluyendo en la inconstitucionalidad de la norma por violación del principio de igualdad al estar este también integrado por el principio de la proporcionalidad. Con todo, la cuestión es algo más complicada porque los pronunciamientos constitucionales iban referidos a cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con la regulación anterior en la que no existía la regla de la proporcionalidad relativa predicada de las dos prestaciones señaladas y, por tanto, no queda claro si dicha regulación podría calificarse de inconstitucional en lo que a la prestación de viudedad se refiere, pensión en la que sigue vigente en la actualidad la regla de proporcionalidad absoluta. De ninguna de las sentencias constitucionales puede deducirse una conclusión clara: la STC 253/2004 elude manifestarse sobre tal particular al exceder del ámbito de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, cuestión tampoco analizada en las SSTC 49/2005 y 50/2005, al debatirse en las mismas una cuestión de sucesión normativa. Tampoco de las referencias obiter dicta de la STC 253/2004 cabe concluir en una respuesta definitiva más allá del fallo de la sentencia, que concluye en la inconstitucionalidad del art. 12.4 ET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en cuanto establece que se para determinar los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas trabajadas. Antes bien, de los obiter dicta de la STC 253/2004, se desprenden más bien pistas contradictorias en lo que a la validez de la actual regulación se refiere. En algunos momentos de la STC 253/2004, el Tribunal Constitucional parece limitar sus consideraciones sobre el resultado desproporcionado a las prestaciones que exigen amplios periodos de cotización (lo que significaría, además de la Incapacidad Permanente y la Jubilación, las de Muerte y Supervivencia cuando el causante no se encuentra en alta o situación asimilada), adquiriendo las referencias a las prestaciones de Incapacidad Permanente y Jubilación naturaleza ejemplificativa¹³¹. En otros momentos, la STC 253/2004 es más tajante y parece concluir que la gravosidad de ese tratamiento normativo lo es sólo en relación con las prestaciones que exigen periodos de cotización elevados, como en el caso controvertido, en materia de invalidez (sic)¹³². Incluso en algún momento parece poder inferirse la "validación" de la regulación actual cuando el Tribunal Constitucional invoca la vigente D.A.7ª como reconocimiento implícito por el legislador del resultado

131 Fundamento Jurídico Sexto: "Pues bien si se examina con atención la norma cuestionada resulta que en los términos estrictos en que la misma se establece, para determinar los periodos de cotización exigibles para causar derecho a las prestaciones cuando existen periodos trabajados a tiempo parcial, conduce a un resultado desproporcionado desde la perspectiva del derecho de igualdad cuando menos en relación con aquellas prestaciones contributivas que exigen amplios periodos de cotización (como es el caso de las pensiones de jubilación e invalidez (sic) permanente), pudiendo generar incluso supuestos de desprotección ante situaciones reales de necesidad que afectan a trabajadores a tiempo parcial (...)"

132 "(...) se dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el periodo de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el caso de trabajadores con extensos lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen periodos de cotización elevados, como sucede con la prestación de invalidez que se discute en el proceso de origen de la presente cuestión" (F.J.6º)

desproporcionado a que conducía la regla del art. 12.4 ET¹³³

Por lo que se refiere a la pensión de viudedad, ya se ha apuntado que el periodo de carencia exigible cuando el causante se encuentra en alta o situación asimilada es mas bien escaso, si bien no ocurre lo mismo en el caso de que el trabajador causante no se encuentre en alta o situación asimilada supuesto en el que aún acogiendo la interpretación mas restrictiva posible de la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en los pronunciamientos anteriormente señalados, resulta bastante cuestionable que pase el canon de constitucionalidad pues la aplicación del principio de proporcionalidad estricta que se deriva de la aplicación del regla primera de la D.A.7ª LGSS en tales supuestos, en el que el periodo de carencia exigido es de 15 años (art. 174.1 párrafo segundo LGSS) tiene las mismas consecuencias que los supuestos mencionados por la STC 253/2004 (Incapacidad Permanente y Jubilación) desde el punto de vista del resultado desproporcionado que produce sobre el trabajador a tiempo parcial, que ve así especialmente dificultada la posibilidad de causar derecho a prestaciones a favor del cónyuge viudo y de los hijos huérfanos "pudiendo generar supuestos de desprotección ante situaciones reales de necesidad que afectan a trabajadores a tiempo parcial" (F.J. 6º), o a sus beneficiarios, cabría añadir. Pero a nuestro parecer no sólo en tal supuesto: la regulación legal incurre en la desproporción señalada con independencia de la mayor o menor duración del periodo de carencia exigido -y por tanto, también en el supuesto de que el trabajador se encuentre en alta o situación asimilada- porque dicha regulación lo que viene a hacer es desvirtuar la propia función que el cumple el periodo de carencia como requisito de acceso a las prestaciones. Se trata de una cuestión técnica y en otro orden de cosas, otra cuestión del peso atribuible a la contributividad y proporcionalidad en la propia configuración del sistema. Por lo que se refiere a la primera, es preciso determinar si el periodo de carencia cumple una función de simple periodo temporal de vinculación al sistema, desgajado de la cotización realizada durante el mismo o, por el contrario, como periodo de cotización donde el tiempo, como dice el Voto particular a la STC 253/2004, de 22 de diciembre¹³⁴, es el índice del *quantum* de la cotización. Incluso la propia terminología utilizada por la doctrina refleja esta doble posibilidad: mientras el concepto de "periodo de carencia" parece incidir en el aspecto meramente temporal de la vinculación, el término "periodo de cotización" parece recoger esa dualidad del tiempo como índice de cotización. Por lo que se refiere a la segunda, como es sabido desde el Pacto de Toledo las distintas reformas operadas sobre el sistema de Seguridad Social han invocado reiteradamente la necesaria recuperación y reforzamiento de los principios de contributividad y proporcionalidad principios que se invocan también en este

133" No en vano el propio legislador ha venido a reconocer implícitamente el resultado desproporcionado a que conducía en muchos casos la aplicación de la regla contenida en la norma cuestionada, párrafo 2º del art. 12.4 ET, al introducir, como ha quedado expuesto en el FJ 3 de esta Sentencia, una nueva regulación en la materia, inspirada en el mantenimiento del criterio de proporcionalidad, pero atenuada mediante diversas reglas correctoras, en aras a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las prestaciones de Seguridad Social" (F.J.6).

134 Magistrado Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.

particular entendiendo que la mayor dificultad que se deriva de esta regulación para el acceso a las prestaciones de los trabajadores a tiempo parcial se encuentra justificada en el menor tiempo trabajado por éste e incluso se ha afirmado¹³⁵ que la equiparación total a estos efectos de ambos trabajadores (tiempo parcial y tiempo completo) supondría una discriminación de este último pues, en definitiva, se le exigiría el doble de horas trabajadas en su comparación con el trabajador a tiempo parcial. Pero quienes a la contributividad y, sobre todo, a la proporcionalidad invocan, olvidan que en el Sistema de Seguridad social español son muchas las excepciones y matizaciones a tales principios, siendo precisamente por eso que nuestro sistema es un sistema de "Seguridad Social" y no un sistema de previsión exclusivamente basado en la técnica del seguro privado pero organizado y gestionado por los poderes públicos. Incluso en su propia lógica asegurativa, olvidan que el periodo de carencia aun siendo un requisito para el acceso a las prestaciones de clara naturaleza contributiva -contributividad que se refuerza en los supuestos en que se exigen carencias cualificadas-, no necesariamente responde -salvo en el supuesto actual de los trabajadores a tiempo parcial por la evolución histórica señalada y ahora cuestionada- a reglas de proporcionalidad. ¿Acaso se exige o aplica regla de proporcionalidad alguna respecto de un trabajador a tiempo completo cuya jornada anual convencional es inferior a la jornada máxima legal?¹³⁶ ¿Acaso la cotización por pagas extraordinarias adicionales a las legales obligatorias se computa proporcionalmente para el cómputo del periodo de carencia, reduciendo este? ¿Acaso, en materia de desempleo, los tramos de carencia que determinan la duración de la prestación no pierden la proporcionalidad a partir del inicio de cada tramo?. Como sabemos, la jurisprudencia¹³⁷, respecto de las pagas extraordinarias adicionales excluyó

135 Vid. Las alegaciones en el proceso que finaliza con la STC 253/2004, de 22 de diciembre.

136 Algunos autores ya habían llamado la atención sobre la discordancia que podía producirse en la determinación del día teórico de cotización en aquellos supuestos de jornadas convencionales inferiores a las 1826 horas anuales utilizadas por la D.A.7ª LGSS. Vid. CABEZA PEREIRO, J y LOUSADA AROCHENA, L., "El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial", Granada (Comares), 1999, pág. 165.

137 STS de 22-12-2000 (RJ 2001, 1871). Esta sentencia reitera la doctrina de la STS de 10-10-1974 (RJ 1974, 3021) que estableció la teoría del día-cuota a los efectos de la determinación del periodo de carencia pero limitándolo a las pagas extraordinarias legales y añade sobre aquélla: "(...) cabe añadir a las anteriores consideraciones que las normas que regulan la relación jurídica de Seguridad Social son de carácter público no disponibles por la voluntad de trabajadores y empresarios, a quienes no les es dado modificar las normas que regulan la relación jurídica de Seguridad Social. La tesis del recurrente de computar a los efectos del periodo de carencia obligatorio las cotizaciones realizadas no en virtud de las dos pagas obligatorias establecidas en el ET sino de toda aquella que se acordare en Convenio Colectivo incidiría y modificaría el sistema público de Seguridad Social lo que está expresamente prohibido en nuestro ordenamiento jurídico. Es pacífico que, en el convenio colectivo, pueden establecerse mejoras de Seguridad social pero también es claro que tales mejoras voluntarias han de hacerse en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los Regímenes Especiales (art. 39.1 LGSS) (...) principios que se quebrarían si se admitiera que los trabajadores que, por su mejora salarial en el convenio, tuvieran derecho a mas pagas, habrían de tener derecho a una mayor y mejor cobertura del requisito de carencia y ello naturalmente, sin perjuicio de la trascendencia del mayor salario en la determinación de la base reguladora, conforme a la relación triangular entre salario-

tajantemente tal posibilidad trasladando las consecuencias de esa mayor cotización al mayor salario resultante y, por tanto, al momento de determinación de la base reguladora y en materia de desempleo, no se cuestiona la validez de la regla del art. 210 LGSS por el hecho de que sólo resulte proporcional en el inicio de cada tramo y no respecto de los restantes días.

Las preguntas anteriores deben responderse negativamente. El periodo de carencia es un requisito contributivo/profesional, sí, pero no se encuentra conformado, salvo en materia de contratos a tiempo parcial, que es precisamente lo que se encuentra en discusión, por reglas de proporcionalidad. Es una puerta de acceso a las prestaciones –y no olvidemos que sólo cuando derivan de enfermedad común- que pretende excluir a sujetos que no acreditan una determinada vinculación con el sistema –mayor o menor en función de la prestación- pero esa vinculación no está en relación tanto con lo aportado como con la propia vinculación temporal con el sistema. Es cierto que, en algunas prestaciones, parece no ser así (hay ejemplos relevantes), pero bien es verdad que puede ser configurado mas que como un periodo tendente a la constitución de un supuesto “capital”, como un “periodo de espera”, similar al exigido en los seguros privados de asistencia sanitaria en los que se prevé esa cláusula de garantía para evitar la suscripción del “seguro” con fines de disfrute inmediato de prestaciones de elevado gasto, como pueden ser las quirúrgicas y, como hasta 1994, se exigía para la prestación de maternidad, la afiliación previa al sistema con una anterioridad de nueve meses al parto, para evitar así una específica modalidad de “compra de prestaciones”. Y es que, a veces, cuando se analiza esta cuestión del periodo de carencia exigible a los trabajadores a tiempo parcial subyace, cual aguas subterráneas, una cuestión diferente a la específica y concreta de la vinculación temporal del trabajador con el sistema: la menor aportación económica de estos derivada de su menor jornada en comparación con un trabajador a tiempo completo comparable y consiguiente menor cotización, nuevamente en relación con un trabajador a tiempo completo comparable.

No se puede olvidar que los periodos de carencia de las distintas prestaciones están establecidos ponderando una cierta función matemática entre tiempo exigible y vida profesional del trabajador, variable en función de cada prestación pero siempre presente. Ejemplos claros son los diferentes periodos de carencia establecidos para la Incapacidad Permanente en los que se diferencia según la edad del trabajador en el momento del hecho causante, ponderación sólo aparentemente inexistente en materia de Jubilación al tener establecida una edad mínima de acceso a la misma frente a la incertidumbre en la producción del hecho causante característica de la Incapacidad Permanente pero no por ello imaginaria. Esta ecuación se aprecia con claridad en el caso de los trabajadores menores de 26 años a quienes se exige como periodo de carencia la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplieron los 16 años y la del hecho causante [art. 138.2.a) LGSS]¹³⁸. Si el trabajador es a tiempo parcial en un

cotización-base reguladora, dentro de los límites impuestos por la Ley”.

138La Ley 40/2007, de 4 de diciembre cambia esta norma pero no su esencia que sigue siendo la misma: el nuevo art. 138.2 LGSS dispone para los trabajadores menores de 31 años que el

porcentaje del 50% esa mitad de tiempo queda, aplicando la regla de proporcionalidad estricta (no la matizada), convertida en el doble y por tanto, en la totalidad del tiempo transcurrido entre la fecha en que pudo empezar a trabajar (16 años) y la fecha del hecho causante. Especialmente riguroso queda también configurado el acceso a la Incapacidad Permanente desde la situación de no alta pues obliga, también, si se aplica la regla de proporcionalidad estricta, a una carencia -si partimos de la misma hipótesis de trabajador a jornada del 50% respecto de un trabajador a tiempo completo comparable- de 30 años, lo que significa la total exclusión de tal posibilidad de un trabajador menor de 46 años, partiendo del supuesto no muy habitual de que el trabajador iniciara su actividad profesional en el umbral que marca el inicio de la capacidad de trabajo (art. 6 ET). Los ejemplos podrían ampliarse a otras prestaciones aunque es la Incapacidad Permanente donde más se aprecia al confluir dos circunstancias concretas: la exigencia de un amplio periodo de carencia y la incertidumbre en la actualización de la contingencia. Estas mismas circunstancias concurren en el supuesto de la pensión de viudedad cuando el trabajador no se encuentra en alta o situación asimilada al alta, con el agravante de que en tal supuesto la regla aplicable es la de la proporcionalidad estricta: el amplio periodo de carencia exigido (15 años) y la incertidumbre en la actualización de la contingencia.

Pero es que, además, a nuestro parecer, tampoco la regla de la proporcionalidad matizada permite solventar el problema de constitucionalidad que plantea la D.A.7ª LGSS en lo que al periodo de carencia se refiere. Aun atenuada, esa proporcionalidad hace de peor condición al trabajador a tiempo parcial respecto al trabajador a tiempo completo en lo que al acceso a las prestaciones se refiere, haciendo incluso en algunos supuestos ilusorio el derecho a la protección social. Como hemos señalado, si bien nuestro sistema es contributivo y se basa en criterios de proporcionalidad, esta no puede extraerse de lo que debe ser su ámbito de actuación que debe quedar circunscrito a la determinación de la cuantía de las prestaciones –cuantía que se ve afectada en la menor base de cotización y consiguiente menor base reguladora computable para la determinación de la cuantía de las prestaciones así como, en lo que al porcentaje de la pensión de jubilación se refiere, su aplicación también proporcional. Es verdad que por el juego o aplicación de determinados mecanismos jurídicos que responden a estrictos criterios de solidaridad –complementos por mínimos- el trabajador a tiempo completo puede pensar que, en términos comparativos, se le hace de peor condición que al trabajador a tiempo parcial, pero no se puede ni

periodo de carencia será la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante, mientras que para los mayores de dicha edad se cifra en la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años, debiendo estar la quinta parte del periodo de cotización exigido comprendido dentro de los diez años anteriores al hecho causante.

Sobre la reforma, vid. VICENTE PALACIO, A., "Algunas consideraciones sobre la reforma de las normas para el cálculo de la prestación de incapacidad permanente en el Proyecto de Ley de Reforma de las Pensiones de Seguridad Social", Revista General del Derecho y de la Seguridad Social IUSTEL, nº 9, 2007.

debe olvidar, por lo menos así lo pensamos, que el Sistema de Seguridad social es algo más que una simple redistribución de los costes del riesgo y del infortunio, a lo que hay que añadir por lo demás, que los complementos por mínimos tienen sus propias y estrictas reglas en materia de compatibilidad cumpliendo así la estricta función de garantía de ingresos mínimos que tienen asignada.

Es precisamente en el entendimiento contrario a lo arriba señalado sobre lo que se fundamenta el Voto Particular discrepante a la doctrina de la STC 253/2004. Para el Magistrado que lo suscribe, "el periodo de cotización o carencia no se concibe en su sentido inicial como un tiempo de permanencia en el sistema; esto es, como tiempo sin más, sino como tiempo de cotización. En un sistema contributivo, el tiempo en sí mismo (a no ser que se diga así expresamente) no cumple ninguna función. Expresa, sin embargo, una función de cómputo de la carga contributiva como tiempo cotizado, en donde el tiempo es índice del quantum de la cotización, valor, a su vez, indicativo de la contribución al sistema". A su parecer, no aplicar criterios que restablezcan la proporcionalidad en el periodo de carencia determina que el acceso a la prestación se realiza a partir de cargas contributivas distintas con la consecuencia de alterar también el contenido conceptual o la funcionalidad del periodo de cotización, "desconectando en él sus dos elementos (periodo y cotización) de modo que el periodo se convertía exclusivamente en tiempo de permanencia en el sistema y la cotización en elemento prácticamente intrascendente para el requisito".

Como antes señaláramos, es esa concepción de la funcionalidad del periodo de carencia o de cotización lo que técnicamente subyace a toda esta cuestión. Es verdad que un periodo de afiliación sin cotización carece de valor alguno, pues el periodo de carencia es relevante en cuanto que es cotizado y, de hecho, buena parte de las excepciones a la proporcionalidad en lo que al periodo de carencia se refiere se articulan o unifican en que se trata de "ficciones de cotización", pero también es verdad que cabe entender ese tiempo como un tiempo "excluido" del derecho a esa prestación hasta tanto no se llegue al periodo de carencia exigido para la misma. Para el magistrado firmante del voto particular, la normativa cuestionada únicamente tiene por finalidad restablecer la proporcionalidad perdida en unos supuestos de cotización diferentes: lo que resultan de la cotización por días y los que resultan de la cotización por horas de tal forma que se produce una igualación al aplicar la técnica prevista en la regla primera de la D.A.7ª LGSS consistente en hallar el número teórico de días en función de las horas trabajadas. Para la doctrina constitucional mayoritaria de la STC 253/2004, la proporcionalidad debe operar en la cuantía, no en el acceso. Compartimos esta doctrina: cualquier lectura que refuerce, sin desvirtuar sus notas caracterizadoras, la solidaridad del sistema y se aparte, dentro de lo posible, de aquellas corrientes doctrinales partidarias de reforzar o incrementar su sinalagmaticidad resultan bienvenidas: exigir a los trabajadores a tiempo parcial esa proporcionalidad en la carencia supone, en la práctica, excluirles en muchos casos del derecho a la protección social, lo que resulta especialmente grave al tratarse de un colectivo singularmente precario, no sólo por la falta de voluntariedad que suele caracterizar a estas prestaciones de servicios, sino también por las altas tasas de temporalidad que sufren, lo que agrava o dificulta

la adquisición de esa carencia "proporcional". No está de mas recordar que el trabajo a tiempo parcial puede constituir una herramienta importante para conseguir la, tantas veces invocada, conciliación de la vida laboral y familiar, por lo que parece totalmente improcedente el establecimiento de normas de las que pueden derivarse un importante perjuicio futuro para los trabajadores a tiempo parcial-con independencia de su sexo, pues la conciliación de la vida familiar no es únicamente asunto de las mujeres, si bien la actual realidad demuestra es el colectivo femenino el que mas tiempo dedica actualmente a la vida familiar-. Es cierto que, en el caso de la pensión de viudedad, esta situación es la contraria al tratarse de una prestación claramente feminizada en sus beneficiarios que no en sus sujetos causante, pero no ello no invalida ninguno de los argumentos anteriores.

3. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social: modificación sobre los requisitos relativos a los sujetos causante y a los beneficiarios.

El Acuerdo para la Reforma de las Pensiones firmado el 13 de julio de 2006 entre el Gobierno y los agentes sociales previó un amplio elenco de futuras modificaciones sobre la pensión de viudedad que abarcaban un amplio espectro de su régimen jurídico y siempre con la finalidad, por un lado, de adecuar la acción protectora a las nuevas realidades sociales y por otro, de mejorar la situación de las familias que dependan de las rentas del fallecido. Estas medidas son las que recogió el Proyecto de Ley pero hay que anticipar ya que se trata de una primera acometida sobre esta pensión pues el Acuerdo anunciaba también una futura reforma global de la prestación si bien limitada a los nacidos con posterioridad a 1-1-1967 -como se recordará, fecha de entrada en vigor del actual sistema de Seguridad Social- aunque ello no obstará la implementación de otras medidas que pudieran afectar también al colectivo nacido con anterioridad a dicha fecha. Sin embargo, a nadie se le escapa la dificultad que entraña la regulación de esta materia, en cuanto que el legislador tendrá que adecuar la normativa, de un lado, a las disponibilidades económicas del momento y, de otro, a las situaciones de necesidad a satisfacer. De hecho, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, ya se anunciaba que *"dentro de un contexto de reformulación global de la pensión de viudedad, dirigido a que la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante y posibilite, igualmente, el acceso a la cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes, en el momento del fallecimiento del causante"*.

Así pues, el Proyecto de Ley de Reforma de la Seguridad Social se limita a introducir algunas pequeñas modificaciones sobre el actual régimen de la pensión de viudedad, reformas que afectan a varios de sus aspectos. Hay que anticipar ya que el texto finalmente aprobado ha variado en algunos aspectos

significativos respecto del Proyecto de Ley inicialmente tramitado.

En primer lugar y por lo que respecta a la **condición de beneficiario** como ya hemos señalado, en el régimen actualmente vigente se define, en primer lugar, por la inexcusable concurrencia del requisito del matrimonio legítimo entre el causante y el beneficiario, de tal forma que tradicionalmente han quedado excluidos de la protección por viudedad los integrantes de las denominadas parejas de hecho -convivientes more uxorio- con la única excepción -ya inoperante- de la D.A. 10ª de la Ley de 7 de julio de 1981 del Divorcio¹³⁹. Además, cuando el causante se encuentra en alta o situación asimilada al alta en el momento de su fallecimiento y sólo cuando este deriva de enfermedad común, se exige un periodo de cotización previa de 500 días dentro de un período ininterrumpido de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. Si el trabajador no se encuentra en alta o situación asimilada en el momento de su fallecimiento, dicho periodo de carencia se amplía a 15 años si bien la posibilidad de acceder a la pensión desde una situación de no alta queda limitado a la fecha de 1-1-1999, fecha de entrada en vigor de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, norma que extendió esta posibilidad, prevista hasta ese momento exclusivamente para las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente en sus grados de absoluta y gran invalidez.

La primera modificación que introduce la Ley 40/2007, de 4 de diciembre se produce en relación con el **requisito del vínculo matrimonial** exigiendo, cuando el fallecimiento del causante deriva de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo matrimonial¹⁴⁰, requisitos adicionales: o bien una "antigüedad" -mínima- de ese matrimonio de un (1) año o la existencia de hijos comunes. Se trata de requisitos alternativos: o bien la duración mínima o la existencia esos hijos comunes. Durante la tramitación parlamentaria se ha atenuado lo previsto en el Proyecto de Ley inicial el cual cifraba esa duración mínima en dos años y exigía, respecto de los hijos comunes, que fueran acreedores de la pensión de orfandad, requisitos ambos que continúan siendo exigibles, como con posterioridad se señalará, respecto de las parejas de hecho a las que se permite ahora, si bien en condiciones muy diferentes, el acceso en determinadas condiciones a la pensión de viudedad. El añadido referido al carácter no sobrevenido de la enfermedad tras el vínculo matrimonial con consecuencias excluyentes respecto de la exigencia de la duración mínima del

139 Esta Disposición Adicional permitió, en su regla 2ª, el acceso a la pensión de viudedad de aquellos convivientes de hecho que no habían podido formalizar su unión por impedirlo la legislación vigente hasta la fecha en los siguientes términos:

2ª Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedirselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que establece en el apartado siguiente.

140 Esta referencia o precisión respecto del momento de sobrevenir de la enfermedad se ha introducido durante la tramitación parlamentaria pues no se preveía en la redacción del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno.

matrimonio o la exigencia de hijos comunes supone que, en aquellos supuestos en los que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común sobrevenida tras el vínculo no requerirá del cumplimiento de esos requisitos adicionales. Parece con ello el legislador querer evitar el posible cobro de la pensión de viudedad como consecuencia de matrimonio contraído a sabiendas de la enfermedad y probabilidad del fallecimiento del causante. Por lo que se refiere a la inexigencia de que los hijos comunes tengan derecho a la pensión orfandad, aunque lo normal será

No obstante, la norma prevé como excepción a la obligatoriedad del requisito de duración mínima del vínculo matrimonial si se acredita un período de convivencia con el causante antes de contraer matrimonio que unido al tiempo de matrimonio supere los dos años. Igualmente, durante la tramitación parlamentaria se ha reducido esta exigencia respecto de la duración prevista inicialmente en el Proyecto de Ley pues en el texto inicialmente remitido al Congreso se cifraba la duración de esta convivencia "convalidatoria" en cinco años, duración que continúa siendo exigible en los supuestos de parejas de hecho como luego se señalará. Se ha operado, pues, una atenuación del rigor de los requisitos mas restrictivos del régimen de la pensión de viudedad que se pretendía establecer.

Efectivamente computa el tiempo de convivencia previa al matrimonio pero imponiendo la norma una duración más prolongada -debe superar los dos años-. En este sentido, si bien dulcifica el requisito del vínculo matrimonial teniendo en cuenta la convivencia, grava con mayor tiempo el cumplimiento de este requisito para tener acceso a la pensión. A lo anterior debe añadirse que para contabilizar el tiempo de convivencia debe haber contraído posteriormente matrimonio, es decir, sólo se contabiliza el tiempo de convivencia prematrimonial cuando se contrae ulterior matrimonio. Por consiguiente, el no cumplimiento de este requisito de la duración mínima del matrimonio determina la imposibilidad de acceder a la pensión de viudedad permitiendo, no obstante, y esto constituye también novedad en la reforma, el acceso a una prestación temporal de viudedad de dos años de cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido (art. 174 bis LGSS). Debe ya anticiparse que si bien constituye una novedad en la reforma y respecto de nuestro vigente sistema normativo realmente no constituye tal en nuestros antecedentes normativos pues ya la Ley 193/1963, de 28 de diciembre de Bases de la Seguridad Social contemplaba el mencionado subsidio temporal con una redacción análoga a la actual en lo referente a la duración (si bien se cifraba en dos años, como el Proyecto de Ley inicial) y a la cuantía mensual dado que en dos supuestos se establece una cuantía mensual igual a la que hubiera correspondido a la pensión de viudedad.

Este subsidio temporal opera a modo de compensación respecto del cónyuge que no puede acceder a la pensión de viudedad por no poder acreditar la duración mínima de un año de matrimonio con el causante o la existencia de hijos comunes, pero que reúne el resto de los requisitos. Obsérvese, que para poder acceder a este subsidio temporal es preciso reunir los demás requisitos previstos

en el art. 174.1 LGSS, lo que hace que la pensión de viudedad siga gravitando sobre la existencia de matrimonio legítimo. De este modo, no se contempla esta prestación temporal para las parejas de hecho –aun cuando aparezcan incluidos en la nueva regulación de la pensión de viudedad-; por lo que el legislador continúa en la línea de establecer medidas de trato diferenciado entre las uniones matrimoniales y las parejas de hecho, primando la exigencia legal de vínculo matrimonial.

Efectivamente, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre introduce un nuevo epígrafe 3 en el art.174 LGSS optando el legislador por la lógica y esperada ampliación del ámbito subjetivo de cobertura de la pensión de viudedad. En este sentido, la exigencia legal de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad ya no es exclusiva, extendiendo en su caso dicha prestación a las uniones de hecho pero como se ha señalado dicha extensión no se prevé en términos de igualdad con respecto a las parejas unidas por vínculo matrimonial.

Así, y en primer lugar, sólo se prevé el acceso a la pensión en relación con aquéllos que convivan en el momento del hecho causante o lo que es lo mismo, no se prevé para los supuestos de ex-convivientes. Además, aunque para lucrar la prestación se exige cumplir con los mismos requisitos de alta y cotización requeridos en los supuestos de vínculo matrimonial, sin embargo, se vislumbra ya en el legislador el deseo de que la pensión de viudedad recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante y, en consecuencia, pasa a tener en cuenta la efectiva pérdida de ingresos que ese fallecimiento supone para reconocer la condición de beneficiario en el superviviente. De tal manera, que se reconocerá la pensión cuando se acredite que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50% de la suma de los propios y los del causante habidos en el mismo período, porcentaje que será del 25% en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. Debe reseñarse que este porcentaje de indicio de la dependencia se reduce en estos casos a la mitad, con lo que se sobrevalora la concurrencia o no de hijos comunes con derecho a la pensión de orfandad a estos efectos, teniendo en cuenta que en estos casos el causante aporta más del 75%. El límite indicado se incrementa en 0.5 veces la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional vigente por cada hijo común con derecho a pensión de orfandad que conviva con el supérstite. También hay que señalar que no existe un tope máximo de ingresos comunes, no siendo lo mismo, a nuestro parecer, y desde la perspectiva de la definición de la situación de necesidad protegida, que en su conjunto sus ingresos sumen, por ejemplo, 30.000 euros que 60.000, o que 120.000. Ciertamente es que el legislador prevé un tope mínimo, en el sentido que se reconoce el derecho a la pensión cuando los ingresos del superviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en ese momento –el del hecho causante- como durante el período de percepción. Pero, hay que tener en cuenta que el salario mínimo interprofesional se incrementa cada año, lo que supone que cuando se ha de valorar si concurre tal requisito durante el período de percepción se deberá

hacer ¿teniendo en cuenta los incrementos que se operan cada año? o ¿simplemente no deberá sobrepasar el del momento del hecho causante?. De otro lado y debido a las posibles fluctuaciones económicas que pueden existir, cabe la posibilidad de que se puedan en un momento determinado superar el límite señalado, pero con posterioridad volver otra vez a no alcanzarlo, sin que se determine en el mencionado precepto si cuando se supera estamos ante un supuesto de extinción o por el contrario, de suspensión.

Por otro lado, y consecuencia de la tramitación parlamentaria se ha producido una situación singular que acentúa la brecha entre la regulación de la pensión en los supuestos de vínculo matrimonial y en los supuestos de uniones de hecho: mientras el requisito de los hijos comunes en las uniones matrimoniales, como se ha dicho en su función de eximir del requisito de duración mínima de un año de matrimonio en caso de fallecimiento por enfermedad común no sobrevinida con posterioridad al matrimonio, no se exige que tengan derecho a la pensión de orfandad, sí se exige dicho requisito en la valoración de la dependencia económica de las parejas de hecho. No cabe duda que ambas cuestiones no tienen nada que ver pues cumplen una función claramente diferente pero no deja de ser llamativo la inexigencia en un caso y la exigencia en otro dado, además, el resultado que produce en un caso y en otro. La supresión de la necesidad de que los hijos comunes tengan derecho a la pensión de orfandad como mecanismo alternativo a la duración de un año del matrimonio amplía los supuestos en los que cabe la pensión de viudedad en los casos de matrimonio y realmente reconduce el requisito al otorgamiento de un valor adicional a esa unión, cuestión bastante discutible que remonta a tiempos afortunadamente pasados en las que consideraciones de carácter religioso impregnaban la regulación del régimen matrimonial, si bien es verdad que, en general, la exigencia de que los hijos sean COMUNES unido a la poca duración exigible del matrimonio implica bien que los hijos tendrán derecho a la pensión de orfandad, bien que aunque no fuera así (por ejemplo, por haber superado el límite de edad establecido) que la relación aunque con anterioridad no estuviera investida de naturaleza matrimonial, cuenta con el refuerzo de su amplia duración. Por el contrario, la exigencia de que los hijos comunes tengan derecho a la pensión de orfandad como sistema para la medición en uno u otro sentido de la dependencia económica tiene un efecto reductor del ámbito subjetivo de aplicación de la medida, al configurarse la dependencia económica como requisito de acceso a la pensión en el supuesto de parejas de hecho.

Para el cómputo de los ingresos deberá tenerse en cuenta tanto los procedentes del rendimiento de trabajo y de capital como los de carácter patrimonial, y se hará en los mismos términos que se computan para el reconocimiento del complemento por mínimos.

A continuación, en este mismo epígrafe, se determina quienes constituyen pareja de hecho, y así, lo son: 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 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. En primer lugar, se quiere dejar patente que estamos ante una convivencia, de análoga afectividad a la conyugal, no ante uniones distintas en las que esté ausente la *affectio maritalis*; en segundo lugar, no deben tener impedimento para contraer matrimonio, por lo que debemos entender que se está haciendo alusión a los impedimentos recogidos en el Código Civil, concretamente, en los artículos 46 y 47, a los que ya hemos hecho referencia en otros apartados de este trabajo, pero que sustancialmente van referidos a aquellas circunstancias que concurren en ciertas personas y que les impiden contraer matrimonio, unos que afectan a la persona por su propia condición y otros que afectan al contrayente cuando quiere contraer matrimonio con determinada persona. Entre estos impedimentos se encuentra el impedimento del vínculo –art. 46 CC-, por lo que resulta innecesaria su reiteración ya que se vuelve a indicar expresamente que “no tengan vínculo matrimonial con otra persona”.

Pues bien, expuesto lo anterior, se señala la forma de acreditar dicha convivencia, pero antes de entrar en este aspecto, se especifica que la misma debe ser: estable y notoria, obsérvese que la conjunción es copulativa y no disyuntiva, no siendo suficiente con que sea “estable”, en el sentido de cierta permanencia en el tiempo, sino que además debe ser “notoria”, entendemos que en el sentido de pública y evidente; a lo que hay que añadir que debe existir con carácter inmediato al momento del fallecimiento, con lo que no se genera si ya no existe convivencia, y, además, requiere una duración, que no admite interrupciones, y que debe ser de al menos cinco años (recordamos que este tiempo supera con creces al supuesto de fallecimiento del causante cuando se deriva de enfermedad común en cuyo caso sólo se requiere haber celebrado el matrimonio dos años antes de la fecha del fallecimiento o tener hijos comunes en cuyo caso no será necesario ese tiempo). En cuanto a la acreditación se puede efectuar mediante la certificación de la inscripción en los Registros específicos en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia; o, en los supuestos de inexistencia de dicha inscripción, mediante documento público en el que conste la constitución de la pareja. Ahora bien, el legislador introduce una cautela más, tanto en uno como en otro caso, debe haberse efectuado con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento. Como ya se ha anticipado, no se ha modificado, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, y como así ha ocurrido respecto de las uniones matrimoniales, la exigencia de que el vínculo “no matrimonial” se hubiera formalizado con una antelación de dos años y por tanto, frente a la duración de un año que se exige de duración mínima al matrimonio para acceder a la pensión cuando el fallecimiento tiene origen en enfermedad común, en el caso de las uniones de hecho, y además cualquiera que sea la contingencia determinante del fallecimiento, esa “formalización” debe haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre recoge también, resultado de una enmienda presentada en el Senado, y referido a las Comunidades Autónomas con Derecho

Civil propio, la posibilidad de que la consideración de pareja de hecho y su acreditación se lleve a cabo conforme a lo que se establezca en su legislación específica.

En fin, superando lo anteriormente descrito se llega a ser beneficiario de la pensión de viudedad y, sin olvidar, que la misma se extingue cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho, en los términos que hemos señalado.

Sin embargo, el legislador en este supuesto no ha olvidado introducir una Disposición Adicional, concretamente, la 3ª, referente a la pensión de viudedad en supuestos especiales. De esta manera y con carácter excepcional, se reconocerá el derecho a la pensión de viudedad a quienes, por haberse producido el fallecimiento del conviviente con anterioridad a la modificación legal, no hubieran podido causar derecho a la pensión de viudedad. En lógica coherencia con su carácter excepcional establece un exclusivo plazo para la presentación de la solicitud: dentro de los 12 meses siguientes a la entrada en vigor de la ley; imponiendo seguidamente una serie de requisitos que se exigen para acceder a la misma: 1) que el causante reuniera los requisitos de alta y cotización previstos con carácter general; 2) Una convivencia ininterrumpida durante, al menos, los 15 años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante; 3) la existencia de hijos comunes; 4) que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social. Si se atiende a otras disposiciones establecidas con esta misma finalidad, concretamente, en comparación con la Disposición adicional 10ª Ley 30/1981, de 7 de julio, debemos señalar que mucho más restrictiva, tanto en cuanto al plazo de presentación de la solicitud, como en cuanto a los requisitos exigidos. La efectividad económica de este reconocimiento se cifra en el día 1-1-2007, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la norma, o lo que es lo mismo, se otorga efectos retroactivos, si bien limitados a 1-1-2007, a este supuesto excepcional.

De otro lado, y en relación con las reglas para el reparto de la pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio, se establece al respecto que, en estos casos el derecho a la pensión de viudedad corresponde a quien habiendo reunido los requisitos exigidos en el apartado primero del artículo 174, sea o haya sido cónyuge legítimo, pero, en este último caso, siempre que no haya contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos del apartado tercero de este artículo. A renglón seguido, se condiciona "en todo caso" el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente, a que siendo acreedoras de la pensión a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante.

Como ya ha quedado expuesto anteriormente, las reglas de distribución de la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio han dado lugar a una polémica doctrinal decantada finalmente por la tesis atributiva. La modificación actual pasa no sólo por no haber contraído nuevas nupcias o

formado pareja de hecho -en lógica consonancia con la introducción en la reforma de las parejas de hecho- sino también y fundamentalmente por ser, en todo caso, acreedor de la pensión compensatoria regulada en el art. 97 del CC, y que ésta quede extinguida a la muerte del causante. Resulta ser una de las reformas más lógicas en relación con esta pensión, dado que no dejaba de ser un contrasentido el que se concediera la pensión de viudedad a quien ya no tenía dependencia económica alguna del causante. Con esta reforma se vincula efectivamente a que tuviera fijada una pensión compensatoria y ésta se extinga con la muerte del causante, pensión compensatoria cuya finalidad no es otra que la de compensar el desequilibrio económico sufrido por el cónyuge que la solicita. Obsérvese que esta pensión compensatoria sólo procede en los casos de separación y divorcio, no en los de nulidad matrimonial, en este último cabe la posibilidad de indemnización señala en el art.98 CC. Asimismo, la reforma introducida establece la forma de distribución de la pensión de viudedad para el supuesto en que habiendo mediado divorcio, se produjera concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión. La distribución se produce de la siguiente manera: será proporcional al tiempo de convivencia con el causante, pero se garantiza en todo caso el 40%¹⁴¹ a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que sin ser cónyuge, conviviera con el causante al momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad.

No se regula el supuesto de ruptura de una pareja de hecho, pero lo cierto es que en estas uniones igualmente es posible que aquél que pase a una peor situación económica solicite al otro una indemnización pudiendo tener su apoyo jurídico en la aplicación analógica del art. 97CC, como así ha reconocido el propio Tribunal Supremo¹⁴².

141El texto inicial del Proyecto de Ley de Reforma de la Seguridad Social cifraba este porcentaje garantizado al cónyuge o conviviente "actual" en el 50%.

142 Así, la STS de 27 de marzo de 2001 (Sala de lo Civil) [RJ 2001, 4770], señala que: "Con todo no debe rechazarse como argumentación jurídica, fundante de la indemnización compensatoria, la aplicación analógica del Derecho. Ya la demandante había indicado, como razón de apoyo a su pretensión, la analogía del supuesto normativo con el contenido del artículo 97 del Código Civil (ruptura de la convivencia, desequilibrio económico en relación con la posición del otro, enriquecimiento de la situación anterior a la misma...). Se suele decir, sin demasiadas precisiones, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no reconoce la aplicación analógica a las uniones de hecho de las normas sobre el matrimonio y, esto es cierto, en tanto en cuanto afecta a reglas específicas del matrimonio, y muy especialmente, a la sociedad legal de gananciales. Como explica la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996, ya esta Sala «en sentencia de 22 de julio de 1993 (RJ 1993, 6274), proclamaba que las llamadas "uniones de hecho" o "more uxorio" constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente admitida por los Tribunales tanto de la jurisdicción ordinaria como "constitucional" (sentencias de 21 de octubre [RJ 1992, 8589] y 11 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 9733] y 18 de febrero de 1993 respecto de esta Sala y las de 11 de diciembre de 1992 [RTC 1992, 222], 18 de enero [RTC 1993, 6] y 8 de febrero de 1993 [RTC 1993, 47] del Tribunal Constitucional). La referida sentencia sentaba, como principios los siguientes: 1º.-Que las uniones matrimoniales y las uniones "more uxorio" no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992); 2º.-Que, como consecuencia de ello, no serán aplicables a esas uniones normas que sean específicamente establecidas para la regulación de las primeras, a menos que ello pudiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía. El juego de la analogía, radica en la similitud ("semejanza" según el artículo 4º del Código Civil) entre el

Para los supuestos de nulidad matrimonial, la reforma establece la pensión de viudedad condicionada a que al superviviente se le haya concedido la indemnización del artículo 98 del CC y no hubiere vuelto a contraer nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho. Ya no se exige para concederla al superviviente el que no cupiera la apreciación de mala fe, y ello, fundamentalmente porque esta exigencia está implícita en el artículo 98 CC al señalar que "El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo...", por lo tanto, resultaba innecesario hacer referencia a la "no apreciación de mala fe", o lo que es lo mismo, supuesto básico para reconocer esta indemnización es la buena fe del cónyuge que se estime con derecho a esta

supuesto que ante el órgano judicial -o intérprete- se presenta, carente de regulación legal, y aquel al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o "identidad de razón" cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del Derecho (sentencia de 12 de diciembre de 1980 [RJ 1980, 4747]). Por supuesto -añade la sentencia referida- «que debe rechazarse, como ya hizo la sentencia, parcialmente transcrita, la aplicación analógica de los regímenes económicos matrimoniales, puesto que la libertad que se autoconceden los convivientes al margen de formalidades matrimoniales, no puede paradójica y contradictoriamente tener parigual con vinculaciones societarias de carácter económico, a no ser que, en virtud de principio de la autonomía de la voluntad y dentro de sus límites, se constituyeran pactos válidos de esta naturaleza». Termina la sentencia, tras decir que «sí puede y debe tratarse el problema como una aplicación analógica de la disciplina matrimonial en cuanto algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación, y sobre todo investigando la "ratio" normativa a la convivencia "more uxorio"», haciendo aplicación analógica de la cuestión debatida de un precepto incardinado en el régimen matrimonial. Medítese, en relación con la analogía solicitada en este caso, sobre la compensación no sólo en el artículo 97 del Código Civil, y su razón, trasladable a situaciones equivalentes, sino, también, en el contenido del artículo 1438 del Código Civil, que respecto al régimen de separación de bienes, (que, desde luego a salvo pactos en contra, es el que rige, con carácter absoluto, para las uniones de hecho), dispone que «el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará». Empero, más allá de la simple «analogía legis» y extrayendo razones del entramado jurídico del Ordenamiento, según una operación de auténtica «analogía iuris», la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1272), colma las lagunas legales existentes en relación con las uniones de hecho, conforme al principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado, en el caso concreto sobre la prestación referida a la atribución del uso de la vivienda familiar, muebles y plaza de garaje, asignado a la vivienda. Explícita, en este sentido, que se trata de una situación, «de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley. Ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1-1 del Código Civil y matiza el apartado 4 del mismo artículo. En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia «more uxorio»; así, la de 20 de octubre de 1994 dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación y la de 16 de diciembre de 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (artículo 10, principio de dignidad de la persona, artículo 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código Civil (el propio artículo 96) y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (cuyo artículo 16-1-b, entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente), de las sentencias del Tribunal Constitucional (todas las citadas

indemnización, y hacemos hincapié en que lo que se reconoce el art. 98 CC es una indemnización y no una pensión¹⁴³.

En fin, debe tenerse en cuenta, que la actual modificación expresamente señala que “en todos los supuestos a los que se refiere el presente artículo, el derecho a la pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente. Precepto, que no contradice sino que entendemos que reafirma lo dispuesto por el propio Tribunal Constitucional en Sentencia 125/2003, de 19 de junio, a la que ya hemos hecho referencia, y en

anteriormente) y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado. Tal principio general, teniendo en cuenta las razones coincidentes que se aceptan en los preceptos ya señalados, se manifiesta, en cuanto al caso que se examina, en la necesidad jurídica de compensar económicamente al conviviente en peor situación económica, con causa en la ruptura de la convivencia, en la cuantía prudencial que atendidas las circunstancias el Juez señale, al menos para facilitar y ayudar el tránsito a la nueva situación de hecho creada. Todas las precedentes razones abonan lo ya dicho y justifican la decisión final”.

143 Al respecto la STS (Sala de lo Civil) de 10 de marzo de 1992 [RJ 1992, 2014], señala respecto de esta indemnización lo siguiente: “La indemnización que dicho art. 98 del Código Civil reconoce no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria que refiere el precepto 97 de aquel cuerpo legal, sino que más bien se trata de que en cierto sentido una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no ha ido consolidándose en los años de convivencia, hasta producir su desaparición. No trata el precepto de imponer sanciones, aunque en un principio así pueda entenderse por cargar al cónyuge de mala fe la indemnización, lo que representaría volver a reconsiderar sus conductas determinativas de la nulidad decretada, y, en su caso, los daños que pueda haber sufrido el otro consorte de buena fe, para cuya reparación queda abierta la vía del art. 1902 del Código Civil [S. 26-11-1985 (RJ 1985\5901)], sino que más bien la norma se proyecta a reducir distancias económicas sociales y derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial, polarizándose sobre los principios de autosuficiencia y neutralidad de costes, al faltar una adecuada institución estatal de previsión social autónoma, sobre todo para las mujeres carentes de actividades laborales, lo que la realidad de los tiempos parece cada vez demandar en forma urgente y necesaria de satisfacción de justicia social.

El art. 98 del Código Civil, por la remisión que efectúa el 97 precedente, impone para su aplicación la concurrencia de puntuales requisitos, que la sentencia combatida apreció se daban en el caso que se enjuicia. En este sentido se ha producido la nulidad de un matrimonio canónico y convivencia conyugal efectiva por más de veinte años.

La aludida remisión de normas ha de entenderse rectamente en el sentido de que dándose la situación prevista en dicho art. 98, el 97 sólo incide a efectos de cuantificar la indemnización postmatrimonial de procedencia.

Ahora bien, en todo caso la aplicación del art. 98, sobre el que gira todo el ataque casacional, exige que se haya cumplido la condición necesaria e ineludible para producir efectos civiles las sentencias de los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico, consistente en que las mismas han de ser previamente declaradas ajustadas al Derecho del Estado, es decir a nuestro ordenamiento jurídico, por los Tribunales Civiles correspondientes, conforme declara el art. 80 del Código Civil, en relación al Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3-1-1979, ratificado por Instrumento de 4-12-1979 (art. VI) y 117-5.º de la Constitución, que ha venido a modificar sustancialmente el sistema anterior, de plena jurisdicción de los Tribunales Eclesiásticos, conforme con el Concordato de 27-8-1953, 1515, 1617 y NDL 6504), a un sistema de control y ajuste de las resoluciones pronunciadas en la materia por la potestad jurisdiccional de la Iglesia Católica.

la que se disponía que vivir maritalmente con otra persona no es causa de extinción de la pensión de viudedad de cónyuge separado o divorciado al haberse declarado tal causa de extinción inconstitucional. Y, es que, en efecto, la actual normativa, recoge como causa de extinción de la pensión de viudedad, en todos los supuestos, no el vivir maritalmente sino el constituir una pareja de hecho en los términos que señala la norma.

La referencia que efectúa el citado art. 80 del Código Civil al 954 de la Ley Procesal Civil, se complementa con el procedimiento correspondiente que instauró la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981 de 7 julio, y que concluye con la decisión judicial en forma de auto, reconociendo o no eficacia en el orden civil a la correspondiente resolución o decisión eclesiástica [S. 24-9-1991 (RJ 1991\6277)].

Dicha homologación judicial-civil no se ha producido en el supuesto que se enjuicia, pues siendo facultad de los interesados llevarla a cabo, bien actuando conjuntamente o por separado, no consta se hubiera promovido al efecto, lo que conlleva a tenerse que apreciar la falta de presupuesto preciso tanto para entablar litigios, como para pronunciar cualquier resolución definidora de derecho sobre los efectos civiles del matrimonio declarado nulo.

En consecuencia el motivo ha de estimarse, en razón a infracción del contenido sustantivo del artículo argumentado -98 del Código Civil-, ya que no procede su aplicación por incumplimiento de su necesaria precedencia legal en cuanto al trámite de homologación hecho referencia, lo que ocasiona la desestimación de la demanda y confirmación de la sentencia de primera instancia, si bien en base a fundamentación jurídica distinta a la que contiene esta resolución.

No obstante lo analizado, también es necesario aportar a la cuestión los efectos de la concurrencia de la circunstancia de no haberse declarado en la sentencia canónica la mala fe de ninguno de los esposos, que estuvieron conformes en que se decretase la nulidad de su vinculación matrimonial, debiendo partirse de una situación de buena fe en ambos por aplicación de este principio que el Código Civil contempla genéricamente en su art. 7, en relación a la literalidad del precepto 79 de dicho Código, al presumir la buena fe como regla general.

En estos casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el alegado art. 98. Ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de las respectivas pretensiones, conforme al art. 1195 del Código Civil, pues el derecho indemnizatorio asiste al cónyuge cuya mala fe no resulte probada. En los casos de mala fe de ambos, tampoco ha de aplicarse el precepto 98, pues la indemnización carece de toda razón de ser y consistencia”.

Capítulo Cuarto

Determinación de la cuantía de las prestaciones de viudedad

1. Presentación y breve panorámica histórica del régimen jurídico de la pensión de viudedad. Normativa aplicable y las reformas operadas sobre la misma.

La cuantía de la pensión de viudedad, al igual que el resto de pensiones contributivas del sistema español de Seguridad Social, se determina aplicando a una base reguladora -que se forma tomando en consideración un periodo determinado de las cotizaciones acreditadas por el trabajador- unos determinados porcentajes. Hay que señalar con carácter preliminar que la pensión de viudedad ha sufrido en los últimos años (1997-2007) diversas modificaciones que si bien no han abordado o incidido en la configuración de la propia institución y su finalidad, se han centrado especialmente en el aspecto relativo a la determinación de su cuantía al ser su baja cuantía objeto de importantes críticas doctrinales y sociales, si bien tampoco hay que descartar la influencia que en estas reformas han tenido diversos intereses electoralistas que han venido a confundir aún mas si cabía la naturaleza jurídica de una prestación pensada para una determinada realidad sociológica afortunadamente ya muy lejana.

Efectivamente, y con independencia de lo que posteriormente se señalará, la pensión de viudedad se salvó de todas las reformas operadas en el sistema de Seguridad Social que se inician a partir de mitad de la década de los años 80 basadas en diversos problemas financieros -no obstante el importante colectivo beneficiario y la cada vez mayor duración temporal de estas pensiones dada la prolongación de la esperanza de vida- y, curiosamente dados tales problemas financieros, las reformas que se emprenden a finales de la década de los 90 y, fundamentalmente, en los primeros años de los años 2000 se mueven en sentido contrario, flexibilizando los requisitos de acceso, modificando los porcentajes aplicables para la determinación de su cuantía así como flexibilizando su régimen jurídico tanto en lo referente a su mantenimiento en los supuestos de nuevas nupcias como respecto de la compatibilidad con otras prestaciones vigentes transitoriamente -el SOVI-. Todas ellas han sido reformas puntuales pero ninguna de ellas ha llevado a cabo una reforma de conjunto que, desde un replanteamiento de la finalidad de la prestación, por un lado, limitara su ámbito de protección a las situaciones de necesidad y por otro lado, mejorara de verdad la escasa cuantía de las prestaciones que en aquellos casos en los que

efectivamente el fallecimiento del causante privaba al cónyuge de los medios de los que dependía económicamente.

Con anterioridad a las reformas de carácter legal, resulta fundamental recordar la importante y trascendental generalización de la protección que se opera consecuencia de las Sentencias del Tribunal Constitucional que declararon la inconstitucionalidad (sobrevvenida) por discriminatorio del epígrafe 2 del art. 160 LGSS/74 entonces vigente en la parte que exige requisitos adicionales al varón para ser pensionista de viudedad¹⁴⁴. Efectivamente, en el momento de promulgación de la Constitución la regulación entonces vigente -Ley General de Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo- exigía requisitos adicionales al varón para ser beneficiario de las prestaciones de viudedad -concretamente, la incapacidad y su dependencia económica respecto de su esposa- requisitos que no exigía en ningún caso a la mujer, en el entendimiento tácito del legislador de que en la mujer, al limitar su actividad al desempeño del rol de esposa y madre, concurrían las citadas notas. La promulgación el año 1978 de la Constitución en la que se inserta el fundamental derecho de igualdad y no discriminación (art. 14) supuso la inconstitucionalidad sobrevvenida de dicha regulación lo que llevó al planteamiento de sendas cuestiones de inconstitucionalidad que, como no podía ser de otro modo, fueron admitidas por el Tribunal Constitucional¹⁴⁵. Lógicamente, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional -que no hay que olvidar que no es un legislador (todo lo mas, un "legislador negativo")-, se limitó a declarar la inconstitucionalidad por discriminatoria del último inciso del entonces 160 LGSS/74 lo que implicó la generalización -con el consiguiente incremento de la carga financiera del sistema- de la prestación de viudedad sin que el legislador afrontara una reforma positiva que, al hilo de los cambios operados en la sociedad, recondujera la prestación -exigiendo la dependencia económica del cónyuge, con independencia del sexo del beneficiario. Como ya se ha señalado, aunque han sido abundantes las modificaciones operadas sobre la pensión de viudedad todas ellas se pueden caracterizar de "favorables" al haber ido dirigidas a flexibilizar determinados requisitos de su por otro lado bastante flexible estatuto jurídico si bien el legislador ha sido siempre consciente de la necesidad de reformas profundas de la misma.

La promulgación del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, determinó como no podía ser de otro modo dadas las limitaciones inherentes al carácter de Real Decreto Legislativo (art. 86 CE)- la refundición de las normas vigentes en un texto único y depurado que recogía las dos únicas novedades normativas operadas desde la conformación del régimen jurídico de la pensión de viudedad hasta entonces vigente: en primer lugar, la ya señalada supresión del art. 160.2

144 Art. 160.2 LGSS/1974: "2. El viudo tendrá derecho a pensión únicamente en el caso de que, además de concurrir los requisitos señalados en los apartados a) y b) del número anterior, se encontrase al tiempo de fallecer su esposa incapacitado para el trabajo y a su cargo".

145 STC 103/1984, de 22 de noviembre, con voto particular en contra y STC 104/1983, de 23 de noviembre (ambas BOE de 14-12-1983).

LGSS que pasó en la nueva numeración a quedar numerado como el art. 174 LGSS/1994 y en segundo lugar, la integración en el propio texto de la norma de seguridad social del epígrafe 3 de la D.A.10ª de la Ley de 7 de julio de 1981, de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio la cual atribuía el derecho a la pensión de viudedad a quien fuera o hubiera sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio, así como de su epígrafe 5 que declaraba la extinción de los derechos recogidos en el art. 174.2 LGSS en los supuestos del art. 101 Cc. No recogió la LGSS/1994 dado el largo tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley de 7 de julio de 1981 la posibilidad de causar pensión de viudedad a favor de quien, pese a haber estado unido por una relación *more uxorio*, no hubiera contraído matrimonio pues tal posibilidad se contemplaba en la citada D.A.10ª únicamente para el supuesto de que dichos convivientes no hubieran podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación entonces vigente -es decir, por no haber podido romper el vínculo matrimonial previo de alguno de los convivientes-, condicionamiento que en 1994 ya era imposible.

Este cuerpo normativo de naturaleza legal se completa en su regulación por la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecían las normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia en el Régimen General, dictado en desarrollo de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 y los arts. 4 y 7 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, por la que se desarrolló la Ley 24/1972, de 21 de junio, norma esta última que fue objeto de refundición conjuntamente con la Ley de Seguridad Social de 1966 por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, General de Seguridad Social. Por su parte, el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, contenía el Reglamento General de prestaciones económicas de Seguridad Social, también dictado en desarrollo de la Ley de Seguridad Social de 1966.

En definitiva, tras la promulgación de la LGSS/1994, la pensión de viudedad se encuentra regulada en cuatro normas que son las que van a ser objeto de las modificaciones que se señalarán a continuación: la propia LGSS/1994 y con rango reglamentario, el Reglamento General de Prestaciones (arts. 31 a 35), el Decreto 1646/1972 de 23 de junio (arts. 4 y 7) y la Orden de 13 de febrero de 1967, de desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia. Este mismo cuerpo legal es el que, con las modificaciones operadas y que se señalan a continuación, recogen el actual régimen jurídico de la prestación de viudedad. Por tanto, desde el punto de vista de "técnica legislativa" hay que criticar ya de inicio la ausencia de un nuevo texto reglamentario que unifique el régimen jurídico de la prestación -o en su caso, de las prestaciones de muerte y supervivencia- y la derogación de los desfasados reglamentos dictados en desarrollo de las ya derogadas normas legales de Seguridad Social. Cabe señalar también como característica peculiar de esta prestación la habitual referencia en distintas normas de reforma del sistema de Seguridad Social a la necesaria reforma de la pensión de viudedad que, sin embargo, se declara siempre pospuesta. Importante también en la caracterización de todo este proceso reformista es su origen consensuado entre los agentes sociales: desde la firma

del Pacto de Toledo el año 1995¹⁴⁶ no ha habido reforma de Seguridad Social que no haya contado con un previo acuerdo social que diera legitimidad a las importantes reformas legislativas abordadas. Sin embargo, las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley parecen indicar una falta de conformidad de los distintos partidos políticos fundamentalmente en la definición de la situación de necesidad protegida.

1) La primera modificación normativa importante en el cuerpo normativo posterior a la promulgación de la LGSS/94 fue la operada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social que pese a que modificó en sentido restrictivo las pensiones de incapacidad permanente y jubilación, dando tratamiento normativo al Pacto de Toledo suscrito entre las fuerzas parlamentarias "para hacer viable financieramente el actual modelo (...) con el propósito de que los incrementos del gasto se armonicen con los incrementos de la economía y los beneficios se atribuyan con mayores cotas de racionalidad y contributividad", sin embargo respecto de la pensión de viudedad dispuso que "queda[ba] pendiente las reformas (...) de algunas de las prestaciones como las de muerte y supervivencia (...) deberán abordarse dentro de las posibilidades financieras del sistema, a la mayor brevedad posible". No obstante, se añadió una nueva D.A.7ª a la LGSS por la que se establecía una futura equiparación, en el plazo de 3 años a contar desde la entrada en vigor de la Ley 24/1997, de las pensiones mínimas de viudedad para beneficiarios menores de 60 años cuando no se alcance un determinado nivel de rentas y existan cargas familiares, cuestión que fue desarrollada, como luego se señalará, por el art. 8 RD 1646/1997, de 31 de octubre, de desarrollo de aquélla el cual fue posteriormente modificado por el Real Decreto 3475/2000, de 29 de diciembre a fin de realizar una nueva definición de las cargas familiares.

2) De mayor importancia fue la reforma operada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, que acogiendo la misma solución que ya la Ley 31/1985, de 31 de julio de Reforma de las Pensiones aplicó a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente en los grados de absoluta y gran invalidez, permitió el acceso el acceso a las prestaciones de muerte y supervivencia (salvo el auxilio por defunción) desde la situación de no alta o asimilada recogiendo así la "interpretación jurisprudencial humanizadora" que también respecto de la pensión de viudedad¹⁴⁷ venía manteniendo desde antiguo la jurisprudencia, si

146 Resolución de 6 de abril de 1995, del Congreso de los Diputados por el que se aprueba el Pacto de Toledo; Acuerdo de 9 de abril de 2001, para la Mejora y el Desarrollo del sistema de Protección Social; Resolución de 2 de octubre de 2003, del Congreso de los Diputados, por el que se aprueba la renovación del Pacto de Toledo; Acuerdo de 13 de julio de 2006, sobre Medidas en materia de Seguridad Social. A los anteriores se pueden añadir otros acuerdos específicos relativos a aspectos singulares como la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Agrario en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, entre otros.

147 Vid. un ejemplo concreto y con expresa referencia al recién aprobado -en ese momento- modificación por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre en STSJ Madrid de 14-7-1998 (AS 1998, 2920). Vid. sin referencia a la modificación operada con la Ley 66/1997, la STSJ Cataluña de

bien exigiendo un periodo de carencia de 22 años frente a los 15 exigidos en aquella -y los 500 días dentro de los 5 años anteriores exigidos para la viudedad derivada de enfermedad común cuando el trabajador se encuentra en alta o situación asimilada- periodo que fue reducido a 15 años por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 1999. La Ley 66/1997 también tuvo la virtualidad de mejorar técnicamente los criterios para el reparto de la pensión de viudedad en los supuestos de separación o divorcio como ya se ha dicho introducidos por la D.A.10ª Ley de 7 de julio de 1981.

3) La ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social recoge parcialmente las medidas previstas en el Acuerdo de Reforma de Pensiones de 9 de abril de 2001 firmado entre el Gobierno, la patronal y el sindicato CC.OO. Dicho Acuerdo preveía dos medidas: en primer lugar, el incremento general y progresivo del porcentaje aplicable para la determinación de la cuantía de la pensión de viudedad que debía pasar gradualmente del tradicional 45% al 52% previendo un porcentaje del 70% en el supuesto de pensionistas de viudedad con cargas familiares cuando la pensión de viudedad constituyera la única o principal fuente de ingresos; en segundo lugar, la posibilidad de que la pensión de viudedad no se extinga cuando su titular contraiga nuevas nupcias cuando se tratara de personas mayores o incapacitadas, la pensión de viudedad constituyera su principal fuente de ingresos y se trate de personas con menores niveles de renta.

La Ley 24/2001 de 27 de diciembre sólo recoge esta última medida modificando la redacción del art. 174.3 LGSS añadiendo a renglón seguido de que los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del art. 101 Cc, sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio. En desarrollo de esta previsión, así como de las previsiones anteriores del Acuerdo de Pensiones de 2001, el RD 1465/2001, de 27 de diciembre, modificó el Reglamento General de Prestaciones (art. 31) elevando el porcentaje general al 46% y estableciendo la posibilidad de un porcentaje especial. Igualmente se modifica el régimen extintivo previsto en el Reglamento General de Prestaciones permitiendo que en determinados casos se mantenga el derecho a la pensión aunque se contraigan nuevas nupcias.

El RD 1425/2002, de 27 de diciembre, de Revalorización de Pensiones para el ejercicio 2003 continúa el proceso gradual de incremento del porcentaje general aplicable para la determinación de la cuantía de la pensión que pasa a quedar cifrado, nuevamente a través de la modificación del Reglamento General de Prestaciones, en el 48%.

4) La Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social modificó el art. 174 LGSS explicitando los términos en los que había que acreditarse el periodo de carencia exigido para acceder a la

pensión de viudedad desde la situación de alta o asimilada, tanto con carácter general como cuando se una situación de alta o asimilada sin obligación de cotizar, pues con anterioridad el precepto legal se remitía a lo dispuesto reglamentariamente. La Ley 52/2003 no modificó la carencia exigida -que estaba cifrada en 500 días dentro de los cinco años anteriores¹⁴⁸- sino que vino a precisar que el periodo de referencia debía entenderse a contar desde el momento del hecho causante o, en el caso de que se accediera desde una situación de alta o asimilada sin obligación de cotizar, en los años anteriores a la fecha en que cesó dicha obligación de cotizar. Se acogió así legislativamente y también respecto de la pensión de viudedad la doctrina jurisprudencial -construida al hilo de otras prestaciones, especialmente la incapacidad permanente y la jubilación- denominada "Teoría del Paréntesis" si bien limitada únicamente al cómputo del periodo de carencia y con exclusión, en lo que a la incapacidad permanente se refiere y a la jubilación -nunca se aplicó a la pensión de viudedad-, de su aplicación para el cálculo de la base reguladora¹⁴⁹.

La Ley 52/2003 también precisó la incompatibilidad de la pensión de viudedad cuando se accede desde una situación de no alta o asimilada con el reconocimiento de otra pensión de viudedad en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social salvo que la cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpusieran durante, al menos, quince años.

5) El RD 1795/2003, de 26 de diciembre, de Mejora de las pensiones de viudedad constituye, por un lado, el final del camino en el incremento del porcentaje aplicable para la determinación de la cuantía de la pensión de viudedad que queda cifrado en el actual -y previsto como máximo general por el Acuerdo de Pensiones de 2001 antes referido- 52% lo que exige la nueva modificación del Reglamento General de Prestaciones.

De singular importancia es también la modificación que opera sobre el RD 1646/1972, de 23 de junio de desarrollo de la Ley 24/1972, de 21 de junio, incrementando el periodo de referencia en el que debe estar comprendido el periodo de 24 mensualidades que conforman la base reguladora, periodo de referencia que pasa de ser los 7 años anteriores a la fecha en que se origine el derecho a la pensión a los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante. La justificación de esta ampliación se relaciona con el objetivo de que exista una mayor proporcionalidad entre las cotizaciones efectuadas por el fallecido y la cuantía de las pensiones generadas a favor del cónyuge superviviente.

6) Con origen en una proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario

148 Art. 7 Orden de 13-2-1967 por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social.

149 Vid. in extenso, VICENTE PALACIO, A.V., "Base reguladora de la Incapacidad Permanente" en AA.VV (Dir. García Ninet/Monereo Pérez) "Comentario sistemático a la legislación de pensiones", Granada (Comares), 2004.

Catalán, la Ley 9/2005, de 6 de junio modificó la D.T.7ª LGSS permitiendo compatibilizar la pensión de viudedad con la pensión del extinto Seguro de Vejez e Invalidez. Como es sabido, la D.T.7ª LGSS con origen en la Ley de Seguridad Social de 1966 consagró el derecho a causar derecho a las prestaciones derivadas de dicho Seguro, antecedente del Sistema de Seguridad Social que la Ley de 21 de abril de 1966 vino a instaurar pero declaraba la absoluta incompatibilidad de dichas prestaciones con cualesquiera otra prestaciones causadas en el sistema de Seguridad Social en el entendimiento de que se trataba de asegurar el derecho a las prestaciones del SOVI únicamente a quien no generara derecho a pensión en el nuevo sistema de Seguridad Social que se venía a instaurar. Este régimen, razonable desde la perspectiva de la sucesión temporal de normas, tuvo como negativa consecuencia que, en muchos casos el cónyuge superviviente -beneficiario por derecho propio a pensión del SOVI- quedaba en muy mala situación económica en el momento del fallecimiento de su cónyuge al perder los ingresos que este pudiera percibir pérdida que no quedaba compensada por la pensión de viudedad que resultaba incompatible con la que percibía por derecho propio del SOVI. Dada la escasa cuantía de estas pensiones residuales así como en muchos casos la escasa cuantía de las pensiones de viudedad la Ley 9/2005 excluyó de ese régimen estricto de incompatibilidad del SOVI las pensiones de viudedad, con carácter retroactivo, si bien estableciendo un límite cuantitativo: la suma de ambas no puede ser superior al doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 o más años que esté establecido en ese momento

6) Aunque no relacionado directamente con el ordenamiento de la Seguridad Social, no cabe duda que la modificación operada por la Ley 13/2005 de 1 de julio de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio reconociendo el derecho a contraer matrimonio con independencia del sexo de los contrayentes tiene un efecto directo en materia de pensiones de viudedad pues determina que un colectivo importante -excluido hasta ahora de las pensiones de viudedad al no reconocerse las mismas a los integrantes de las uniones de hecho- puedan tener derecho a la pensión de viudedad.

Ninguna de las normas anteriores pretendió abordar una reforma en profundidad que abordara desde una perspectiva unitaria y coherente con las reformas efectuadas sobre el resto de las prestaciones la modificación de la pensión de viudedad que, por un lado, abordara los grandes cambios operados en la sociedad española desde la promulgación de la Constitución y por otro, diera adecuada respuesta a la, en muchos casos, escasa cuantía de estas prestaciones configurando claras situaciones de *infraprotección* que, por otro lado, y paradójicamente convivían con situaciones de clara *sobrepotección*, al contar esta pensión -de carácter vitalicio- con un régimen de compatibilidad muy benévolo predicada tanto de las rentas del trabajo del cónyuge superviviente como con su propia condición de pensionista del sistema¹⁵⁰. Hay que esperar a la Ley

150 Con la única pensión que no resultaba compatible la pensión de viudedad era con la pensión SOVI. La Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del SOVI con las pensiones de viudedad del Sistema de Seguridad Social modificó la D.T.7ª LGSS exceptuando

30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 para que, en una función "publicitaria" un tanto peculiar en una Ley de Presupuestos Generales del Estado se anuncie una futura reforma a través de la presentación de un Proyecto de Ley, previa concertación social con los agentes sociales -característica ésta presente en prácticamente todas las últimas reformas del sistema de seguridad social- que *"dentro de un contexto de reformulación global de la pensión de viudedad, dirigido a que la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante y posibilite, igualmente, el acceso a la cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes, en el momento del fallecimiento del causante.*

El Acuerdo para la Reforma de las Pensiones firmado el 13 de julio de 2006 entre el Gobierno y los agentes sociales prevé un amplio elenco de futuras modificaciones sobre la pensión de viudedad que abarcan un amplio espectro de su régimen jurídico y siempre con la finalidad, por un lado, de adecuar la acción protectora a las nuevas realidades sociales y por otro, de mejorar la situación de las familias que dependan de las rentas del fallecido. Estas medidas son las que recoge el Proyecto de Ley de Reforma de la Seguridad Social en fase de tramitación parlamentaria pero hay que anticipar ya que se trata de una primera acometida sobre esta pensión. El Acuerdo anuncia también una futura reforma global de la prestación si bien limitada a los nacidos con posterioridad a 1-1-1967 -como se recordará, fecha de entrada en vigor del actual sistema de Seguridad Social- aunque ello no obsta la implementación de otras medidas que pudieran afectar también al colectivo nacido con anterioridad a dicha fecha. Como ya se ha señalado, en este sentido parece que debe interpretarse la D.A.25ª Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Reforma de la Seguridad Social¹⁵¹ que prevé la elaboración de un estudio por el Gobierno que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad, sin que en este caso dicha reforma se restrinja a los nacidos con posterioridad a 1-1-1967.

2. Las prestaciones en materia de viudedad: determinación de su cuantía.

El art. 171 LGSS establece que, en caso de muerte, cualquiera que sea su causa, se otorgarán, según los supuestos, alguna o algunas de las prestaciones siguientes, enumerando en su letra b) Una pensión vitalicia de viudedad si bien en ninguno de los preceptos del Capítulo VIII dedicado a Muerte y Supervivencia

las pensiones de viudedad del estricto régimen de incompatibilidad hasta entonces previsto si bien en caso de concurrencia de pensión de viudedad y del SOVI se establece como límite que la suma de ambas no podrá ser superior al doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 o más años vigente en cada momento disponiendo, para el supuesto de superación del mencionado límite, la minoración de la cuantía de la pensión SOVI en el importe necesario para no exceder del límite indicado.

¹⁵¹Aparece como nueva en el Dictamen de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso (BOCG de 11 de julio de 2007, nº 126-15)

hay referencia alguna a la forma de determinar la cuantía de la pensión, ni siquiera como sería lo normal en el art. 174 LGSS, dedicado a la pensión de viudedad. Únicamente el art. 179 LGSS, en su epígrafe 4, establece una norma referida a la cuantía de la pensión, cuando establece como límite conjunto de las pensiones de viudedad y orfandad el importe de la base reguladora que corresponda. Es necesario descender al nivel reglamentario para encontrar las previsiones referentes a la determinación de la cuantía de la prestación, previsiones que se encuentran, además, repartidas en dos normas diferentes: por un lado, en el art. 31 del D. 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, modificado por el Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre así como por el RD 1465/2001, de 27 de diciembre, norma que establece los porcentajes aplicables a la correspondiente base reguladora; por otro lado, los arts 8 y 9 de la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del régimen general de la seguridad social, que regulan respectivamente, el porcentaje aplicable para la determinación de la cuantía de la pensión de viudedad -si bien este precepto resulta en la actualidad inoperativo por aplicación de los previstos en el RD 3158/1966-y las normas para el cálculo de la base reguladora en los distintos supuestos que pueden producirse.

Cuando el fallecimiento del causante es debido a accidente de trabajo o enfermedad, además, el art. 171 LGSS prevé una indemnización a tanto alzado cuya cuantía se determina conforme a lo previsto por el art. 35 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre.

2.1. Pensión de viudedad

2.1.1 Forma de determinación de la base reguladora

De la normativa aplicable se desprende que existen varios sistemas para la determinación de la base reguladora de las pensiones de viudedad atendiendo a la clásica diferenciación entre riesgos comunes y profesionales a lo que se añade la posibilidad de que el causante fuera ya pensionista de jubilación o invalidez o inválido provisional o perceptor del subsidio de espera. Hay que tener en cuenta que algunos aspectos de esta normativa deben ser integrados o interpretados conforme a las modificaciones que sobre la materia se han operado desde el año 1967 y fundamentalmente con las modificaciones antes señaladas operadas en los últimos 10 años: en este sentido, mas que a la Orden de 13 de febrero de 1967, hay que atender al D. 1646/1972, de 23 de junio con las modificaciones que sobre el mismo se han llevado a cabo por el D. 1795/2003, de 26 de diciembre. A lo anterior se añade las Instrucciones que, en aplicación e interpretación de la distinta normativa, ha dictado el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

a) Regla general: determinación de la base reguladora cuando el trabajador fuese trabajador en activo y tanto se hallase en alta o situación asimilada como no se hallase en alta o situación asimilada y el fallecimiento fuese debido contingencias comunes.

Efectivamente, esta necesidad de integración e interpretación concurre ya en primer lugar, con la propia definición o enunciación que el art. 9.1.a) de la Orden de 13-2-1967 hace del primer supuesto para la determinación de la base reguladora, predicado de los trabajadores en activo o en situación de alta o asimilada al alta y a *sensu contrario* también por el art. 7 D. 1646/1972, de 23 de junio. La referencia a los trabajadores en activo encuentra su razón de ser en su contraposición con el siguiente supuesto predicado de los causantes pensionistas y la referencia a que el trabajador se encuentre en alta o asimilada se debe, como se ha señalado, a que hasta la reforma operada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, era requisito imprescindible para causar derecho a prestaciones de muerte y supervivencia que el trabajador estuviera en alta o situación asimilada al alta. No obstante, en los supuestos en que el fallecimiento tuviera lugar por accidente no laboral la norma aplicable presenta alguna singularidad en algún aspecto, como así se recoge en la Circular 4/2003, de 8 de septiembre tal y como se señalará con posterioridad.

La base reguladora se cifra en el cociente que resulte de dividir por 28¹⁵² la suma de las bases de cotización del interesado durante un periodo ininterrumpido de veinticuatro meses, elegidos por los beneficiarios dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante (art. 7 D. 1646/1972, de 23 de junio, en su redacción dada por el RD 1795/2003, de 26 de diciembre) aún cuando dentro del mismo existan lapsos en los que no haya habido obligación de cotizar. Se excluye así expresamente la posibilidad de integración de lagunas de forma que una vez seleccionado por el beneficiario del periodo de bases de cotización referido, si alguno de dichos meses carece de cotización computable, no se integra con la base mínima de cotización para mayores de 18 años, mecanismo de integración que sí opera, introducido por la Ley 26/1985, de 31 de julio para la determinación de la base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente derivadas de contingencias comunes (en este último caso, salvo las derivadas de accidente no laboral).

En los casos en los que el causante se encuentra en situación de alta o asimilada sin obligación de cotizar, o en aún estando en alta o situación asimilada con obligación de cotizar, acreditará un periodo de cotización inferior a 24 meses consecutivos dentro del periodo de referencia, la Circular 4/2003 disponía que el cómputo de ese periodo de referencia se computara a partir de la fecha en que se causara el derecho a la pensión o, en su caso, a partir del momento en que

152 La relación entre dividendo y divisor es siempre la misma en todos los supuestos de cálculo de base reguladora por contingencias comunes: el dividendo refleja la suma de mensualidades que se toman como referencia y el divisor ese mismo periodo pero integrando las pagas extraordinarias.

cesó la obligación de cotizar. Es decir, declara la posible aplicación de la doctrina del paréntesis para la determinación de la base reguladora de las pensiones de viudedad. Se trata de una previsión que, pese a la modificación del mencionado periodo de referencia de 7 a 15 años (RD 1795/2003) no parece que haya que entender decaída si bien posiblemente tenga una menor operatividad pues resultará menos probable que en un periodo de tiempo mas amplio el trabajador no acredite ese periodo de cotización de 24 meses ininterrumpidos sobre el que se calcula la base reguladora. No obstante, y por lo que se refiere exclusivamente para las prestaciones de viudedad derivadas de accidente no laboral cuando el trabajador se encuentra en alta o situación asimilada al alta sin obligación de cotizar o estando en alta con obligación de cotizar, acredite un periodo de cotización inferior a veinticuatro meses consecutivos dentro de los 7 (habrá que entender, 15) años anteriores a la fecha en que se cause derecho a pensión (si ese periodo de cotización estuviese por otro de alta o asimilada sin obligación de cotizar), la base reguladora se determinará de acuerdo con la fórmula mas favorable entre (instrucción 14.3 que remite a la instrucción 10.3 Circular 4/2003):

1) La norma general prevista en el art. 7 Decreto 1646/1972, de 23 de junio, es decir, el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un periodo ininterrumpido de 24 meses, elegido por el mismo dentro de los 7 años anteriores a la fecha en que se hubiera extinguido la obligación de cotizar. En tal caso, una vez determinada la pensión se aplicarán las revalorizaciones que procedan desde el momento de cese de la obligación de cotizar hasta la fecha del hecho causante, siempre que se haya tomado alguna base de cotización que se aleje mas de 7 años del hecho causante.

2) El resultado de dividir por 28 la suma de los importes correspondientes a la base mínima de cotización de trabajadores mayores de 18 años de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores a aquel en que se cause derecho a pensión.

Una vez determinada la pensión mediante la regla señalada, se aplicarán las revalorizaciones que procedan, siempre que para la determinación de la base reguladora se haya tomado alguna base de cotización que se aleje mas de siete años del hecho causante (instrucción 14.5 Circular 4/2003). Si seguimos el criterio interpretativo hasta ahora mantenido y sustituimos automáticamente los 7 años por los 15 ahora previstos como periodo de referencia, habría que entender que dicha revalorización sólo procederá cuando se tomen bases de cotización de tiempo mas alejado de esos quince años del periodo de referencia, lo que implica un coste muy elevado para el beneficiario que ve incrementado en tales supuestos el gravamen que supone soportar el coste de la inflación de un periodo de 15 años, frente a los 7 años anteriores.

La redacción originaria de este precepto como se ha señalado -así como la Orden de 13-2-1967- limitaba y limita, respectivamente, el periodo de referencia para la elección a los siete años inmediatamente anteriores al hecho causante procediendo del RD 1795/2003 de 26 de diciembre, de Mejora de las Pensiones

de Viudedad la ampliación de 7 a 15 años con la "finalidad de que exista una mayor proporcionalidad y contribución entre las cotizaciones efectuadas por el fallecido y las cuantía de las pensiones generadas (...)". Como se recordará, esta base reguladora -limitando la elección a los 7 años y precisándose que era incluso aunque existieran en dicho periodo "lapsos en los que no hubiera obligación de cotizar" era la general prevista por el RD 1646/1972 para todas las contingencias¹⁵³ antes de que la Ley 26/1985, de 31 de julio la modificara por única vez para la Incapacidad Permanente y por primera vez para la jubilación -hasta que la Ley 24/1997, de 15 de julio volvió a modificar tal módulo para esta última- y por tanto implica una base reguladora que toma en consideración un periodo de tiempo muy corto -2 años- y muy cercano a la fecha del hecho causante y por tanto, para el trabajador en activo resulta bastante beneficiosa, en comparación con las bases reguladoras de las otras prestaciones señaladas en las que el mayor tiempo computado para su cálculo no se ve compensado desde luego, por el mecanismo de la revalorización.

Por lo demás, esta modificación normativa hace decaer cierta doctrina judicial¹⁵⁴ relativa a la aplicabilidad de la doctrina del paréntesis también para el cálculo de la base reguladora cuando se había aplicado esta misma doctrina para el cómputo del periodo de carencia, doctrina sí aplicable en todo caso, como se ha señalado con anterioridad para el cómputo del periodo de carencia cuando se accede a la prestación desde una situación de alta o asimilada al alta sin obligación de cotizar (art. 174.1 párrafo segundo LGSS). La ampliación a 15 años, además, permite, para aquellos supuestos en los que se accede desde una situación de no alta o asimilada en la que el periodo de carencia mínima es de 15 años conceder un mayor margen para que existan cotizaciones reales que computar en la elección de esos 24 meses. Como se ha dicho, no se aplica la integración de lagunas con la base mínima de cotización para mayores de 18 años pues el art. 9 de la O. 13-2-1967 se refiere expresamente a la posibilidad de que existan lapsos en los que no haya habido obligación de cotizar en el periodo elegido y ninguna norma posterior dispone la integración predicada de las prestaciones de muerte y supervivencia¹⁵⁵. No obstante, y como se ha

153 Si bien la Disposición Transitoria Primera del RD 1646/1972, de 23 de junio previó que a efectos del cálculo de la Base Reguladora de las pensiones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se mantendría la vigencia de las normas aplicables en 30 de junio de 1972, en tanto se aprobara el consiguiente Reglamento General lo que significó, en definitiva, el mantenimiento de la vigencia del Decreto de 22 de junio de 1956 para los accidentes de trabajo y la Orden de 9-5-1962 para la enfermedad profesional. Sobre la vigencia de esta última vid. STSJ Galicia de 26-3-2001 (AS 2001, 225).

154 STSJ País Vasco de 2-11-2005 (AS 2005, 2702) para la que en aquellos casos en los que se hubiera aplicado la teoría del paréntesis para estimar cumplido el requisito de cotización mínima, el período de referencia para elegir los veinticuatro meses consecutivos cuyas cotizaciones determinan la base reguladora de la pensión de viudedad debía quedar delimitado por el que hubiera servido para comprobar si se cumplía el período carencial y dos años más en base a las extensas argumentaciones de corte histórico-finalísticas que allí se realizan.

155 STSJ Extremadura de 6-2-2003 (AS 2003, 2115), STSJ Madrid de 5-6-2001 (AS 2001, 2935), STSJ Castilla y León/Valladolid de 7-2-2000 (AS 2000, 1506), STSJ Castilla-La Mancha de 15-10-1999 (AS 1999, 6546); STSJ Castilla La Mancha de 15-10-1999 (AS 1999, 6546) En sentido contrario, entre otras, vid. STSJ Andalucía/Sevilla de 11-4-2002 (AS 2002, 4081).

señalado, el INSS sí permite, en el supuesto señalado de que el fallecimiento fuera debido a accidente no laboral y dando las circunstancias antes señaladas, la posibilidad de dicha integración permitiendo al beneficiario ese derecho de opción.

Por otro lado, y dado que el párrafo tercero del art. 174.1 LGSS no prevé norma especial para la determinación de la base reguladora cuando se accede a la pensión de viudedad cuando el causante no se encontraba en alta o asimilada -no así para la carencia que, como es sabido, se cifra en 15 años frente a los 500 días dentro de los 5 años anteriores al hecho causante que se exigen cuando el trabajador se encuentra en alta o asimilada y la causa del fallecimiento es una enfermedad común- es a la normativa reglamentaria general a la que hay que acudir también para la fijación de las normas para la determinación de la base reguladora de estas prestaciones que no presentan así especialidad alguna con respecto al acceso desde la situación de alta o asimilada. No obstante, cuando el causante no se encuentra en alta o asimilada en el momento del fallecimiento puede ocurrir que no acredite ninguna cotización en el periodo señalado. En tal caso, el periodo de los 7 años (habrá que entender ahora 15 años) dentro del cual deben estar comprendidas las veinticuatro mensualidades ininterrumpidas de cotización se computará a partir de la fecha en que cesó la obligación de cotizar si bien en este caso se descarta expresamente por la Administración la aplicación de las revalorizaciones previstas para cuando se tomen para la determinación de la base reguladora alguna base de cotización que se aleje más de 7 años (15 años) del hecho causante (instrucción 14.6 Circular 4/2003). En algún caso, la doctrina judicial¹⁵⁶ aplicó, por analogía, las normas que rigen para el cálculo de la base reguladora de los trabajadores migrantes que dejaron de cotizar en España-es decir, tomando como base reguladora de la pensión de viudedad que ahora se causa, la que se hubiese causado en el momento en que la causante dejó de cotizar, aplicándole a dicha base los incrementos de las mejoras o revalorizaciones que, para las prestaciones de igual naturaleza de muerte y supervivencia, hayan tenido lugar desde el momento en que se dejó de cotizar a cuando tiene lugar el fallecimiento del causante, frente a otra posible integración analógica consistente en tomar como base reguladora las bases mínimas de cotización de los años anteriores por entender que esta última solución supondría desconocer el carácter esencialmente contributivo de nuestro sistema público de Seguridad Social igualando la prestación de viudedad que causan todas las personas fallecidas en una determinada fecha sin tener en cuenta cuáles habían sido en su momento sus cotizaciones reales que, una vez actualizadas deben dar lugar a pensiones diferentes, superiores o inferiores en su cuantía.

Como norma de derecho transitorio la Circular 4/2003 (instrucción 14.6 párrafo segundo) para el supuesto de que el causante no se encontrara en alta o situación asimilada al alta y para los hechos causantes es decir anteriores a 1-1-1998¹⁵⁷ que la base reguladora será el cociente que resulte de dividir por 28 la

156 STSJ Cataluña de 29-3-2001 (AS 2001, 1470).

157 Señala el art. 32.2 Ley 50/1998, de 30 de diciembre: "cuando se cause derecho a pensiones

suma de las bases de cotización del causante durante un periodo ininterrumpido de 24 meses, teniendo en cuenta a estos efectos que el periodo será elegido por el beneficiario dentro de los 7 (ahora 15) años anteriores a la fecha en que se cause derecho a pensión. Una vez determinada la pensión, se aplicarán las revalorizaciones que procedan desde la fecha del hecho causante hasta la fecha de efectos de la pensión.

Supuesto diferente a la integración de lagunas es la posibilidad, admitida por la doctrina judicial, de que, pese a causarse pensión en el régimen general por ser en este en el que el trabajador se encontraba en alta en el momento del fallecimiento y acreditando todos los requisitos para causar prestación, para la determinación de la base reguladora pueda recurrirse a un periodo en el que el trabajador estaba de alta en el RETA y sea preciso recurrir al mecanismo de la invitación al pago por tener durante ese periodo elegido un descubierto de cotizaciones¹⁵⁸.

Por lo demás, en el supuesto de que el trabajador fallezca antes de que la Entidad Gestora resuelva el expediente administrativo para la declaración de incapacidad permanente -lo que acontece cuando se produce la resolución administrativa- se considera trabajador en activo y por tanto, la base reguladora se determina conforme al art. 7.2 D 1646/1972, de 23 de junio, es decir, como el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un periodo ininterrumpido de 24 meses elegidos por el beneficiario dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante¹⁵⁹ sin que sea óbice a ello el que el Dictamen de la UVAMI fuese anterior al fallecimiento pues "esta circunstancia a lo sumo podría significar que

de viudedad y orfandad a tenor de lo previsto en el segundo párrafo del apartado 1 del art. 174 LGSS en la redacción dada al mismo por la presente Ley, los efectos económicos de la correspondiente pensión en ningún caso podrán retrotraerse a una fecha anterior a 1 de enero de 1999".

158 STSJ Castilla-La Mancha de 15-6-2005 (AS 2005, 2468): "En este caso, lo cierto es que, una vez que el causante reúne el período de carencia necesario para que su esposa pueda causar pensión de viudedad, nos encontramos con que la elección de uno u otro período ininterrumpido de 24 mensualidades de cotización (el aplicado por la Entidad Gestora -de 21 de mayo de 2000 a 20 de mayo de 2002-, o el que hipotéticamente pudiera elegir la recurrente, dentro del cual se encontrarían los seis meses de cotización adeudados por el causante), introduciría cambios en la base reguladora de la prestación, a favor de la viuda que, de cumplirse los requisitos legales, deberían ser tenidos en cuenta. Por ello, la Sala estima que procede la interpretación realizada por el magistrado de instancia, y en consecuencia, el reconocimiento de la obligación de la Entidad Gestora de invitar al pago de las cotizaciones adeudadas, sin que ello signifique el reconocimiento del derecho a elegir otro período de cotización, pues si como manifiesta el Instituto Nacional de la Seguridad Social en su escrito de recurso, no se cumpliera el requisito de las 24 mensualidades ininterrumpidas dentro de los últimos siete años a la fecha en la que se cause el derecho a la pensión que exige el artículo 9 de la Orden de 13 de febrero de 1967 (RCL 1967\360), la recurrente no tendría a derecho a elegir un período de cotización distinto al aplicado por la Entidad Gestora; pero, se trata de otra cuestión, que pertenece a una hipótesis futura, y por tanto, resulta ahora totalmente improcedente un pronunciamiento sobre tal cuestión2

159 Entre otras, STS de 5-3-1999 (RJ 1999, 2064). Vid. también STS de 18-2-1994 (RJ 1994, 2041) y de 28-9-1995 (RJ 1995, 6921). En idéntico sentido, entre muchas, STSJ Cataluña de 8-10-1993 (AS 1993, 4522)

el causante, cuando murió, estaba incapacitado pero no que en ese momento fuese pensionista de incapacidad permanente, y lo que las normas antedichas toman en consideración es el ostentar la condición de pensionista, requisito que no cumplía cuando se produjo su óbito. Y todo ello aunque la resolución que reconoce la pensión de invalidez retrotraiga los efectos de ésta a la fecha del dictamen de la UVAMI, pues esta retroacción no varía la realidad de que el causante no era pensionista de invalidez cuando le sobrevino la muerte¹⁶⁰. Alguna sentencia incluso ha hecho referencia al posible fraude de ley que se derivaría de una actuación del INSS en el que se apresurara el procedimiento para la declaración de incapacidad permanente en la búsqueda de una minoración de las bases reguladoras en aquellos supuestos en los que, dada la naturaleza de la enfermedad, el óbito está próximo y por tanto carecería de sentido una declaración de incapacidad permanente que exige o presupone una adecuada esperanza de vida¹⁶¹ aunque otras han negado tal finalidad torticera elogiando la celeridad de la entidad gestora¹⁶². Si la resolución administrativa es anterior al fallecimiento aunque se haya notificado con posterioridad al óbito, el fallecido tenía ya la consideración de pensionista y por tanto, la base reguladora de la prestación de viudedad se calcula sobre la base reguladora que sirvió para el cálculo de la pensión de incapacidad permanente reconocida¹⁶³ -aunque no de

160 Entre otras, STS de 28-9-1995 (RJ 1995, 6921); STS de 10-4-1995 (RJ 1995, 3033). Vid. también STSJ Galicia de 2-7-1999 (AS 1999, 5823), STSJ Cataluña de 18-11-1999 (AS 1999, 4807).

161 STS de 18-2-1994 (RJ 1994, 2041) (Ponente: Excmo. Sr. Luís Gil Suárez) que señala: "Por último, no se puede silenciar que llama poderosamente la atención la actuación llevada a cabo por el INSS en el caso de autos (el UVAMI emitió el dictamen el mismo día de inicio de la ILT por cáncer de colon), dado que ante el desencadenamiento final de la enfermedad del señor H., enfermedad sumamente grave (un adenoma con metástasis muy desarrollada) que evidencia la proximidad de una muerte inminente, dicha Entidad Gestora se apresura a iniciar expediente de incapacidad permanente de este señor, cuando el reconocimiento de una validez de esta clase requiere lógicamente una adecuada esperanza de vida. No afirmamos que con esta particular actuación el INSS pretenda esencialmente conseguir una reducción del importe de la base reguladora de las pensiones de viudedad y orfandad de la actora y su hija, pero lo cierto es que con su criterio se reduce en gran medida tal importe, como se expuso en líneas anteriores. Conviene indicar que si en un supuesto análogo se buscara ante todo esa reducción del montante de la base reguladora se podría incurrir en fraude de ley del art. 7.4 del Código Civil, amén de contravenir el espíritu protector que inspira el sistema español de la Seguridad Social, de conformidad con el art. 41 de la Constitución"

162 STSJ Navarra de 22-1-1998 (AS 1998, 52). No obstante, la sentencia reconoce la aplicación aplicables a los trabajadores en activo porque la propia Entidad Gestora, pendiente de resolución el proceso, modificó la base reguladora aplicando las reglas de los trabajadores en activo y no la de pensionista de invalidez condición declarada por Resolución del INSS de sólo once días antes al fallecimiento.

163 STSJ Galicia de 21-6-2004 (AS 2004, 2370): "(...) Es cierto que al tiempo del fallecimiento la resolución administrativa declarando la Invalidez del causante, no había sido notificada, pero esta falta de notificación no produce los efectos pretendidos por la parte recurrente, por cuanto la resolución administrativa tiene efectos constitutivos desde la fecha en que se dicta, tal como se dispone en el artículo 57.1 de la Ley 30/1992 (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual: «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán caos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa». La resolución que declaró al difunto esposo de la actora en situación de Invalidez Permanente, reconoció dicha prestación pero nos estableció ninguna limitación en

forma unánime¹⁶⁴- y ello con mayor razón cuando la resolución sí se notificó al causante antes de su fallecimiento mediante correo certificado que no fue retirado del servicio de correos donde caducó¹⁶⁵. Igualmente, si el trabajador solicitó antes de su fallecimiento el desistimiento de su solicitud de declaración de incapacidad permanente, dicho desistimiento tiene plenos efectos por lo que a su fallecimiento la base reguladora debe calcularse como trabajador en activo incluso aunque la Entidad Gestora, irregularmente, hiciera caso omiso de dicho desistimiento y continuara la tramitación del expediente que se resolvió, reconociendo indebidamente la condición de invalido permanente al causante, después de su fallecimiento¹⁶⁶.

De ningún precepto aplicable a esta prestación (art. 109 LGSS ó 174 LGSS o concordantes y reglamentarios) se puede deducir que no se computan los incrementos injustificados de cotizaciones previos al fallecimiento del causante como así se prevé por el art. 162.2 LGSS respecto de la pensión de jubilación¹⁶⁷. Esta ausencia de previsión es debida posiblemente al carácter incierto del momento del fallecimiento frente a la certidumbre de la jubilación y por consiguiente, la posibilidad de cotizar en fraude de ley en busca de un incremento indebido de las bases reguladoras futuras¹⁶⁸. No obstante, ello no debería impedir, en mi opinión, y en aquellos casos en los que la muerte sí es previsible entre otros supuestos, por estar el causante afectado de una patología irreversible, la aplicación del art. 6 Código Civil cuando efectivamente se prueba la existencia de fraude de ley en unas cotizaciones extrañamente elevadas en relación con cotizaciones anteriores¹⁶⁹. En todo caso, a quien alegue la existencia

cuanto a que su validez y eficacia quedase supeditada a la posterior notificación a algún otro acto administrativo, por lo que aquella resolución surte efectos desde la fecha de su adopción, de modo que si el fallecimiento se produce con posterioridad a la fecha en que se dicte, el causante tendrá la condición de pensionista en el período que media entre la fecha de la resolución y la del fallecimiento, aunque la resolución se notifique con posterioridad al óbito".

En el mismo sentido, vid. STSJ Cataluña de 20-1-2006 (JUR 2006, 88625).

164 STSJ Madrid de 22-7-1999 (AS 1999, 2179).

165 STS de 16-3-1999 (RJ 1999, 2204) que confirma la STSJ Cataluña de 14-7-1997 (AS 1997, 3547).

166 Vid. STSJ Cataluña de 30-5-1994 (AS 1994, 1542).

167 La STSJ Cataluña de 18-7-1994 (AS 1994, 3057) trata del tema de los incrementos salariales superiores al incremento medio interanual pero no se trata de un supuesto de fallecimiento de trabajador en activo sino del fallecimiento de un pensionista de invalidez siendo en el cálculo de la base reguladora de la pensión de invalidez cuando la Entidad Gestora redujo la base reguladora por entender que superaba el porcentaje señalado.

168 A esta falta de certeza respecto de la fecha del fallecimiento y consiguientemente a la inaplicación del art. 162.2 LGSS a los supuestos de muerte y supervivencia se refiere la STSJ Cataluña de 12-5-2005 (AS 2005, 2166)

169 Esto es lo que ocurre en el supuesto que analiza la STSJ Aragón de 4-5-1994 (AS 1994, 2178) en el que el causante, con la categoría de Administrador aunque tenía una base de cotización desde el 1-1-1990 de 99.900 ptas., desde el 1 de junio de 1991 dicha base se incrementó a 306.120 ptas. al mes hasta su fallecimiento, sin que conste causa justificativa de tal aumento. El actor permaneció de baja desde el 12 de agosto de 1991 hasta su fallecimiento, acaecido por "adenocarcinoma de páncreas". Para el TSJ Aragón "(...) La sentencia no aplica el Real Decreto-ley 13/1981, de 20 agosto sino el art. 6.4 del Código Civil. En este recurso, dado su carácter extraordinario («casi casacional»; STC 18 octubre 1993 [RTC 1993\294]), no puede abordarse una cuestión diversa de las que se someten a decisión en los motivos del recurso; pero no por

del fraude le corresponde la prueba indubitada de su existencia.

Por lo demás, en ningún caso puede computarse como periodo cotizado el periodo que teóricamente el trabajador hubiera percibido las prestaciones por desempleo si no las hubiera capitalizado pues no existe obligación de cotizar del INEM en tales supuestos sin que sea equiparable a tal obligación de cotizar el abono de la ayuda que para el pago de la cotización al régimen que le corresponda por el ejercicio de la actividad para la que solicita la capitalización abona la entidad gestora¹⁷⁰.

b) Base reguladora cuando el causante fuera pensionista de jubilación o incapacidad permanente

Señalaba la Orden de 13-2-1967 que la base reguladora de las pensiones de muerte y supervivencia sería el importe de la pensión sin que se computara el incremento del 50% de la pensión que se concede a los grandes inválidos con destino a remunerar a la personal que le atiende. Esta previsión, no obstante no haber sido derogada expresamente, sí lo ha sido por la tácita en cuanto el Decreto 1646/1972 predica la base reguladora, no de la pensión que viniera percibiendo el beneficiario, sino de la base reguladora que sirvió para determinar su pensión. Esta regulación se completa con el mandato de que "en tales casos, la cuantía de la prestación se incrementará mediante la aplicación de las mejoras o revalorizaciones que, para las prestaciones de igual naturaleza por muerte y supervivencia, hayan tenido lugar desde la fecha del hecho causante de la pensión de la que deriven". La revalorización se predica, por tanto, de la prestación una vez calculada y predicada desde la fecha del hecho causante de la pensión de la que derive y nunca de la base reguladora de la pensión cuya base reguladora se toma ahora de referencia para el cálculo de la pensión de viudedad¹⁷¹.

La norma se aplica con independencia de que no exista coincidencia entre el riesgo causante de la invalidez y la contingencia determinante de la muerte sin

ello puede desconocerse que la finalidad del referido Real Decreto-ley (así lo señala su preámbulo) es combatir el fraude a la Seguridad Social; por tanto, el resultado fraudulento debe ser evitado ya mediante la forma específica que nace de la directa aplicación del referido texto, ya por medio de la aplicación de la norma que en el Ordenamiento Jurídico así lo establece con carácter general; tal como ha razonado el Juzgado (en esta línea se orienta precisamente, la STS [UD] 8 abril 1992 [RJ 1992\2611]); no siendo tampoco desdeñable tener en cuenta (como indicaba la STSJ Madrid 23 enero 1991 [AS 1991\860]), que en los casos de viudedad y orfandad en los que las prestaciones derivasen de una pensión de jubilación ya causada (en la que se hubiese aplicado el Real Decreto-ley) el efecto de aquella norma sería in cuestionable; lo que es otro argumento para reforzar que la aplicación del principio general de proscripción del fraude de ley en la materia que nos ocupa es la correcta y está en línea con las normas específicas del Ordenamiento Jurídico, cual la citada".

En sentido similar vid. STSJ Castilla y León/Burgos de 19-11-1992 (AS 1992, 5360)

170 STSJ Cataluña de 16-3-1996 (AS 1996, 640).

171 Vid. sobre el particular, STSJ Cataluña de 18-3-2004 (AS 2004, 1335). Desestima un recurso contra esta sentencia, la STS de 31-1-2006 (RJ 2006, 2848). En sentido igual a la primera, vid. STSJ Cataluña de 21-2-2001 (AS 2001, 427).

que a tales efectos sea aplicable la norma contenida en el art. 172 LGSS estableciendo presunciones iuris et de iure y iuris tantum sobre el carácter profesional o no del fallecimiento. Como ha señalado el Tribunal Supremo¹⁷²: "No autoriza, por tanto, la letra del precepto la restricción que ha establecido la sentencia recurrida, pues no exige para la aplicación de esta regla que la muerte derive de la misma contingencia que determinó en su día el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente. Y tampoco hay razón para entender que este sentido literal sea contrario a la finalidad del precepto, pues éste trata de mantener la correspondencia entre la renta sustituida (la pensión inicial) y la renta de sustitución (la pensión derivada), dejando al margen la correspondencia entre las contingencias determinantes. La norma del artículo 172.2 de la Ley General de la Seguridad Social sobre la prueba del carácter profesional de la contingencia determinante de la muerte cuando el causante es pensionista de incapacidad permanente por accidente de trabajo o enfermedad profesional, en nada afecta a la aplicación del artículo 7.2 del Decreto 1646/1972, pues, como ya se ha dicho, este precepto actúa con independencia de cuál haya sido la contingencia determinante de la muerte. El artículo 172.2 de la Ley General de la Seguridad Social resulta aplicable a otros efectos, entre los que puede citarse la determinación de la entidad que ha de asumir el pago de las prestaciones, pero no para el que aquí se debate (...) No se trata, en definitiva de que el causante se presuma que falleció por accidente de trabajo, sino que, a pesar de haber fallecido por enfermedad común se impone la especialidad de la previsión específica del art. 7.2 del Decreto de 1972"¹⁷³.

No obstante, en tales supuestos en los que la pensión de incapacidad permanente previa fue debida a contingencias profesionales y la muerte a contingencia común, la base reguladora anual que sirvió para determinar la pensión derivada de contingencias profesionales se divide por 14 -y no por 12- a efectos de determinar la base reguladora mensual para el cálculo de la base reguladora de la pensión de viudedad pues de dividirse por 12 -y dado que en las pensiones derivadas de riesgos comunes se abonan 14 pagas- "se duplicarían las pagas extraordinarias, pues se abonarían mensualidades extraordinarias de pensión al viudo/viuda cuando en la base reguladora mensual ya se computaron las pagas extraordinarias percibidas por el inválido"¹⁷⁴.

172 STS de 14-5-2002 (RJ 2002, 7559); STS de 18-1-2002 (RJ 2002, 5296). En el mismo sentido, vid. entre otras, STSJ Cataluña de 14-10-1998 (AS 1998, 4198), STSJ Andalucía/Sevilla de 12-6-1997 (AS 1997, 4839)

En sentido contrario, vid. STSJ La Rioja de 31-10-2000 (AS 2000, 4431) que es casada por la citada STS de 14-5-2002.

173 En el mismo sentido, entre otras, vid. STSJ Castilla y León (Valladolid) de 5-2-2001 (AS 2001, 1412), STSJ La Rioja de 24-11-1995 (AS 1995, 4249).

174 STS Cataluña de 10-3-2004 (AS 2004, 1831) que señala: "(...) Con el sistema de cálculo de la pensión de viudedad propugnado por el INSS. no se modifica ni altera la base reguladora de la pensión de IPT por contingencia profesional del causante, pues se parte de tal base reguladora en su consideración anual, esto es, los salarios percibidos en el año anterior, para después dividir la misma por 12 ó 14, según que la contingencia determinante del fallecimiento sea profesional o común, de modo que, aunque difiera la pensión mensual en uno y otro caso, en cómputo anual el montante será idéntico, teniendo en cuenta que, en caso de fallecimiento del inválido por contingencia común, el viudo/viuda percibirá dos mensualidades extras de pensión

Esta inamovilidad de la base reguladora de la pensión del causante pensionista se aplica también, lógicamente, en el supuesto de que el pensionista lo fuera de enfermedad común y posteriormente la muerte fuera por enfermedad profesional -silicosis- pues la norma no distingue uno y otro supuesto y el hecho de que la autopsia acreditara que el fallecimiento del causante fue debido a una enfermedad que sólo pudo contraer durante su trabajo en la minería del carbón no cambia tal conclusión¹⁷⁵. Cuestión distinta es la competencia para la determinación de la contingencia causante, como con posterioridad se señalará¹⁷⁶. Por otro lado, no cabe discutir posteriormente en el momento del cálculo de la cuantía de la pensión de viudedad la base reguladora que sirvió para determinar la cuantía de la pensión de jubilación del causante, pues no se discutió por el causante¹⁷⁷.

Por lo demás, y pese a que la norma nada prevé al respecto, cuando el trabajador reúne la doble condición de pensionista de incapacidad permanente total y trabajador en activo¹⁷⁸, en el mismo Régimen de la Seguridad Social, en ningún caso procede, ni el reconocimiento de dos pensiones, ni la acumulación de la cuantía de la pensión de la incapacidad permanente total a la retribución percibida en activo a efectos del cálculo de la base reguladora, ni tampoco sumar la cuantía de la pensión de incapacidad permanente total por riesgo profesional a

(art. 42 LGSS). Con el sistema propugnado en la demanda y aceptado en la instancia, de dividir en todo caso por 12 la base reguladora anual de la IPT por accidente laboral, para luego abonar al viudo/a, caso de fallecer el causante por contingencia común, 14 pagas de la pensión mensual resultante, se estarían primando aquellas situaciones en las que el fallecimiento deriva de causas comunes sobre aquellas en las que deriva de contingencias profesionales, lo que sin duda es contrario a los principios inspiradores del sistema de Seguridad Social, que conllevan una especial protección en los supuestos de contingencias profesionales, al tiempo que se «duplicarían» las pagas extraordinarias, pues se abonarían mensualidades extraordinarias de pensión al viudo/viuda cuando en la base reguladora mensual ya se computaron las pagas extraordinarias percibidas por el inválido. Dividiendo por 14, como hace el INSS, la base reguladora anual de la IPT por contingencia profesional, cuando el fallecimiento del causante deriva de contingencia común, se evita esa «duplicación» de pagas extraordinarias, en el cálculo de la base reguladora y en el abono de la pensión, y se da adecuado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 42 LGSS". .

175 STSJ Castilla y León/Valladolid de 15-10-1996 (AS 1996, 3050). En sentido contrario, STSJ País Vasco de 4-6-2002 (AS 2002, 2273) que declara el derecho de la viuda a que se le calcule la pensión de viudedad sobre la calificación posterior de que la muerte de su marido, pensionista de jubilación, se produjo por cáncer pleural contraído a consecuencia de su exposición al amianto, pese a que el trabajador falleció como pensionista de jubilación y sin tener calificada ninguna incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional, aunque no se discute el hecho de que efectivamente el trabajador murió de dicha enfermedad la cual fue contraída por su exposición al amianto en la fábrica de pinturas en la que trabajaba.

176 Sobre el particular, vid. la reciente Resolución de 19 de septiembre de 2007, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, sobre determinación de la contingencia causante en el ámbito de las prestaciones por incapacidad temporal y por muerte y supervivencia en el sistema de Seguridad Social (BOE de 22-9-2007).

177 STSJ Galicia de 25-4-2000 (AS 2000,1090)

178 Hay que recordar que la incapacidad permanente total es la que inhabilita para el ejercicio de la profesión habitual y por tanto, cabe que el trabajador preste servicios en otra actividad diferente; de hecho se presupone pues la definición se completa al referirse a la posibilidad de que pueda realizar otra actividad distinta.

los salarios que el trabajador percibía como trabajador en activo en otra actividad profesional distinta sin que sea equiparable a la situación de pluriempleo¹⁷⁹. En general, en tales casos la jurisprudencia y doctrina judicial entienden aplicable las normas aplicables a los trabajadores en activo -posiblemente, porque resultan mas beneficiosas en general- aunque algún pronunciamiento judicial ha declarado expresamente la existencia de un derecho de opción¹⁸⁰. Igual doctrina se aplica en supuestos de trabajador beneficiario de pensión de jubilación del Régimen General (procedente del régimen de Ferroviarios de RENFE) compatible con el trabajo por cuenta ajena y la pensión derivada de dicho trabajo¹⁸¹.

No cabe duda que en tales supuestos el beneficiario de la pensión de viudedad se ve perjudicado en comparación con el beneficiario de quien es pensionista en un Régimen y trabajador activo en otro Régimen, supuesto en el que, sí reúne los requisitos exigidos, podrá causar derecho a dos pensiones de viudedad. Con posterioridad retomaremos esta cuestión.

En línea con lo anterior hay que tener en cuenta que nuestro ordenamiento permite ahora tanto la jubilación parcial como la jubilación flexible lo que determina que puede tener efectos de cara a la determinación de la pensión de viudedad cuando el causante que fallece se encuentra en alguna de dichas situaciones.

Los nuevos mecanismos de jubilación parcial y de jubilación flexible que, aún tratándose de instituciones diferentes, se caracterizan ambos por la posibilidad de compatibilizar pensión de jubilación y actividad profesional, presentan también singularidades en la determinación de la base reguladora de las distintas pensiones a las que, en tal doble condición de pensionista y activo, puede accederse. Por lo que se refiere, en primer lugar a la jubilación parcial y respecto del cálculo de la base reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia, el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre¹⁸², distingue según la cotización parcial se hubiera simultaneado con un contrato de relevo o no. En

179 STS de 12-7-1994 (RJ 1994, 6558) que señala: Así el artículo 7 del Decreto 1646/1972 establece una regla general en el núm. 1 y una disposición especial para pensionistas de jubilación o invalidez, pero sin que declare que ambas situaciones contempladas en uno y otro número sean susceptibles de aplicación conjunta, o sea, sumando las bases que resulten del número 1 con las que surjan aplicando el número 2, porque equivaldría a que en un solo resultado, se comprenderían dos pensiones. Basta atender a una comprobación aritmética, para que se desprenda que la suma de las bases citadas en los dos números del artículo 7 del Decreto 1646/1972, supone el reconocimiento de una pensión por la invalidez y otra por la cotización.

En el mismo sentido, STS de 21-5-1994 (RJ 1994, 4292). En sentido contrario, STSJ Asturias de 17-9-1993 (AS 1993, 4004) que es casada por la anterior. En el mismo sentido que el Tribunal Supremo, a cuya doctrina se remite, vid. STSJ Cataluña de 21-4-1998 (AS 1998, 5582). Vid. también STSJ Cataluña de 23-1-1996 (AS 1996, 869), STSJ Madrid de 3-1-1996 (AS 1996, 85) y STSJ Cataluña de 2-9-1994 (AS 1994, 3475).

180 STSJ Cataluña de 26-10-1992 (AS 1992, 5148).

181 STSJ Aragón de 5-4-1995 (AS 1995, 1358).

182 Art. 15.

el primer caso, se tienen en cuenta las cotizaciones correspondientes al periodo de trabajo a tiempo parcial en la empresa donde redujo su jornada y salario, incrementadas hasta el 100% de la cuantía que le hubiera correspondido de haber realizado en la empresa durante dicho periodo, el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la jubilación parcial. Se trata pues, de un cómputo "semi-ficticio" de cotizaciones: ficticio, porque computa las cotizaciones predicadas del sujeto que no ha cotizado; solo "semi" porque sí han existido cotizaciones, las del relevista, que no tienen porqué corresponder con lo que venía cotizando el trabajador parcialmente jubilado¹⁸³. Cuando la jubilación parcial no se simultanea con el contrato de relevo, se reconoce un derecho de opción entre la determinación de la base reguladora computando las bases de cotización realmente ingresadas durante la situación de jubilación parcial o que la base se calcule en la fecha en que se reconoció la jubilación parcial o, en su caso la fecha en que dejó de aplicarse el beneficio del incremento del 100% de las citadas bases de cotización, si bien aplicando las demás reglas que estuviesen vigentes en el momento de causar la correspondiente pensión de jubilación "ordinaria". En tal caso, a dicha base reguladora se le aplicarán las revalorizaciones que se hubiesen practicado desde la fecha de cálculo de la base reguladora hasta el hecho causante del mismo.

Para el cálculo de la pensión de jubilación del pensionista de jubilación parcial se aplica una solución similar (art. 18): el computo al 100% si la jubilación se hubiese simultaneado con contrato de relevo y, en caso contrario, el reconocimiento de un derecho de opción entre el cómputo por las bases realmente cotizadas, o que se calcule en la fecha en que se reconoció la jubilación parcial, o en su caso, que dejó de aplicarse el beneficio del incremento del 100% de la base reguladora, aplicando en tal caso las revalorizaciones oportunas. Para la determinación del porcentaje aplicable también se distingue si la jubilación se simultaneó o no con contrato de relevo, otorgando el beneficio del cómputo de dicho periodo como cotizado a tiempo completo sólo en el primer supuesto.

Por lo que se refiere a la jubilación flexible¹⁸⁴, las cotizaciones efectuadas tras la suspensión parcial de la pensión de jubilación producen efectos para la mejora de la pensión de jubilación en un doble aspecto. En primer lugar, y respecto del cálculo de la base reguladora, procede un nuevo cálculo computando las nuevas cotizaciones aplicando las reglas que estén vigentes en el momento del cese en la actividad, salvo que de dicha operación resultase una reducción de la base reguladora anterior en cuyo caso se mantendrá ésta, aplicando las revalorizaciones correspondientes. En definitiva, que frente a la regulación

183 Sobre el particular vid. in extenso TORTUERO PLAZA, J.L., "Jubilación forzosa versus jubilación flexible (reforma y propuesta de capitalización parcial)", Madrid (Civitas), 2002.

184 La jubilación flexible es la situación derivada de la posibilidad de compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación con un trabajo a tiempo parcial, dentro de los límites de jornada a que se refiere el art. 12.6 ET para el trabajo a tiempo parcial, con la consecuente minoración de la pensión de jubilación en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista, en relación a la de un trabajador a tiempo comparable (art. 5.1 RD 1132/2002, de 31 de octubre).

prevista en el art. 16 Orden de 18-1-1967 para el supuesto de suspensión de la pensión de jubilación por realización de actividad profesional según la cual la base reguladora nunca es objeto de recálculo¹⁸⁵, cuando nos hallamos en el marco de la jubilación flexible (suspensión proporcional de la pensión para la realización de actividad a tiempo parcial,), las nuevas cotizaciones pueden incidir también sobre la base reguladora, mejorándola lo que puede suponer una mejora de la pensión de la eventual pensión de viudedad que se cause por ese trabajador que, tras acceder a la jubilación flexible, vuelva a su situación de jubilado completo. En segundo lugar, y para el supuesto de que el trabajador falleciese durante la situación de jubilación flexible, a efectos del cálculo de la base reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia que correspondan, se reconoce a los beneficiarios un derecho de opción porque se calculen desde la situación de activo del causante o desde la situación de pensionista previéndose que en este último supuesto se tomará como base reguladora de la prestación de muerte y supervivencia la que sirvió para la determinación de la pensión de jubilación, aplicándose las revalorizaciones habidas desde el momento en que se determinó la correspondiente base reguladora (art. 8.3 RD 1132/2002, de 31 de octubre). Así pues, de forma similar a como antes se ha señalado ocurre en el supuesto de pensionista de incapacidad permanente total y trabajador en activo, no existe una correlación directa entre las rentas dejadas de percibir y la base reguladora del pensión de viudedad pues no hay que olvidar que la jubilación flexible es una jubilación parcial dentro de unos límites de jornada por lo que lo usual será que la retribución como trabajador en activo a tiempo parcial sea inferior a la que percibía como trabajador activo antes de su jubilación. Algo similar ocurre también, pese a que pudiera parecer lo contrario, en el supuesto de que el causante fallezca una vez finalizada su situación de jubilación flexible pues aunque esas cotizaciones a tiempo parcial tienen efecto para calcular de nuevo la base reguladora de la pensión de jubilación (y por tanto, determina una nueva base reguladora para el eventual futuro reconocimiento de la pensión de viudedad) esas cotizaciones son a tiempo parcial y por tanto, lo habitual es que sean inferiores a lo que tenía acreditado con anterioridad a ese trabajo a tiempo parcial cuando realizaba su actividad a tiempo completo.

Distinto de lo anterior es cual deba ser el efecto de las cotizaciones superpuestas en varios regímenes de cara a la determinación de la base reguladora cuando sólo se causa pensión en uno de ellos. En la actualidad, la D.A.38 LGSS añadida por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, dispone la posibilidad de acumulación de las bases de cotización acreditadas en el régimen en el que no se cause derecho a pensión a las bases acreditadas en el Régimen en que se cause derecho a la pensión, si bien exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, y con el límite de que la suma de las bases no puede superar en ningún caso el límite máximo de cotización vigente en cada

185 Vid. una crítica de esta regulación en GARCÍA NINET, J.I. "Sobre el trabajo de los ya jubilados: algunas cuestiones a replantear", Tribuna Social nº 25, 1997, págs. 75 y ss. Vid. también GARCIA NINET, J.I., "Tres reflexiones acerca de los cambios normativos laborales y funcionariales: 1ª Sobre el trabajo de los ya jubilados (...)", Tribuna Social nº 148, 2003.

momento. En un epígrafe posterior se analiza extensamente el régimen jurídico de esta D.A. 38ª así como la determinación de la base reguladora en los supuestos de pluriempleo.

c) Cálculo de la base reguladora en situaciones de pluriempleo y pluriactividad.

Distinto de lo anterior es la incidencia que las situaciones de pluriempleo y pluriactividad pueden tener sobre el cálculo de la pensión de viudedad. En los casos de **pluriempleo**, y para el cálculo de la base reguladora, se tomarán en consideración las bases de cotización realizadas en las diferentes empresas, si bien en ningún caso la base reguladora podrá exceder del tope máximo de cotización vigente en cada momento (Art. 120-3 LGSS). Hay que tener en cuenta que, en principio, y para la cotización en supuestos de pluriempleo, es necesario el prorrateo entre las distintas empresas del tope máximo de cotización a efectos de que no se cotice (art. 110.2 LGSS y art. 9 RD 2064/1995, de 22 de diciembre), en ningún supuesto, por encima de este, por lo que, en teoría, no debería producirse en caso alguno dicha sobrecotización. Por tanto, en este supuesto, y con el límite del tope máximo, la base reguladora se acerca bastante a las rentas dejadas de percibir por la muerte del causante, sin perjuicio de que la cuantía de la pensión se determine finalmente mediante la aplicación de un porcentaje escasamente superior a la mitad, como regla general y/o común.

En ningún caso cabe cuestionar la corrección del encuadramiento en el Régimen General una vez producido en el fallecimiento por lo que aún en el supuesto de que por alguna de las actividades profesionales el trabajador hubiera estado encuadrado incorrectamente en el Régimen General -cuando por dicha actividad hubiera debido estar encuadrado en el Régimen de Trabajadores Autónomos- se computa también para la base reguladora las bases de cotización acreditadas por dicha actividad profesional¹⁸⁶.

186 STSJ Madrid de 5-4-2001 (AS 2001, 2740). El trabajador falleció de accidente in itinere siendo pluriempleado de 3 empresas pero de la tercera la Mutua Asepeyo no le computó las cotizaciones por entender que estaba incorrectamente encuadrado por tal actividad en el Régimen General al ser titular del 99% de las acciones de la empresa y administrador único de la misma. Para el TSJ no cabe discutir una vez ya fallecido su encuadramiento en el Régimen General y su cotización por riesgos profesionales que la Mutua no discutió en su momento aceptando las cotizaciones realizadas porque "rque hemos de atender a que el alta se consolidó con la muerte del esposo de la actora sin que sea posible su discusión ulterior. Lo que era un derecho en curso de adquisición deja de serlo para convertirse en un derecho adquirido y consolidado. Nace así la ulterior subrelación instrumental o subordinada a la principal de aseguramiento, que es la de protección, coincidiendo con el surgimiento de la necesidad protegida, pero que es distinta a aquélla en cuanto que se puede mantener una relación de aseguramiento sin que aparezca tal situación de necesidad, de forma y manera que es a partir de entonces cuando se podrá discutir quién o quiénes son los beneficiarios y la entidad responsable de asumir el riesgo protegido -la entidad gestora o la colaboradora- pero no el alta y su encuadramiento, puesto que la dinamicidad que caracteriza tal relación instrumental se pierde con la producción del hecho causante mismo".

Para los supuestos de **pluriactividad**, hay que distinguir según el causante se hallara o no en situación de alta o asimilada en el momento del hecho causante.

En el primer caso, si se reúnen los requisitos exigidos en ambos regímenes, cabe que se cause pensión en ambos generándose así dos pensiones de viudedad. Hay que recordar en este sentido que la regla general de incompatibilidad de pensiones prevista en el art. 122 LGSS se circunscribe a las pensiones causadas dentro del Régimen General por lo que nada impide que el causante pueda generar tantas pensiones de viudedad como altas tuviera -reúniendo los requisitos exigidos- en los regímenes de la Seguridad Social. En general, dado la configuración claramente asistencial que tienen algunos de los regímenes de la Seguridad Social exigiendo la habitualidad y que dicha actividad constituya su medio fundamental de vida (agrario y mar), lo habitual es que esta posibilidad se produzca respecto de pensiones causadas en el régimen general y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. En cualquier caso, la pensión se reconocerá conforme a las reglas aplicables a cada uno de los regímenes si bien, por lo que se refiere al cálculo de las bases reguladoras, la Disposición Adicional 8ª LGSS dispone la aplicación del art. 174 apartados 1, párrafo segundo, 2 y 3 LGSS a todos los regímenes del sistema. La laguna respecto de la definición de la contingencia y el periodo de carencia -al no declararse aplicable el art. 174.1 párrafo 1 a sensu contrario- no es tal pues en general, las normas de los regímenes especiales remiten al régimen general.

En el supuesto de que el trabajador no se encuentre en alta o situación asimilada al alta en alguno de los regímenes, la regla general es la incompatibilidad de pensiones de viudedad, regla que se exceptúa en el caso de que el trabajador acredite, al menos, 15 años de cotización superpuestas a ambos regímenes (art. 179.1 párrafo segundo LGSS). Es importante señalar que no se exige sólo que el trabajador reúna los 15 años exigibles como carencia para acceder a la pensión desde la situación de no alta o asimilada sino que es precisa una superposición de cotizaciones en ambos regímenes en los que se acredita la citada pluriactividad.

Para las cotizaciones superpuestas, cuando no se alcanza el periodo exigido de 15 años para causar derecho a otra pensión, la D.A. 38ª LGSS (introducida por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, resultado de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril¹⁸⁷) dispone ahora que cuando se acrediten cotizaciones (superpuestas, según el título de la citada D.A. 38ª) a varios regímenes y no se cause derecho a pensión a uno de ellos, las bases de cotización acreditadas en este último en régimen de pluriactividad podrán ser acumuladas a las del Régimen en el que se cause derecho a pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento. Se trata, sin duda, de una importante previsión desde la perspectiva del beneficiario pues evita que cotizaciones realizadas por el

187 Modificado por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006.

causante puedan “perderse” de su supuesta cuenta de cotización, abundando así en la idea de las últimas reformas de reforzar la contributividad y la proporcionalidad del sistema: si el trabajador causante acredita unas cotizaciones que no generan derecho a prestaciones por ser insuficientes para acreditar la carencia -en este caso por ausencia del requisito de la superposición- cabe que dichas cotizaciones se “recuperen” o “recobren” por el beneficiario de la pensión, en este caso de viudedad, por la vía de incrementar la base reguladora de la pensión, siempre lógicamente que no se supere el tope máximo de cotización vigente en ese momento.

d) Base reguladora cuando el causante fallece por riesgos profesionales.

Como se ha señalado, el RD 1646/1972, de 23 de junio dispone, en su D.T.1ª para el cálculo de la base reguladora de las pensiones derivadas de contingencias profesionales, el mantenimiento de la vigencia de las normas aplicables a 30 de junio de 1972 en tanto se aprobara el consiguiente Reglamento General exceptuando la aplicación a estas prestaciones del régimen establecido en el RD 1646/1972 y por tanto la aplicación del art. 9.1.d) O. de 13-2-1967 que dispone que, en tales casos la base reguladora de la pensión vitalicia de viudedad se determinará, en todos los casos, sobre las retribuciones efectivamente percibidas¹⁸⁸ remitiendo a tales efectos a lo dispuesto en el Capítulo V del Reglamento de Accidentes de Trabajo aprobado por el Decreto de 22 de junio de 1956. Esta remisión implica la aplicación, para los trabajadores retribuidos a unidad de tiempo, de la regla 2ª del art. 60 de dicha norma si bien con la modificación operada por la D.A.11 RD 4/1998, de 9 de enero, de revalorización de pensiones para el año 1998 según la cual el número de días por el que debe dividirse el salario anual será 273 -y no 290 como señala aquél- salvo que el número de días laborales efectivos en la actividad de que se trate sea menor, en cuyo caso, se aplica el multiplicador que corresponda. Se ajusta así la normativa aplicable al número actual de días laborables efectivos -273 con carácter legal o en su caso, los previstos convencionalmente, superándose las discrepancias jurisprudenciales sobre el particular que, en casación para unificación de doctrina, descartaron que dicho multiplicador previsto por la norma reglamentaria debía ajustarse a la jornada máxima anual vigente en cada momento¹⁸⁹. Si los trabajadores están retribuidos por unidad de obra el precepto

188 Se incluyen lógicamente además de las pagas extraordinarias la paga de participación en beneficios, “siendo su importe el percibido por el trabajador en el año anterior al accidente, y no puede ser motivo de su exclusión el que al fallecido no se le hubiera abonado participación alguna en beneficios cuando el Convenio Colectivo del sector establecía su pago en cuantía igual a la de las pagas extraordinarias” (STSJ Cataluña de 26-5-1995 [AS 1995, 1997])

189 La STS de 19-10-1994 (RJ 1994, 8058) señala: «La cuestión de que se trata, la de cuál sea el factor multiplicador que deba ser tenido en cuenta en estos supuestos, ha sido abordada y resuelta en la Sentencia de 4 de abril del corriente año (RJ 1994\2986), dictada en recurso de casación de esta misma naturaleza y en la que se aborda un supuesto análogo. Y esa solución ahora adoptada es la misma que ya aparecía sostenida en las dos sentencias de esta Sala que se han aportado como contradictorias. En esa Sentencia se analiza el apartado f) del número 2 del artículo 60 del Decreto ya citado de 22 de junio 1956, en relación con el artículo 3.1 del Código Civil, y paladinamente se declara que la norma cuestionada es clara y terminante al determinar como multiplicador 290, de suerte que no suscita duda alguna en cuanto a su

aplicable es el art. 61 y el 63 si se trata de trabajadores eventuales no agrarios. En todo caso, opera el tope máximo de cotización previsto con carácter anual en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado¹⁹⁰.

Si se trata de trabajadores eventuales, el precepto aplicable es el 63 del Decreto de 22 de junio de 1956 según el cual "el salario base anual de la pensión o renta por invalidez permanente o muerte se obtendrá multiplicando por los 365 días del año el salario que corresponda computar en cada caso e incrementando el producto de esta operación con el importe total anual de las gratificaciones o pagas extraordinarias tanto de carácter reglamentario como voluntario que sean computables". Es pues, el salario diario el módulo a multiplicar por 365 días, a los que hay que añadir el importe de las gratificaciones extraordinarias y no a la "base de cotización de un día de trabajo por cuanto dicha base contiene conceptos prorrateados por la circunstancia del óbito del causante como es el importe por vacaciones, y de otra parte de atenderse tal pretensión conllevaría la fijación de un salario anual irreal y muy superior a sus posibilidades retributivas pues extrapolaría en tal determinación la ejecución de horas extras de un día a todos los días del año incluidos festivos, descansos, etc., e igual ocurriría con pluses que sólo se devengan por día efectivamente trabajado en las circunstancias que dan lugar a su devengo (pluses de toxicidad, penosidad o peligrosidad), por ello la finalidad del precepto se refiere a la obtención de un salario regulador anual promedio en atención a los posibles días de trabajo"¹⁹¹

La jurisprudencia tiene declarado reiteradamente que en caso de divergencia entre el salario que se debiera percibir y el efectivamente percibido, la base reguladora se calcula sobre el primero, de ser superior¹⁹². Sin embargo, ello no implica que necesariamente haya que aplicar el salario previsto en el Convenio cuando el trabajador no figuraba de alta y la empresa no estaba cotizando y no el salario mínimo interprofesional pues el convenio colectivo ni es medio de prueba hábil para la revisión de los hechos probados ni la categoría profesional con que fue contratado el trabajador fallecido –y las funciones propias de esa cualificación laboral que desempeñó– estaba prevista en el convenio colectivo¹⁹³

alcance. Se añade que dicha norma o no tiene tampoco motivación ninguna acreditativa de que tal cifra coincida con el número de jornadas máximas de trabajo previstas por la normativa laboral cuando fue promulgada. Y se concluye que la cifra de 273 no se acomoda a las previsiones de los artículos 37 y 38 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1980\607 y ApNDL 3006) y que, si pese al tiempo transcurrido desde la vigencia de éstos en su actual redacción, se ha mantenido inalterada la del apartado f) del número 2 del artículo 60 del Decreto de 22 de junio 1956, los principios de legalidad y de seguridad jurídica obligan a que el juzgador haya de estar a lo que de dicha norma resulta». Esta misma doctrina reitera la STSJ de Castilla y León/Burgos de 12-7-1999 (AS 1999, 2732) si bien declara que dado que el fallecimiento del causante se produjo una vez ya estaba en vigor la D.A.11ª RD 4/1998, el coeficiente aplicable era el dispuesto por esta última norma, es decir, 273.

190 STSJ Extremadura de 10-3-1998 (AS 1998, 937) y STSJ Comunidad Valenciana de 18-5-2001 (AS 2001, 3276).

191 STSJ Galicia de 8-10-1999 (AS 1999, 3235).

192 Entre otras muchas, STSJ CANARIAS/Las Palmas de 31-3-2006 (AS 2006, 1691)

193 STSJ Galicia de 18-9-2000 (AS 2000, 2836).

Por otro lado, en el supuesto de que el trabajador en el año anterior hubiera percibido las retribuciones complementarias en otra empresa y no en la que se encontraba prestando servicios en el momento del accidente no se computan las percibidas en tal periodo¹⁹⁴.

e) Base reguladora de los trabajadores a tiempo parcial

Por lo que se refiere a los trabajadores a tiempo parcial, la D.A.7ª LGSS consagra el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial con el trabajador a tiempo completo estableciendo una serie de reglas que, por lo que a la determinación de la base reguladora, no presenta en principio especiales singularidades.

Así, por lo que se refiere en primer lugar a las prestaciones derivadas de contingencias comunes, se aplican las normas establecidas con carácter general para la determinación de la cuantía de las pensiones. Se trata de una previsión lógica que ha recibido total refrendo del Tribunal Constitucional en lo que se refiere al hecho de que resulte una menor pensión en atención al menor esfuerzo contributivo del trabajador a tiempo parcial¹⁹⁵ (diferente es la conclusión en lo que se refiere, sin embargo, al periodo de carencia exigible). Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la determinación de la base reguladora de las pensiones derivadas de contingencias profesionales, se prevé que cuando el trabajador no preste servicios todos los días del año o prestándolos, su jornada de trabajo sea irregular o variable, el salario diario será el que resulte de dividir entre siete o treinta el semanal o mensual pactado en función de la distribución de las horas de trabajo concretadas en el contrato para cada uno de esos periodos (art. 7 RD 1131/2002, de 31 de octubre). La finalidad de la norma es clara: dado que la base reguladora de contingencias profesionales tiene en cuenta el salario realmente percibido por el trabajador, establece un mecanismo para atenuar las posibles consecuencias que se derivarían de la eventualidad de que el hecho causante aconteciera en periodos de mayor o menor actividad, promediando así las cantidades percibidas en el periodo de referencia del salario¹⁹⁶. En el caso de contratos de trabajadores fijos-discontinuos, el salario diario será el que resulte de dividir, entre el número de días naturales de campaña transcurridos hasta la fecha del hecho causante, los salarios percibidos por el trabajador en el mismo periodo (art. 7.2 párrafo segundo RD 1131/2002,

194 STSJ Aragón de 28-6-1995 (AS 1995, 2582).

195 Vid. STC 253/2004, de 22 de diciembre. Vid. también STC 49/2005, de 14 de marzo y STC 50/2005, de 14 de marzo.

196 En este sentido, vid. STSJ ANDALUCÍA/Granada de 23-1-2001 (AS 2001, 2176) anterior a la regulación señalada que declara respecto de un trabajador fallecido durante la campaña que el sistema para la determinación de la base reguladora debía ser sobre la suma de las bases de cotización del año anterior al accidente y no, como solicitaba la viuda, sobre el salario real percibido en el momento del trabajo, multiplicado por los días laborables anuales pues la aplicación de una regla diferente a la "que resulta de calcular la media retributiva sostenida a lo largo del espacio temporal -trabajado-, como puede ser la media de la base de cotización de la última campaña o del último año, o incluso de otros períodos», comportaría que la viuda de un trabajador fijo discontinuo percibiría una pensión de viudedad muy superior a la obtenida por la viuda de un trabajador fijo".

de 31 de octubre).

Dado que para el cálculo de la base reguladora de las contingencias profesionales se integran también los pluses y retribuciones complementarias percibidas por el trabajador en los 12 meses anteriores a la fecha del hecho causante, dicha cantidad se obtiene de la suma de los complementos salariales percibidos por el interesado en el año anterior al hecho causante que se divide entre el número de horas efectivamente trabajadas en ese periodo y el resultado así obtenido se multiplica por la cifra que resulte de aplicar a 1826 el coeficiente de proporcionalidad existente entre la jornada habitual de la actividad de que se trate y la que se recoja en el contrato (art. 7.4 RD RD 1131/2002, de 31 de octubre).

f) Supuestos especiales o excepcionales de determinación de la base reguladora.

La Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987 previó un régimen de pensiones extraordinarias a favor de las personas que resultaran incapacitadas o de los familiares de quienes fallecieran como consecuencia de de actos terroristas, previsión que se ha venido reiterando en las sucesivas normas presupuestarias anuales. Este supuesto excepcional de prestaciones, que determina el derecho a unas pensiones no sujetas a los límites de señalamiento inicial y revalorización establecidos para el resto de las pensiones públicas. En la actualidad, el régimen jurídico de estas prestaciones extraordinarias se contiene en el RD 1576/1990, de 7 de diciembre.

El sistema se configura para que estas pensiones se otorguen en el sistema de previsión que corresponda (Seguridad Social/Clases Pasivas) lo que determina que simplemente se establecen unas normas específicas que a continuación se expondrán. Se predicen de quienes estando afiliados al sistema de Seguridad Social, se encuentren o en situación de alta en alguno de sus regímenes y sean víctimas de un acto terrorista. Lógicamente, la pensión reconocida con amparo en estas normas excepcionales es incompatible con las ordinarias que pudieran corresponder a sus beneficiarios por los mismos hechos causantes así como con cualesquiera otras pensiones extraordinarias derivadas, en razón a la misma causa, por cualquier otro régimen público de protección social básica. Esta regla de incompatibilidad no opera respecto de otras pensiones ordinarias de igual naturaleza que, en razón de la pluriactividad del interesado, pudiera causar en otro régimen distinto del propio sistema de la Seguridad Social, si bien estas últimas sí les resultará de aplicación las normas sobre limitación de señalamiento inicial y revalorización de pensiones.

Las especialidades en lo que se refiere a las prestaciones de supervivencia son las siguientes:

.- La pensión se calcula como si el fallecimiento hubiera ocurrido por accidente de trabajo.

- La base reguladora es distinta según el trabajador estuviera en activo y en alta o situación asimilada o no estuviera en alta o si fuera pensionista. En el primer caso, la base reguladora se determinará dividiendo por 14 el resultado de multiplicar por 12 la última base mensual de cotización. Hay pues, ya, una mejora importante, al tomarse como referencia la base de cotización mas cercana a la fecha del hecho causante, con el efecto sustitutivo de la renta perdida es inmediato.

- Si el trabajador no se hallase en alta o situación asimilada en el momento de producirse el hecho causante, la base de cotización será la base mínima de cotización al Régimen General correspondiente a los trabajadores mayores de 18 años.

- Si se tratase de un pensionista de la Seguridad Social, la base reguladora será la correspondiente a la pensión que viniera disfrutando, actualizándola conforme al IPC desde el mes de la determinación de la base reguladora hasta el segundo mes anterior al que se produjera el acto terrorista.

El importe de la pensión será el 200% de la cuantía de aplicar el porcentaje que corresponda a la base reguladora determinada conforme a las reglas anteriores sin que estas pensiones estén sujetas, en ningún caso, a los límites de señalamiento inicial y de revalorización de las pensiones previstos con carácter general.

2.1.2. Porcentajes aplicables

El porcentaje tradicionalmente aplicable a las anteriormente señaladas bases reguladoras determinantes de la cuantía final de la pensión de viudedad era, como se ha señalado, el 45%. No eran sólo limitaciones financieras las que justificaban este reducido porcentaje: el tamaño de la familia típica de la época -con familias normalmente de mas de 3 hijos o descendientes- aseguraban la percepción -mientras se mantenía la minoría de edad de los descendientes del causante- del 100% de la base reguladora, como se ha dicho no muy alejada, cuando el trabajador estaba en activo, de los salarios dejados de percibir por el fallecimiento, asegurando así que los ingresos de la unidad familiar se mantenían mas o menos en los mismos términos que antes del fallecimiento del causante. La reducida tasa de natalidad de la sociedad española y la consiguiente reducción progresiva del tamaño de la familia nuclear -que en muy escasos supuestos llega a tres o mas descendientes- han roto las reglas anteriores de tal forma que en muy pocos casos se llega a asegurar la subsistencia de la unidad familiar, subsistencia que se dificulta con el encarecimiento de la vida especialmente en las grandes zonas urbanas pues tampoco hay que olvidar que el tránsito de una sociedad rural a una sociedad urbana ha dificultado también la cobertura de las necesidades vitales de carácter alimenticio que en el ámbito rural se veían cubiertas con actividad agraria de subsistencia. Ni siquiera el mecanismo de los complementos por mínimos respecto de los cuales la Ley 24/1997 de 15 de julio previó su extensión progresiva -4 años- a los

pensionistas menores de 60 años¹⁹⁷- aseguraba una cobertura adecuada de la efectiva situación de necesidad en la que determinados viudos/as quedaban con el fallecimiento del causante.

El Acuerdo para la Reforma de las Pensiones de 9 de abril de 2001, firmado por el Gobierno, la patronal CEOE y el sindicato CC.OO -no así por UGT¹⁹⁸-, preveía varias medidas de mejora referidas a la cuantía de la pensión de viudedad, medidas que fueron plasmadas normativamente a través de varias normas: en primer lugar, por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social; en segundo lugar, por el RD 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia; y, finalmente y en tercer lugar, por el ya señalado RD 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad.

En la actualidad, y fruto de las normas anteriores hay que distinguir dos regímenes jurídicos respecto del porcentaje aplicable: el régimen común o general y el régimen especial en el que, a través de una asistencialización de la prestación -no obstante mantenerse su origen y fundamento claramente contributivos- se mejora el porcentaje aplicable cuando concurren determinadas circunstancias. En ningún caso se trata de la configuración de una modalidad no contributiva de viudedad sino simplemente de una mejora de su cuantía condicionada a la prueba del estado de necesidad: los requisitos de acceso -afiliación, alta o asimilada o en su caso, no alta o asimilada y carencia cuando deriva de riesgos comunes, así como en general, todo el régimen jurídico de la prestación- es idéntico al régimen jurídico "común" o general.

a) Régimen común o general

El porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora determinada conforme a los criterios antes indicados es en la actualidad el 52% (art. 31 RD 3158/1966, de 23 de diciembre, modificado por el RD 1795/2003, de 26 de diciembre)¹⁹⁹. Como se ha señalado, este porcentaje culmina la mejora de las pensiones de viudedad previsto en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del

197 La Ley 24/1997, de 15 de julio introdujo la D.A.7ª bis en la LGSS con el siguiente tenor: "Las cuantías de las pensiones mínimas de viudedad para beneficiarios con menos de 60 años, en los términos que reglamentariamente se establezcan, cuando sin superar los requisitos cuantitativos de renta fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para causar derecho a los complementos por mínimos, los interesados no alcancen un determinado límite de rentas y, en atención a sus cargas familiares, se equiparán, de modo gradual y en el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, a los importes de dicha clase de pensión para los beneficiarios con edades comprendidas entre los 60 y 64 años".

Desarrollado por el art. 8 RD 1647/1997, de 31 de octubre. Además, el propio Acuerdo de 9-4-2001 prevé la mejora progresiva de las pensiones mínimas de viudedad para beneficiarios con menos de 65 años.

198 Vid. las causas en MENDEZ, C.: "Un mal Acuerdo: por qué no ha firmado UGT", Revista Foro de Seguridad Social, nº 6-7, 2002. Se puede consultar en <http://www.foross.org>

199 Queda así derogado por la tática el porcentaje del 45% previsto en el art. 8 Orden de 13-2-1967.

Sistema de Protección Social de 9 de abril de 2001 que de forma progresiva amplió el anterior al 46%, 48% y finalmente 52%. Coherentemente con su finalidad de mejora del poder adquisitivo de los pensionistas de viudedad, dicho porcentaje se aplica con carácter retroactivo a todas las pensiones de viudedad causadas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma reglamentaria, lógicamente siempre que constituya una mejora es decir, el porcentaje aplicado a la respectiva base reguladora fuese inferior al 52%, si bien los efectos económicos -aplicables de oficio- son *ex nunc*, es decir, con efectos de 1 de enero de 2004.

La previsión anterior es preciso completarla con el límite previsto en el art. 179.4 LGSSS -no suprimido en ninguna de las reformas emprendidas- de que la suma de todas las pensiones por muerte y supervivencia no exceda del importe de la correspondiente base reguladora en su determinación inicial, es decir, sin que afecte a las correspondientes revalorizaciones. Aunque la Ley 40/2007, de 4 de diciembre reforma este precepto, esta reforma afecta únicamente al supuesto de que el porcentaje a aplicar sea el 70%, como luego se señalará, y por tanto, no afecta al supuesto "común" expuesto²⁰⁰.

b) Régimen especial

Efectivamente, recogiendo las previsiones referidas a las prestaciones de muerte y supervivencia del Acuerdo de 9 de abril de 2001, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, creó una submodalidad o subespecie de pensión de viudedad para los pensionistas de menores ingresos y con cargas familiares que vino a añadirse a la mejora de los porcentajes señalados para el régimen común y tradicional. En todo caso, la reforma en este punto no supuso la configuración de una modalidad no contributiva de viudedad sino únicamente una mejora de su cuantía condicionada a la prueba del efectivo estado de necesidad requisito no exigido con anterioridad respecto de la prestación de viudedad la cual, como señaló el Tribunal Constitucional²⁰¹ "no se basa en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño como un exceso de gastos o un defecto de ingresos originados por la actualización de una determinada contingencia". Con todo, hay que anticipar ya que los requisitos exigidos para el reconocimiento de dicho porcentaje del 70% ponen de manifiesto la excepcionalidad de su reconocimiento aunque no es posible contar con datos estadísticos específicos sobre el particular. No sólo los límites de ingresos predicables del beneficiario sino, fundamentalmente, la necesidad de existencia de cargas familiares (hijos) -los cuales, normalmente serán, o bien titulares de pensión de orfandad, o

200 El Proyecto de Ley añade un último párrafo al art. 179.4 LGSS con la siguiente redacción: "Sin perjuicio de lo previsto con carácter general en este apartado, el límite establecido podrá ser rebasado en caso de concurrencia de varias pensiones de orfandad con una pensión de viudedad cuando el porcentaje a aplicar a la correspondiente base reguladora para el cálculo de esta última sea del 70%, si bien, en ningún caso, la suma de las pensiones de orfandad podrá superar el 48% de la base reguladora que corresponda". Así se recoge en el texto finalmente aprobado con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

201 STC 103/1983, de 22 de noviembre (Pleno)

incluso causantes de prestaciones familiares por hijos a cargo- tiene un claro efecto excluyente, pues en los rendimientos de la unidad familiar también se computan los rendimientos de naturaleza prestacional.

El primer requisito es de tipo económico y se predica del propio pensionista de viudedad: es preciso que los rendimientos anuales del mismo por todos los conceptos no superen la cuantía resultante de sumar al límite, que en cada ejercicio económico esté previsto para el reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas, el importe anual que en cada ejercicio corresponda a la pensión mínima de viudedad en función de la edad del pensionista. Teniendo en cuenta que la pensión mínima es la misma para el titular con mas de 65 años que para el titular con cargas familiares (6864,62 €)²⁰² y que el límite de ingresos previsto para el año 2007 para tener derecho a los complementos por mínimos es de 6.457,30 euros al año, para poder aplicar el 70% a la base reguladora es preciso que los rendimientos anuales del beneficiario por todos los conceptos no exceda de **13.321,92 euros**. Se consideran ingresos computables cualesquiera bienes o derechos derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional, tomándose en el valor percibido en el ejercicio a aquel en que deba aplicarse o mantenerse el porcentaje del 70%. Por lo que se refiere a los rendimientos de capital mobiliario al no ser posible conocer su concreto importe hasta el final de cada ejercicio habrá de estarse a los últimos devengados que son los del ejercicio anterior a menos que se demuestre que han variado sin que sea lícito hacer una estimación sobre lo percibido en una parte del año pues no deja de ser una cantidad incierta²⁰³. Los rendimientos de capital se imputan a quien es su titular sin que pueda imputarse al 50% al hijo minusválido que vive con su madre salvo que sean generados por bienes propios del hijo²⁰⁴.

En segundo lugar, la pensión de viudedad tiene que constituir la principal o única fuente de ingresos del pensionista, lo que, sin duda, no resulta difícil con este límite pues ya casi la mitad del mismo está formado por el importe mínimo de la pensión de viudedad (6.864.62 euros; 6396.32 euros y 5.104.26 euros respectivamente según el pensionista tenga 65 años; entre 61 y 64 o menos de 60 respectivamente).

Como tercer requisito el viudo/a ha de tener cargas familiares, cargas que se circunscriben a la convivencia con hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados en grado igual o superior al 33%, o menores acogidos de hecho, cargas familiares que no necesariamente exige que se trate de hijos del causante de la pensión de viudedad²⁰⁵. No se tiene en cuenta la existencia de ninguna otra carga familiar distinta de los descendientes señalados, como

202 Art. 46 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 (BOE de 29-12-2006).

203 STSJ Asturias de 19-3-2004 (AS 2004, 1444).

204 STSJ Madrid de 2-3-2000 (AS 2000, 2336)

205 STSJ Canarias/Sta Cruz de Tenerife de 23-7-2004 (AS 2004, 2759); STSJ Castilla y León/Valladolid de 26-7-2004 (AS 2004, 2002).

podrían ser ascendientes, bien propios bien del sujeto causante. Además, el cumplimiento de los 26 años puede determinar la desaparición de la carga familiar -y por tanto, que a partir del cumpleaños del hijo la pensión pase a calcularse sobre el 52% o, en su caso, si se tienen otras cargas familiares que permite la subsistencia del requisito que se dejen de reunir el también requisito de que la renta de cada integrante de la unidad familiar sea inferior al 75% SMI. Como antes se ha señalado, la existencia de estas cargas familiares puede determinar que el viudo/a sea beneficiario de prestaciones por hijos a cargo, prestaciones que se integraran tanto en el límite de ingresos predicado del pensionista como en el límite de renta predicado del conjunto de la unidad familiar. Además, cabe también que ese hijo sea beneficiario de pensión de orfandad, lo que puede determinar en algunos casos la triple convergencia de esta protección

En este sentido es fundamental tener en cuenta las siguientes particularidades de las prestaciones familiares por hijos a cargo: a) aunque en general son prestaciones de naturaleza no contributiva y por tanto están condicionadas a un determinado nivel de rentas, este límite no se exige cuando se trata de hijo minusválido; b) la prestación por hijo a cargo no es incompatible con la pensión de orfandad del huérfano menor de 18 años y en la actualidad tampoco si el huérfano es mayor de dicha edad cuando sea minusválido²⁰⁶ pues si bien la Ley 52/2003 sí estableció dicha incompatibilidad, en la práctica devino inaplicable pues esta modificación normativa fue neutralizada, primero, con el RD 364/2004, de 5 de marzo²⁰⁷ el cual añadió un nuevo párrafo al art. 36.1 D. 3158/1966 por la manteniendo dicha incompatibilidad en términos jurídicos, la cuantía de la pensión de orfandad que pudiera corresponder al huérfano -una vez garantizado el complemento a mínimo que en su caso pudiera corresponderle- se incrementaba con el importe, en cómputo anual, de la asignación que, en cada ejercicio económico, estuviera establecida en favor del hijo a cargo mayor de 18 años, en función del grado de minusvalía acreditado, incremento que no se tomaba en consideración a los efectos de la aplicación del límite del 100% de la base reguladora y, en segundo lugar, por la directa modificación del art. 189.3 LGSS operada por la Ley 8/2005, de 6 de junio; c) la cuantía es muy distinta según las diferentes circunstancias: en el caso de menor no minusválido se cifra para el año 2007 en 291 €/año; en 581.60 € para menor de 18 años minusválido en un porcentaje superior al 33%: en 3727 € para mayores de 18 años con minusvalía superior al 65% y 5590.80 € para mayores

206 Incompatibilidad establecida por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

207 Esta norma ha sido expresamente derogada por la Ley 8/2005, de 6 de junio que lo que realizó fue suprimir -mediante una nueva modificación del art. 189.3 LGSS- la incompatibilidad de la pensión por hijo a cargo minusválido con la condición de pensionista de orfandad con 18 o mas años e incapacitado para el trabajo a fin de "dota al ordenamiento de la Seguridad Social de una mayor seguridad jurídica, de modo que las reglas que regulen, de una forma efectiva, la compatibilidad o incompatibilidad de las prestaciones sociales públicas se contengan en disposición con rango de Ley". En definitiva, que ya no es incompatible la condición de huérfano mayor de 18 e incapacitado para todo trabajo con las prestaciones familiares por hijo a cargo minusválido.

de 18 años grandes inválidos.

Y finalmente, respecto del conjunto de la unidad familiar se predica un nuevo límite de renta de tal forma que su renta, incluyendo al pensionista, dividida entre el número de miembros que la compongan, no puede superar, en cómputo anual, el 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de pagas extras (para 2007, el 75% SMI es 5135,40 €). En el caso de que el hijo cumpla los 26 años, aunque el viudo/a continúa tenga mas hijos a cargo y por tanto, cumpla con el requisito de las existencia de cargas familiares, es posible que se pierda el derecho a la aplicación del porcentaje del 70% al no resultar ya computable en la división de las rentas de la unidad familiar el hijo mayor de 26 años²⁰⁸. No existe mecanismo alguno que atenúe, de modo similar al previsto para las prestaciones por hijos a cargo, la aplicación de esta regla excluyente que permita así calcular la pensión de viudedad al 70% cuando, pese a superarse el 75% del salario mínimo interprofesional, lo es en escasa cuantía.

Todos estos límites, que en una configuración no contributiva resultan lógicos, resultan más cuestionables cuando se predica de una prestación totalmente contributiva. Pero, además, no se pueden olvidar dos cuestiones que afectan a la propia operatividad real del porcentaje del 70% si bien alguna de ellas ya está prevista su inmediata matización, consciente el legislador de las contradicciones de este régimen jurídico especial.

En primer lugar, y dado que el régimen jurídico aplicable es el general, operaba el límite previsto en el art. 179.4 LGSS según el cual la suma de las cuantías de las pensiones de muerte y supervivencia²⁰⁹ no podrá exceder del importe de la base reguladora que corresponda conforme a lo previsto en el apartado 2 del art. 120, en función de las cotizaciones efectuadas por el causante estableciendo unas prioridades entre las distintas pensiones, con exclusión de la viudedad: es decir, no se puede superar el 100% de la base reguladora del causante. Esto suponía que un beneficiario con 2 hijos a cargo -cargas familiares imprescindibles para que se aplique el 70% según se ha señalado - percibía prácticamente lo mismo por una vía que por otra ($52+20+20=92\%$) o ($70+20+20=110\%$ que por la aplicación de ese límite se reduce al 100%) y que con 3 hijos lo igualaba totalmente ($52+20+20+20=112\%$, igualmente por aplicación de ese límite se reduce a 100%) o ($70+20+20+20=130\%$ igualmente por aplicación de ese límite se reduce a 100%). El legislador, consciente de la contradicción de esta previsión, ha previsto ahora en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, la modificación del art. 179.4 LGSS en orden a permitir la posibilidad de rebasar ese 100% cuando el porcentaje a aplicar a la base reguladora para el cálculo de la pensión de viudedad sea el 70% en supuestos de concurrencia de varias pensiones de orfandad con una pensión de viudedad si bien se establece

208 Vid. el supuesto que se recoge en la STSJ Asturias de 19-3-2004 (AS 2004, 1444).

209 Hasta la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, el límite señalado se predicaba sólo respecto de las suma de las pensiones de viudedad y orfandad habiéndose extendido ahora a todas las pensiones de muerte y supervivencia incluyendo, por tanto, las prestaciones a favor de otros familiares.

un nuevo límite predicado de las pensiones de orfandad pues la suma de éstas no podrá superar el 48% de la base reguladora que corresponda. Esto supone que, en caso de ser aplicable el supuesto especial del 70%, el fallecimiento del causante puede determinar que la "unidad familiar" llegue a percibir hasta un 118% de la Base reguladora. La limitación al 48% parece que obedece a la voluntad del legislador de no establecer discriminaciones entre unos huérfanos y otros dado que, cuando se aplica el porcentaje del 52% para la determinación de la pensión de viudedad, el tope máximo resultante de aplicar la tradicional limitación del 100% de la base reguladora es precisamente ese 48%.

En segundo lugar, el hecho de que el beneficiario de la pensión de viudedad al que se le exigen cargas familiares -reducidas a hijos a cargo-, con ese nivel de rentas -salvo en el caso de prestaciones familiares por hijos a cargo minusválido que como ya se ha dicho no se exige límite de rentas-, será con bastante probabilidad beneficiario de prestaciones no contributivas por hijos a cargo que se computarán a estos efectos, tanto a la hora de valorar las rentas del viudo/a como en el total del nivel de rentas de la unidad familiar, posibilidad ahora aun mayor tras la contrarreforma antes señalada que permite la compatibilidad de las pensiones de orfandad con las prestaciones por hijos a cargo. En este sentido, el art. 9 RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares dispone expresamente que no se excluye la consideración de hijo a cargo cuando la prestación contributiva que se percibe es la pensión de orfandad.

Efectivamente, hay que tener en cuenta que los menores de 18 años y mayores de 18 años incapacitados pueden ser causantes de la prestación no contributiva por hijo a cargo cuyos requisitos, en lo que ahora interesa son: a) no percibir -el beneficiario- unos ingresos anuales de cualquier naturaleza superiores a 9273, 83 euros (D.A.1ª Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007) incrementándose en un 15% mas por cada hijo o menor acogido a cargo a partir del segundo, este incluido (es decir, en 1391,07 euros mas); b) que el menor esté a cargo del beneficiario, entendiéndose que está a cargo cuando convive y depende económicamente de él, dependencia que no se pierde por el hecho de que el hijo o menor a cargo perciba ingresos por cuenta ajena o propia que no excedan del 75% del SMI en cómputo anual ni por el hecho, como se ha señalado, de que perciba pensión contributiva de orfandad aunque sí otra prestación contributiva (art. 9 RD 1335/2005). La cuantía de la prestación varía sustancialmente si el menor a cargo está o no incapacitado: en este último caso, salvo que sea minusválido en un grado inferior al 33%, dado lo reducido de la cuantía -290 euros²¹⁰- la prestación familiar posiblemente no va a generar problemas desde esta perspectiva que ahora venimos analizando; en el supuesto de que sea menor de 18 años pero tenga un grado de minusvalía igual o superior al 33% tampoco la cuantía -581,66 euros- parece susceptible de constituirse en un obstáculo grave para la aplicación del porcentaje del 70% para la determinación de la cuantía de la pensión de viudedad. No ocurre lo

210 Art. 182 bis LGSS

mismo, sin embargo, en los supuestos en que el hijo -mayor de 18 años- tenga un grado reconocido de minusvalía igual o superior al 65% o al 75%, en cuyo caso las cuantías se establecen, para el año 2007, en 3727,20 euros y 5590,80 euros respectivamente²¹¹, cuantías que, sumadas a la eventual pensión de viudedad que se pretende mejorar -y que hay que recordar exige la concurrencia de cargas familiares en su beneficiario como requisito imprescindible, puede hacer que se supere el límite predicado. Hasta tal punto dicha concurrencia de prestaciones impide o puede convertir en ilusorio el incremento del citado porcentaje que, administrativamente, se ha admitido, cuando en la misma unidad familiar se produzca el reconocimiento simultáneo de pensiones de viudedad, orfandad o en favor de familiares o subsidio temporal en favor de familiares o el pensionista de viudedad tenga también la condición de beneficiario de la asignación por hijo a cargo (en la actualidad, prestación familiar) y la concurrencia impida la mejora de la pensión de viudedad hasta el porcentaje del 70%, la renuncia al derecho al percibo de la prestación que obstaculiza la aplicación del porcentaje, por no cumplirse el requisito de falta de ingresos o de existencia de cargas familiares siempre que, en conjunto, resulte más beneficioso para el beneficiario, renuncia que tiene carácter de revocable (Circular 4/2003, de 8 de septiembre, punto 15.2.6).

Pongamos unos ejemplos cuantitativos. En primer lugar, imaginemos un sujeto causante con una base reguladora de 1100 € cuyo cónyuge, de 36 años, no realiza actividad profesional alguna y con dos hijos de 3 y 5 años. El importe de la pensión de viudedad que le corresponde es de 527 €/mes que, en cómputo anual, implican 8008 €. Las pensiones de orfandad alcanzan cada una el importe de 220 €/mes, lo que implica 3080 €/año por cada una de ellas. En cómputo anual, el cónyuge superviviente percibe un total de 14.168 € lo que supone que, sin percibir ningún otro ingreso de cualquier naturaleza quede superado el límite de ingresos (13.321 €/año) presupuesto básico para la aplicación de la norma.

Si, en un segundo ejemplo, colocamos la pensión percibida por el sujeto por debajo del importe mínimo de la pensión de viudedad (Base reguladora del causante establecida en el tope mínimo de cotización para 2007, es decir 665,70 €/mes), el superviviente tiene derecho a una pensión de viudedad de 346,16 €/mes (4846,30 € cómputo anual) y a dos pensiones de orfandad por importe de 133,14 € cada una al mes (en cómputo anual, 1863,96 € año cada una, es decir, 3727,92 €) lo que supone en total que percibe (sin complemento por mínimos) 8574,22 € en cómputo anual por viudedad y orfandad, es decir, por debajo del límite de ingresos, por lo que en principio ya cumple con el primer requisito. Dado que ninguna de las pensiones llega a las pensiones mínimas establecidas, hay que completar estas pensiones con los correspondientes complementos por mínimos lo que determinará que la pensión de viudedad, aplicando el 52% y complementada con mínimos se cifre en 6.905,08 € (lo que significa un complemento por mínimos de 2058,78 €/año) y las de orfandad una cuantía de

211 D.A.1ª Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

2.087,82 € cada una lo que significa que están complementadas en 223,86 €/año cada una de ellas), dando un total de 9310 €/año). El segundo requisito es que la pensión constituya la principal fuente de ingresos del pensionista, lo que en este caso es obvio pues no percibe otros ingresos distintos de la pensión de viudedad que las dos pensiones de orfandad cuya titularidad corresponde a sus hijos. Finalmente, el límite del conjunto de la unidad familiar pues los ingresos de toda la unidad familiar, incluido el propio pensionista, no puede superar por cada uno 5135,40 € (75% SMI/2007), lo que también se cumple en este caso dicha cantidad dividida entre los tres integrantes de la unidad familiar arroja un saldo de 3103.33 €. Dado que hay que computar todos los ingresos incluyendo la pensión mínima que percibe el beneficiario (pues la cuantía calculada ha quedado por debajo de esta) si bien es verdad que se toma a estos efectos la pensión mínima para titular con menos de 60 años²¹², el resultado es que tiene derecho al cálculo de la pensión con el porcentaje del 70%, que aplicado a la base reguladora de 665,70 €/mes determina una pensión de viudedad de 465.99 €/mes (6523.86 € en cómputo anual).

Si tenemos en cuenta que la cuantía de la pensión mínima de viudedad para las personas con cargas familiares para 2007 está establecida en 6.905,08 €/año, la conclusión es clara: el incremento de la pensión hasta el 70% únicamente supone el cambio de denominación de lo percibido que antes de esa reforma se tenía asegurado por la vía de los complementos por mínimos. El sistema simplemente ha hecho un trasvase de fondos. A todo esto se añade, además, que opera el límite de que la cuantía de las pensiones por muerte y supervivencia no puede exceder del importe la base reguladora que corresponda, límite que aquí se ve superado pues la suma de las tres pensiones da como resultado 732,27 €/mes que supera sobradamente la base reguladora de 665,70 €.

En tercer lugar, podemos imaginar una unidad familiar integrada por una viuda, de 79 años, con un hijo minusválido (en porcentaje superior al 65%) de 44 años. La citada viuda percibe una pensión de viudedad sobre una base reguladora de su marido, pensionista de jubilación, que, al no alcanzar la cuantía mínima, se complementa con mínimos hasta alcanzar la cuantía de la pensión mínima para mayores de 65 años y/o cargas familiares de 6.905,08 €/año (la base reguladora de la pensión de jubilación fue, -el año anterior a su fallecimiento- de 480 €). La pensión de orfandad del hijo minusválido al no alcanzar tampoco la pensión mínima para 2007 se completa hasta llegar a dicha cuantía, cifrada en 2.087,82 €. Dado que la madre no supera el límite de ingresos para la percepción de la prestación familiar por hijos a cargo (cifrada para el año 2007 en 9.273,83 €/año) genera derecho a la misma al no ser ya incompatible con la pensión de orfandad que pudiera percibir, estando cifrada

212 Circular 4/2003, de 8 de septiembre (Instrucción 15.2.3): A estos efectos, si el pensionista percibe una pensión mínima, para la determinación de la existencia de cargas familiares no se computará el complemento a mínimos por cargas familiares sino el correspondiente a beneficiario con menos de 60 años.

dicha cuantía en 3.727,20 €/año para el año 2007. Así la unidad familiar percibirá un total de 12.717.10 €/año, computando la pensión de viudedad al 52% y estando complementadas por mínimos tanto la pensión de viudedad como la pensión de orfandad. Calculemos ahora la pensión al 70%: la pensión de viudedad queda establecida en 336 €/mes que en cómputo anual implica 4704 € es decir, también por debajo de la pensión mínima. La pensión de viudedad continúa siendo la misma y ningún cambio mas se opera sobre la situación de la unidad familiar: la cantidad a percibir por la unidad familiar será al igual que en el supuesto anterior los 12.717.10 €/año.

En definitiva, que el régimen jurídico para el incremento del 70% ha enturbiado la naturaleza jurídica de la prestación y ha aportado poco, o nada, a la efectiva mejora económica de las pensiones de viudedad pues, en realidad, esa función de corrección o mejora de las cuantías de unas pensiones que la aplicación estricta de la contributividad mantiene en unos niveles de clara insuficiencia, se viene cumpliendo a través de los complementos por mínimos²¹³. La responsabilidad de este incremento, por lo demás, queda residenciado siempre, y salvo que en el acuerdo con la Mutua se hubiera asignado a esta, en la Entidad Gestora pública incluso en las pensiones de viudedad reconocidas por Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, estando igualmente excluido dicho porcentaje en la determinación de la responsabilidad empresarial por incumplimientos en materia de afiliación, alta y cotización²¹⁴.

2.1.3. El incremento directo de la pensión cuando el fallecimiento fuera debido a accidentes de trabajo y enfermedad profesional por omisión de medidas de seguridad: el recargo de prestaciones (art. 123 LGSS).

Dispone el Art. 123 LGSS que todas las prestaciones que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador". Esta responsabilidad, que recaerá directamente sobre el empresario infractor y no es asegurable, supone, por tanto, el posible incremento de la cuantía de la pensión por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene, incremento que puede oscilar entre el 30 y el 50%. En el ámbito de las Empresas de Trabajo Temporal, esta responsabilidad lo es de la empresa usuaria, si el accidente de trabajo o enfermedad profesional tiene lugar en su centro de trabajo y durante la vigencia del contrato de puesta a disposición (Art. 16.2 Ley 14/1994, de 1 de junio, de

213 En igual sentido, GARATE CASTRO, J., "Las reformas de las prestaciones por muerte y supervivencia a partir del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social", Tribuna Social nº 137, mayo 2002 págs. 9 y 10.

214 Vid. Circular 4/2003, de 8 de septiembre, pto. 15.4.

Empresas de Trabajo Temporal). La Inspección de Trabajo es competente para instar del órgano administrativo competente la declaración de este recargo (Art. 7.8 Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

La determinación del concreto porcentaje del recargo es competencia del órgano administrativo, siendo revisable judicialmente tanto en la instancia, como en suplicación [STS de 19-1-1996 (RJ 1996, 112)].

Se trata de una responsabilidad cuasiobjetiva, en la que tiene escasa incidencia la conducta del trabajador y es de naturaleza sancionadora lo que justifica la compatibilidad de este recargo con las indemnizaciones por daños y perjuicios que pudieran derivarse de la infracción en cualquier otro orden jurisdiccional, incluso en el ámbito penal (art. 123.3 LGSS)²¹⁵.

El recargo, precisamente por esa finalidad sancionadora, no se tiene en cuenta ni a efectos de revalorización ni del tope máximo de pensiones²¹⁶.

2.1.4. La cuantía de la pensión de viudedad en el supuesto de concurrencia de beneficiarios: el supuesto de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

Como es sabido, el actual art. 174.2 LGSS -con origen en la D.A. 10ª Ley 30/1981, de 7 de julio, de Divorcio- establece la distribución de la pensión de viudedad entre quienes sean y hubieran sido cónyuges legítimos -en este último caso siempre que no hubieran vuelto a casarse- en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido. Dicho precepto -generador de una importante controversia judicial²¹⁷ y doctrinal²¹⁸ cerrada finalmente con la victoria de la tesis atributiva sobre la distributiva²¹⁹- confería el derecho a la pensión de viudedad a quien fuera cónyuge en el momento del fallecimiento del causante otorgando, en caso de concurrencia de beneficiarios, un derecho de estos a participar, en proporción al tiempo de su convivencia matrimonial, en la pensión de viudedad causada por el fallecido. Esta interpretación tuvo como consecuencia que quien era cónyuge del causante en el momento del fallecimiento tenía derecho a la pensión con independencia de la duración de su matrimonio y tanto en caso de no concurrencia de cónyuges como en caso de concurrencia de otros ex cónyuges siendo a éstos a los únicos que se computa su convivencia matrimonial para determinar el porcentaje de participación en la

215 En este sentido, vid. Entre muchísimas, STS de 17-2-1999 (RJ 1999, 2598), STS de 20-7-2000 (RJ 2000, 7639), STS de 9-7-2001 (RJ 2001, 9595), STS de 22-4-2004 (RJ 2004, 4391).
Alguna sentencia declara su carácter mixto: STS de 17-4-2007 (RJ 2007, 4802).

216 STS de 20-3-1997 (RJ 1997, 2591) y STS de 11-7-1997 (RJ 1997, 6258).

217 Entre otras, STS de 11-2-1985 (RJ 1985, 634) y STS de 17-4-1986 (RJ 1986, 2198)

218 Vid. un resumen de tal polémica en RODRÍGUEZ INIESTA, G., "La pensión de viudedad en el Sistema español de Seguridad Social", Laborum, 2006, págs. 293 y ss.

219 Sobre el particular, vid. el interesante y clarificador Voto Particular del Magistrado D. Luís Gil Suárez a la STS de 21-3-1995 (RJ 1995, 2171), dictada en Sala General, que establece dicha tesis atributiva. Con posterioridad ya en el mismo sentido a la anterior, vid. STS de 10-4-1995 (RJ 1995, 3032) y STS de 26-4-1995 (RJ 1995, 3733).

pensión del cónyuge, beneficiándose éste de los periodos inter-matrimoniales puesto que el periodo a tener en cuenta para el reparto de la pensión del ex cónyuge es el periodo de convivencia marital, es decir, desde la fecha del matrimonio hasta la fecha en que dicha convivencia se termina²²⁰. En caso de que en el momento del fallecimiento del causante sólo exista ex cónyuge sin cónyuge actual, la cuantía de la prestación también se distribuye en función del tiempo de convivencia matrimonial²²¹. Cuestión distinta -y excepcional- es la posibilidad de computar el tiempo de convivencia prematrimonial de quien es ex cónyuge en el momento del fallecimiento del causante por aplicación de la regla 3ª de la D.A.10ª Ley del Divorcio, es decir, debiéndose la convivencia prematrimonial a la imposibilidad de contraer matrimonio por estar el causante previamente casado y no poder divorciarse de su anterior esposa, regularizando su situación con quien mantenía dicha conveniencia prematrimonial con la diligencia mínima exigible²²².

Este reparto de la pensión de viudedad -que también afecta a los complementos por mínimos que se predicen únicamente de la pensión y no de cada una de los beneficiarios²²³ y ello incluso aunque sólo exista una beneficiaria²²⁴,

220 STS de 10-11-1999 (RJ 1999, 9501). Vid. en el mismo sentido, STSJ Cataluña de 5-9-2005 (AS 2005, 3620), STSJ Extremadura de 2-6-2003 (AS 2003, 3744); STSJ Las Palmas de 28-1-2000 (AS 2000, 1779); STSJ País Vasco de 11-1-2000 (AS 2000, 813), STSJ Cataluña de 20-1-2000 (AS 2000, 792); STSJ Castilla y León/Valladolid de 27-9-1999 (AS 1999, 6703);

221 STS de 10-11-1999 (RJ 1999, 9501); STS de 17-7-2000 (RJ 2000, 9643); STS de 26-9-2000 (RJ 2000, 7646); STS de 3-7-2000 (RJ 2000, 7173); STS de 3-5-2000 (RJ 2000, 5972); STS de 3-5-2000 (RJ 2000, 5506); STS de 3-5-2000 (RJ 2000, 4259); STS de 10-4-2000 (RJ 2000, 3431); STS de 10-4-2000 (RJ 2000, 3425); STS de 27-3-2000 (RJ 2000, 3123); STS de 22-3-2000 (RJ 2000, 2882); STS de 21-3-2000 (RJ 2000, 2871); STS de 20-3-2000 (RJ 2000, 2865); STS de 5-4-2000 (RJ 2000, 2617); STS de 6-3-2000 (RJ 2000, 2597), STS de 22-2-2000 (RJ 2000, 2061); STS de 25-1-2000 (RJ 2000, 1311), STS de 24-1-2000 (RJ 2000, 1062); STS de 17-1-2000 (RJ 2000, 978); STS de 23-7-1999 (RJ 1999, 7752) entre muchísimas.

Fue la STS de 21-3-1995 (RJ 1995, 2171) dictada en Sala General a las que les siguieron la STS de 10-4-1995 (RJ 1995, 3032) y la STS de 26-4-1995 (RJ 1995, 3733) las que sentaron la actual doctrina jurisprudencial. Existe numerosísima doctrina judicial que continúa la línea jurisprudencial señalada que, por indiscutida, no se reproduce. Esta unanimidad es quebrada sólo muy excepcionalmente: vid. entre otras, STSJ Madrid de 11-5-1999 (AS 1999, 5610) la cual fue casada por la STS de 20-3-2000 (AS 2000, 2865). También concede la pensión íntegra, STSJ País Vasco de 9-11-1999 (AS 1999, 4214) que fue casada también por la STS de 17-7-2000 (AS 2000, 9643)

222 Vid. STS de 27-1-2004 (RJ 2004, 849) que confirma la STSJ Cataluña de 18-6-2002 (AS 2002, 2500). En similar supuesto y concluyendo también en similar sentido vid. STSJ Madrid de 30-5-2002 (AS 2002, 2062).

223 Entre otras, STS de 22-10-2002 (RJ 2003, 1905), STS de 27-9-1994 (RJ 1994, 7256), STS de 30-3-1994 (RJ 1994, 2661). Vid. también STSJ Castilla y León/Valladolid de 5-6-2000 (AS 2000, 3027).

224 STS de 21-5-2003 (RJ 2005, 6355). En sentido contrario, la STSJ Cataluña de 1-10-2002 (AS 2002, 3826) que es casada por la anterior.

Vid. también STS de 19-12-2002 (RJ 2002, 2350), STS de 22-10-2002 (RJ 2002, 1905), STS de 9-12-2002 (RJ 2002, 1640), STS de 20-5-2002 (RJ 2002, 6797) que siguen la doctrina unificada.

Se aparta de la doctrina unificada, argumentando las razones que le llevan a dicho apartamiento la STSJ Cataluña de 5-2-2002 (AS 2002, 1490) la cual es casada por la STS 19-12-2002 (RJ 2003, 2350).

complementos que no proceden en el caso de que la pensión teórica supere el mínimo reglamentario²²⁵- tiene como consecuencia inmediata una clara insuficiencia de la pensión, insuficiencia que se incrementa cuanto mayor número de eventuales beneficiarios concurren, es decir, cuantos más ex cónyuges con derecho a pensión tiene el causante. Hay que recordar que el ex cónyuge tiene derecho a pensión siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias pero no pierde el derecho, tras la STC 125/2003, de 19 de junio²²⁶-, en caso de convivencia more uxorio, pese a la remisión del art. 174.3 LGSS al art. 101 Cc que determina la extinción de la pensión compensatoria en los supuestos de separación y divorcio tanto en el caso de nuevo matrimonio como en el supuesto de convivencia marital. No obstante, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre modifica ahora de nuevo esta previsión declarando, respecto de todos los supuestos de acceso a la pensión de viudedad, que la constitución de una pareja de hecho en los términos que regulados en la nueva redacción del art. 174.3 LGSS extinguirá el derecho a la pensión de viudedad, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente²²⁷.

Especialmente conflictivo se ha presentado en su aplicación práctica la cuestión de la determinación de la convivencia entre cónyuges separados bien por reconciliación retomándose en tal caso la *affectio maritalis*, bien por situaciones de facto como puede ser el hecho de que el cónyuge esté enfermo cuestiones todas ellas esenciales para la determinación de la cuantía de la prestación al estar en relación con la duración de la convivencia, como ya se ha señalado. En general, la entidad gestora en criterio admitido por la doctrina judicial y la jurisprudencia y en aplicación de las normas civiles (arts. 83 y ss Cc) viene entendiendo que la convivencia se presume durante el matrimonio entendiendo

225 STS de 31-5-2005 (RJ 2005, 6021) que señala "(...) la cuantía del complemento de mínimos de la pensión de viudedad... debe abonarse en igual porcentaje que el fijado para la pensión», doctrina que presupone que el complemento a mínimos no corresponde cuando la cuantía de la pensión teórica completa supera el mínimo establecido (...)".

226 La Ley 24/2001, de 27 de diciembre derogó la regla 5ª de la D.A.10ª de la Ley de 7 de julio de 1981 que disponía la extinción de la pensión de viudedad de los ex cónyuges en los supuestos previstos en el art. 101 Cc el cual disponía las nuevas nupcias y la convivencia more uxorio. La Ley 24/2001, añadió al art. 174.3 que disponía la extinción de los derechos derivados del apartado anterior los supuestos del art. 101 del Código Civil "sin perjuicio de lo que se estableciera reglamentariamente en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio". En este sentido, el RD 1465/2001 modificó el RGP permitiendo el mantenimiento de la pensión de viudedad en algunos supuestos aunque el beneficiario contraiga nuevas nupcias.

En algún caso, haciéndose eco de la jurisprudencia constitucional, se desestima en suplicación que la convivencia marital del ex-cónyuge tenga efectos extintivos sobre la pensión de viudedad: vid. entre otras STSJ Cataluña de 21-10-2003 (AS 2003, 3978).

227 Esta nueva regulación zanja la polémica anterior relativa a los efectos de la convivencia more uxorio sobre la pensión de viudedad pero curiosamente la zanja en sentido distinto al que pudiera parecer a primera vista. En tanto la extinción se produce, además de por el nuevo matrimonio, por la constitución de una pareja de hecho en los términos previstos en el art. 174.3 LGSS no es la simple convivencia matrimonial la determinante de dicha extinción sino la "constitución de una pareja de hecho". El art. 174.3 LGSS referido a la pareja de hecho está previsto para regular el acceso a la pensión de viudedad de los convivientes more uxorio y exige unos requisitos bastante estrictos. La conclusión es clara: no constituye causa de extinción de la pensión de viudedad la convivencia marital sino la constitución de una pareja de hecho de las que son susceptibles de generar pensión de viudedad.

que la convivencia está rota desde el momento de la sentencia de separación ya sea civil o eclesiástica²²⁸, aunque en algún caso se ha atendido a la fecha de suscripción del convenio regulador aunque la sentencia aprobatoria del mismo y que decreta la separación fuera posterior sin otorgar valor al hecho de que el causante figurara empadronado en el domicilio conyugal e incluso que pasara allí de forma esporádica o incluso de manera reiterada porque "la separación conyugal jurídicamente declarada, que se mantenía, teniendo ésta mucho mayor alcance que la mera convivencia esporádica o la simple cohabitación o coincidencia, incluso más o menos estable, en un mismo espacio vital, nada de lo cual basta para considerar reanudada la convivencia conyugal, para cuya acreditación se exigiría una evidencia de igual valor que la que tiene la separación acordada en su día, precisamente por los efectos jurídicos que se otorgaron a ésta en el convenio correspondiente, que estaban vigentes mientras no quedasen sin efecto por la misma autoridad que lo aprobó, no apareciendo siquiera al respecto alguna otra prueba de entidad en defecto de la anterior"²²⁹. En otros casos, es a la fecha en la que se dictan por el juzgado medidas provisionales previas a un proceso civil de separación que nunca se inició por ninguno de los cónyuges (fecha anterior a la sentencia del Tribunal eclesiástico que declara la separación matrimonial, aunque nunca se convalidó civilmente) la fecha que el Tribunal toma como determinante de la separación matrimonial pues es en ese momento o fecha en la que cesó la convivencia matrimonial²³⁰. Por lo demás, la norma de la prorrata de la pensión en función del tiempo de convivencia se aplica también pacíficamente en los supuestos de separación de hecho pues la norma no exige que se trate de separación constatada judicialmente²³¹.

Por lo que respecta a la reconciliación, aunque normativamente la cuestión ya ha quedado resuelta con la modificación del art. 84.1 Cc por la Ley 15/2005, de 8 de julio, exigiéndose ahora que la reconciliación sea comunicada al Juez separadamente por los dos cónyuges al Juez que conoció de la separación, la jurisprudencia ya venía exigiendo la comunicación al juez por uno de los cónyuges de la reconciliación negando efectos a la reconciliación sin dicha comunicación. Como señaló la STS de 15-12-2004 "la separación matrimonial, en tanto se mantiene el pronunciamiento judicial que la decreta produce "ex lege" unos determinados efectos, entre los que aparece, como el más esencial, el cese de la convivencia conyugal y la posibilidad de vincular bienes de otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 83 del Código Civil). De aquí que, en tanto subsista y no se modifique por una nueva resolución judicial la decretada situación de separación matrimonial, la convivencia conyugal resulte legalmente inexistente, por más que pueda seguir dándose en la práctica o de hecho. Siendo esto así por las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho, la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida

228 STSJ Extremadura de 2-6-2003 (AS 2003, 3744).

229 STSJ Madrid de 26-9-2003 (AS 2003, 3600).

230 STSJ País Vasco de 9-11-2003 (AS 2003, 945).

231 Entre otras, STSJ Murcia de 4-9-2000 (AS 2000, 2862).

dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha” añadiendo a continuación que “para que la reconciliación de los cónyuges separados produzca efectos en el reconocimiento de la pensión de viudedad es preciso que se produzca la comunicación [de la reconciliación al órgano] judicial, que exige el artículo 84 del Código Civil”²³². No obstante, no se ha exigido dicha reconciliación en algún supuesto en el que la sentencia (eclesiástica, aunque convalidada civilmente) que declaró la separación la declaró con efecto temporal de 3 años -posibilidad si posible en el ámbito eclesiástico aunque no en el civil-, por lo que transcurrido dicho plazo y no probado por el INSS que los cónyuges no mantuvieran dicha convivencia, la superviviente es viuda plena y por tanto no se le aplican ninguna prorrata para la determinación de su pensión de viudedad²³³.

Por lo que respecta a los supuestos en los que la convivencia se mantiene o reanuda por razones de enfermedad, la doctrina judicial ha entendido en algún supuesto que pese a la sentencia de separación, es posible que esta nunca se haya hecho efectiva, como cuando el esposo nunca abandona el hogar por razón de enfermedad, hasta que finalmente fallece, continuando la esposa atendiendo al esposo enfermo y este aportando su retribución como funcionario al sostén de

232 Añade el Tribunal Supremo (STS de 28-2-2006 [RJ 2006, 4819]): “En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio celebrado en forma pero sin inscripción, en el que la voluntad de establecer el vínculo es inequívoca y se expresa ante persona autorizada, en la convivencia posterior a la separación que no se comunica sólo hay una situación de hecho cuya significación no tiene ese carácter inequívoco en orden al restablecimiento del vínculo y por ello precisa de su comunicación la juez civil. En conclusión, la «vida en común» que se presume por el matrimonio (art. 69 CC) se suspende con la sentencia de separación (art. 83), lo que por cierto, no es incompatible con la reanudación temporal de la «vida en el mismo domicilio» (argumento «a sensu contrario» de la previsión del art. 87) porque se trata de una situación distinta – precisamente porque no hay reconciliación– de la «vida en común» (o «tiempo vivido con el cónyuge» en expresión del artículo 174.2 LGSS) que es propia de la convivencia conyugal. Y para que la reanudación de esa convivencia pueda dejar «sin efecto ulterior lo resuelto en el procedimiento de separación» (art. 84, párrafo primero), –esto es, «la suspensión de la vida en común de los casados» que es el efecto propio de la sentencia de separación (art. 83)– es necesario que «los cónyuges», es decir, los dos y no uno solo, la pongan en conocimiento del juez civil que entendió de la separación”.

En el mismo sentido, STS de 15-12-2004 (RJ 2005, 2169), STS de 2-2-2005 (RJ 2005, 2596), STS de 23-2-2005 (RJ 2005, 2364). Siguen la uniforme doctrina unificada entre otras muchas, la STSJ Cantabria de 31-5-2005 (AS 2005, 1108), STSJ Cataluña de 11-7-2003 (AS 2003, 2924), STSJ Comunidad Valenciana de 9-5-2003 (AS 2003, 2344), STSJ Cataluña de 1-10-2002 (AS 2002, 3826).

En sentido contrario, entendiendo que la realidad constatada por indicios objetivos debe prevalecer sobre la separación formal aprobada por resolución judicial e incluso inscrita en el Registro (lo cual, como acertadamente aduce la recurrida en su escrito de impugnación, «no tiene un carácter constitutivo, ni altera la situación fáctica real, ni otorga ninguna especial naturaleza a la misma, a tenor de lo establecido en el artículo 84 del CC»), sobre todo cuando, como también sucede en el excepcional caso de autos, no ha quedado demostrado que el causante conviviera maritalmente con otra persona”. Vid. STSJ Madrid de 22-4-2003 (AS 2003, 3161). También confiere validez a la convivencia acreditada posterior a la sentencia de separación aunque no se hubiera notificado al Juez, la STSJ Andalucía de 11-4-2003 (AS 2003, 2660).

233 STSJ País Vasco de 6-11-1998 (AS 1998, 4982).

la familia²³⁴ si bien se trata de supuestos mas bien aislados²³⁵. Igualmente alguna sentencia ha admitido implícitamente la validez de la reanudación de la convivencia marital de un matrimonio separado por sentencia eclesiástica con efectos civiles declarando la condición de viuda plena de la esposa reconciliada en base a que cuando falleció el causante convivían con toda normalidad, y sin descontar en ningún caso el periodo en el que estuvieron separados²³⁶.

Como ya se ha dicho, en todo caso la pensión es única y es esta la que, en su caso, se complementa con mínimos siendo esta unidad o entidad la que se reparte en supuestos de concurrencia de cónyuges. Este reparto no cabe duda que puede generar verdaderas situaciones de necesidad cuando bien el cónyuge actual bien el ex cónyuge dependía económicamente del sujeto causante. Especialmente difícil puede ser la situación de quien es cónyuge en el momento del fallecimiento pues puede encontrarse, en caso de la duración de su matrimonio sea proporcionalmente muy inferior a la del ex cónyuge -incluso con el beneficio de los periodos inter-matrimoniales que se atribuyen a aquél- con que la pensión de viudedad no cubre su situación de necesidad.

La corrección de esta difícil situación ha venido por la vía de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Reforma de la Seguridad Social -proveniente del Acuerdo de 13 de julio de 2006- que modifica parcialmente las reglas aplicables en supuesto de separación y divorcio. En lo que aquí interesa, es decir, en materia de cuantía de la pensión, la citada Ley mantiene las reglas para la distribución de la pensión de viudedad en caso de concurrencia de beneficiarios -es decir, disponiendo la regla de proporcionalidad al tiempo vivido cada uno de ellos con el causante²³⁷- pero añade una garantía adicional a favor de quien es cónyuge en el momento del fallecimiento del causante que es la garantía del 40% de la pensión²³⁸.

A esta mejora directa hay que añadir el beneficio indirecto derivado de la nueva exigencia de que para que el ex cónyuge sea beneficiario de la pensión de viudedad del causante es imprescindible que el ex cónyuge sea acreedor de la pensión compensatoria prevista en la normativa civil y que ésta quede extinguida por el fallecimiento del causante. En tanto se reduce la eventual

234 STSJ Cataluña de 10-11-2006 (AS 2006, 594).

235 La STSJ Madrid de 17-11-2001 (AS 2001, 627) también atribuye la integridad de la pensión a la viuda que, tras la sentencia de separación, reanuda la convivencia matrimonial a raíz de el diagnóstico al cónyuge de una grave enfermedad degenerativa (esclerosis múltiple) manteniéndose dicha convivencia, cuya reanudación no fue comunicada al Juzgado, durante mas de 7 años.

236 STSJ Asturias de 29-1-1999 (AS 1999, 34).

237 Este es el criterio que recoge también la Circular 2/1997, de 20 de febrero, del INSS, asumiendo la doctrina establecida, en Sala General, por la STS de 21-3-1995 (RJ 1995, 2171).

238 Inicialmente, el Proyecto de Ley cifraba este porcentaje en el 50%. La enmienda nº 165 (Congreso) del Grupo Parlamentario Popular tenía por objeto reducir este porcentaje al 25% en la idea de que en muchos casos es el ex-cónyuge quien realmente está en situación de dependencia económica respecto del causante, especialmente en el caso de divorcios tras largos periodos de convivencia cuando el ex-conyuge es sustituido por otro cónyuge mas joven que en muchos casos cuenta con rentas propias generadas por una actividad profesional que no realiza ni realizó en el pasado el ex-cónyuge de mayor edad.

existencia de ex cónyuges con derecho a pensión de viudedad se mejora la situación de quien es cónyuge en el momento del fallecimiento del causante de tal forma que, dado que la única modificación operada por la Ley 40/2007 es el establecimiento de esa garantía de pensión, en los supuestos en los que existiendo ex cónyuges, éstos no tengan derecho a la pensión de viudedad bien por haber contraído nuevas nupcias o por convivencia more uxorio, bien por no ser titulares de pensión compensatoria o cuando siendo titulares esta no se hubiera extinguido con el fallecimiento del causante, la pensión corresponde, de existir, a quien sea cónyuge en el momento del hecho causante.

Desde la perspectiva sociológica, no cabe duda que la reforma se enmarca en la idea de asegurar a quien es cónyuge en el momento del óbito el mantenimiento -parcial- en la percepción de las rentas que hasta el momento del fallecimiento venía percibiendo pero también es cierto que puede llevar a situaciones cuestionables desde la óptica de la justicia cuando quien es cónyuge en el momento del fallecimiento lo fuera muy recientemente en comparación al tiempo de convivencia del ex cónyuge al cual inexorablemente se le exige para tener derecho a la participación en esa pensión ser titular de pensión compensatorio y su extinción con el fallecimiento, es decir, la existencia de una dependencia económica. No se puede concluir una solución general que puede hacer frente a la multiplicidad de tipologías que pueden presentarse que asegure la equidad a la vez que se cumpla con la ineludible exigencia de seguridad jurídica: quizá el legislador pudiera prever un sistema que modulara la dependencia económica real de uno y otro cónyuge en aras a la distribución de la pensión en estos si bien es verdad que esta propuesta presenta el problema de introducir un nuevo criterio -la dependencia económica- totalmente ausente en la definición incluso de la situación de necesidad protegida.

Por lo demás, no existe reparto de pensión cuando existe una concurrencia de cónyuges pero no pretéritos sino actuales es decir, cuando el causante mantenía simultáneamente varias convivencias matrimoniales en situación de poligamia cuando su ley personal permita tal situación. En tales casos, y dado que es requisito imprescindible para poder contraer matrimonio que los contrayentes no se encuentren unidos por previo vínculo matrimonial no disuelto, el segundo matrimonio es nulo por lo que la pensión corresponde en su integridad a la viuda con la que contrajo matrimonio en primer término o lugar²³⁹ si bien en algún caso se ha admitido el reparto de la pensión al 50%²⁴⁰. Todo, lógicamente salvo la existencia de Convenio Internacional del que derive regulación diferente²⁴¹. Distinto de lo anterior es la situación de bigamia de quien, prohibiendo su ley

239 STSJ Cataluña de 30-6-2003 (AS 2003, 3049) con voto particular en contra.

240 STSJ Galicia de 2-4-2002 (AS 2002, 899).

241 Así, la STSJ Madrid de 29-7-2002 (AS 2002, 3324) se refiere al Convenio Hispano Marroquí de 8-11-1979 el cual respecto de las prestaciones por muerte y supervivencia establece que «la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación», previsión que el Tribunal entiende que sólo puede entenderse como que para la determinación de la condición de cónyuge se admite la posibilidad de concurrencia simultánea de matrimonios.

personal contraer matrimonio si previamente está unido por vínculo matrimonial previo no disuelto vuelve a contraer matrimonio. En tal caso, y dado que según el artículo 79 del Código Civil, la pretendida declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente de buena fe y que según la LGSS (art. 174. 2 párrafo segundo) en caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, la pensión se reparte también proporcionalmente²⁴². Esta solución se aplicó también en el pasado respecto de ex cónyuges cuyos matrimonios devinieron nulos por estar el causante casado en España y sin contar con sentencia de divorcio -imposible entonces en el ordenamiento español- aunque no existiera declaración judicial de nulidad del matrimonio²⁴³.

Por otro lado, aunque la pensión de orfandad acrece con el porcentaje correspondiente a 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 (art. 17 O. 13-2-1967 y art. 36.2 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre), dicha norma no resulta aplicable en el supuesto de que exista cónyuge actual con derecho a pensión existiendo un huérfano absoluto cuya madre premurió al ahora causante, pues tal supuesto está claramente limitando en la normativa señalada a la concurrencia de dos supuestos distintos: bien cuando a la fecha del fallecimiento del causante no quede cónyuge sobreviviente o bien cuando el cónyuge sobreviviente fallece estando en el disfrute de la pensión de orfandad. Si el causante deja viuda a su fallecimiento contando con un hijo discapacitado de un anterior matrimonio que quedó disuelto por fallecimiento de la esposa y madre del señalado hijo, al haber cónyuge sobreviviente no procede el señalado incremento a favor del huérfano²⁴⁴. Sin embargo, alguna sentencia sí ha aplicado dicho incremento cuando el cónyuge supérstite estaba ya divorciado del causante²⁴⁵. Tampoco acrece a favor del cónyuge actual en la cuantía de la pensión atribuido al ex cónyuge cuando a este se le minora la pensión a percibir por el hecho de superar el tope máximo de pensión pública pues se mantiene

242 STSJ Asturias de 30-11-2001 (AS 2001, 4197). Vid. un supuesto semejante en el que el matrimonio putativo la mujer actuó de buena fé desconociendo que con quien contraía matrimonio estaba casado, STSJ Madrid de 15-3-2001 (AS 2001, 1735).

243 STSJ Canarias/Las Palmas de 11-6-1999 (AS 1999, 6615).

244 STSJ Cataluña de 28-7-1999 (AS 1999, 3166).

245 STSJ Cataluña de 6-3-1999 (AS 1999, 1742). En este supuesto se el derecho del huérfano a incrementar al 20 por 100 de su pensión el 45 por 100 correspondiente a la pensión de viudedad, aplicando los criterios de proporcionalidad en materia de concurrencia de beneficiarios de la pensión de viudedad, atribuyendo al huérfano la parte que le hubiese correspondido a su madre por dicha pensión de viudedad. Se trataba de un beneficiario de la pensión de orfandad, por incapacidad, cuya madre, con quien su padre causante contrajo matrimonio, premurió a éste, habiendo contraído el causante nuevo matrimonio, que quedó disuelto por divorcio concurriendo la anterior esposa y el huérfano, atribuyendo a éste una parte proporcional de la pensión de viudedad porque se consideró que no existía cónyuge sobreviviente a la muerte del causante, ya que no lo sería la titular del derecho a la pensión de viudedad, divorciada del causante.

íntegro el derecho del cónyuge a dicha porción de la pensión aunque se encuentre temporal y parcialmente limitado en orden a su percepción” por la superación de ese tope máximo de pensión pública²⁴⁶.

3. Elementos que matizan la contributividad del sistema: los complementos por mínimos y el tope máximo de pensión pública como suelo y techo, respectivamente, de la protección.

Las reglas anteriores para la determinación de la cuantía de la pensión se ven matizadas por el juego de dos mecanismos que constituyen el suelo y el techo, respectivamente, de la protección contributiva: los complementos por mínimos y el tope máximo de pensión pública.

Los complementos por mínimos (art. 50 LGSS) constituyen un mecanismo corrector de la contributividad del sistema en cuanto garantiza a los pensionistas de prestaciones contributivas, en base al principio de solidaridad, la percepción de una cuantía mínima de su pensión cuando, calculada conforme a las reglas contributivas -es decir, con sujeción a la cotización previa del causante-, dicha pensión no alcanza la cuantía mínima que respecto de cada clase de pensión se establece anualmente por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siempre que no se perciban rentas de capital o de trabajo que excedan del límite fijado anualmente también por dicha Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Los complementos por mínimos tienen una naturaleza mixta. En cuanto que "complementan" pensiones contributivas, para cuya concesión ha sido preciso el cumplimiento de todos los requisitos exigidos para las mismas, y singularmente la realización de la actividad profesional determinante de la inclusión en el nivel contributivo del sistema (del que derivan la necesidad de alta y el periodo de carencia previo), son mecanismos de naturaleza contributiva. En cuanto su concesión está supeditada a la insuficiencia de recursos del beneficiario y, además, su cuantía es independiente en su fijación de la cotización del trabajador, participa de una cierta naturaleza asistencial. Sin embargo, desde otra perspectiva, la de su financiación, los complementos por mínimos tienen ahora, desde la Ley 24/1997, de 15 de junio²⁴⁷, naturaleza claramente no contributiva si bien no se culminará totalmente el proceso de financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado hasta el 1-1-2014²⁴⁸. Hasta la completa culminación del proceso se dispone la financiación parcial entre aportaciones del Estado y el resto de recursos del sistema. Esta mutación de la naturaleza jurídica de los complementos por mínimos y, singularmente, el hecho de que su financiación se vaya a operar fuera del cauce de las cuotas de la

246 STSJ Madrid de 29-4-1999 (AS 1999, 1480).

247 A través de la modificación del art. 86.2 LGSS

248 La Disposición Adicional 14ª LGSS -introducida por la Ley 24/1997, de 15 de junio y modificada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre- se refiere a un máximo de 12 años a contar desde el 1-1-2002.

Seguridad social resulta bastante cuestionable desde la óptica de su "complementariedad" así como desde el punto de vista de la función que dicho mecanismo venía cumpliendo como manifestación de la solidaridad profesional, sobre la que tradicionalmente se ha estructurado el nivel contributivo de la Seguridad Social. La llamada ahora a la solidaridad nacional en la financiación de estos complementos abunda en la idea de un sistema mixto de seguridad social alcanzado a través de dos vías diferentes y sin comunicación entre ellas: la contributiva, sujeta en todos sus aspectos y, entre ellos, los mecanismos para el cálculo de las prestaciones, a la lógica estricta y sin matizaciones de la proporcionalidad y contributividad con fundamento en la solidaridad profesional, y la no contributiva, universalista y financiado con base en la solidaridad nacional.

Desde el punto de vista de la evolución normativa, las pensiones de viudedad contaban con la garantía del complemento por mínimos con independencia de la edad del beneficiario si bien en cuantías diferentes según el beneficiario tuviera menos de 60 años, entre 60 y 64 años o 65 o más años²⁴⁹ o, a partir de 1997 -y consecuencia de la Ley 24/1997, desarrollada por RD 1646/1997, de 31 de octubre, en el supuesto de que tuviera cargas familiares, aunque fuera menor de 60 años²⁵⁰. Consecuencia del Acuerdo para la Reforma de la Pensiones de 13 de julio de 2006 la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 ha equiparado la pensión mínima de los pensionistas de viudedad con cargas familiares o discapacitados en grado igual o superior al 65%, con independencia de su edad, a la que perciben los pensionistas de viudedad con más de 65 años. Por su parte, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de Reforma de la Seguridad Social, prevé (D.A.24ª) una futura elevación progresiva de estos complementos por mínimos para los perceptores de pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad que formen una unidad económica unipersonal cuando tengan que hacer frente con su pensión al mantenimiento de un hogar. Esa elevación, que deberá realizarse progresivamente en los cuatro años siguientes a la entrada en vigor de la norma, se realizará sobre sus complementos por mínimos, con la finalidad, algo indeterminada, de que esas subidas adicionales les permitan alcanzar en ese periodo, "los niveles de renta mínimos necesarios para el sostenimiento de su hogar". A estos efectos se tendrán en cuenta los ingresos del pensionista, incluido su patrimonio, con la única exclusión de su vivienda habitual.

Por otro lado, es de significar el importante papel que los complementos por mínimos cumplen y han cumplido en el ámbito de la protección por viudedad. De

249 Así, por ejemplo, la Ley 12/1996, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1997 (BOE de 31 de diciembre de 1996) estableció respectivamente, 511.540 ptas; 669.900 ptas y 767.550 ptas. La Ley

250 La nueva D.a.7ª introducida por la Ley 24/1997, de 15 de julio establecía la futura equiparación, en el plazo de tres años a contar desde la entrada en vigor de la Ley, de las pensiones mínimas de viudedad para menores de 60 años y con cargas familiares, lo que fue desarrollado por el art. 8 RD 1646/1997, de 31 de octubre, aunque este fue posteriormente modificado por el Real Decreto 3475/2000 de 29 de diciembre con la finalidad de realizar una nueva definición de las cargas familiares.

un total actual (agosto de 2007) de 2.226.822 pensiones de viudedad, están complementadas con mínimos 740.584 pensiones lo que implica un 33.25% del total²⁵¹. Lógicamente, la presencia de complementos por mínimos es mucho mayor en aquellos regímenes tradicionalmente "asistencializados" o en los que las bases de cotización están muy por debajo de lo que resulta conveniente desde el punto de vista del futuro cálculo de las prestaciones sobre módulos contributivos (régimen agrario -cuenta ajena y propia-; trabajadores del mar y empleados de hogar, fundamentalmente).

Lógicamente dado que los complementos por mínimos tienen por finalidad complementar la cuantía de la prestación cuando aplicando estrictos módulos contributivos la cuantía resulta inferior a la que se estima "suficiente" desde una perspectiva constitucional (art. 41 CE), cualquier modificación normativa que eleve o incida sobre alguno de los parámetros relevantes para la determinación de la cuantía de la prestación tendrá como consecuencia inmediata la reducción del gasto en complementos por mínimos o lo que es lo mismo, la autofinanciación por la vía contributiva de los deseables niveles de protección en esta vía.

En este sentido, y como ya se ha señalado, la elevación excepcional del porcentaje aplicable para la determinación de la pensión de viudedad hasta el 70% ha tenido como consecuencia fundamentalmente el trasvase de fondos de uno a otro mecanismo de protección de forma que el nivel de renta que antes estaba asegurado por la vía de los complementos por mínimos, se cumple ahora, cuando concurren los estrictos requisitos señalados, por la vía del 70%. Lo anterior no significa que siempre y en todo caso se produzca dicha sustitución: de hecho, la elevación de la base mínima de cotización que se ha llevado a cabo en los últimos años va a determinar, especialmente en las pensiones de viudedad de los trabajadores en activo dada el periodo de referencia para el cómputo de las bases de cotización determinantes de la base reguladora, una mayor adecuación de la pensión resultante a la pensión mínima y por tanto, la menor necesidad de los complementos por mínimos. Siendo estricto el régimen jurídico de los complementos por mínimos en tanto pretende asegurar al pensionista un nivel mínimo de ingresos procedan estos de la pensión o de cualesquiera otras rendimientos personales o patrimoniales y siendo también muy estrictos los requisitos para percibir la pensión de viudedad al 70% , es cierto que no existe una coincidencia total esencialmente porque los complementos por mínimos no exigen la existencia de cargas familiares requisito imprescindible en aquél y presupuesto básico. Igualmente, las distintas reformas elevando las bases de cotización en los regímenes en los que éstas están aun en unos niveles bajos -por ejemplo, la reciente integración en el RETA de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario o la anunciada reforma de Régimen Especial de Empleados de Hogar ampliando su acción protectora y elevando las bases de cotización- tendrá como efecto inmediato la elevación de las pensiones y la

251 Datos de elaboración propia a partir de las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que pueden descargarse en http://www.mtas.es/seg_soc/es/index.htm. Todos los datos son a 1 de agosto de 2007.

consiguiente disminución del papel a desempeñar por los complementos por mínimos.

En todo caso, a nuestro parecer y siendo importante el papel que los complementos por mínimos desempeñan en el cumplimiento de los objetivos protectores de la Seguridad Social asegurando un mínimo de subsistencia, la pensión de viudedad presenta una singularidad, por lo menos de momento, que no cabe desdeñar de cara a futuras reformas y, sobre todo, en aras a definir el nivel de cobertura que debe derivarse de la aplicación de las técnicas contributivas cual es el flexible régimen de compatibilidad de la pensión de viudedad con otras rentas, tanto del trabajo como patrimoniales o de carácter prestacional. Es decir, que con independencia del papel que deben cumplir los complementos por mínimos -cuya finalidad es asegurar un nivel mínimo de suficiencia a la pensión cuando su cuantía resulta insuficiente aplicando los módulos contributivos- el legislador debe definir cual entiende que debe ser el nivel de cobertura adecuado de la pensión de viudedad cuestión que necesariamente tiene que pasar por la previa toma de postura respecto de cual sea la función que dicha prestación, lo que conecta necesariamente con la definición de cual sea la situación de necesidad protegida. Se trata de una opción que necesariamente debe hacerse con carácter previo a fin de que las reformas normativas que deben afrontarse resulten coherentes con la finalidad de la prestación. Es decir, no es irrelevante ni jurídica ni económicamente que el beneficiario perciba la misma cuantía por la vía contributiva que por la vía de los complementos por mínimos cuando la pensión de viudedad es perfectamente compatible con cualesquiera rentas derivadas del trabajo o del capital o de naturaleza prestacional frente al estricto régimen de incompatibilidades de los complementos por mínimos, salvo lógicamente, que se modifique también el régimen de compatibilidades o como en este trabajo se propone, se condicione el derecho al percibo de la pensión de viudedad a la efectiva situación de dependencia económica. Es obvio que la elevación de la cuantía de las prestaciones de viudedad -bien por la vía de la elevación de las bases de cotización que se toman como base reguladora, bien por la elevación directa de los porcentajes aplicables-, tiene como efecto directo una minoración para el sistema de los costes derivados de los complementos por mínimos pero, por otro lado, ese ahorro se trasvasa como un gasto adicional sobre los gastos del nivel contributivo al no estar condicionado a la efectiva situación de necesidad o lo que es lo mismo, al no perderse ese derecho por el hecho de que el trabajador perciba o no otras rentas, como así ocurre en el caso de los complementos por mínimos. Así, la elevación de los porcentajes aplicables o de las bases de cotización puede tener como paradójica consecuencia que, en un momento en el que la realidad sociológica ha cambiado y es cada vez mas inusual la dependencia económica del beneficiario respecto del causante, se acaben mejorando las pensiones de quienes precisamente no se encuentran en situación de necesidad, mejora que además resulta vitalicia y sin incompatibilidad alguna.

Especialmente importante en la configuración que se quiera realizar de la pensión de viudedad es la propia configuración de los complementos por mínimos, el nivel de ingresos en el que se fija el umbral de necesidad -el límite

de ingresos anual y la propia cuantía de la pensión mínima establecida. Es de significar ahora que a efectos del límite de ingresos se computan únicamente las rentas de trabajo y de capital y las sustitutivas de estas (art. 6 RD 1578/2006, de 22 de diciembre, de Revalorización de Pensiones para el año 2007) y no cualesquiera otras indemnizaciones a las que el beneficiario hubiera podido tener derecho: así, por ejemplo, no se computan las indemnizaciones percibidas por el beneficiario afectado por el síndrome tóxico incluso aunque hubieran sido percibidas, a modo de anticipo, como pensión de jubilación pues en definitiva, se trató sólo de un reconocimiento provisional a expensas del reconocimiento del derecho a la pensión por lo que luego procede el reconocimiento por mínimos con efectos retroactivos desde que se suprimió el derecho al complemento por el reconocimiento de la mencionada pensión de jubilación²⁵². No obstante, en algún caso el propio legislador conceptúa como rentas de trabajo a estos efectos determinadas indemnizaciones: así, por ejemplo se prevé a los efectos de la aplicación de los límites de ingresos para el reconocimiento de los complementos por mínimos en las normas anuales de revalorización de pensiones que disponen la conceptualización de las prestaciones percibidas con cargo a una entidad extranjera como ingresos o rendimientos de trabajo, "salvo para la aplicación del apartado 3 de este mismo artículo o que en un convenio bilateral o multilateral se disponga otra cosa"²⁵³. Tampoco se computan las prestaciones económicas percibidas por la viuda por hijo a cargo minusválido mayor de 18 años por cuanto aunque el art. 183 de la Ley de Seguridad Social atribuye la condición de beneficiarios o titulares de la prestación, al padre o madre que tengan hijos a

252 Así, vid. entre otras, STS de 14-4-2003 (RJ 2003, 4528) que señala remitiéndose a la STS 21-1-2003 (RJ 2003, 1990): «El reembolso de lo percibido por pensión del síndrome tóxico como consecuencia de su descuento de la indemnización ha anulado retroactivamente la situación de concurrencia entre las dos pensiones que impidió la aplicación del complemento por mínimos de la pensión de viudedad. Es cierto que ello no determina la desaparición de la realidad del abono, sino su imputación a otro concepto, la indemnización, de la que en el momento de su reconocimiento la pensión es sólo un pago a cuenta, conforme al carácter provisional de la pensión del síndrome tóxico, según ha afirmado reiteradamente esta Sala (sentencia de 20 de febrero de 2002 [RJ 2002, 4533] y las que en ella se citan). Pero el cambio de calificación jurídica tiene efectos relevantes, porque el artículo 50 de la Ley General de la Seguridad Social fija el límite de rentas para el complemento por mínimos no en función de todo tipo de renta, sino atendiendo exclusivamente a las rentas de trabajo y de capital, y la indemnización reconocida como consecuencia del síndrome tóxico no es ni rendimiento del trabajo ni del capital, sino reparación de los daños sufridos por la actora como consecuencia de las lesiones o menoscabos derivados del mencionado síndrome. El párrafo 2 del artículo 50 de la Ley General de la Seguridad Social añade que "a los solos efectos de garantía de complementos por mínimos, se equiparán a rentas de trabajo las pensiones públicas que no estén a cargo de cualquiera de los regímenes públicos básicos de previsión social". Pero, cualquiera que fuera su naturaleza anterior –cuestión que no es necesario decidir ahora–, lo cierto es que (...) desde el momento en que se reconoce la indemnización y los pagos realizados en concepto de pensión provisional se absorben en ésta, esos pagos se convierten en anticipos de la indemnización y, por tanto, quedan fuera del cómputo a efectos del complemento por mínimos».

En el mismo sentido, vid. STSJ Madrid de 23-5-2002 (AS 2002, 2046) que es confirmada precisamente por la STS de 14-4-2003 (RJ 2003, 4528) citada.

253 Real Decreto 1578/2006, de 22 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2007 (BOE de 31-12-2006). Vid. aplicando esta previsión contenida en la norma aplicable al año 1995, la STSJ Galicia de 12-11-1999 (AS 1999, 3831).

cargo, en los que concurren los requisitos necesarios para su percepción, la interpretación sistemática de su regulación, descubre que el verdadero titular cuando de mayores de 18 años discapacitados se trata, son estos últimos (arts. 183.4 y 5 LGSS) conclusión que se corrobora si se tiene en cuenta la análoga naturaleza de la prestación con las de invalidez no contributiva y la incompatibilidad en razón de ello con estos últimos que proclama art. 187.3 LGSS, así como el art. 144. 5 LGSS al disponer cuando se trata de determinar los beneficiarios de la prestación de invalidez no contributiva, que no se computaran como ingresos del solicitante las asignaciones periódicas por hijo a cargo, lo que evidencia que las rentas o ingresos propios del padre o madre, son diferentes de tales asignaciones (...)”²⁵⁴.

Sí computan pero a los solos efectos de la garantía de los complementos por mínimos, equiparándose a ingresos de trabajo las pensiones públicas que no estén a cargo de cualesquiera de los regímenes públicos básicos de previsión social (art. 45.1 párrafo cuarto L. 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007)²⁵⁵. Se refiere a pensiones públicas, concepto que viene definido por el art. 37 Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990 si bien ha sufrido diversas modificaciones²⁵⁶: se comprende en dicho concepto la pensión de viudedad

254 STSJ Castilla y León/Valladolid de 19-1-1999 (AS 1999, 1057). En el mismo sentido, declarando que no se computan las prestaciones por hijos a cargo a efectos de la determinación del límite de ingresos para el reconocimiento del complemento por mínimos, vid. STSJ Castilla y León/Valladolid de 14-4-1998 (AS 1998, 1989). En sentido claramente contrario a esta sentencia citada vid. STSJ Castilla y León/Valladolid de 22-6-1998 (AS 1998, 6313).

255 BOE de 29-12-2006.

256 La redacción actualmente vigente, con origen en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre dispone: Artículo 37. Concepto de pensiones públicas.

«1. Tendrán la consideración de pensiones públicas las siguientes:

a) Las abonadas por el Régimen de Clases Pasivas del Estado y, en general, las abonadas con cargo a créditos de la Sección 07 del Presupuesto de Gastos del Estado.

b) Las abonadas por el Régimen General y los Regímenes especiales de la Seguridad Social, así como las de modalidad no contributiva de la Seguridad Social.

c) Las abonadas por los Fondos Especiales de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas y de la Mutualidad General Judicial, o por las propias Mutualidades citadas, así como las abonadas por el Fondo Especial del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

d) Las abonadas por los sistemas o regímenes de previsión de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales y por los propios entes.

e) Las abonadas por las mutualidades, montepíos o entidades de previsión social que se financien en todo o en parte con recursos públicos.

f) Las abonadas por empresas o sociedades con participación mayoritaria, directa o indirecta, en su capital del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las corporaciones locales o de los organismos autónomos de uno y otras, bien directamente o mediante la suscripción de la correspondiente póliza de seguro con una institución distinta, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de ésta o bien por las mutualidades o entidades de previsión de aquéllas, en las que las aportaciones directas de los causantes de la pensión se complementen con recursos públicos,

abonada por la Mutualidad General de Previsión de la Abogacía que si bien no es incompatible con la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social sí es computable a los efectos de determinar el límite de ingresos a efectos del reconocimiento de los complementos por mínimos²⁵⁷.

Por lo demás, dichos ingresos se computan predicados del año al que se refiere el complemento y no respecto de los percibidos el año anterior constituyendo la declaración de ingresos en el año anterior una presunción "*iuris tantum*" y consiguientemente modificable con posterioridad mediante la constatación de los ingresos reales obtenidos en el año al que se refiere el complemento²⁵⁸. Para la atribución de los rendimientos de capital mobiliario hay que atender al origen o fuente productora de los ingresos, de tal manera que cuando tal origen consta, han de imputarse en su totalidad a quien los produce, en su defecto han de atribuirse conforme a las normas sobre comunidad de bienes (arts. 392 y ss. CC) por lo que si la cuenta bancaria que produce dichos rendimientos es de cotitularidad indistinta de una madre -titular de la pensión de viudedad cuyos complementos por mínimos se discuten- y de su hijo discapacitado, se han de atribuir por mitad a ambos cotitulares²⁵⁹.

El techo de la protección del sistema de la Seguridad Social lo constituye el tope máximo de pensión pública que opera tanto en su señalamiento inicial como en su revalorización. Así, el art. 47 LGSS dispone que el importe inicial de las pensiones contributivas de la Seguridad social por cada beneficiario no podrá superar la cuantía íntegra mensual que establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado mientras que el art. 49 LGSS dispone que el importe de la revalorización anual de las pensiones de la

incluidos los de la propia empresa o sociedad.

g) Las abonadas por la Administración del Estado o por las Comunidades Autónomas en virtud de la Ley de 21 de julio de 1960 y del Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, así como los subsidios económicos de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona previstos en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos.

h) Cualesquiera otras no enumeradas en las letras anteriores, que se abonen total o parcialmente con cargo a recursos públicos.

2. No obstante, como excepción a lo preceptuado en el apartado 1 anterior, no tendrán la consideración de pensiones públicas las abonadas a través de planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivo, incluidos los formalizados por mutualidades de previsión social empresarial, promovidos por las Administraciones, organismos, entidades y empresas, a que se refiere la disposición final segunda del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, y en los términos en ella expresados».

257 STS de 27-12-1999 (RJ 1999, 10090). Confirma STSJ Madrid de 16-2-1999 (AS 1999, 415).

258 STS de 3-11-2002 (RJ 2000, 9687); STS de 29-11-2000 (RJ 2000, 10409); STS de 30-9-2000 (RJ 2000, 8350); STS de 18-7-2000 (RJ 2000, 7189); STS de 10-7-2000 (RJ 2000, 6297); STS de 30-5-2000 (RJ 2000, 5896). En el mismo sentido, vid. STSJ País Vasco de 23-9-2003 (AS 2003, 3542), STSJ País Vasco de 23-9-2003 (AS 2003, 2720

259 STSJ Andalucía/Málaga de 19-3-1999 (AS 1999, 1594).

Seguridad Social no podrá determinar para éstas, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, sumado en su caso, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular²⁶⁰. Para el año 2007 se ha fijado en 2.290,59 €²⁶¹, tanto para una única pensión como para el supuesto de pensiones concurrentes.

En el supuesto de que la pensión de viudedad sea objeto de reparto en atención a la existencia de cónyuges anteriores, y si la porción o porcentaje atribuible a alguno de ellos es objeto de reducción por la aplicación de este tope máximo de pensiones, al ser titular de otra u otras pensiones públicas no incompatibles con la pensión de viudedad, en ningún caso cabe acrecer a favor del otro cónyuge la cantidad en la que es reducida dicha pensión de viudedad pues "al margen de los efectos que pudieran derivarse, cuando del cónyuge divorciado se trate, por nuevo matrimonio o muerte de éste, es lo cierto que la situación, objeto de examen, difiere sustancialmente de dichos supuestos, al no dar lugar la reducción del importe a satisfacer en la pensión de viudedad del divorciado -por superar, sumada su cuantía a las de otras prestaciones públicas, los topes máximos- a la extinción del derecho a la pensión de viudedad, a diferencia de los otros dos supuestos señalados, pues el derecho pervive, aunque, en lo que se refiere a su percepción, sin efectividad total, en aplicación del art. 47 de la Ley General de la Seguridad Social, imponiendo, no la disminución de la cuantía de la pensión tal y como ha sido reconocida, sino una limitación, en su disfrute, de carácter temporal (un año, al fijarse anualmente los topes máximos por las normas presupuestarias) y circunstancial (al estar supeditada a las variaciones y mantenimiento de las pensiones concurrentes), configurándose la reducción por topes máximos, como se razona en la Sentencia de instancia, no como una incidencia de la pensión de viudedad, sino actuando sobre la suma total de las pensiones del cónyuge divorciado, bien afectando a todas las pensiones proporcionalmente, bien a la última reconocida, pero despojada tal circunstancia de vinculación alguna con la concreta pensión de viudedad; razones por las cuales, no puede entenderse que exista derecho alguno, de carácter temporal, del cónyuge supérstite, sobre las cantidades que, por dicha circunstancia, deja de percibir el divorciado, al mantenerse íntegro el derecho de éste, aunque se

260 La previsión actualmente contenida en el art. 47 LGSS que supone el establecimiento de un techo de pensión pública fue introducida por primera vez por la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984, con una clara vocación temporal y fue sucesivamente recogida en las posteriores Leyes anuales de Presupuestos hasta su definitiva "recepción" en el Texto Refundido de 1994 limitación que declarada constitucional por la STC 134/1987, de 21 de julio. El Tribunal Constitucional reitera dicha doctrina en posteriores SSTC 199/1990, DE 10 de diciembre; STC 144/1991, de 1 de julio; STC 201/1991, de 28 de octubre; STC 202/1991, de 28 de octubre, entre otras. El concepto de pensión pública que se recoge en el art. 37 de la Ley 4/1990, de 29 de junio fue modificado por la D.A.10ª Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Sobre esta modificación vid. Vid. sobre el particular, PANIZO ROBLES, J.A., "La Seguridad Social en el inicio del año 2004", Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros, febrero 2004, pág. 38 y ss.

261 Real Decreto 1578/2006, de 22 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2007 (BOE de 30-12-2006)

encuentre temporal y parcialmente limitado en orden, como queda expuesto, a su percepción"²⁶².

La institución del tope máximo de pensión pública que, como ya se ha dicho, se estableció con carácter coyuntural y temporal por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1984, supone, al igual que los complementos por mínimos, pero desde la vertiente contraria, una excepción al principio de contributividad del sistema de Seguridad Social. Existen otras excepciones o matizaciones -singularmente el tope máximo de cotización- si bien la particularidad del tope máximo de pensión pública radica en que, pese a que encuentra en su camino el inicial límite del tope máximo de cotización, es autónomo respecto de aquél, lo que tiene su importancia en supuestos de pluriactividad en los que, siendo aplicable el primero, no lo es el segundo. En todo caso, los datos estadísticos ponen de manifiesto que, en general, el problema del tope máximo de pensión pública no suele tener incidencia en los pensionistas de viudedad dado lo bajo de la cuantía de estas prestaciones.

4. La cuantía de la pensión en el caso de concurrencia con la pensión SOVI.

Como ya se ha señalado, el generoso régimen de compatibilidad de la pensión de viudedad, tanto con otras prestaciones o pensiones del sistema de Seguridad Social como con rentas derivadas del trabajo o del capital mobiliario o inmobiliario se quebraba respecto de la pensión SOVI la cual al mantenerse con carácter transitorio y residual respecto de la acción protectora dispensada por el sistema de Seguridad Social instaurado por la Ley de 21 de abril de 1966 -con efecto de 1 de enero de 1967-, devenía incompatible con cualquier pensión que pudiera derivarse del sistema de Seguridad Social sucesor de los antiguos seguros sociales. La Ley 9/2005, de 6 de junio modificó la D.T.7ª LGSS exceptuando la pensión de viudedad de ese régimen de incompatibilidad acabando así con la situación que venía produciéndose de que titulares de pensiones SOVI las perdían cuando pasaban a ser beneficiarios de pensiones de viudedad por el fallecimiento del cónyuge con lo que se producía una doble pérdida de rentas para dicha persona: por un lado, las rentas derivadas del causante que sólo parcialmente eran sustituidas por la pensión de viudedad y, por otro lado, la propia pensión SOVI del nuevo viudo/a. Dada la, normalmente, baja cuantía de ambas pensiones el legislador permite ahora, si bien estableciendo límites cuantitativos, su compatibilidad.

Como límite cuantitativo se establece que la suma de estas pensiones no puede ser superior al doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 o más años que esté establecido en cada momento. Aplicando las cuantías previstas para el año 2007 en el que el importe de la pensión mínima de viudedad para mayores de 65 años está establecido en

262 STSJ Madrid de 29-4-1999 (AS 1999, 1480).

6.864,62 €²⁶³, siendo el doble 13.729,24 € y estando cifrado el importe de la pensión SOVI para el año 2007 en 4.716,04 €²⁶⁴, la pensión de viudedad será compatible con la pensión SOVI hasta un importe de 9013,20 €. En caso de que se supere dicho límite lo que se reduce o minorra es la cuantía de la pensión SOVI pues, en definitiva, el carácter residual de esta continúa plenamente vigente.

No obstante lo anterior, y aún sin desconocer que efectivamente se ha producido una mejora del nivel de rentas de los pensionistas, esta compatibilidad queda un poco atenuada en sus deseables efectos por el importante juego que los complementos por mínimos desempeñan todavía en la determinación de una cuantía suficiente para la pensiones de viudedad (vid. infra). Como se ha señalado, los complementos por mínimos tienen por finalidad asegurar un nivel mínimo de rentas de forma que si calculada la prestación contributiva con arreglo a los módulos contributivos la cuantía resultante queda por debajo del umbral de rentas señalado por la norma presupuestaria anual, el sistema otorga un complemento económico de carácter no consolidable a fin de asegurar al pensionista la recepción de dicha cuantía. Cuando un pensionista SOVI enviuda pasa a percibir la pensión de viudedad en la cuantía que le corresponde calculada conforme a módulos contributivos, la percepción de la pensión SOVI le impide que en su caso se beneficie de los complementos por mínimos que pudiera percibir para complementar la pensión contributiva de viudedad de forma que en definitiva en muchos casos -precisamente en aquellos en los que los niveles de renta son mas bajos- el pensionista va a acabar percibiendo la misma cuantía que percibiría en caso de incompatibilidad de pensiones SOVI-viudedad: si tenemos en cuenta que la cuantía mínima de la pensión de viudedad es de 6.864,62 para pensionistas mayores de 65 años, con cargas familiares o discapacitados; de 6.396,32 para pensionistas entre 60 y 64 años y de 5.104,26 para pensionistas menores de 60 años y que el pensionista SOVI percibe una pensión de 4.716,04 €, cuando enviuda se le mantiene el derecho a la pensión SOVI pero la mejora que el régimen de compatibilidad debe suponer sólo será perceptible cuando la pensión de viudedad calculada conforme a los módulos contributivos sea superior a la diferencia entre aquellas y ésta, es decir, la pensión de viudedad no precise ser complementada con mínimos pues si así fuera los complementos quedarían anulados a favor del mantenimiento de la pensión SOVI. En realidad, para los supuestos de rentas mas bajas -aquellos pensionistas cuyas pensiones de viudedad están por debajo de las pensiones mínimas-, el nuevo régimen de compatibilidad permite mejorar en la cuantía señalada por la diferencia entre la correspondiente pensión mínima y la pensión SOVI es decir, en 1680.28 €. Por ejemplo, una pensionista SOVI de 75 años enviuda de un pensionista de jubilación por el que se le reconoce, en aplicación de módulos contributivos una pensión de 2900 euros/año. El mantenimiento de la pensión SOVI le asegura la percepción de unas rentas totales de 7616.04

263 Art. 46 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 (BOE de 29-12-2006).

264 Art. 47 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 (BOE de 29-12-2006).

euros/año; la extinción de la pensión SOVI y el reconocimiento de la pensión de viudedad le hubiera supuesto unos ingresos de 6.864,62 €.

Las pensiones SOVI cumplen aún un papel importante en el ámbito de nuestro sistema de Seguridad Social siendo, desde una perspectiva de género, mujeres las principales beneficiarias. Así, a 1 de agosto de 2007 están vigentes un total de 434.031 pensiones SOVI de las cuales 367.530 corresponden a mujeres especialmente por jubilación, aunque también cuenta con un importante número por viudedad e incapacidad permanente²⁶⁵. Si tenemos en cuenta que el total de pensionistas del sistema de Seguridad Social a 1 de agosto de 2007 es de 8.285.996, las pensiones SOVI constituyen aún el 5.23% del total de beneficiarios de pensiones de nuestro sistema y por tanto, salvo los pensionistas de viudedad SOVI que al ser ya viudos no pueden volver a enviudar de quien fue su causante, existe aún un porcentaje muy elevado susceptible de compatibilizar su pensión SOVI con la pensión de viudedad. No existen (s.e.u.o) datos estadísticos disponibles que suministren datos sobre la incidencia real de la compatibilidad de la pensión SOVI con la pensión de viudedad ni tampoco sobre cuales han sido las consecuencias que sobre el reconocimiento de mínimos haya tenido la reforma de la compatibilidad del SOVI.

5. La indemnización especial a tanto alzado en el supuesto de fallecimiento derivado de contingencias profesionales

Consecuencia del carácter privilegiado que las contingencias profesionales reciben en nuestro sistema de Seguridad Social es el hecho de que se prevea, además de lo antes señalado referido al sistema mas favorable de determinación de la base reguladora y la inexigencia de periodo de carencia, la previsión de prestaciones económicas adicionales. Esto es lo que ocurre con la indemnización especial a tanto alzado prevista en el art. 177 LGSS según el cual el viudo o la

265 Tabla de elaboración propia a partir de datos estadísticos disponibles en http://www.mtas.es/seg_soc/es/index.htm

INCAPACIDAD PERMANENTE:

- .- Hombres: 2.100
- .- Mujeres: 30.573
- .- No consta: 1
- .- TOTAL (IP): 32.674

JUBILACIÓN

- .- Hombres: 62.658
- .- Mujeres: 295.676
- .- No consta: 24
- .- TOTAL (Jub): 358.358

VIUEDAD

- .- Hombres: 1.716
- .- Mujeres: 41.278
- .- No consta: 2
- .- TOTAL (Viudedad): 42.996

TOTAL SOVI: 434.031

viuda -también los huérfanos²⁶⁶ y otros familiares²⁶⁷ pero en cuantía diferente - tendrán derecho a una indemnización a tanto alzado- de seis mensualidades de la base reguladora de la pensión de viudedad (art. 35 D. 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Prestaciones Económicas de la Seguridad Social). En el supuesto de que no exista viudo con derecho a la prestación, esta indemnización se adiciona a la indemnización correspondiente al huérfano que, de existir varios, se reparte proporcionalmente a partes iguales (arts. 35 y 38 D. 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Prestaciones Económicas de la Seguridad Social)

En el supuesto de concurrencia de cónyuges separados o divorciados, se aplican las reglas antes señaladas de reparto de la prestación en atención a la duración de la convivencia.

Se trata de una prestación adicional que complementa la protección por viudedad y por tanto es totalmente compatible con la pensión de viudedad.

La Ley 40/2004, de 4 de diciembre, de Reforma de la Seguridad social, introduce dos novedades: en primer lugar, extiende esta prestación a los convivientes de hecho, en los términos o definición que de esta realidad social se otorga en el art. 174.3 LGSS a efectos de generar derecho a la pensión de viudedad, términos que, como hemos señalado, son bastante estrictos; en segundo lugar, y para los supuestos de separación, divorcio y nulidad exige, coherentemente con la novedad que viene a establecer para que estos sujetos tengan derecho a la pensión de viudedad, que no es otro requisito que la dependencia económica que es predica de que tengan reconocido derecho a pensión compensatoria o en su caso a la indemnización del art. 97 CC en el supuesto de nulidad, dichos mismos requisitos.

266Para el supuesto de huérfanos, la cuantía es de un mes.

267Para que los ascendientes tengan derecho a esta prestación es necesario que no existan familiares con derecho a pensión por muerte o supervivencia (es decir, que no existan viudos/as ni huérfanos), que no tuvieran derecho a percibir las prestaciones en favor de otros familiares previstas en el art. 176 LGSS y que vivieran a expensas del trabajador fallecido. En tal caso la indemnización es de 9 mensualidades elevándose a 12 en caso de que existan ambos ascendientes (art. 12 D. 1646/1972, de 23 de junio)

Capítulo Quinto

“La extinción de la pensión de viudedad. Régimen de compatibilidades”.

I. LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

1. Introducción

La pensión de viudedad, en principio, se reconoce con carácter vitalicio, aunque se puede extinguir con anterioridad al fallecimiento del beneficiario.

Las causas de extinción de la pensión de viudedad no aparecen recogidas en la LGSS, ni en las leyes de Seguridad Social anteriores; de hecho, fue la Orden de 13 de febrero de 1967 la que recogió normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia en el Régimen General, la que en su artículo 11 contempló las causas de extinción de la pensión de viudedad. Básicamente las causas recogidas en la Orden de 13 de febrero de 1967 se basaron en las causas de extinción que las Mutualidades Laborales establecieron en su momento como causas de extinción de la prestaciones que tenían previstas para la protección del riesgo derivado de fallecimiento que eran las siguientes: 1) el fallecimiento del beneficiario; b) contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso; c) la pérdida o privación de la patria potestad; d) observar una conducta deshonesto o inmoral; y, finalmente, e) ser declarado culpable del fallecimiento del causante. Además, en el supuesto de que el beneficiario de la pensión fuese varón podía perder la prestación si recobraba facultades suficientes para trabajar antes de cumplir los sesenta años de edad.

Por su parte, el artículo 11 OM de 13-2-1967 dispuso que la pensión de viudedad se extinguiría por las siguientes causas:

- Contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso. En ambos casos, siempre que el cambio de estado tuviera lugar antes de cumplir la beneficiaria los sesenta años de edad, tenía derecho a percibir, por una sola vez, una cantidad igual al importe de veinticuatro mensualidades de la pensión que estuviese percibiendo.
- Pérdida o privación de la patria potestad, o ausencia que implique abandono de los hijos, siempre que en ambos casos, la viuda hubiese tenido derecho a la pensión por tener a su cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad.
- Observar una conducta deshonesto o inmoral.
- Cesar en su incapacidad por la cual se otorgó la pensión, aunque esta

- causa no surtía efectos cuando se produjera después que la viuda hubiera cumplido cuarenta años o el viudo sesenta.
- Declaración, en sentencia firme, de culpabilidad en la muerte del causante.
- Fallecimiento.

Con el transcurso del tiempo, algunas de las causas recogidas en el art.11 quedaron carentes de sentido; por ejemplo, por Oficio-circular de la Subdirección General de Gestión del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 15 de noviembre de 1984 y en aplicación del art.18.1 de la Constitución en el que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se declaró inaplicable el art.21.1.d) de la Orden de 13 de febrero de 1967 que establecía como causa de extinción de la pensión de viudedad que la viuda observase una conducta deshonesto o inmoral.

Pero no fue hasta el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre que se modificó el art.11 para simplificar y recoger como causas de extinción de la pensión de viudedad:

2. Contraer nuevo matrimonio, salvo que se permita el percibo de la pensión de viudedad.
3. Declaración, en sentencia firme, de culpabilidad en la muerte del causante.
4. Fallecimiento.

En el supuesto de contraer nuevo matrimonio, cualquiera que sea la consecuencia en la pensión de viudedad (mantenimiento o extinción por contraer nuevo matrimonio), no procede el abono de la indemnización de las 24 mensualidades de pensión, debido a que el art.2 del Real Decreto 1465/2001 dio nueva redacción al art. 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967 suprimiendo la dote de 24 mensualidades en el supuesto de extinguirse la pensión de viudedad por contraer nuevo matrimonio el pensionista menor de sesenta años o tomar estado religioso.

De la misma manera que el hecho de tomar estado religioso ha sido suprimido como causa de extinción de la pensión de viudedad, igual ha ocurrido con la pérdida o privación de la patria potestad, y cesar en la incapacidad por la cual se otorgó la pensión, causa que no surtía efectos cuando se producía después de que la viuda había cumplido cuarenta años o el viudo sesenta. Hay que recordar que el Texto Articulado de la Ley de Bases de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 reconocía el derecho a la pensión de viudedad con independencia de la duración del matrimonio, pero se exigía que la viuda hubiera cumplido cuarenta años o se encontrara incapacitada para el trabajo o tuviera a su cargo hijos habidos con el causante con derecho a pensión de orfandad pero la Ley 24/1972, de financiación y perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social suprimió el subsidio temporal de viudedad al determinar que las viudas que reuniesen las condiciones exigidas para ser beneficiarias de prestaciones por viudedad, tendrían derecho a pensión cualesquiera que fuese su edad y capacidad para el trabajo, y aunque no tuvieran a su cargo hijos habidos con el

causante con derecho a pensión de orfandad. Igualmente, se estableció una presunción iuris et de iure de la situación de necesidad de la viuda de tal forma que cumpliendo el requisito de la convivencia se accedía a la prestación.

2. Causas de extinción

En la actualidad, la pensión de viudedad se extingue por las causas previstas en el art.11 de la Orden de 13 de febrero de 1967 y por algunas causas no recogidas en la Orden.

Son la siguientes:

- Por contraer nuevo matrimonio.
- Por declaración en sentencia firme de la culpabilidad en la muerte del causante.
- Por fallecimiento.
- Por reaparición.
- Por violencia de género.

Este conjunto de causas exige el examen independiente de cada una de ellas.

2.1. Extinción por contraer nuevo matrimonio

Como norma general contraer nuevo matrimonio extingue la percepción de la pensión de viudedad. No obstante, a partir del 1 de enero de 2002 y como consecuencia de la modificación introducida por el RD 1465/2001, de 27 de diciembre, de Modificación Parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, no se extingue cuando concurren determinados requisitos:

- Edad: que el beneficiario tenga, al menos, 61 años de edad o, de ser menor, que tenga reconocida una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez o acredite una minusvalía igual o superior al 65%
- Ingresos: que la pensión o pensiones de viudedad constituyan la principal o única fuente de ingresos del pensionista. Se considera que se cumple este requisito cuando el importe anual de la pensión o pensiones de viudedad representen, como mínimo, el 75% del total de ingresos anuales del pensionista.

Se considera comprendida en la cuantía de la pensión el complemento por mínimos que, en su caso, pueda corresponder. De percibir el porcentaje del 70% de la pensión de viudedad se tiene en cuenta esta cuantía.

Para conocer la totalidad de ingresos se tienen en cuenta cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional. Los rendimientos se toman en el valor percibido en el ejercicio anterior, debiendo excluirse los que se pruebe que no han de ser percibidos en el ejercicio corriente. También se tienen en cuenta los ingresos que se conozca o pruebe que empiezan a percibirse en el año en curso.

- Rentas del nuevo matrimonio: que el nuevo 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, incluidas dos pagas extras.

El cómputo de estos ingresos se lleva a cabo aplicando las mismas reglas que estén establecidas a efectos de la percepción de los complementos por mínimos, es decir, se tienen en cuenta los rendimientos íntegros, computados en los términos establecidos en la legislación fiscal, deduciéndose los gastos deducibles en los rendimientos procedentes del trabajo y de actividades empresariales, profesionales y agrícolas o ganaderas y no se tienen en cuenta las asignaciones por hijo a cargo.

Cuando la cuantía de la pensión o pensiones de viudedad constituyan la principal o fuente de ingresos del pensionista pero superen el importe de dos veces el importe del salario mínimo interprofesional, se procede a la minoración del importe de la pensión o pensiones de viudedad, a fin de no superar el límite. En caso de que exista más de una pensión de viudedad, la minoración de cada una de ellas se lleva a cabo proporcionalmente a la relación existente entre cada pensión y la suma total de todas ellas.

Siguiendo las instrucciones de la Circular 4/2003, de 8 de septiembre, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el caso de pensiones de viudedad que se han mantenido tras contraer el pensionista nuevo matrimonio, procede la suspensión de la pensión a partir del día 1º del mes siguiente si dejan de reunirse los requisitos necesarios. Si tras la suspensión se vuelven a reunir los requisitos se procede a la rehabilitación de la pensión con efectos desde el día 1º del mes siguiente a la solicitud. En cambio, si la pensión de viudedad se ha extinguido por contraer el pensionista nuevo matrimonio al no reunir los requisitos para seguir percibiéndola, no procede la rehabilitación de la pensión extinguida, aunque el pensionista, posteriormente a la extinción reúna los requisitos de edad o de ingresos, salvo que el nuevo matrimonio sea declarado nulo, en cuyo caso sí que procede la rehabilitación de la pensión.

Cuando nos encontramos ante una pensión de viudedad extinguida por contraer nuevo matrimonio que posteriormente ha sido declarado nulo, se tiene derecho a que se rehabilite la pensión de viudedad que se extinguió, sin tener en cuenta los pronunciamientos de la sentencia de nulidad en relación a la buena o mala fe de los contrayentes. Los efectos de la rehabilitación se producen desde la fecha de la sentencia de nulidad si se solicita dentro de los tres meses siguientes a esa fecha.

Una vez repuesta la pensión de viudedad, si el beneficiario tiene derecho a otra pensión de viudedad derivada del matrimonio que fue declarado nulo, debe optar entre la pensión de viudedad que venía percibiendo y la nueva pensión de viudedad que se genera.

El criterio administrativo 2000/37 de la Subdirección General de Ordenación y

Asistencia Jurídica estableció el modo de proceder para rehabilitar una pensión de viudedad que fue extinguida por contraer matrimonio, cuando éste es declarado nulo. El criterio recuerda que en un principio se aplicó por analogía a los supuestos de matrimonio declarado nulo la redacción del art.174.2 LGSS²⁶⁸, porque en aplicación del criterio jurisprudencial contenido en las sentencias del Tribunal Supremo de 11-2-1985 y 11-2-1994 existía una identidad de razón entre las situaciones de separación judicial y divorcio y las derivadas de nulidad matrimonial (respecto de los contrayentes de buena fe). Así se concluyó otorgando a los supuestos de nulidad matrimonial en los que el cónyuge que pretende ser beneficiario de prestaciones de Seguridad Social que haya sido considerado en la sentencia de nulidad, expresamente, contrayente de buena fe, o cuando no se hubiese efectuado pronunciamiento en la sentencia acerca de la buena o mala fe en ninguno de los cónyuges, el mismo trato que a los casos de divorcio, de tal manera que no procedía el restablecimiento del derecho a la pensión de viudedad que se había extinguido al contraer el matrimonio que luego había sido declarado nulo, porque, igual que el matrimonio disuelto por divorcio, el matrimonio anulado generaba expectativas de derecho a pensión de viudedad.

Como la ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social modificó el art. 174.2 LGSS para añadir que, en caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, se planteó modificar la actuación administrativa en lo relativo a la rehabilitación de la pensión extinguida de tal manera que se dispuso lo siguiente:

- En supuestos de nulidad matrimonial que dio lugar a la extinción de la pensión de viudedad que venía disfrutando un contrayente, éste tiene derecho a que se le rehabilite la pensión de viudedad anterior.
- La rehabilitación de la pensión extinguida se lleva a cabo a instancia del interesado. Los efectos de la rehabilitación se producen desde la fecha de la sentencia que declare la nulidad del matrimonio, siempre que la solicitud se presente dentro de los tres meses siguientes a la indicada fecha. En otro caso, los efectos económicos se retrotraen, como máximo, tres meses a partir de la fecha de la solicitud.
- Una vez repuesta la pensión de viudedad, si el beneficiario, como consecuencia del matrimonio que fue declarado nulo, solicitase nueva pensión de viudedad, debe optar entre la nueva pensión de viudedad o la que venía percibiendo, puesto que no existe amparo legal para el disfrute simultáneo de dos pensiones de viudedad causadas por sujeto distinto.

268 El art.174.2 LGSS disponía que en los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

En cambio, si la pensión de viudedad se ha extinguido por contraer nuevo matrimonio, y se acredita con posterioridad que se reúnen los requisitos necesarios para seguir percibiendo la pensión, no procede la rehabilitación de la pensión extinguida aunque el pensionista cumpla los requisitos de edad o de ingresos, excepto si el nuevo matrimonio ha sido declarado nulo (Instrucción 16.2 Circular 4/2003, 8 septiembre)

En el supuesto de concurrencia de beneficiarios de pensión de viudedad, si se extingue la pensión de viudedad del ex-cónyuge del causante, su parte de pensión de viudedad pasa a acrecentar la pensión del cónyuge supérstite, si lo hay, sin que en ningún caso se pueda pasar a acrecentar la pensión de otros excónyuges.

Cuando el beneficiario cuya pensión de viudedad se extingue por nuevas nupcias es el cónyuge supérstite su parte de pensión nunca pasa a acrecentar las pensiones de excónyuges.

2.2. Por declaración en sentencia firme de la culpabilidad en la muerte del causante

Esta causa de extinción tiene lugar cuando se haya dictado sentencia condenatoria aunque no sea firme, o se haya decretado prisión provisional por la autoridad judicial. En la Resolución administrativa por la que se reconoce el derecho a la pensión de viudedad se decide la paralización cautelar del abono de la prestación, o bien se decide la paralización del abono cuando los hechos se conocen más tarde.

El art. 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967 establece como causa de extinción de la pensión de viudedad, la declaración, en sentencia firme, de culpabilidad de su titular en la muerte del causante. De acuerdo con el tenor literal de la norma, sólo a partir del momento en que se declarase de manera expresa la firmeza de la sentencia condenatoria, cabría extinguir el derecho a la pensión de viudedad, y reconocer las cantidades antes devengadas por tal concepto. Para efectuar una correcta interpretación de la Orden, el criterio de aplicación 1999/46 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica estableció que esta especial causa extintiva no dejaba de ser una transposición a la legislación social de lo que en el Código Penal se considera una consecuencia jurídica del delito accesoria de la pena, que consiste en la pérdida de los efectos de contenido patrimonial. Desde la perspectiva de la legislación penal se justifica la existencia de sentencia firme porque en la ejecución penal rige un principio general que establece que no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme. Sin embargo, este principio fundamental que exige abstenerse de decretar la extinción del derecho a pensión de viudedad, petitionado y reconocido, hasta que se acredite la firmeza en la condena, no obstaculiza la exigencia de adoptar determinadas medidas cautelares; por ello la extinción del derecho sólo puede entenderse en términos de anulación "ex tunc", de lo contrario se consentiría que el culpable del delito obtuviera beneficios de su comportamiento ilícito. De esta forma, adoptando medidas cautelares que

impidan que la pensión de viudedad se lucre durante un tiempo por la persona causante de la muerte, se evita que la pensión no sea restituida. Por ese motivo, cuando se haya dictado sentencia condenatoria aunque no sea firme, o se haya decretado prisión provisional por la autoridad judicial, se reconoce el derecho a la pensión de viudedad, y en la misma resolución administrativa, o posteriormente si no llegan antes los hechos a conocimiento de la Entidad Gestora, se decide la paralización cautelar del abono de la pensión.

2.3. Por fallecimiento

Esta causa de extinción de la pensión de viudedad es la que menos complejidad plantea, con toda lógica, si fallece el pensionista de viudedad se extingue la pensión que venía percibiendo.

2.4. Por reaparición

La pensión de viudedad se extingue por reaparición del causante declarado judicialmente fallecido y también por reaparición del causante presuntamente fallecido en accidente. Cuando se ha reconocido pensión de viudedad en el supuesto de trabajadores desaparecidos con ocasión de un accidente o declarados judicialmente fallecidos si, posteriormente, se comprueba que el trabajador no falleció, este hecho da lugar a la extinción de las prestaciones reconocidas a partir de que se produzca tal comprobación, sin que se reclame lo percibido, salvo que hubiera mediado dolo o fraude por parte del trabajador o de los beneficiarios de las prestaciones, en cuyo caso se procede a reclamar el reintegro de las prestaciones

2.5. Por violencia de género

La Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 29 de diciembre, de Violencia de Género, establece que quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, o de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad causada por la víctima, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos.

3. Convivencia marital y extinción de la pensión de viudedad

Examinadas las causas de extinción cabe añadir que en relación a la prestación de viudedad, en supuestos de separación, divorcio o nulidad, el art. 174.3 LGSS recoge el contenido de la norma 5º de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, estableciendo que dichos derechos quedarán sin efecto en los supuestos del art.101 del Código Civil, por lo que debería extinguirse la pensión por vivir maritalmente con otra persona. Esta causa de denegación o extinción fue declarada inconstitucional por sentencia del Tribunal Constitucional 125/2003 de 19 de junio, por lo que deviene inaplicable. Para el Tribunal Constitucional carece de justificación, desde la perspectiva del derecho a la igualdad, que los supuestos de convivencia more uxorio solamente produzcan la

extinción de la prestación de viudedad cuando la pensión ha sido reconocida por separación, divorcio o nulidad. La diferencia que se establece con una pensión de viudedad reconocida al cónyuge superviviente que posteriormente convive maritalmente con otra persona y no ocasiona extinción de la pensión de viudedad, está injustificada.

La Circular 4/2003, de 8 de septiembre, en su instrucción 16.3 hizo referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 125/2003 de 19 de junio, por la que se declaró inconstitucional y, por tanto nula, la norma 5º de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981 en cuanto a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código Civil de "vivir maritalmente con otra persona". En relación con la citada sentencia y la referida circular, en fecha 31.12.2004, la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de la Seguridad Social emitió el criterio de aplicación 2003-2004/48 en el que establecía las siguientes pautas de actuación:

1) Aquellas solicitudes de revisión de las resoluciones administrativas por las que el Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó o extinguió el derecho a la pensión de viudedad fundamentándose únicamente en la norma 5º de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981 o el art.174.3 podrán ser acogidas en los supuestos siguientes:

- Que el acto administrativo de denegación o extinción no haya quedado firme e irrevocable
- Que desde la denegación o extinción no hubiese mediado circunstancia que legalmente impida la revisión, por ejemplo un matrimonio, aunque si esta circunstancia se hubiera producido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud de revisión puede revisarse la resolución inicial aunque sus efectos durarían hasta que se produjesen los de la extinción
- Que acceder a la revisión de la resolución en beneficio de un interesado no interfiera en el derecho reconocido a otra persona

En el supuesto de declarar la nulidad de las resoluciones de denegación/extinción mediante un procedimiento de revisión favorable al interesado, la pensión se reconocería desde la fecha en que se hubiese reconocido de haberse estimado la primera solicitud, o desde la fecha en que se extinguió, teniendo siempre en cuenta el plazo de prescripción de cinco años que marca el art.43 de la Ley General de la Seguridad Social.

El criterio recoge que la propia Entidad debería proceder a declarar de oficio la nulidad de las resoluciones de denegación/extinción mediante la revisión favorable al interesado, tomando como fecha de partida para el cómputo del periodo de prescripción la fecha de iniciación del procedimiento administrativo conducente a la revocación de la resolución que se revisa.

2) Si la resolución que denegó o declaró extinguida la pensión de viudedad por convivencia marital de quien había estado casado con el fallecido y su matrimonio se había anulado o los cónyuges se habían divorciado o separado, se

había impugnado judicialmente y mediante sentencia firme se hubiese confirmado la denegación/extinción, la revisión de la resolución administrativa no es técnicamente viable, ni de oficio ni a instancia de parte.

El criterio justifica su contenido manifestando que los efectos invalidantes que tiene una declaración de inconstitucionalidad sobre las disposiciones y actos administrativos se produce "ex nunc" salvo cuando la propia sentencia se pronuncie sobre sus efectos retroactivos. De esta forma se hace prevalecer el principio de seguridad jurídica en virtud del cual debe entenderse que, de acuerdo con el art.40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la sentencia de inconstitucionalidad no permite revisar ninguna situación consolidada, y situación consolidada es la sancionada por sentencia firme y la creada por resolución administrativa consentida y no recurrida por el interesado.

Sin embargo, el criterio establece que teniendo en cuenta la postura del Tribunal Supremo en la que se excepciona la eficacia retroactiva de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de actos o normas con rango de ley, expresa y exclusivamente para los procesos fenecidos mediante sentencia de cosa juzgada, cabe revisión en los demás supuestos en los que no se concluyó mediante sentencia. Considera el criterio que el INSS debe aplicar literalmente el art. 40.1 de la Ley Orgánica de forma que cuando una anterior resolución de denegación/extinción de la pensión de viudedad se hubiese declarado conforme a derecho por sentencia firme, el interesado no tiene más alternativa que plantear de nuevo ante jueces y tribunales la eficacia retroactiva de la inconstitucionalidad y en este caso los órganos jurisdiccionales resolverán la eficacia ex tunc o ex nunc de la sentencia declaratoria.

En el mismo sentido se actúa cuando, pese a no haber intervenido los órganos judiciales en la denegación/extinción, la aplicación retroactiva de la inconstitucionalidad en beneficio de un interesado, perjudique el derecho reconocido y consolidado a favor de otra persona. En este caso, la imposibilidad de revisar de oficio en perjuicio de un interesado impide aplicar retroactivamente la declaración de inconstitucionalidad.

Excepto en estas dos situaciones, las solicitudes de revisión se resuelven considerando las resoluciones a revisar contrarias a derecho.

4. Nuevas causas legales de extinción: La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social.

Hasta el momento, solamente el art. 174.3 LGSS recogía un supuesto de extinción de la pensión de viudedad para supuestos de separación, divorcio o nulidad, recogiendo el contenido de la norma 5º de la Disposición Adicional 10º de la Ley 30/1981, y estableciendo que dichos derechos quedarían sin efecto en los supuestos del art.101 del Código Civil, por lo que debía extinguirse la pensión por vivir maritalmente con otra persona. Esta causa de denegación fue declarada inconstitucional por sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de junio de 2003, por lo que ha devenido inaplicable.

La actual reforma del régimen jurídico de la pensión de viudedad introduce de nuevo la convivencia marital como causa de extinción de la pensión de viudedad, de tal manera que en la nueva redacción del art.174 de la Ley General de la Seguridad Social, se reconoce pensión de viudedad cuando se haya contraído matrimonio o en determinados supuestos de constitución de pareja de hecho, en este caso, si se cumplen los requisitos legales fijados para generar pensión de viudedad, el derecho a la pensión se extingue cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho de las que pueden generar prestación de viudedad; todo ello sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente en cuanto al mantenimiento de la pensión de viudedad aún cuando se haya contraído matrimonio.

II. RÉGIMEN DE COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

1. Notas introductorias: el punto de partida y el mecanismo de la fijación de incompatibilidades para lograr una mejora del régimen de la pensión de viudedad.

Las prestaciones otorgadas por la contingencia de muerte y supervivencia han gozado siempre de un régimen jurídico peculiar que nace de la propia descripción de la necesidad protegida que conceptúa o toma en cuenta el legislador a la hora de configurar la protección.

En la mayoría de las ocasiones las prestaciones del Sistema se otorgan para hacer frente a una situación de necesidad que no hace falta demostrar pero que existe porque se ha de producir la actualización de una situación de infortunio en quien percibe efectivamente la prestación: es el caso de la incapacidad temporal, la incapacidad permanente, la jubilación, el desempleo, etc...; el sujeto protegido coincide con la persona que se encuentra en situación de necesidad y la enfermedad o el accidente (en el caso de la IT o la IP), el cumplimiento de determinada edad (en el caso de la jubilación), o la pérdida de un empleo previo de donde se obtenían las rentas necesarias para la subsistencia (en el caso de desempleo) automáticamente genera siempre una desprotección que es la que intenta atajar el Sistema de la Seguridad Social generando las prestaciones correctoras de dos efectos económicos indeseados: un defecto de ingresos y un incremento de gastos.

En todas estas pensiones, subsidios, indemnizaciones a tanto alzado... el beneficiario se encuentra en una situación de necesidad que debe acreditar por él mismo y que también se protege directamente hacia su persona. En cambio, no ocurre lo mismo para el reconocimiento de las prestaciones derivadas de muerte y supervivencia. Y ello porque en estas otras prestaciones el ordenamiento, para el reconocimiento de la prestación, tiene en cuenta la situación en la que se encuentra, no la persona causante de la prestación -que fallece- sino la situación de necesidad que acontece a quien sobrevive al causante, presumiendo que esta situación de necesidad se produce porque el sobreviviente, al haber formado, junto al causante, una unidad autónoma

familiar y de convivencia en la que se comparten ingresos y los gastos ésta queda afectada por el óbito dado que los ingresos se reducirán. Desde el fallecimiento del causante una parte importante de los ingresos que antes entraban en esta caja familiar ya no se generarán en los años futuros.

Pues bien, ¿Cómo reacciona el ordenamiento ante ello?. Primero ha de comprobar que esa situación de necesidad concurre efectivamente en la/las personas sobrevivientes, ¿Cómo lo hace? Presumiendo que la caja familiar de ingresos periódicos con los que subsiste toda familia existe efectivamente, y presumiendo que, también, ésta dejará de ser completada con una parte importante de esos ingresos a raíz del fallecimiento del causante, lo que provocará este defecto de gastos a los que el ordenamiento alude cuando configura toda situación de necesidad económica susceptible de quedar protegida por la norma.

Por eso, en el caso de la viudedad ha de demostrarse que la familia del causante existe como tal. Se exige, por tanto, la existencia de un matrimonio legítimo, reconocido en los términos que el ordenamiento exige según el Derecho común. Como consecuencia de ello, sin matrimonio anterior, no hay derecho a protección. Una vez demostrado el hecho anterior, y que el causante ha cotizado un mínimo período (el período mínimo de cotización necesario para percibir una prestación de carácter contributivo como la viudedad) este derecho a la protección se genera sin que se analice la situación económica del sobreviviente: sobrevinida la muerte, el ordenamiento actúa ante ésta, completando o rellenando esa caja familiar, y generando una serie de ingresos que sirvan para suplir los salarios dejados de percibir por el fallecido/la fallecida y que, por tanto, se calculan aplicando un porcentaje a la base reguladora de éste, pero, y, esto es lo más relevante, sin valorar de forma individual todos aquellos ingresos que –generados por el causante o por el sobreviviente a éste- pudieran estar rellenando ya de forma suficiente la caja familiar antes de incrementar ésta con la pensión susodicha.

Es decir, los ingresos dejados de percibir por el causante originan el derecho a una pensión en su beneficiario sólo porque la caja familiar ha dejado de quedar completada con los ingresos que el causante aportaba. Lo relevante de esta configuración normativa es que el beneficiario de la pensión de viudedad percibe estos ingresos del Sistema sin que éste tenga en cuenta para nada su situación económica particular, y, en consecuencia, sin cuantificar, para nada, si la caja familiar –tras la muerte del causante y, por tanto, sin aportar los ingresos de éste- queda mucho más vacía o, en cambio, al poder ser completada con otros ingresos procedentes de otros orígenes (diferentes a las rentas salariales o derivadas de la pensión del causante), quedaría poco o muy poco mermada.

Es cierto que las prestaciones contributivas –como la viudedad- no actúan solamente ante una demostración real de una situación de necesidad, sino que presumen, más bien, un acontecimiento de esa situación de necesidad cuando ya no se ingresan las rentas derivadas de la percepción de un salario. Por tanto, en el caso de la IT se tiene derecho a su reconocimiento cuando se reúnan los

requisitos que la norma establece y con la cuantía fijada, bastando el hecho de que durante ese tiempo ya no se trabaje, sin más, cuando previamente se haya cotizado. Entonces se genera un derecho al reconocimiento de esa prestación y, en este caso, no se analiza de ninguna forma la caja individual del beneficiario, de manera que el Sistema protegerá aunque mientras el beneficiario esté de baja perciba otras rentas –diferentes a las salariales que ha dejado de percibir– con las que ya pudiera vivir o subsistir económicamente sin ningún tipo de problema. Solamente son las prestaciones o pensiones denominadas asistenciales las que se conceden atendiendo a cuantificar realmente la situación de necesidad económica de quien las percibe.

Así las cosas, la pensión de viudedad se genera por el beneficiario sin atender a la concurrencia real de la situación de necesidad en la persona del sujeto beneficiario, pero con un agravante: mientras en el resto de las pensiones o prestaciones de carácter contributivo, por el hecho de que las personas del causante y del beneficio coinciden en un mismo sujeto, existe un régimen de incompatibilidades muy estricto –de forma que no se puede percibir al mismo tiempo las prestaciones sustitutivas temporalmente del salario, junto al salario mismo –la IT es incompatible con el trabajo–, y tampoco se pueden percibir varias pensiones sustitutivas del salario con carácter definitivo con las rentas derivadas del trabajo o con otras pensiones ya reconocidas– no ocurre lo mismo con la pensión de viudedad.

Efectivamente, en la pensión de viudedad se presume la minoración de las rentas derivadas de la aportación del cónyuge difunto, y ésta es la única situación de necesidad que se ha de acreditar. Como consecuencia de ello, aunque existe la posibilidad de que se rellene la caja familiar con la percepción de otros ingresos, estos otros no se computan a la hora de conceptuar la situación de necesidad creada por el ordenamiento.

De esta forma, mientras se impide que para la percepción de la pensión de jubilación, por ejemplo, el beneficiario pueda seguir trabajando, no ocurre lo mismo con el beneficiario de la pensión de viudedad, que sí puede seguir trabajando, empezar a trabajar posteriormente, o cobrar las prestaciones derivadas de la realización de esa actividad profesional: lo mismo ocurre con las rentas de otros orígenes que pueda percibir el viudo o la viuda. Pueden cobrar la pensión de viudedad y, al tiempo, tener derecho a rentas derivadas de cualquier tipo de situación (derivadas de valores mobiliarios, inmobiliarios...).

Es cierto que los beneficiarios de la pensión de invalidez y jubilación contributiva también pueden ser perceptores de otras rentas diferentes a las derivadas del trabajo (aunque en ocasiones también se permite que la invalidez sea compatible con el trabajo), y, por tanto, que pueden percibir rentas no derivadas del ejercicio profesional; por tanto, no se analiza su caja personal real. Pero también lo es que, al imponerse un régimen de incompatibilidades muy estricto, se impide que esa caja real pueda completarse bien a través de las rentas derivadas de la realización de actividades por cuenta ajena o por cuenta propia que pueda realizar el beneficiario o bien a través de las pensiones a las que éste

pueda acceder ofrecidas por el Sistema.

No ocurre lo mismo en el caso de la pensión de viudedad, ya que no se analiza qué tipo de rentas rellenan la caja familiar, tras el fallecimiento del causante, pero tampoco se establece un régimen de incompatibilidades estricto para el beneficiario, que, al contrario de lo que ocurre con la pensión de la jubilación, con la pensión de invalidez, o con el subsidio de desempleo, determinen la pérdida del derecho a la pensión cuando quien perciba esas prestaciones por parte del sistema puedan generar, por sí mismos, rentas para poder completar un nivel adecuado de recursos para incrementar los ingresos familiares.

De forma que, tal como se analizará posteriormente, la pensión de viudedad resulta compatible con la capacidad real del beneficiario para ingresar lo que venía ingresando antes del fallecimiento del causante (por eso también la cuantía de su pensión es mucho más reducida que en otras situaciones, supera algo más del 50% de las cantidades que supuestamente servirían para que el causante rellenara la caja familiar hasta alcanzar ese hipotético 100% de la cuantía de la caja familiar de recursos llena), también es compatible con las prestaciones que el sistema le reconozca en virtud de las cotizaciones que individualmente haya generado el beneficiario y que nutran igualmente la caja familiar, pero, además, y, sobre todo, resulta compatible con cualquier renta que el beneficiario pueda causar, de cualesquiera cuantía, cuya percepción no afectará de ningún modo, ni total ni parcialmente, a la percepción de la pensión de la viudedad.

Esta situación podría generar una desigualdad dado que, mientras posibilita que el beneficiario de la pensión de viudedad siga ingresando las rentas derivadas del causante permite que la caja familiar pueda ser completada en atención a la capacidad real de ingresos que exista después del óbito por parte del sujeto beneficiario; en cambio, los pensionistas de jubilación o de invalidez no podrán trabajar, normalmente, ni podrán percibir otras pensiones del Sistema –con carácter general-, por lo que la caja personal de los pensionistas por invalidez o por jubilación no podrá incrementarse normalmente a través de otras rentas derivadas del trabajo del pensionista, pero sí podrá, en cambio, incrementar los recursos de la caja familiar del viudo o la viuda a través de la incorporación de las rentas derivadas de su propio trabajo o de las prestaciones o pensiones derivadas de éste.

Toda esta situación parte, por tanto, del hecho de que en la pensión de viudedad no se atiende a la situación real de esa caja de ingresos familiar, sobre todo no se atiende a que la misma pueda ser completada, en su otro 50% a través de las contribuciones del otro cónyuge sobreviviente; sólo se tiene en cuenta que, de forma vitalicia, hasta que esa persona pueda volver a formar una nueva unidad familiar en la que existan más ingresos, esa mitad de esa caja familiar ha de completarse con esas rentas, sin más. Y deja, además, que el resto de la caja de recursos familiar pueda rellenarse con el porcentaje que resulte de las rentas percibidas por el beneficiario de la pensión de viudedad: por tanto, al permitir el trabajo de la viuda o el viudo deja la posibilidad de que la caja de rentas familiar

pueda seguir incrementándose si la viuda o el viudo acrecientan estos recursos a través de las aportaciones de sus propios salarios o de las prestaciones derivadas de sus cotizaciones previas. Una operación que no se permite para el acceso a las pensiones de jubilación, o de incapacidad permanente.

La solución para acabar con esta desigualdad podría pasar por comenzar a considerar, tal como ha hecho la Ley 40/2007, de 4 de diciembre y, como se verá, por valorar la dependencia económica real del sobreviviente para calcular así la cuantía de la percepción misma o el tiempo que el viudo o la viuda deba cobrar esta prestación, de forma que pueda corregirse situaciones en las que rentas elevadas permitan dejar de cobrar las pensiones que el ordenamiento le reconocería.

Así pues, a título previo y antes de analizar pormenorizadamente el régimen de compatibilidad que rige en materia de la pensión de viudedad, hemos de partir de que, tal como ha tenido ocasión de poner de manifiesto en numerosas ocasiones la doctrina, la definición del régimen de compatibilidad de la pensión de viudedad con la percepción de rentas del trabajo, de las prestaciones o pensiones derivadas de éste o de la percepción de rentas de cualquier otra naturaleza resulta demasiado benévola para el beneficiario dado que protege una situación de necesidad que puede ser objeto de una mejora considerable a través del incremento de aportaciones a la caja familiar que puede llevarse a cabo por el sobreviviente al causante, casi sin ningún tipo de limitaciones.

La configuración de un régimen más estricto del régimen de la compatibilidad de la pensión de viudedad podría ayudar a redirigir la pensión solamente hacia aquellos beneficiarios que realmente presentaran una situación de necesidad o de dependencia económica del sujeto causante que resultara más acuciante y, por tanto, más necesitada de protección, y, en consecuencia, también, posibilitar que, en esos casos, pudiera incrementarse la cuantía de la pensión; por el contrario, cuando el beneficiario no se encontrara en una situación de dependencia económica del causante tan acuciante podría o debería reducirse la cuantía o el tiempo de percepción de la pensión en atención a estos factores. Ello podría acabar configurando un régimen en el que, atendiendo al factor de las posibilidades de percepción de otras rentas por parte del beneficiario podría, sin llegar a hacer perder totalmente el derecho a la pensión, hacer que ésta:

- se otorgase solamente por el tiempo indispensable para poder recuperar la capacidad económica perdida por el fallecimiento del causante, es decir, en ocasiones se otorgara sólo no como una pensión vitalicia, sino como un subsidio de carácter temporal.
- Limitara su cuantía, para pasar a percibirse con una cuantía muy escasa para aquéllos beneficiarios que conserven su capacidad de trabajo o tengan posibilidades reales de incrementar los recursos de esa caja familiar.
- No se trataría de reducir los recursos que el Sistema dedica al pago de las pensiones por muerte y supervivencia, sino de redistribuir el pago de las cantidades asignadas por beneficiario. De esta forma, analizando estas

situaciones al tiempo que se puede reducir la cuantía de la pensión en algunas ocasiones, en otras se podría incrementar, cuando se prevea que la situación del beneficiario (por su mayor edad, pocas posibilidades de ocupación, pocas posibilidades de reconversión laboral, por los hijos a cargo (los viudos configuran siempre familias monoparentales más susceptibles de ser protegidas por parte del ordenamiento), por la condición de ser familia numerosa monoparental, por tener hijos a cargo discapacitados)...

- Todas estas actuaciones deben someterse a una reflexión previa en la que deben intervenir factores que condicionen la actuación del legislador, pero el régimen de la compatibilidad de la pensión es un aspecto que puede ayudar no tanto a reconceptuar los sujetos protegidos que se tienen en cuenta por la norma a la hora de describir los requisitos mínimos para percibir la pensión, sino más bien para determinar su pérdida total, parcial, o condicionada a la existencia de otras rentas de otra naturaleza que podría hacer cambiar radicalmente la situación de los perceptores de la pensión.
- Y todo ello podría llevarse a cabo a través de una reconfiguración del régimen de compatibilidad de esta pensión, un régimen éste que debe analizarse estudiando la mayor o menor facilidad que, en supuestos concretos, podrá darse en la práctica a través de cuya mención nos iremos dando cuenta de que:

1º) No existe normas particulares o especialmente creadas para solucionar las cuestiones de compatibilidad: debemos acudir respecto de cada prestación y, caso por caso, a ver si expresamente se declara una compatibilidad entre prestaciones del Sistema público de Seguridad Social.

2º) A ello nos obliga el art. 122 LGSS, único precepto que regula el tema de la compatibilidad entre pensiones, precepto que resulta esencial en la pensión de viudedad, precisamente por ser una pensión. No obstante, tal artículo va a resultarnos de escasa ayuda porque resulta ser de aplicación limitada y subsidiaria.

El tenor literal de este precepto es el siguiente:

"1. Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.

2. El régimen de incompatibilidad establecido en el apartado anterior será también aplicable a la indemnización a tanto alzado prevista en el apartado 2 del artículo 139 como prestación sustitutiva de pensión de invalidez en el grado de incapacidad permanente total".

De su lectura podemos extraer, lo primero, una regla básica: *las pensiones resultan incompatibles entre sí, a no ser que otro precepto establezca lo contrario.*

Pero el art. 122 no tiene efectividad sobre todas y cada una de las prestaciones y/o pensiones del Sistema, sino tan sólo respecto de las generadas en el Régimen General de la Seguridad Social, dado que la ubicación del precepto dentro de la LGSS²⁶⁹. No obstante, como correctivo a lo anterior la normativa de los diferentes Regímenes especiales contienen preceptos –contenidos en su normativa específica- de redacción casi idéntica, de donde se deduce que esta regla se aplica a todos los Regímenes de la Seguridad Social, pero solamente respecto de las pensiones que se han podido generar en cada uno de estos Regímenes, es decir se trata de una norma de incompatibilidad que opera subsidiariamente, si no existe otra que declara expresamente la compatibilidad, solamente respecto de las pensiones generadas en el mismo Régimen de Seguridad Social²⁷⁰ y que recaigan en el mismo beneficiario.

269 Este precepto está ubicado en el Título II: Régimen general de la Seguridad Social.

270 Así, el art. 34 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos señala: *“Las pensiones que concede este Régimen Especial a sus beneficiarios serán incompatibles entre sí, a no ser que expresamente se disponga lo contrario. Quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas”*.

Por su parte, el art. 47 del decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Régimen Especial Agrario dispone también: *Las pensiones que concede el Régimen especial agrario a sus beneficiarios serán incompatibles entre sí, a no ser que expresamente se disponga lo contrario en el presente Reglamento o en las disposiciones del Régimen General aplicables al Régimen Especial Agrario. El trabajador que pudiera tener derecho a dos o más pensiones por este Régimen Especial optará por una de ellas*.

En el art. 32 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen especial de la seguridad social de los trabajadores del mar señala asimismo: *1. Las pensiones que conceda este Régimen Especial a sus beneficiarios serán incompatibles entre sí, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. 2. El trabajador que pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas*. También referido al Régimen especial de trabajadores del mar, el art. 63 del Decreto 1867/1970, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, por el que se regula el Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar dispone: *Las pensiones que conceda este Régimen Especial a sus beneficiarios serán incompatibles entre sí, a no ser que expresamente se disponga lo contrario legal o reglamentariamente. 2. En caso de incompatibilidad, el trabajador que pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas*.

En el Régimen especial de la minería del carbón, el art. 11 del decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen especial de la Seguridad Social para la minería del carbón, de acuerdo con la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento del Régimen General de la Seguridad Social contiene también la misma regla de incompatibilidad: *1. Las pensiones de este Régimen Especial serán incompatibles entre sí cuando coinciden en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario en las normas que lo regulen. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas. 2. Las disposiciones de aplicación y desarrollo establecerán sistemas de compensación económica entre las Entidades gestoras y los Servicios comunes o Mutuas patronales, a cuyo cargo estuvieran las pensiones incompatibles entre sí*.

En el Régimen especial de los empleados de hogar, lo mismo, el art. 27 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el régimen especial de la seguridad social del servicio doméstico, es del siguiente tenor: *1. Las pensiones que concede este Régimen a sus beneficiarios serán incompatibles entre sí, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. 2. El empleado de hogar que pudiera tener derecho a dos o más pensiones de este Régimen optará por una de ellas*.

Así las cosas, de cara a analizar la compatibilidad de la pensión de viudedad con el reconocimiento de otras pensiones, prestaciones o el cobro de rentas de cualquier naturaleza, hemos de elaborar las siguientes reflexiones:

- El régimen de incompatibilidad solamente se declara entre pensiones, pero puede superarse la misma si existe otro precepto que declare la compatibilidad.
- No se establece ninguna regla básica que prohíba la compatibilidad entre pensiones y prestaciones percibidas por un mismo beneficiario, aunque ésta, lo mismo que ocurre en el caso anterior, pero, a la inversa, podría derivarse del estudio particularizado del régimen jurídico de cada una de estas prestaciones.
- Tampoco existe regla respecto a la compatibilidad con las pensiones y/o prestaciones en su modalidad no contributiva (pensión de desempleo, incapacidad permanente y jubilación, o las prestaciones a favor de familiares de carácter no contributivo) y la pensión de viudedad. Y es que:
 - o El art. 122 LGSS sólo entra en juego respecto de las pensiones de carácter contributivo, aunque la incompatibilidad de las pensiones de carácter contributivo y no contributivo no suele predicarse dado que al condicionarse la percepción de las pensiones no contributivas a la percepción de rentas, el mero ingreso de contributivas ya descarta el acceso o el reconocimiento a las de carácter asistencial, o su pérdida, en caso de que aquéllas fueran previas.
 - o La colisión entre las pensiones contributivas y no contributivas se resuelve no a través del mecanismo de la compatibilidad –pudiendo optarse por una o por otra, en cada caso- sino originando que se extinga una prestación que se venía percibiendo al beneficiario o bien no reconociendo el derecho a dos prestaciones o pensiones de esta diferente naturaleza cuando en importe de la prestación o de la pensión se tenga en cuenta a efectos de determinar la existencia o no de ingresos o rentas suficientes justificativas de su abono (a tal efecto debe computarse los ingresos percibidos por el conjunto de la unidad familiar -STS de 16 de julio de 1994 (RJ 1994, 6671-)²⁷¹.

271 En este sentido valga de ejemplo la STSJ de Castilla-La Mancha, de 15 de marzo de 2007 (AS 2007, 1859) en donde se resuelve que la pensión de incapacidad permanente no contributiva no resulta incompatible con la percepción del percibo de la pensión de viudedad al entender que el art. 122.1º LGSS no es aplicable al supuesto examinado, *ya que él las pensiones contrapuestas son, por un lado, la de viudedad, y por otro, una prestación de invalidez no contributiva, siendo así que esta última, según se infiere del art. 144.5º, párrafo primero, de la LGSS, no resulta incompatible con la percepción de otras prestaciones, ya que el importe de éstas se tomará en cuenta a efectos de determinar la existencia o no de ingresos o rentas suficientes justificativas de su abono.*

Ahora bien, cuestión distinta es que el importe de la nueva prestación de viudedad reconocida, por superar el límite de acumulación de rentas a que se refiere el art. 144.1.d) de la LGSS, determine o posibilite la extinción de la prestación no contributiva, circunstancia que se producirá no por resultar incompatibles ambas prestaciones, sino porque no se cumpliría uno de los requisitos necesarios para mantener la virtualidad de aquélla, cual es la carencia de rentas.

- Las pensiones deben percibirse por un mismo beneficiario, es decir, deben reconocerse dos o más pensiones a un mismo beneficiario.
- No se alude a quién deba generar la pensión, de forma que resulta independiente para la norma o para el legislador si la pensión que se percibe ha sido generada por el mismo beneficiario o por otra persona, que es el causante, que es precisamente lo que ocurre con la percepción de las diferentes prestaciones ligadas a la muerte y supervivencia de un causante.
- La incompatibilidad que se predica es interna, lo que significa que acontece respecto de pensiones generadas por el mismo beneficiario y en el mismo Régimen de la Seguridad Social, por lo que sí que pueden resultar compatibles las pensiones si éstas se producen en diferentes Regímenes del Sistema de la Seguridad Social.
- Cuando se generen diferentes pensiones en diferentes Regímenes de la Seguridad Social deberá reunirse todos los requisitos que, a tal efecto se exigen, en la persona del beneficiario y en el momento del hecho causante pues de otro modo no cabe la percepción múltiple.

Señalado lo anterior debemos centrarnos ahora a delimitar si existiría algún precepto que impide a los pensionistas de la pensión de viudedad percibir al tiempo determinadas pensiones, prestaciones, rentas, etc. Por ello hemos de ver algunos de los supuestos que se plantean, aunque la casuística puede llegar a ser elevadísima, para ver en términos generales cómo se resuelve en el ordenamiento actual en la materia y cómo, por tanto, nuestro ordenamiento permite que el viudo o la viuda pueda percibir diferentes prestaciones o pensiones del sistema.

Veremos también que los últimos avances normativos adelantados en materia de pensión de viudedad no suelen detenerse en analizar el régimen de compatibilidad de la pensión de viudedad, aunque si se pretende reconfigurar el régimen jurídico de la pensión de viudedad haciendo que su percepción dependa más que antes de la dependencia económica que pueda demostrar el sobreviviente, un mecanismo adecuado para llevar a cabo esta actuación podría ser restringiendo la compatibilidad de la pensión de viudedad con otras pensiones y/o percepciones sólo a los supuestos en los que se aprecie un nivel de dependencia económica muy acusado del beneficiario respecto del causante. Pero, dada la complejidad del tema resulta aconsejable descender a analizar las posibles propuestas dependiendo del supuesto de compatibilidad o del caso concreto de compatibilidad en el que se encuentre la viuda o el viudo.

2. La compatibilidad de la pensión de viudedad con la realización de trabajos y con la percepción de rentas derivadas del mismo

2.1. Régimen jurídico actual aplicable a todos los trabajadores del Sistema de la Seguridad Social.

A día de hoy resulta aplicable a esta cuestión el art. 179.1º LGSS, precepto que ha permanecido inalterado en su versión originaria desde la aparición del Texto

refundido de la LGSS del año 1974.

En este artículo se señala, de forma bastante escueta y clara que: “(...) *la pensión de viudedad será compatible con cualesquiera rentas de trabajo*”.

Antes del año 1974, el art. 10 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que establece las normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social²⁷², establecía, algo más extensamente, también, la norma aplicable a la hora de poder compatibilizar la pensión de viudedad: “(...) *La pensión de viudedad será compatible con cualquier renta de trabajo de la viuda o con la pensión de vejez o invalidez a que la misma pueda tener derecho*”.

Resulta destacable que estos dos preceptos se mantienen con la misma redacción originaria que tuvieron, tanto en la LGSS, como en la Orden de 13 de febrero de 1967, lo que implica que, a pesar del avance producido en la definición de los beneficiarios de la pensión de viudedad, éstos no se han traducido en una evolución similar del régimen jurídico de la viudedad en materia de compatibilidad.

Por aquel entonces el art. 7º de aquella Orden de 13 de febrero de 1967 reconocía el acceso a las pensiones de viudedad con carácter vitalicio, salvo que se produjera alguna de las causas de extinción previstas en su artículo 11, a la viuda cuando, al fallecimiento de su cónyuge, ésta acreditara los requisitos siguientes:

- a) Hubiese convivido habitualmente con su cónyuge causante o, en caso de separación judicial, que la sentencia firme la reconociese como inocente u obligase al marido a prestarle alimento.
- b) Que el cónyuge causante, si al fallecer se encontrase en activo o en situación asimilada al alta, hubiera completado el período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento, salvo que la causa de éste hubiera sido un accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso no se exigirá este requisito.
- c) Que la viuda se encuentre 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 hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad.

Es decir, en un principio, la compatibilidad de la percepción de las rentas derivadas del trabajo por parte de la viuda solamente era posible en dos supuestos: cuando la viuda hubiera cumplido la edad de cuarenta años, o bien cuando tuviera hijos a los que mantener, que tuvieran derecho a acceder a la

272 Esta Orden desarrolló reglamentariamente la Ley General de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, en su Capítulo VIII del Título II y el Reglamento General aprobado por Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre.

pensión de orfandad.

Y ello para acceder a la pensión vitalicia.

Por aquel entonces, también se permitía el acceso a una pensión de viudedad temporal, cuando la viuda acreditara el cumplimiento de los requisitos consignados en los apartados a) y b) del art. 7.1º de tal Orden , pero no se encontrara en ninguna de las situaciones que se listan en el apartado 7.1.c), es decir, no fuere mayor de 40 años, no estuviera incapacitada para el trabajo o no tuviera hijos a cargo del causante, con derecho a la pensión de orfandad²⁷³.

Para ese otro supuesto la regla aplicable a la compatibilidad de la pensión temporal era la misma que la consignada para el disfrute de la pensión de viudedad vitalicia (art. 14 de la Orden):

"(...) El subsidio temporal de viudedad será compatible con cualquier renta de trabajo de la viuda o con la pensión de invalidez a que la misma pueda tener derecho".

El régimen de compatibilidad, cuya configuración queda en gran manera delimitado por los requisitos que deban concurrir en el posible beneficiario de ésta para acceder a la misma, quedaba fijado en términos enormemente amplios: la pensión de viudedad era compatible con cualquier tipo de trabajo de la viuda. Y es que cabía, tras la lectura de las condiciones exigibles al beneficiario que la viuda desarrollara algún tipo de actividad laboral: solamente quedaba vedada tal posibilidad cuando la viuda accediese a la viudedad vitalicia desde la situación de la incapacidad para el trabajo, situación en la que la compatibilidad de la pensión de viudedad con las rentas obtenidas por el trabajo no se plantearía, pero sí se plantearía, en cambio, la posible compatibilidad de la percepción de esta pensión –en tal caso vitalicia, como se ha visto- con la pensión de invalidez o con la pensión de jubilación generada por la misma viuda, situación a la que alude la Orden de 13 de febrero de 1967, pero no en cambio el art. 179 LGSS.

Así pues, según contempla el art.10 de la Orden de 13 de febrero de 1967, es posible la compatibilidad de la pensión de viudedad con el trabajo, y con la percepción de las rentas derivadas del mismo, y, asimismo, con las pensiones que, por causa de un trabajo anterior, pudiera tener concedido el sujeto sobreviviente al causante (la compatibilidad entre pensión de viudedad y otras pensiones será analizada en apartados posteriores).

Por lo demás, nos queda por resolver un aspecto: si este art. 179 LGSS y su casi

273 El art. 12 de tal Orden señalaba entonces que:...Tendrá derecho a un subsidio temporal de viudedad la viuda que, al fallecimiento de su cónyuge, reúna los requisitos señalados en los apartados a) y b) del número 1 del **artículo 7** y no se encuentre en ninguna de las situaciones previstas en su apartado c).

homólogo art. 10 de la Orden de 13 de febrero de 1967 resulta de aplicación solamente al Régimen General, o, en cambio, se debe exportar su contenido a la normativa reguladora de los diferentes Regímenes especiales subsistentes en nuestro Sistema de Seguridad Social.

Para resolver esta cuestión hemos de tener en cuenta previamente que este precepto se enmarca entre los preceptos correspondientes a los trabajadores del Régimen General, dado que de forma expresa art. 179 no se incluye entre aquellas disposiciones a las que hace la llamada la DA 8ª LGSS, y que resultan aplicables a todos los trabajadores encuadrados en los Regímenes especiales del sistema de la seguridad social; pero existen también preceptos en otras normas especiales de algunos Regímenes especiales donde se contienen afirmaciones equivalentes a la incluida no tanto en el actual art. 179.1º LGSS, sino más bien equivalentes a la contenida en el art. 10º de la Orden de 13 de febrero de 1967.

Es lo que ocurre en la normativa del Régimen Especial de los trabajadores por cuenta Propia o Autónomos. Así, tanto el art. 51 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del Régimen Especial de trabajadores autónomos, como el art. 102 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 que dicta las normas para la aplicación y desarrollo del Régimen especial de la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos -ambos preceptos de idéntico tenor literal- señalan, bajo el título "Compatibilidad de la pensión de viudedad" que *"La pensión de viudedad será compatible con cualquier renta de trabajo de la viuda o con la pensión por vejez o invalidez a que la misma pueda tener derecho"*.

Por su parte, el art. 79.3º del Decreto 1867/1970, de 9 de julio, que aprueba el Reglamento general del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, señala en términos muy similares:

"Tanto la pensión como el subsidio de viudedad serán compatibles con cualesquiera renta de trabajo en la viuda y con las pensiones cuya compatibilidad con aquélla tenga establecida el Régimen General".

Se aprecia en esta última disposición una llamada expresa a la regulación al respecto relativa al Régimen General, una llamada que tendrá que realizarse posiblemente ante la ausencia de preceptos expresos de esta naturaleza en el resto de las normas aplicables al resto de los trabajadores encuadrados en los Regímenes Especiales del Sistema.

Todo ello nos obligaría a entender que, de todas formas, este régimen es también predicable de los trabajadores encuadrados en estos otros Regímenes. Además, el hecho de que en la actualidad prácticamente el régimen aplicable a las prestaciones por muerte y supervivencia presente pocas singularidades en los diferentes Regímenes especiales hace que asumamos que este régimen de compatibilidad incluido en el art. 179, en lo que se refiere a las posibles rentas a percibir por parte de la viuda/o, sea trasladable, por tanto, a cualquier posible beneficiario de la pensión de viudedad, sea cual fuere el Régimen en el que se

encontrara encuadrado el sujeto causante dentro del Sistema de la Seguridad Social, y siempre que al beneficiario se le hubiere reconocido el derecho a acceder a esta pensión.

Así pues, este régimen de compatibilidad tan favorable será también el que se predica para las viudas/viudos que generen derecho a pensión en cualesquiera otro Régimen del Sistema de la Seguridad Social (el Régimen Especial de la Minería del Carbón, el Régimen Especial Agrario (aunque tras la L. 18/2007 los autónomos agrarios han quedado incorporados al RETA), y el Régimen Especial de los Empleados de Hogar).

Por lo demás, otros preceptos, aunque más posteriores, en concreto el art. 4º del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, que desarrolla la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, sigue sin condicionar tampoco la percepción de la pensión de viudedad a la capacidad de trabajo, y, por lo tanto, tampoco a la percepción de las rentas derivadas de éste.

Se dispone en este artículo:

"Pensiones de viudedad. 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".

Este precepto obedece al cambio instaurado en la definición de los beneficiarios de la pensión de viudedad que acaba con la vigencia del art. 7º de la Orden de 13 de febrero de 1967, pero, desde luego la misma afecta al régimen de compatibilidad, si bien indirectamente, por la vía no de generar una norma expresa que genere una posible compatibilidad o incompatibilidad, sino reconociendo que las posibles condiciones personales que puedan afectar al viudo o a la viuda no van a generar cambios a la hora del reconocimiento de la pensión de viudedad.

Y este es el régimen jurídico con el que nos encontramos a día de hoy. Nos encontramos, pues, con una autorización absolutamente amplia dada a los beneficiarios de la pensión de viudedad para que puedan realizar cualquier tipo de trabajo, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, por el que perciban cualquier renta.

Realmente el precepto permite, por una parte, la realización de cualquier tipo de actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, y por la cual el sujeto deba darse de alta en el sistema de la seguridad social o no y, por otra, el precepto omite cualquier referencia a la posibilidad de que el beneficiario de la pensión perciba, al tiempo, cualquier otra renta no derivada del trabajo; pero esta omisión no conduce a entender que el viudo/a no pueda percibir otras rentas, sino todo lo contrario: ningún precepto en el ordenamiento jurídico de la

seguridad social actual condiciona la percepción posible de la pensión a esta circunstancia.

Así pues:

- Se aprecia claramente en este precepto la desvinculación de la pensión respecto de las rentas de que son titulares los beneficiarios de la misma, y ello tanto en el momento del reconocimiento del derecho a la pensión, como después de éste, lo que ha hecho que, en la actualidad, puedan ser beneficiarios de esta pensión todos los viudos y todas las viudas que cumplan las condiciones establecidas por el ordenamiento, sea cual sea su nivel de rentas, de forma que accederán a ella, de forma vitalicia, o hasta que desaparezcan los requisitos o las condiciones exigidas a tal efecto por la norma.
- Podrán ser beneficiarios de la pensión tanto aquellos viudos/as cuyas rentas (de cualquier origen) no alcanzan la cuantía del SMI como aquellos viudos/as cuyas rentas (de cualquier origen) fueren muy elevadas. No obstante, la pensión de viudedad debe completarse con los complementos a mínimos si no alcanza la cuantía mínima fijada para cada año (Vid. Decreto de revalorización de pensiones para el año 2007).
- Podrán ser beneficiarios de la pensión de viudedad aunque la suma de la misma, sumada a las rentas salariales, superen la cuantía máxima de la pensión de viudedad, ya que esta cuantía solamente se tiene en cuenta cuando se perciben varias pensiones, al mismo tiempo.
- Sí es cierto que para el disfrute concreto de la pensión de viudedad se ha de atender al nivel económico del beneficiario, pero ello ha de valorarse una vez reconocido ya el derecho a la pensión, es decir, el derecho al reconocimiento de la pensión no se condiciona a ese aspecto, en cambio, si se condiciona a tal aspecto la cuantía final de la pensión que pueda percibir el beneficiario, ya que ha de tenerse en cuenta:
 - o Si a la pensión de viudedad debe sumarse los complementos a mínimos que corresponda, en el caso de que no se alcance a la cuantía mínima señalada para la pensión de viudedad cada año (Para el año 2007, Vid. RD 1578/2006, de 22 de diciembre, de revalorización de pensiones del Sistema de la Seguridad Social).
 - o El porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión (hasta el 70%) dependiendo del nivel de rentas acreditado (Vid. Capítulo Cuarto: Determinación de la cuantía de las prestaciones de viudedad).

Así las cosas, resultarían posibles beneficiarios de la pensión de viudedad todos estos colectivos, fuere cual fuere el Régimen en el que quedaran encuadrados:

- quienes no perciban más rentas que las derivadas del pago de esta pensión.
- quienes perciban las rentas derivadas del pago de esta pensión, además de:
 - o Los emolumentos de la realización de trabajos o actividades por

cuenta propia o por cuenta ajena, por los que se encuentren encuadrados o no en el sistema de la seguridad social, y, por tanto, por los que coticen o no, personal e individualmente al sistema de la seguridad social;

- Cualquier tipo de rentas no derivadas del trabajo, como las derivadas de cobros de cantidades por las rentas de bienes inmuebles, bienes muebles, o las derivadas de las cantidades percibidas por los ahorros. Y es que efectivamente también resulta indiferente para el sistema la titularidad de bienes de cualquier tipo o la percepción de beneficios económicos derivados de operaciones puntuales como las ventas de bienes inmuebles, bienes muebles, etc.

En definitiva, se desvincula la percepción de la pensión de viudedad a la acreditación de la suficiencia económica por parte de quien percibe tal pensión. Y esta desvinculación tiene lugar no solamente en el momento del reconocimiento del derecho a la pensión, sino también posteriormente, porque el ordenamiento no analiza tal situación particular del sujeto, ni para reconocer la pensión, para extinguir su percepción, ni siquiera para menguar o limitar su cuantía –siquiera temporalmente-.

No forma parte, pues, de los requisitos exigidos por la norma el hecho de que el posible beneficiario de la pensión de viudedad tenga un determinado nivel de rentas; no se requiere como un requisito más necesario para percibir la misma, por lo que, en consecuencia, tampoco su percepción puede suponer impedimento alguno que imposibilite, limite o coarte el acceso a la pensión, si no acontece ninguno de los supuestos que determinan la pérdida de la pensión.

La justificación de esta ventaja debería, de cualquier forma, ponerse en relación con la descripción o las condiciones exigidas a quienes van a ser beneficiarios de la pensión, dado que la descripción de los requisitos exigidos a los beneficiarios de esta pensión se han modificado desde la Orden de 1967, tal como se ha señalado, pero ello no se ha visto traducido en el establecimiento de un régimen más restrictivo en materia de compatibilidad.

2.2. Las carencias del régimen jurídico actual y el benévolo tratamiento del viudo/a: posibles actuaciones.

A simple vista el ordenamiento de la seguridad social resulta ser especialmente favorable a los intereses de los viudos/as en lo concerniente al régimen de compatibilidades que permite a sus posibles beneficiarios con cualquier renta, sea cual sea su origen.

Tradicionalmente el problema que se encontraría en el origen de este tratamiento privilegiado podría ser una falta de una visión personal o individual de la condición de beneficiario, que no se analiza de forma particular. Y es que para la concesión de esta pensión la necesidad económica que la norma protege configura una insuficiencia que no se ha de demostrar, sino que se presume, a

raíz de un previo fallecimiento del causante, de quien se supone la dependencia económica por quien reclama la pensión.

Lo que el ordenamiento tiene en cuenta es únicamente la pérdida de rentas que tienen su origen en una situación perjudicial producida en el sujeto causante – que es quien fallece-, una pérdida de rentas que se manifiesta previa la existencia de un vínculo afectivo o matrimonial al que se encuentra aparejado el hecho de compartir una serie de rendimientos o beneficios económicos entre los sujetos estimados por la norma.

Como, de cualquier forma, una de las tradicionales formas de incrementar el nivel de renta de cualquier persona radica normalmente en la realización de algún tipo de actividad profesional, ocurrirá habitualmente que los viudos/as activos trabajadores en alta en la Seguridad Social mientras son beneficiarios de la pensión de viudedad pueden llegar a alcanzar un nivel de rentas más elevado que el resto de beneficiarios no activos o pasivos, e incluso un nivel de rentas superior a los beneficiarios de otro tipo de pensiones (jubilación, e invalidez, fundamentalmente) que no resultan compatibles con el desarrollo de actividades por las que el beneficiario deba quedar incluido en el sistema de la seguridad social. Ello genera una evidente desigualdad respecto de estos otros colectivos, quienes normalmente no pueden generar pensión y, al tiempo, incrementar sus emolumentos a través de la realización de trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena, pero esta desigualdad se aprecia, sobre todo, en la incompatibilidad absoluta que se deduce del hecho de que los jubilados no puedan trabajar, ni, por tanto, generar beneficio alguno como consecuencia de ello, pero sí pueden trabajar aquéllos que perciben una pensión consecuencia de unas cotizaciones no generadas por su propia actividad laboral, sino por aquéllos de quienes dependen económicamente.

Ciertos grados de incapacidad también permiten la realización de trabajos que no resulten incompatibles con la calificación o con la declaración de invalidez. En tales situaciones el viudo puede trabajar, cobrar esa pensión compatible con su grado de incapacidad, al tiempo de su pensión de viudedad.

Así podría ocurrir con la percepción de la indemnización por incapacidad permanente total para la profesión habitual percibida de una sola vez (ex art. 139 LGSS) por los menores de 60 años que así lo soliciten (aunque el art. 122 LGSS asimila esta indemnización a una pensión, para aplicar el régimen de incompatibilidades, de donde se deduce que, si no existe precepto en contra que establezca la compatibilidad, ésta no se producirá en este supuesto concreto²⁷⁴), o, por ejemplo, con la incapacidad permanente parcial, que puede percibirse al tiempo que se desarrolla una actividad por la que el trabajador se encuadra en el sistema de la seguridad social.

274 El art. 122.2º LGSS señala que: *2. El régimen de incompatibilidad establecido en el apartado anterior será también aplicable a la indemnización a tanto alzado prevista en el apartado 2 del artículo 139 como prestación sustitutiva de pensión de invalidez en el grado de incapacidad permanente total.*

Tampoco las rentas percibidas por el sujeto pueden, por sí mismas, conseguir menguar la cuantía de la pensión misma, sin hacerla desaparecer completamente. Así, una vez reconocida ésta, las rentas no supondrán obstáculo alguno para dejar de recibir la totalidad de la pensión del sistema o para llegar a rebajar su cuantía: es decir, la pensión de viudedad queda absolutamente al margen del nivel real de rentas que el beneficiario de las mismas tenga en el momento del reconocimiento de la pensión, y también posteriormente.

Y no obsta a esta afirmación el hecho de que, tal como se contiene actualmente en el art. 31 del 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 mismas²⁷⁵, se reconozca la posibilidad de que la cuantía de la pensión de viudedad pueda incrementarse, dado que el porcentaje aplicable a la base reguladora desde un 52% podrá ascender hasta el 70% cuando, entre otros requisitos, se compruebe que la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos, y no superen sus ingresos ciertos límites máximos.

Se trata en esta regulación de hacer una diferenciación en la cuantía a percibir por los diferentes beneficiarios de la pensión de viudedad, pero suponen o implican un reconocimiento previo de la pensión de viudedad en el que la percepción de más o menos rentas dentro del patrimonio personal del viudo no tiene relevancia alguna; es decir, nuestro ordenamiento sí tiene actualmente preceptos que valoran el otorgar una pensión de una cuantía u otra en atención a los niveles de renta de quienes las perciben, pero nunca prohíbe ni limita la percepción o el reconocimiento de la pensión vitalicia actual a los emolumentos que estos colectivos puedan tener, y ello porque el requisito de la dependencia económica real respecto del sujeto causante no se valora, o no se tiene en cuenta por el legislador, que ofrece una posibilidad muy amplia para acceder a la pensión de viudedad y, al tiempo y en conexión con lo anterior, poder compatibilizar la percepción de cualquier tipo de rentas con la percepción de esta pensión.

Cierto es, por lo demás, que al tratarse la pensión de viudedad de una pensión de carácter contributivo basta que se cumplan los requisitos de cotización, afiliación y alta requeridos por la norma y que han de concurrir en el sujeto causante para que se reconozca su derecho en el sobreviviente, y que no ha de demostrarse una situación de necesidad económica –que solamente hace falta, como es sabido, para el acceso a las prestaciones de naturaleza asistencial, en donde no se requiere cotización previa- para que concurra el supuesto de hecho previsto por la norma y que origina el acceso a la pensión.

Otras pensiones como la jubilación y la invalidez se perciben aunque las rentas que obtenga el sujeto sean también elevadas, pero, aunque existen excepciones

275 Redactado por la Disposición final 1ª del RD 1425/2002, de 27 de diciembre, excepto el apartado 1º que fue redactado por el RD 1795/2003, de 26 de diciembre.

(supuestos de ciertos grados de incapacidad permanente, compatibles con la realización de trabajos residuales compatibles con el estado de salud del trabajador inválido) tanto las pensiones de jubilación como las pensiones de invalidez permanente se ofrecen y se conceden al sujeto que se encuentra en una situación de necesidad económica por no poder hallarse en activo, por razón de enfermedad, accidente o por razón de edad y, por tanto, precisa que el sistema de la seguridad social le ofrezca una pensión vitalicia sustitutiva de las rentas del trabajo que le garanticen su subsistencia: es decir, se deja de percibir las rentas derivadas del trabajo y se perciben otras sustitutivas de éstas.

También se puede ser sujeto causante de la pensión de viudedad siendo perceptor de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, y también los pensionistas por incapacidad permanente y jubilación, ambos en su modalidad contributiva²⁷⁶. Es decir, el ordenamiento tan sólo se ocupa de limitar o regular el acceso a la situación de sujeto causante generador de pensión de viudedad, pero no limita la descripción de la situación del beneficiario de esta pensión ni del mismo, ni de otro modo, por lo menos para el acceso a las prestaciones del sistema de la seguridad social.

En cambio, algo diferente ocurre con la pensión de viudedad, ya que se podría percibir por quienes ya tienen garantizada su subsistencia por desarrollar ya trabajos, por cuenta ajena o por cuenta propia, trabajos de los que obtienen ya rentas. La ventaja se detecta, además, porque el hecho de desempeñar, mientras se percibe la viudedad, un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia puede acabar derivando, además en un futuro reconocimiento de otras pensiones –la pensión de jubilación, fundamentalmente, aunque no de forma exclusiva- y de otras prestaciones o subsidios temporales –como el desempleo, o la incapacidad temporal-; pero tampoco sería justo privar a quien se le ha posibilitado el trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia de obtener tales rentas ni antes de empezar a percibir la viudedad, ni después de empezar a cobrarla, porque cada una de estas prestaciones se otorgan a la misma persona, pero los sujetos cotizantes para el reconocimiento de ambas han sido dos: el sujeto causante y el sujeto beneficiario, que no coinciden en la misma persona, circunstancia que sí concurren ocurre en el resto de las pensiones y prestaciones de la Seguridad Social diferentes a las conceptuadas como las de muerte y supervivencia²⁷⁷.

En este sentido no está de más recordar que el art. 179 LGSS vuelve a incidir en el tema de la compatibilidad de la pensión de viudedad cuando aborda el régimen de las compatibilidades predicable de los posibles beneficiarios de la

276 Vid. Art. 172 TRLGSS redactado parte del mismo por la L. 62/2003, y vuelto a redactar más recientemente por la Ley 3/2007, de 10 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

277 Recuérdese que el beneficiario de la pensión de orfandad también puede llevar a cabo trabajos remunerados, cuando no superen ciertos límites, por lo que la compatibilidad con las rentas también se predica en este caso.

pensión de orfandad, cuando señala que:

"(...) La pensión de orfandad será compatible con cualquier renta de trabajo de quien sea o haya sido cónyuge del causante, o del propio huérfano, así como, en su caso, con la pensión de viudedad que aquél perciba".

También establecía la incompatibilidad de la percepción de la pensión de orfandad con la realización de una actividad ligada a un puesto de trabajo del sector público, aunque esta previsión ha sido suprimida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre²⁷⁸.

Esta situación se agrava por el hecho de que la mayor parte de los causantes generan la activación de la pensión de viudedad en sus cónyuges o ex - cónyuges sobrevivientes dado que los requisitos exigidos para el acceso a la misma resultan excesivamente benévulos. Y ello la convierte en una pensión que –a diferencia de lo que ocurre con el resto de las pensiones- se otorga –con carácter vitalicio- por la pérdida de unas rentas a resultas de una dependencia económica del viudo/a respecto del causante, una dependencia económica que no ha de demostrarse y que, por tanto, se protege independientemente de la situación de necesidad económica de los posibles beneficiarios/as, quienes pueden ser capaces de mantenerse de forma adecuada por sí mismos.

No obstante, si el ordenamiento pretendiera establecer límites en este aspecto – en el nivel de rentas que ha de acreditar el beneficiario- encontraría problemas graves para concretar el nivel de suficiencia económica “deseable” de los viudos: cuándo las rentas que perciben los viudos/as de su pensión sumadas a las suyas propias alcanzan un nivel adecuado, por lo menos equiparable a los recursos contenidos en la “caja” o unidad económica que formarían ambos cónyuges antes del óbito, porque ésta sí pudiera ser la finalidad que pretendiera perseguir la norma: en tal caso, solamente la percepción de emolumentos elevados por parte de la viuda/viudo podrían extinguir o menguar la cuantía económica de la pensión; pero esta situación hoy no se tiene en cuenta por parte del ordenamiento, ya que no se rebaja en ningún caso la viudedad, aunque existan rentas.

Se parte, pues, de una situación de infortunio del viudo/viuda que se protege sin más, y atendiendo a una cuantía dineraria que solamente atiende a la posible compatibilidad o incompatibilidad que pueda generarse por la posible percepción de otras pensiones, como veremos, pero en la que no influye la realización de un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia por parte del beneficiario.

²⁷⁸Señalaba el párrafo segundo del art. 179.2 que: *"(...) No obstante lo establecido en el párrafo anterior, la percepción de la pensión de orfandad será incompatible con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 1º de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. La percepción de la pensión quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus revalorizaciones. La Ley 40/2007 también suprime la Disposición Transitoria Novena de la Ley 53/1984, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.*

El ordenamiento arrastra una identificación del viudo/viuda con la persona que, por sí misma, no es capaz de conseguir un nivel de rentas equiparable al que pudiera tener antes de la muerte del causante, aunque tras la incorporación de las mujeres al mercado laboral este desamparo, en el género femenino, está desapareciendo, y en el masculino, no tendría por qué existir, tampoco.

No obstante, dada la absoluta desigualdad y disparidad entre las viudas de mayor edad –más dependientes, por no haber desarrollado actividad profesional alguna durante su vida- (vid. Capítulo Primero) y las viudas de menor edad –que normalmente acceden al mercado de trabajo desde más jóvenes-, y dado que también es mucho menor el número de las viudas más jóvenes (Vid. Capítulo Primero)–por ley de vida y porque cabe, posteriormente, que un nuevo matrimonio haga perder la pensión de viudedad generada anteriormente-, el ordenamiento sigue poniendo énfasis en proteger al primero de estos colectivos, dejando de lado la situación de la viuda (género femenino) de menor edad, un colectivo que quizá en el futuro resulte demasiado protegida por el sistema, cuando trabaje, y, desde luego también, la situación de los viudos (género masculino), de mayor o de menor edad, quienes, normalmente sí llevan a cabo una actividad profesional por cuenta ajena o por cuenta propia por el que perciben una serie de emolumentos.

No nos constan, por lo demás, datos suficientes que permitan obtener conclusiones respecto al nivel de rentas que suele tener los viudos/as, tanto las de mayor edad como las de menor edad, pero también es cierto que, los ingresos más elevados posiblemente coincidan con el reconocimiento a una pensión de viudedad de mayor cuantía dado que la cotización del sujeto causante hubiera podido ser también abundante, aunque cada año se fija la cuantía de la pensión máxima, por encima de la cual no cabe la percepción de incremento alguno para ningún beneficiario; y a la inversa, las cuantías de rentas más bajas coincidirán con la percepción de las pensiones de viudedad más bajas, aunque también es cierto que, en su caso, tales cuantías deberán completarse cuando no alcancen a la cuantía de la pensión mínima fijada para cada año a través del mecanismo del reconocimiento de los complementos por mínimos (remisión a la parte referida al cálculo de la pensión de viudedad máxima para el año 2007).

A modo de conclusión provisional, y, por lo que respecta a este apartado:

- No parece lógico que se deba prohibir la percepción de rentas derivadas del trabajo de la viuda para poder percibir la pensión de viudedad: ello actuaría en contra de lo que se debe hacer precisamente: fomentar que el viudo o la viuda vaya poco a poco intentando que, por sus propios medios, el nivel de los emolumentos depositados en la caja familiar puedan ir incrementándose.
- Tampoco será bueno prohibir que el viudo o la viuda pudieran percibir otro tipo de rentas distintas de las derivadas del trabajo, dado que los ahorros, las viviendas, en definitiva, el resto de las rentas que tenga cualquier

persona es un factor que no se tiene en cuenta para nada ni se debe tener en cuenta en el futuro en un tipo de sistema protector como el nuestro de carácter contributivo, en el que uno tiene derecho a la prestación del Sistema, si cumple los requisitos exigidos por éste, en concreto, y, sobre todo, si ha cotizado previamente el tiempo que el Sistema estableciera (otro tema sería si este período mínimo de cotización que hoy se exige no resulta ser demasiado reducido –remisión al comentario del apartado correspondiente-).

- Tampoco se tiene en cuenta ello para acceder a la IT, a la incapacidad permanente, a la jubilación, etc. Así pues, la naturaleza contributiva de la pensión de viudedad impide que se tenga en cuenta, a la hora de permitir su percepción, que ésta sea incompatible con cualquier otra renta, de cualquier origen –incluido el salarial- a que pudiera tener acceso el viudo.

2.3. Sobre la elaboración del concepto de la dependencia económica por parte del legislador.

El concepto de la dependencia económica se ha valorado en numerosas ocasiones por parte de la norma a la hora de otorgar diferentes prestaciones, normalmente a la hora de conceder el otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, de cara a la concesión del complemento por mínimo por cónyuge a cargo en el que se entra a cuantificar los ingresos que puede obtener el cónyuge a efectos de determinar si alcanza o no un nivel de dependencia mínimo para poder incrementar el complemento a mínimo reconocido al titular del derecho.

Así, en el art. 7º del RD 1578/2006, de 22 de diciembre sobre revalorización de pensiones para el año 2007, se señala que:

(...) 1. Se considerará que existe cónyuge a cargo del titular de una pensión, a los efectos del reconocimiento de las cuantías mínimas establecidas en el anexo I, cuando aquél se halle conviviendo con el pensionista y dependa económicamente de él.

2. Salvo en el caso de separación judicial, se presumirá la convivencia siempre que se conserve el vínculo matrimonial, sin perjuicio de que esa presunción pueda destruirse por la actividad investigadora de la Administración.

Asimismo, se entenderá que existe dependencia económica del cónyuge cuando concurren las circunstancias siguientes:

a) Que el cónyuge del pensionista no sea, a su vez, titular de una pensión a cargo de un régimen básico público de previsión social, entendiéndose comprendidos en dicho concepto los subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona, ambos de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, y las Pensiones Asistenciales reguladas en la Ley 45/1960, de 21 de julio.

b) Que los rendimientos por cualquier naturaleza del pensionista y de su

cónyuge, computados en la forma señalada en el apartado 2 del artículo anterior, resulten inferiores a 7.576,84 euros anuales.

Cuando la suma, en cómputo anual, de los rendimientos referidos en el párrafo anterior y del importe, también en cómputo anual, de la pensión que se vaya a complementar resulte inferior a la suma de 7.576,84 euros y de la cuantía anual de la pensión mínima con cónyuge a cargo de que se trate, se reconocerá un complemento igual a la diferencia, distribuido entre el número de mensualidades que corresponda.

Se trata de un concepto de dependencia económica que, al estar establecido para el percibo de prestaciones de carácter asistencial, resulta demasiado estricto y difícilmente exportable a un posible concepto de dependencia económica que pueda ligarse a la existencia de rentas previas y del que pueda depender el otorgamiento de una prestación de carácter contributivo.

Pero esta cuantificación de la dependencia económica poco o nada tiene que ver con la evolución de las normas reguladoras de la pensión de viudedad, que pretenden querer elaborar un concepto de dependencia económica que deba demostrar el beneficiario para poder acceder a la pensión de viudedad. Las fases en la elaboración de este concepto han sido las siguientes:

a) Primera fase:

Se tiene en cuenta si las rentas del beneficiario de la pensión de viudedad constituyen o no la fuente principal de ingresos del pensionista, pero no para reconocer el derecho a la pensión de viudedad *ex novo* sino para poder conseguir o bien mejorar el importe de la pensión percibida (desde el 52% puede pasar a cobrar el 70% de la BR) o bien poder no perderla si, en tal situación, y cuando, al tiempo, concurren también otras condiciones, el viudo o la viuda contraen nuevas nupcias.

Esta opción se acoge en el Acuerdo de la Reforma de Pensiones de 2001 (9 de abril de 2001) en donde se contempla la introducción de las siguientes modificaciones en el régimen jurídico de la pensión de viudedad:

a) Mejora, con carácter general y de forma progresiva, del porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora, a efecto del cálculo de la pensión de viudedad. Este porcentaje pasará de forma gradual del 45% al 52%.

b) En el supuesto de pensionistas de viudedad con cargas familiares, y que la pensión de viudedad constituya la principal fuente de rentas, el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora quedará fijado gradualmente en el 70%. A tales efectos, el concepto de cargas familiares será el aplicable en las pensiones mínimas de viudedad para beneficiarios con menos de 60 años y cargas familiares.

c) Se aprobará un nuevo marco de compatibilidades de la pensión de viudedad, permitiendo el mantenimiento en el percibo de esta pensión, aunque el pensionista contraiga nuevas nupcias, en los supuestos en que

concurran simultáneamente las siguientes circunstancias:

- .- que se trate de personas mayores o incapacitadas.*
- .- que la pensión de viudedad constituya la principal fuente de ingresos del pensionista.*
- .- que se trate de personas con menores niveles de renta*

b) Segunda fase

Anunciada en la L. 30/2005, de 29 de diciembre, por la que se aprobó la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006²⁷⁹ se materializa en el Acuerdo de reforma de pensiones de 13 de julio de 2006. Su finalidad, tal como se señala en el mismo texto del Acuerdo (art. 3º), es la recuperación de la pensión de viudedad como renta de sustitución, de forma que quede reservado su otorgamiento para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstites. Para ello el Acuerdo tiene en cuenta la situación del causante antes del fallecimiento y, por vez primera, la relación de dependencia económica del sobreviviente respecto de aquél, introduciendo nuevas condiciones para acceder a la prestación de viudedad solamente en el caso de que el fallecimiento de haya producido como consecuencia de la EC, y distinguiendo dos tipos de sobrevivientes: los que habían contraído matrimonio y los que fueren pareja de hecho del causante.

Así las cosas:

- Se actúa y modifica el régimen del reconocimiento de la pensión vitalicia solamente en un supuesto: cuando el fallecimiento se produjera por EC. Este es el único supuesto en el que podría existir una mayor posibilidad de "compra de pensiones de viudedad" a través de los "matrimonios por conveniencia" por lo que el previo vínculo con el causante debe acreditarse mejor.
- En tal caso, el Acuerdo posibilita el acceso a la pensión de viudedad vitalicia, aunque diferenciando dos situaciones:
 - si existe vínculo matrimonial, éste debe de haber perdurado dos años, o bien, existiendo hijos en común, éstos deben tener reconocido el derecho a la pensión de orfandad.
 - Si no existe vínculo matrimonial, la pareja de hecho debe probar la convivencia mutua, estable y notoria, durante un período amplio; además, si no existen hijos comunes se desciende más a analizar la situación del dependiente económicamente y, por primera vez, se entra a cuantificar la aportación del causahabiente a la "caja única familiar". Así, cuando no

279 Que prevé una futura reforma a través de la presentación de un Proyecto de Ley, previa concertación social con los agentes sociales que *dentro de un contexto de reformulación global de la pensión de viudedad, dirigido a que la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante y posibilite, igualmente, el acceso a la cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes, en el momento del fallecimiento del causante.*

existen hijos comunes, se exige que la dependencia económica se cuantifique en más del 75% de los ingresos (comunes, se habría de entender); si, en cambio existen hijos comunes, el nivel de dependencia económica es inferior: el 50% de los ingresos (respecto de los comunes o los que se incluyan en la "caja familiar") .

3. El Acuerdo también permite tener derecho a una pensión de viudedad temporal, cuando, previo vínculo matrimonial, no se acceda a la pensión de viudedad vitalicia por la inexistencia de hijos en común con derecho a acceder a la pensión de orfandad, o bien por no haber acreditado un período matrimonial mínimo previo superior a dos años.

c) Tercera fase:

Tendrá lugar con la próxima Ley de reforma de la Seguridad Social. (Texto aprobado por el Senado de la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, de fecha de 14 de noviembre de 2007), en la que se prevé la introducción de las modificaciones plasmadas previamente en el Acuerdo de reforma de las pensiones de 13 de julio de 2006, aunque con algunas modificaciones que mejoran, aclaran y atenúan algunas condiciones requeridas para el cobro de la pensión de viudedad en la anterior redacción del Acuerdo.

Así, en el art. 174.1º se señala que:

"(...) en los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años".

Igualmente, la futura Ley incorporará un nuevo párrafo al art. 174.3º con el siguiente tenor literal:

"(...) Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el apartado 1 de este artículo, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que 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. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente. Se considerarán como ingresos 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”.

Es decir, se alteran algo los términos de las condiciones que se imponen pero las novedades que se concretaron en el Acuerdo se plasman en esta futura Ley, novedades que, en tema de dependencia económica se basan en las exigencias siguientes:

1º) A efectos de poder optar al reconocimiento de la pensión vitalicia de viudedad, si la causa del fallecimiento es la enfermedad común se exige un período mínimo de matrimonio previo de 1 año, o la existencia de hijos comunes (no hace falta ahora que tengan reconocido el acceso a la pensión de orfandad); si no se alcanza el período mínimo de un año de matrimonio se exige el doble de tiempo: dos años, período que se computa añadiendo al tiempo de duración del matrimonio el tiempo de convivencia de la pareja.

2º) En el caso de las parejas de hecho se entra a valorar el contenido de la “caja familiar” y cómo es rellenada ésta por parte del causante y del derechohabiente mejorando la redacción anterior del texto del Acuerdo.

- Se exige que la pareja de hecho demuestre que durante el año anterior al fallecimiento del causante sus ingresos fueron inferiores al 50% de la suma de los ingresos propios y los del causante computados en el mismo período.
- Si no existen hijos comunes con derecho a pensión de orfandad se exige que durante el año anterior al fallecimiento del causante los ingresos del beneficiario no alcancen al 25% de la suma de los ingresos propios y los del causante computados en el mismo período.
- Otro criterio para alcanzar, asimismo, el derecho al reconocimiento de la pensión de viudedad, no subsidiario, sino complementario del anterior, de forma que podrá escogerse la asunción de uno u otro, según cual sea más beneficioso, (que no constaba en el Acuerdo) pasa por calcular la cuantía total de los ingresos del futuro beneficiario, sin compararlos con los ingresos producidos en la caja familiar durante el año anterior, sino con la cuantía del SMI calculado respecto de cada año y mientras persiste perdura el cobro de la pensión vitalicia. Así, estos ingresos:
 - o Deben ser inferiores a 1,5 veces la cuantía del SMI fijado para cada año (cada año de percepción de la pensión debe comprobarse esta circunstancia).
 - o Si existen hijos comunes que tengan derecho a la pensión de orfandad esta cuantía (1,5 veces el SMI) se multiplicará por 0,5 por cada descendiente de la pareja de hecho: $1,5 \text{ (SMI)} * 0,5 = 0,75 \text{ SMI}$ (1 hijo); $1,5 \text{ (SMI)} * 1 = 1,5 \text{ SMI}$ (2 hijos); y, así, sucesivamente.

A estos efectos, acaba señalando el precepto contenido en la que posiblemente sea la futura Ley, el cómputo de las rentas generadas –durante el tiempo que se tenga en cuenta- se hará sumando las mismas percepciones que se tienen en

cuenta a efectos del cálculo de los complementos por mínimos. Es decir²⁸⁰:

"(...) A tal efecto también se computarán entre tales ingresos las plusvalías o ganancias patrimoniales, valoradas conforme a la legislación fiscal, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor un tipo de interés del 2,5 por 100, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el pensionista y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas.

A los exclusivos efectos del reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas de la Seguridad Social, de los rendimientos íntegros percibidos por el pensionista, y computados en los términos establecidos en la legislación fiscal, se excluirán los siguientes:

a) En los rendimientos íntegros procedentes del trabajo, los gastos deducibles, de acuerdo con la legislación fiscal.

b) En los casos de rendimientos íntegros procedentes de actividades empresariales, profesionales y agrícolas o ganaderas, los gastos deducibles, de acuerdo con la legislación fiscal.

Los rendimientos íntegros del pensionista, computados en la forma en que se determina en los párrafos anteriores, se tomarán en el valor percibido en el año 2006, y deberán excluirse los dejados de percibir por motivo del hecho causante de las respectivas pensiones, así como aquellos otros que se pruebe que no han de ser percibidos en el ejercicio 2007".

En definitiva, el hecho de computar de algún modo el nivel de dependencia económica acreditado por el superviviente comienza a hacerse exigible (aunque solamente para las parejas de hecho) para el acceso a la pensión de viudedad vitalicia. En cambio esta cuantificación del porcentaje de contribución al relleno de la "caja familiar" antes y después del fallecimiento del causante no se exige ni para las uniones matrimoniales que solamente deben demostrar la existencia de un período de convivencia previo pero no han de cuantificar de ninguna forma las posibilidades de supervivencia económica del viudo o viuda.

Se trata, por tanto, de la primera vez que una Ley va a introducir una medición exacta de la dependencia económica del superviviente, aunque solamente se haga a los efectos de no incrementar sobremanera el coste de estas pensiones tras permitir que las uniones de hecho también puedan generar derecho a las pensiones de viudedad.

280Art. 6º.2º RD 1578/2006, de 22 de diciembre, sobre revalorización de pensiones para el año 2007.

3. Compatibilidad de la pensión de viudedad con las prestaciones periódicas, temporales o de pago único derivadas de la realización de trabajos del viudo/a beneficiario.

Al permitir que el viudo o la viuda pueda trabajar debe permitir también el ordenamiento (de hecho no existe precepto que expresamente contemple el derecho a esta compatibilidad, pero la misma se deduce de la ausencia de prohibiciones al respecto) que el viudo cobre las prestaciones sustitutorias de las rentas del trabajo si, en cada caso, le corresponden. A estos subsidios temporales o de carácter periódico no se refiere para nada el art. 122 LGSS que plasma la norma general de incompatibilidad entre pensiones –no entre prestaciones de la Seguridad Social-. Por ello, a no ser que encontremos algún precepto que impida la mentada compatibilidad podremos decir que la pensión de viudedad no puede operar de obstáculo para poder percibir los diferentes subsidios o indemnizaciones a que tiene derecho el viudo o la viuda por la realización de un trabajo anterior. La única excepción que encontramos es la que se reproduce en el art. 122.2º LGSS que hace mención expresa a la indemnización a tanto alzado (art. 139 LGSS) a la que pueden acceder los trabajadores mayores de 60 años que tienen reconocida la incapacidad permanente total para la profesión habitual, cuando opten por ello. A efectos de la incompatibilidad a esta indemnización del art. 139 LGSS se le considera pensión, y, por tanto, se le aplica la norma de pensión única que reconoce el art. 122 LGSS.

Así, el viudo o la viuda percibe las rentas derivadas de su trabajo y también puede acceder, tras haber ingresado esas cuotas y, cuando le corresponda, mientras percibe la pensión de viudedad, a las prestaciones de las que él mismo es causante, prestaciones que podrían ser todas las incluidas en el art. 38 LGSS²⁸¹ (excepción hecha de las pensiones causadas también por el beneficiario, que serán analizadas en un apartado posterior) y que podrían ser las siguientes:

3.1. Estudio de compatibilidad entre las distintas prestaciones económicas: estudio singular de cada prestación.

a) Prestaciones económicas de Incapacidad Temporal, Maternidad y Paternidad

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la compatibilidad de las prestaciones de **Incapacidad temporal²⁸², maternidad o paternidad²⁸³** dado

281 Redactado nuevamente parte de sus apartados, en concreto el apartado 38.1.c) tras la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad.

282 Según el art. 132 LGSS, el beneficiario del subsidio por incapacidad temporal ve extinguido o suspendido su derecho a la percepción del mismo cuando desarrolle cualquier trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, cuando hubiera actuado fraudulentamente o cuando, sin justificación suficiente, abandonara el tratamiento médico que se le había fijado.

283 Según el art. 133 quinques: El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los

que no se puede compatibilizar el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia con la percepción de la IT y la maternidad o paternidad, nada impide que ésta se perciba por parte del beneficiario de la pensión de viudedad. Por lo que se refiere a la prestación económica de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, ambas prestaciones se otorgan a la trabajadora embarazada ante la necesaria suspensión del contrato de trabajo derivado de la necesidad de apartar a la trabajadora de su puesto de trabajo, por lo que la viuda que se encontrara en estas situaciones podría cobrar estas prestaciones, junto con la pensión de viudedad.

b) Prestaciones a tanto alzado vinculadas a la situación de Incapacidad Permanente.

Por lo que se refiere, a la prestación por **Incapacidad Permanente Parcial** y la **indemnización a tanto alzado por Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual para trabajadores menores de 60 años**, en ambos supuestos la declaración de estos grados de incapacidad del sujeto beneficiario comporta el derecho a percibir una indemnización a tanto alzado, una indemnización que, en el segundo caso, y, si no se solicita expresamente, se percibe en forma de pensión vitalicia (art. 139 LGSS) y que, al resultar compatible con la realización de un trabajo por parte del perceptor, también podría generar el derecho a seguir siendo beneficiario de la pensión de viudedad.

No obstante, el art. 122.2º LGSS señala que *“El régimen de incompatibilidad establecido en el apartado anterior será también aplicable a la indemnización a tanto alzado prevista en el apartado 2 del artículo 139 como prestación sustitutiva de pensión de invalidez en el grado de incapacidad permanente total”*, lo que significa que la norma general de la incompatibilidad entre pensiones resulta extrapolable, de forma excepcional, también en este caso a una indemnización a tanto alzado. De forma que, para indagar acerca de su posible compatibilidad con la pensión de viudedad, deberemos calificar tal prestación como si se tratase de una pensión, tal como se verá en un apartado posterior.

En cambio, de forma un tanto incoherente, asumiendo las críticas aducidas por la doctrina²⁸⁴, el percibo de la Incapacidad Permanente Parcial sí resultará perfectamente compatible con la percepción de la pensión de viudedad. De hecho, el art. 141 LGSS solamente establece una serie de normas sobre

correspondientes períodos de descanso.

284 En concreto por DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M^a L., Régimen jurídico de la pensión de viudedad, Sevilla, (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2002, p. 255 para quien tal diferenciación resulta incoherente teniendo en cuenta que *tanto en el supuesto de la incapacidad permanente total para la profesión habitual como en el caso de la incapacidad permanente parcial la prestación indemnizatoria no tiene como exclusiva finalidad compensar la pérdida total de la capacidad de ganancia, que sigue existiendo, si bien disminuida. Así para que excepcionalmente pueda sustituirse la pensión de incapacidad permanente total por una indemnización, resulta requisito necesario que el beneficiario siga prestando servicios, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia.*

compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente que tan solo alude a las pensiones vitalicias²⁸⁵.

c) Protección por desempleo contributivo y asistencial.

En relación con la prestación por desempleo contributivo y no contributivo el art. 221.1º de la LGSS señala lo siguiente:

"La prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado.

Serán, asimismo, incompatibles con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo".

Así pues, al tratarse la pensión de viudedad de una pensión compatible con el trabajo del beneficiario, el viudo o la viuda podrá percibir junto con esta pensión la prestación por desempleo cuando le corresponda.

Únicamente resta recordar que la prestación por desempleo no se reconoce a los trabajadores por cuenta propia insertos en cualquiera de los Regímenes Especiales integrados en el Sistema (Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y Régimen Especial del Mar tras la L. 18/2007), aunque la L. 20/2007 hace referencia a la posibilidad futura de la aparición de la denominada *prestación por cese de actividad*. Por ello, los trabajadores por cuenta propia no podrán compatibilizar la realización de ese trabajo con la percepción de esa prestación, dado que no podrían acceder a ella.

Además, el mero desarrollo de cualquier actividad por cuenta propia descarta la percepción del desempleo, por lo que cuando la viuda/viudo desarrollara una actividad de estas características perdería la prestación por desempleo reconocida. Además, ha de incluirse, junto a la prestación por desempleo contributivo, el derecho a percibir, junto a éste, y si procede, la denominada renta activa de inserción regulada en el apartado 4º de la DF 5ª de la LGSS,

285 El tenor literal del art. 141 LGSS señala lo siguiente:

Artículo 141. Compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por invalidez permanente.

1. En caso de incapacidad permanente total para la profesión habitual, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, con el alcance y en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

De igual forma podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 139 y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.

2. Las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión

párrafo añadido por el art. 1.14º de la L. 45/2002 de 12 de diciembre²⁸⁶.

Igualmente, se permite que el trabajador desempleado pueda desarrollar trabajos de colaboración social, motivo por el que se admite que los desempleados que se ocupen en tales tareas puedan, también, percibir la pensión de viudedad. Y ello porque, según señala el art. 213.3º LGSS, los trabajos de colaboración social permiten el mantenimiento de la percepción de las prestaciones por desempleo²⁸⁷.

Por último, cuando deje de percibirse el desempleo por pasar el beneficiario a considerarse pensionista de jubilación o pensionista de incapacidad permanente debe tenerse en cuenta que para los casos de invalidez permanente total para la profesión habitual, para la percepción de la invalidez permanente absoluta o para la gran invalidez, se permite que el beneficiario opte por la prestación que le resulte más favorable (art. 213.1.f) LGSS), lo que podría implicar un retraso en el comienzo del cobro de las pensiones antedichas, siempre que la prestación por desempleo resultara más beneficiosa para el beneficiario de la pensión de viudedad.

Por lo que se refiere a la protección de **desempleo asistencial** se trata ésta de una prestación que, tal como ocurre con todas las de carácter no contributivo, se otorga de forma subsidiaria a las de carácter contributivo, y, por tanto, el viudo o la viuda podrá percibir cualquiera de estas modalidades de subsidio por desempleo cuando previamente haya descartado el acceso a la prestación por desempleo de carácter contributivo, o cuando haya finalizado el período máximo de duración de aquella otra prestación.

Pero, además, y lo que resulta más relevante de cara a su compatibilidad con la percepción de la pensión de viudedad, existe un requisito, el de la carencia de rentas, cuyo incumplimiento genera la imposibilidad de la percepción del subsidio asistencial y el hecho mismo de ingresar las cantidades derivadas de la pensión de viudedad podría suponer una superación de estas rentas²⁸⁸. Así, para la percepción de cualquiera de las modalidades de subsidio asistencial (art.

286 Se establece en este párrafo lo siguiente: *Se habilita al Gobierno a regular, dentro de la acción protectora por desempleo y con el régimen financiero y de gestión establecido en el Capítulo V del Título III de esta Ley el establecimiento de una ayuda específica denominada renta activa de inserción, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral.*

287 Según continúa señalando este precepto, ...la entidad gestora promoverá la celebración de conciertos con Administraciones Públicas y entidades sin ánimo de lucro en los que se identifiquen, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, dichos trabajos de colaboración social que, en todo caso, deben reunir los siguientes requisitos: a) Ser de utilidad social y redundar en beneficio de la comunidad; b) Tener carácter temporal; c) Coincidir con las aptitudes físicas y formativas del trabajador desempleado; d) No suponer cambio de residencia habitual del trabajador.

288 Según el art. 215.3º LGSS, para acreditar las rentas la Entidad Gestora podrá exigir al trabajador una declaración de las mismas y, en su caso, la aportación de copia de las declaraciones tributarias presentadas.

215.1.1º LGSS) se exige que las rentas percibidas por el beneficiario sea cual fuere su naturaleza no resulten superiores, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Ello significa que la cuantía mensual de la que no pueden exceder las rentas del beneficiario es del 75% de 570,60 (SMI para el año 2007), es decir, 427,95 euros.

A tal efecto, según el art. 215.3.2º LGSS, se consideran como rentas o ingresos computables:

- Cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, o de las actividades económicas por éste realizadas. No se computa como renta el importe de la extinción del contrato de trabajo, ya se perciba ésta de una sola vez o de forma periódica.
- Cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de naturaleza prestacional, es decir, cualesquiera percepciones otorgadas bien por el sistema público de Seguridad Social o por regímenes privados de protección, a salvo de:
 - o Las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo (de naturaleza asistencial también), que, por tanto, no se computarán, y podrán percibirse, por tanto, junto al subsidio por desempleo, sin que se computen para el cómputo de la percepción máxima de rentas.
 - o El importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social.
- Las plusvalías o ganancias patrimoniales
- Los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50% del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas

Si atendemos al hecho de que la pensión de viudedad mínima, según el RD 1578/2006, de 22 de diciembre, de revalorización de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2007, en cómputo anual y a pagar en 14 pagas asciende: a 5134,36 euros, para el pensionista de viudedad titular de la pensión con menos de 60 años (366,74 euros al mes); a 6433,98 euros, para el pensionista de viudedad titular de la pensión con edad comprendida entre 60 y 64 años (459,57 euros al mes); y a 6.905,08 euros, para el pensionista de viudedad titular de la pensión con 65 años, o con cargas familiares, o con discapacidad en un grado igual o superior al 65% (493,22 euros al mes), resulta que solamente en el supuesto de que el pensionista de viudedad no cobrara ningún tipo de renta más de las comprendidas entre las que han sido enumeradas en el párrafo anterior y únicamente cuando el pensionista tuviere menos de 60 años, esa condición previa se cumpliría, es decir sólo en este caso, al cobrar 366,74 euros mensuales quedaría tal cantidad por debajo de los 427,95 euros (75% del SMI para el año 2007). Es decir, resulta sumamente difícil, pero no totalmente imposible que el beneficiario de la pensión de viudedad pueda compatibilizar la percepción de la

pensión de viudedad con el subsidio de desempleo asistencial, cuando cumple, obviamente, también, el resto de las condiciones exigidas por la norma, aparte de las condiciones referidas a las rentas máximas.

d) Las prestaciones o asignaciones familiares de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva y en su modalidad no contributiva.

Las prestaciones familiares no se generan por parte de ningún titular de un derecho, sino que se asignan a uno u otro de los ascendientes cuando concurren las condiciones que el ordenamiento establece por el hecho de tener a su cargo descendientes o discapacitados.

Por lo que se refiere a las prestaciones contributivas éstas son las contenidas en el art. 180 LGSS, precepto que atribuye una serie de cotizaciones presuntas a aquéllos que, por razón de atender al cuidado de hijos o de familiares, solicitaran una excedencia o una reducción de jornada²⁸⁹. Estos beneficios resultan directamente aplicables para el reconocimiento de la pensión de viudedad, es decir, que se calculan para incrementar el período de cotización que se tiene en cuenta para reconocer tanto la pensión de viudedad como el resto de las pensiones por muerte y supervivencia. Desde este punto de vista el generador

289 Artículo 180.Prestaciones.

1. Los dos primeros años del período de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el *artículo 46.3* de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. El período de cotización efectiva a que se refiere el párrafo anterior tendrá una duración de 30 meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor en razón de cuyo cuidado se solicita la excedencia, tiene la consideración de familia numerosa de categoría general, o de 36 meses, si tiene la de categoría especial.
2. De igual modo, se considerará efectivamente cotizado a los efectos de las prestaciones indicadas en el apartado anterior, el primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida.
3. Las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones señaladas en el apartado 1. Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer año en el resto de supuestos de reducción de jornada contemplados en el mencionado artículo.
4. Cuando las situaciones de excedencia señaladas en los apartados 1 y 2 hubieran estado precedidas por una reducción de jornada en los términos previstos en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

de estas prestaciones sería el causante. En cambio, también el viudo o la viuda puede generar estas prestaciones cuando las mismas puedan servir para calcular las pensiones generadas por él mismo y que serán percibidas también por él mismo, tanto por jubilación, incapacidad permanente, maternidad y paternidad.

No obstante, como es sabido, la mayor parte de estas prestaciones o asignaciones por hijo a cargo tienen carácter de no contributivas, motivo por el que se generarán no como consecuencia del trabajo y las cotizaciones ingresadas por el/la viuda, sino que se reconocerán abiertamente a los ascendientes siempre que se acredite el cumplimiento de las condiciones a las que el ordenamiento se refiere. Además, ello implica una alteración en el régimen del causante y de los beneficiarios, una alteración que coincide con la naturaleza jurídica que se dota a estas asignaciones ya que tienen carácter asistencial, aunque algunas de ellas no entren a valorar la existencia de recursos suficientes para su percibo –es el caso de la nueva asignación económica por nacimiento de hijo, que se otorga, sin más, tras la demostración del nacimiento de un hijo-. En cualquier caso, el beneficiario/la beneficiaria de las asignaciones familiares lo será el ascendiente que se encuentre a cargo de los menores o los discapacitados a los que describe la norma, ya que es quien percibe la prestación y el causante será el descendiente o el discapacitado que se encuentra en una situación de desprotección.

A diferencia de las prestaciones por muerte y supervivencia la situación que protege la norma es el sobrecoste que puede implicar para los ascendientes el mantenimiento de un menor de edad o varios menores de edad o de menores o mayores de edad discapacitados. Se trata, de todas formas, además de unas prestaciones de un corte claramente no contributivo, por lo que la visión del régimen de la compatibilidad es totalmente diferente al que hemos visto anteriormente.

De todas formas, la regla general al respecto debe ser la de la compatibilidad absoluta de estas prestaciones con la pensión de viudedad, dado que la normativa que regula la materia solamente impide que tales beneficios o ventajas por el cuidado de menores o incapacitados se disfrutara o percibida por ambos ascendientes, limitando su reconocimiento a uno solo de ellos, de forma que tenga incidencia una sola vez en la unidad familiar, considerada como un todo²⁹⁰. Una vez fallecido uno de los ascendientes, su viudo/a sería el único que podría cobrar la prestación a favor de familiares, a no ser que éste mantuviera la condición de viudo de un anterior causante y existiera una descendencia ulterior sin matrimonio legítimo (ya que entonces se extinguiría la pensión de viudedad). Esta otra descendencia causaría esta incompatibilidad entre los dos ascendientes (uno de ellos receptor de la pensión de viudedad) y en este supuesto sí debería resolverse a quien se le otorgaría las prestaciones a favor de familiares, si a

290 Así, según establece el art. 189.1º LGSS: *1. En el supuesto de que en el padre y la madre concurren las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de las prestaciones reguladas en la presente sección, el derecho a percibirla sólo podrá ser reconocido en favor de uno de ellos.*

favor de uno o de otro ascendiente. Si le correspondiera al viudo/a éste o ésta podría percibir ambas prestaciones: la de viudedad y las prestaciones a favor de familiares.

Esta misma posibilidad de opción podría plantearse igualmente si la condición de ascendiente solamente concurriera en la persona viuda (madre o padre soltero o divorciado o no casado con otra persona, que es el padre del causante de las prestaciones a favor de familiares). En tal caso, si el otro ascendiente puede percibir igualmente estas prestaciones debe elegirse quién la puede llegar a tener finalmente.

Es decir, aún percibiendo la pensión de viudedad puede plantearse problemas de incompatibilidad para la percepción de las prestaciones familiares, si existe otro ascendiente que también podría generar derecho a ellas.

Igualmente, el art. 189.2º continúa señalando:

"2. Las prestaciones reguladas en la presente sección serán incompatibles con la percepción, por parte del padre o la madre, de cualquier otra prestación análoga establecida en los restantes regímenes públicos de protección social.

En los supuestos en que uno de los padres esté incluido, en razón de la actividad desempeñada o por su condición de pensionista en un régimen público de Seguridad Social, la prestación correspondiente será reconocida por dicho régimen".

Esta incompatibilidad se predica sólo respecto a la posible percepción por parte del mismo beneficiario –un solo progenitor, tal como se ha señalado- de diferentes asignaciones familiares en el caso de que, por razón del desarrollo de su actividad éste se encontrara incluido en diferentes Regímenes dentro del Sistema de la Seguridad Social, es decir, en el caso de que fueran diferentes los Regímenes en los que el beneficiario estuviera prestando sus servicios esta condición resulta irrelevante de cara a la percepción de diferentes asignaciones económicas por hijo a cargo. Esta incompatibilidad resulta ser de mención necesaria por cuanto a pesar de tratarse de prestaciones de carácter contributivo se hacen depender de la existencia de una actividad previa por parte de quien va a resultar ser beneficiario de las mismas.

Finalmente, se contempla en el apartado 3º el régimen de incompatibilidad entre el pago de las prestaciones familiares –no contributivo- con el hecho de que el causante de las mismas sea pensionista de invalidez o jubilación también en la modalidad no contributiva. Este párrafo²⁹¹ señala literalmente que:

"3. La percepción de las asignaciones económicas por hijo minusválido a cargo, establecidas en el apartado 2, párrafos b) y c), del artículo 182 bis, será incompatible con la condición, por parte del hijo, de pensionista de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva".

En realidad esta incompatibilidad no se refiere a la persona del perceptor de

291 Modificado por la DA única de la Ley 8/2005, de 6 de junio.

estas prestaciones o asignaciones familiares sino que más bien opera respecto de quien va a generar ese sobrecoste en la persona que lo atiende, un sobrecoste que, si ya es atendido a través del pago de una prestación de carácter no contributivo que atiende a la misma situación de necesidad no deberá atenderse de forma duplicada. En definitiva, ambas prestaciones cubren la misma situación de necesidad si bien la diferencia radica en que en las prestaciones de invalidez no contributiva el causante y el beneficiario coinciden, coincidencia que no concurre en el supuesto de prestación por hijo a cargo en las que siendo el causante el hijo discapacitado, el beneficiario de la prestación es el progenitor.

Por lo demás, para saber si cada una de las prestaciones de carácter no contributivo que se otorgan resultan ser compatibles con la pensión de viudedad únicamente queda el mecanismo de intentar compatibilizarlas a la luz de la lectura de sus preceptos, ya que en los casos en los que las asignaciones se hagan depender de la inexistencia de rentas por parte del perceptor de las mismas, la recepción de la pensión de viudedad de carácter contributivo excluirá, de origen, esa posibilidad, sin más.

Así, según el art. 180 LGSS las prestaciones familiares de la Seguridad Social pueden consistir en el abono de:

1) Una asignación económica por cada hijo, menor de 18 años o, cuando siendo mayor de dicha edad, esté afectado por una minusvalía, en un grado igual o superior al 65 por 100, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación de aquéllos, así como por los menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.

A tal efecto, se señala que el causante puede compatibilizar la condición de tal con la realización de un trabajo lucrativo, por cuenta propia o ajena, siempre que continúe conviviendo con el beneficiario de la prestación y que sus ingresos anuales en concepto de rendimientos del trabajo no superen el 75 % del SMI, también en cómputo anual. Asimismo, tal condición se mantiene aunque la afiliación del causante como trabajador suponga su encuadramiento en un régimen de Seguridad Social distinto a aquél en el que esté afiliado el beneficiario de la prestación. Aquí se alude a un régimen de incompatibilidad que presenta el causante de la asignación, pero que no influye en la persona del beneficiario, que, por tanto, podrá percibir, al tiempo la pensión de viudedad. No obstante, el art. 182 LGSS también obliga a que el beneficiario no se extralimite en las rentas que percibe para poder generar el derecho a esta asignación. Así, se contempla en este precepto, concretamente, en el párrafo 1º, apartado c) que los beneficiarios de esta asignación están obligados a no superar un nivel de ingresos máximo. Así:

1º) Sus ingresos anuales, de cualquier naturaleza, no pueden sobrepasar

la cantidad de 11.000 euros²⁹², teniendo en cuenta que esta cuantía se incrementa en un 15 por 100 por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, éste incluido. En el caso de que el beneficiario forme parte de familias numerosas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Protección a las Familias Numerosas, los ingresos que se tienen en cuenta a tal fin son algo superiores: 15.810,64 euros, en los supuestos en que concurren tres hijos a cargo, incrementándose en 2.560,88 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, éste incluido²⁹³.

Cuando convivieran padre y madre –y el beneficiario de la pensión de viudedad accede a esta asignación, lo que podría ocurrir cuando el causante de la pensión de viudedad no había sido el progenitor del causante de la asignación económica, si no ha habido matrimonio posterior entre los progenitores, dado que, en ese caso se extinguiría la previa pensión de viudedad- han de tenerse en cuenta los ingresos señalados anteriormente de toda la unidad familiar. Asimismo, la misma prohibición se aplica en los supuestos en que el acogimiento familiar, permanente o preadoptivo, si se constituye por dos personas que forman una misma unidad familiar.

2º) Sus ingresos anuales podrán superar la cifra anterior siempre que éstos, de cualquier naturaleza, resulten inferiores a la cuantía que resulte de sumar a dicha cifra el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo o menor acogido por el número de hijos o menores acogidos a cargo de los beneficiarios. En tal caso, la cuantía anual de la asignación será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y la cifra resultante de aplicar lo dispuesto en el párrafo anterior. Dicha cuantía será distribuida entre los hijos o menores acogidos a cargo del beneficiario y las mensualidades a que, dentro de cada ejercicio económico, se tenga derecho a la asignación.

En cualquier caso se excluye el derecho a la percepción de la asignación cuando, tras aplicar la regla anterior esta diferencia resulte inferior al importe mensual de la asignación, por cada hijo o menor acogido a cargo no minusválido, en la cuantía establecida en el precepto correspondiente, es decir, en el apartado 1 del artículo 182 bis.

3º) En el supuesto de que el beneficiario lo fuera respecto del cuidado asumido de hijos o menores acogidos a cargo minusválidos no se exige que se cumpla el límite de recursos económicos antedicho en los apartados anteriores (art. 182.3º LGSS).

292 Este apartado del art. 182 LGSS ha sido modificado en su redacción por la L. 35/2007, de 15 de noviembre.

293 El mismo art. 182 obliga a que estos límites se actualicen anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado respecto de la cuantía establecida en el ejercicio anterior, al menos en el mismo porcentaje que en dicha Ley se establezca como incremento general de las pensiones contributivas de la Seguridad Social.

Teniendo en cuenta las reglas anteriores el perceptor de la pensión de viudedad podrá solicitar, pues, el reconocimiento de esta asignación cuando cumpla éstas y el resto de las condiciones exigidas en el art. 182, sobre todo hay que estar bien atento a la hora de computar los ingresos del futuro beneficiario (excepto para causar prestaciones por hijos minusválidos a cargo). A tal fin, a la hora de hacer constar la posible compatibilidad de su pensión de viudedad con la asignación a favor de familiares no debe demostrar a través de ningún documento la cuantía de las pensiones públicas que percibe, ya que tal tarea le corresponde a la Administración Pública (art. 183 LGSS).

2) Una prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas²⁹⁴.

En tal caso, tal como señala el art. 185.2º LGSS, los límites de ingresos que se tienen en cuenta para que el beneficiario pueda ser reconocido como tal a efectos de percibir esta asignación son los mismos que los que se han señalado anteriormente para la asignación económica por hijo a cargo, aunque hay que tener en cuenta que, si se percibe parcialmente la prestación, porque no se alcanza a la cuantía que se hubiere reconocido resulta de aplicación la cuantía de la prestación señalada en el art. 186 LGSS.

A estos límites habrá que acudir, pues, para discernir si el beneficiario de la pensión de viudedad puede percibir la misma junto con esta asignación.

3) Una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples y una prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo²⁹⁵.

Ninguna de estas asignaciones a tanto alzado condicionan su otorgamiento al hecho de ingresar más o menor rentas, motivo por el que deben de resultar absolutamente compatibles con la pensión de viudedad.

Por lo que se refiere al resto de posibles prestaciones periódicas compatibles con la pensión de viudedad, quedan por estudiar las siguientes:

e) Las prestaciones por muerte y supervivencia.

Las prestaciones por muerte y supervivencia generan el derecho al reconocimiento de una serie de prestaciones, que pueden ser asignaciones, subsidios o pensiones y que atienden a la situación de necesidad económica generada en el patrimonio de todos aquellos que pudieran de alguna forma depender económicamente del fallecido, o sujeto causante de las mismas. Las

294 Este apartado del art. 180 LGSS fue modificado por la L. 35/2007, de 15 de noviembre.

295 Este apartado del art. 180 LGSS fue añadido por la L. 35/2007, de 15 de noviembre, Ley a la que debe acudirse también para conocer exactamente las condiciones exigibles a los beneficiarios de las mismas.

prestaciones que pudieran resultar compatibles o incompatibles con la pensión de viudedad podrían ser las siguientes:

1) El auxilio por defunción. Se trata de una ayuda que a día de hoy adopta un carácter cuasi-simbólico dado el carácter irrisorio de su cuantía (30 euros). Por supuesto, resulta compatible con la percepción de la pensión de viudedad: de hecho, entre los que se presume que se ha generado el gasto, el primero de ellos es el cónyuge del causante (art. 173 LGSS).

2) La pensión de orfandad. Aunque la pensión de orfandad se abona a quien tenga a su cargo a los huérfanos (art. 175.3º LGSS) y si está viva, esta persona suele ser la que resulta ser también beneficiaria de la pensión de viudedad, los beneficiarios de dichas pensiones son diferentes, por lo que en la misma unidad familiar se puede percibir pensión de viudedad, más pensiones de orfandad generadas por cada huérfano, incluso las pensiones a favor de familiares cuando aquéllas correspondan, en cada caso, y cuando se tengan en cuenta a tales efectos los ingresos percibidos por tal unidad familiar. Así pues, el viudo o la viuda percibe su pensión independientemente de que existan o no huérfanos, o de que puedan haber familiares con derecho a las prestaciones a favor de familiares que perciban o puedan percibir también su pensión, aunque existen límites referidos a la cuantía máxima de todas las pensiones por muerte y supervivencia computadas conjuntamente pues cuando existen huérfanos que tienen derecho al reconocimiento de la pensión de orfandad, o cuando existan otros familiares que también pretendan que se les reconozca alguna pensión a favor de familiares, el límite total de la cuantía de todas estas prestaciones no puede superar el 100% de la base reguladora calculada al causante²⁹⁶.

En caso de que tenga que llevarse a cabo alguna disminución en las cuantías de las diferentes prestaciones, cuando se aplique esta regla ha de tenerse en cuenta el orden de preferencia contenido en el art. 179.4º LGSS²⁹⁷.

296 Según el art. 179.4º LGSS:

4. La suma de las cuantías de las pensiones por muerte y supervivencia no podrá exceder del importe de la base reguladora que corresponda, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 120, en función de las cotizaciones efectuadas por el causante. Esta limitación se aplicará a la determinación inicial de las expresadas cuantías, pero no afectará a las revalorizaciones periódicas de las pensiones que procedan en lo sucesivo, conforme a lo previsto en el artículo 48 de esta Ley.

A los efectos de la limitación establecida en este apartado, las pensiones de orfandad tendrán preferencia sobre las pensiones a favor de otros familiares. Asimismo, y por lo que respecta a estas últimas prestaciones, se establece el siguiente orden de preferencia:

- 1º Nietos y hermanos, menores de 18 años o mayores incapacitados, del causante.
- 2º Padre y madre del causante.
- 3º Abuelos y abuelas del causante.
- 4º Hijos y hermanos del pensionista de jubilación o incapacidad permanente, en su modalidad contributiva, mayores de 45 años y que reúnan los demás requisitos establecidos.

297 A este respecto, ha de tenerse en cuenta que la última redacción –Texto presentado por el Senado, de fecha de 14 de noviembre de 2007- de la Ley de medidas de la Seguridad Social, intenta corregir esta situación de rebaja de las pensiones de orfandad cuando exista una

Con respecto a la pensión de viudedad y de orfandad el art. 18 de la Orden de 13 de febrero de 1967 señala también que:

1. En todo caso, la suma de las pensiones de viudedad y de orfandad no podrá exceder de la cuantía de la base reguladora sobre la que se hayan determinado dichas pensiones.

2. En los supuestos en los que habiendo sido preciso aplicar el indicado límite se produjese la extinción del derecho de cualquiera de los beneficiarios de las pensiones a que el número anterior se refiere, se volverán a calcular nuevamente las cuantías de las correspondientes a los restantes beneficiarios hasta que la suma de las mismas alcance el expresado límite.

Pero, además, en supuestos en que no pueda simultanearse la pensión de viudedad junto con las pensiones de orfandad se contempla la posibilidad de que las pensiones de orfandad puedan acrecerse con la cuantía no abonada al cónyuge viudo. Este derecho de acrecer la pensión de orfandad se encuentra contenido en el art. 17 de la Orden de 13 de enero de 1967 que regula la cuantía de la pensión de viudedad, en los siguientes términos:

"1. La cuantía de la pensión de orfandad será para cada huérfano la equivalente al 20 por 100 de la base reguladora del causante, calculada de acuerdo con las normas que para la pensión de viudedad se señalan en el artículo 9, sin que la cuantía de la pensión sea, en ningún caso, inferior a 250 pesetas mensuales.

2. El porcentaje que se establece en el número anterior se incrementará con el que se señala en el artículo 8, 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.

En caso de existir varios huérfanos con derecho a pensión, el incremento se distribuirá entre todos ellos por partes iguales".

Este derecho de acrecentar la pensión de orfandad se ha negado, no obstante, por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones en RCUD [STS de 23 de febrero de 1994 (RJ 1994, 5343), o STS de 10 de julio de 1995 (RJ 1995, 5489)] cuando existiere viudo o viuda, y, en cambio, éste no pudiere generar derecho a la pensión de viudedad debido, por ejemplo, a la inexistencia de matrimonio previo. Y ello cuando tal postura supone una discriminación respecto de los huérfanos nacidos bajo el amparo del vínculo matrimonial. El Tribunal Constitucional, en la STC de 22 de mayo de 2006, ya ha declarado la inconstitucionalidad de esta interpretación si bien hay que anticipar que el

pensión de viudedad y el cálculo de ésta se realice sobre el porcentaje del 70%. Así, este texto introduciría un nuevo párrafo al apartado 4º del art. 179, del siguiente tenor literal: (...) *Sin perjuicio de lo previsto con carácter general en este apartado, el límite establecido podrá ser rebasado en caso de concurrencia de varias pensiones de orfandad con una pensión de viudedad cuando el porcentaje a aplicar a la correspondiente base reguladora para el cálculo de ésta última sea del 70 por ciento, si bien, en ningún caso, la suma de las pensiones de orfandad podrá superar el 48 por ciento de la base reguladora que corresponda.*

pronunciamiento constitucional se refiere específicamente al derecho de acrecer de los huérfanos en la percepción del incremento de la indemnización a tanto alzado por fallecimiento del causante por contingencias profesionales, en el supuesto de huérfanos extramatrimoniales si bien la argumentación cabría extrapolarla a cualesquiera otras prestaciones²⁹⁸, lo que ha sido acogido en la vía administrativa al reconocer que los huérfanos extramatrimoniales pudieran percibir, para sí mismos, tal pensión de viudedad²⁹⁹. No obstante, hay que tener en cuenta que según la nueva redacción operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social también pueden ser ahora

298 *"Ahora bien, como anunciamos anteriormente, la aproximación al contraste de situaciones que fundamenta la queja desde la perspectiva de la discriminación directa no colma, sin embargo, el mandato constitucional de prohibición de discriminación por razón de filiación. Por el contrario, la vulneración del derecho fundamental también deberá declararse si la norma, o una interpretación judicial de la misma formalmente neutra en el trato a unos y otros hijos, ocasiona en los hijos extramatrimoniales un impacto o resultado adverso. Esto así, el órgano judicial debería haber ponderado si la interpretación que realizaba suponía una discriminación indirecta por razón de filiación.*

Acogiéndonos a ese segundo enfoque, ha de señalarse, ante todo, que la perspectiva atendida por la Sentencia que se impugna en amparo no toma en consideración el impacto indirecto o reflejo que tiene la cuestión suscitada en las necesidades de la familia del hijo extramatrimonial afectado. Téngase en cuenta que en esa unidad familiar el progenitor vivo ni percibe la prestación de viudedad ni la indemnización a tanto alzado, por inexistencia de vínculo matrimonial con el causante, y que, si bien las prestaciones de muerte y supervivencia no sustituyen a la obligación alimenticia del progenitor superviviente, sin duda pueden favorecer la satisfacción de las necesidades del hijo, por lo que, al margen de cuáles sean los criterios de valoración propios de la acción protectora de la Seguridad Social, no cabe hacer total abstracción de ese elemento y de la repercusión que el fallecimiento tiene en las necesidades de la familia. Por otra parte, el propio incremento analizado apuntaría una vocación de compensación a los huérfanos por equivalencia a las prestaciones que percibiría la familia de existir un progenitor vivo.

Todo ello abunda en la necesidad de procurar una equiparación de derechos que satisfaga las necesidades de los hijos extramatrimoniales en idéntica medida que para los matrimoniales, pues aquéllos no deben sufrir una peor situación económica familiar por el hecho de que sus padres no contrajeran matrimonio. Ya hemos dicho que directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación, se encuentra el mandato constitucional recogido en el art. 39, apartados 2 y 3 [CE \(RCL 1978, 2836\)](#), que obliga a los poderes públicos a asegurar «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación» ([STC 200/2001, de 4 de octubre \[RTC 2001, 200\]](#), F. 4), y a los padres a «prestar asistencia en todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio», de forma que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad -lo mismo que aquellas interpretaciones de la regulación legal que la determinen- ocasionan una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 [CE \(RCL 1978, 2836\)](#).

En contra de esa exigencia constitucional, la interpretación que realiza la resolución impugnada, formalmente neutra, discrimina de modo indirecto a los hijos extramatrimoniales (art. 14 en relación con los arts. 39 y 41 CE): el art. 39.3 CE, cuyo texto refleja una directa conexión con el art. 14 CE, impone a los padres el deber de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio» y, sin embargo, con aquella interpretación, las realidades familiares extramatrimoniales estarían en peores condiciones para prestar tal asistencia a unos «hijos habidos... fuera del matrimonio», es decir, éstos, en el terreno de dicha asistencia, serían de peor condición que los hijos matrimoniales.

Esa situación, sin embargo, podría ser corregida con una interpretación distinta, que resulta posible a la vista del tenor literal de la norma. En efecto, dijimos anteriormente que la

(a partir de 1-1-2008)³⁰⁰, beneficiarios de la pensión de viudedad las parejas de hecho, con algunas limitaciones y con bastantes diferencias respecto a las parejas de hecho.

Para que tales cambios no perjudiquen los derechos de los huérfanos debería procurarse que no existiera diferenciación alguna entre los huérfanos extramatrimoniales y los matrimoniales pero, realmente, lo que haría falta sería una reformulación de los supuestos claros en los que los huérfanos pudieran acrecer sus pensiones de orfandad según tal cual quede delimitado el régimen jurídico exacto de la delimitación de los beneficiarios de la pensión de viudedad

regulación aplicable no contiene una diferenciación expresa entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Adicionalmente a ello, permite además una interpretación no diferenciadora, que evite la desigualdad sustancial, y sea acorde así con la prohibición constitucional de discriminación por razón de filiación, que se produce en otro caso indirectamente, al perjudicarse de modo reflejo la situación económica familiar de los hijos extramatrimoniales. Para evitar esa interpretación discriminatoria, atendiendo al tenor del precepto aplicado, que contempla el incremento de la prestación del huérfano «cuando no exista viuda o viudo con derecho a esta indemnización especial», debe considerarse que al progenitor vivo de un hijo extramatrimonial se le niega la percepción de la indemnización por no estar casado. Bajo esas circunstancias, como la regulación sitúa el hecho causante del incremento a favor de los huérfanos en la inexistencia de cónyuge sobreviviente «con derecho a esta indemnización especial», es claro que esa situación se da, precisamente, en los casos de padres extramatrimoniales, que resultan sin derecho a esa indemnización por no existir vínculo matrimonial, lo que en la literalidad del precepto daría lugar al reconocimiento consiguiente a los huérfanos del incremento, evitándose así el impacto negativo que otra interpretación tiene en la realidad familiar y en la cobertura de las necesidades de los hijos extramatrimoniales.

Los órganos judiciales pueden vulnerar el art. 14 CE cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 CE no consiente (por todas, [STC 34/2004, de 8 de marzo \[RTC 2004, 34 \]](#), F. 3). De acuerdo con aquella lógica hermenéutica, tanto en casos de orfandad relativa (como el que se plantea en el presente caso), como en casos de orfandad absoluta, las normas de referencia permiten asegurar una igualdad sustancial, que garantice a los hijos extramatrimoniales en igualdad con los matrimoniales la protección a la que se refiere el art. 39.2 y 3 CE, a través de las prestaciones previstas en el régimen público de Seguridad Social (art. 41 CE). Según adelantábamos más atrás, ambos preceptos se contienen en el título I del texto constitucional, lo que permite establecer una directa relación entre ellos y el derecho fundamental invocado (art. 14 CE), deduciéndose en su consideración conjunta un derecho de los hijos a beneficiarse de las prestaciones de Seguridad Social fijadas por las normas correspondientes sin discriminación por razón de su filiación. Deberá recordarse, en ese sentido, que las decisiones judiciales deben adecuarse al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales ([SSTC 82/1990, de 4 de mayo \[RTC 1990, 82 \]](#), F. 2; [126/1994, de 25 de abril \[RTC 1994, 126 \]](#), F. 5) y, desde esa misma perspectiva, que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentran los preceptos citados, no son meras normas sin contenido ([STC 19/1982, de 5 de mayo \[RTC 1982, 19 \]](#), F. 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que se adopte desconociendo la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad, conforme a dichos principios rectores de la política social y económica, acentuaría su falta de justificación (en este caso desde la perspectiva del art. 14 CE), como ya mantuvimos en nuestra [STC 126/1994, de 25 de abril \(RTC 1994, 126 \)](#) (igualmente, [STC 95/2000, de 10](#)

(dado que este régimen se ha modificado ya en la Ley de medidas del año 2007 y dado que va a someterse también en el futuro a cambios sustanciales).

Otro problema de compatibilidad parece desprenderse del tenor literal del art. 179.2º LGSS, que señala que:

"2. La pensión de orfandad será compatible con cualquier renta de trabajo de quien sea o haya sido cónyuge del causante, o del propio huérfano, así como, en su caso, con la pensión de viudedad que aquél perciba".

La compatibilidad de la pensión de orfandad junto con la pensión de viudedad no se refiere, obviamente, a la pensión de viudedad a la que pueda acceder el huérfano, sino a la pensión de viudedad que corresponda o pudiera corresponder, en su caso, al ascendiente o progenitor del beneficiario. Y ello porque el matrimonio del huérfano provoca la extinción de la pensión de orfandad, a no ser que estuviera incapacitado³⁰¹, en cuyo caso sí podría percibir la pensión de viudedad junto con la de orfandad, pero, obviamente, debería optar entre su percepción o la de la incapacidad permanente (contributiva o asistencial, en su caso).

Asimismo, a la luz de lo establecido igualmente en el art. 175.2º LGSS el huérfano de más de 22 años (24 años si es huérfano absoluto) sí puede llevar a cabo trabajo retribuido pues solamente se exige que los ingresos que obtenga, en cómputo anual, sean de ser inferiores al 75% del SMI que se fije en cada momento, también en cómputo anual.

Por último, sí podría ocurrir, no obstante, que, de cara a poder percibir algún tipo de pensión o prestación por parte de la viuda o del viudo, si se tuviera en cuenta a tales efectos los ingresos que se integraran en toda la unidad familiar, las pensiones por orfandad debieran computarse como tales y su percepción podría hacer disminuir la cuantía de alguna otra prestación del viudo o, simplemente, hacer perder a éste el derecho a su reconocimiento (por ejemplo, para el cálculo del desempleo asistencial, para la incapacidad permanente o para la jubilación no contributiva).

[de abril \[RTC 2000, 95 \]](#)).

299 En este sentido la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de 28 de julio de 2006 (RCL 2006, 1630), acoge la doctrina constitucional y establece y reconoce el derecho de acrecentar de los huérfanos extramatrimoniales en el caso del incremento de la indemnización a tanto alzado por fallecimiento del causante por contingencias comunes.

300 Fecha de entrada en vigor de la Ley según su Disposición Final Sexta, salvo la D.A.4ª que entró en vigor el 6 de diciembre de 2007.

301 Efectivamente, el art. 21.1º de la Orden de 13 de febrero de 1967 señala que: *1. La pensión de orfandad se extinguirá por alguna de las siguientes causas que afecten al beneficiario: a) Cumplir la edad mínima fijada en cada caso, de las previstas en el artículo 175 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (RCL 1994, 1825), salvo que, en tal momento, tuviera reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente, absoluta o gran invalidez. b) Cesar en la incapacidad que le otorgaba el derecho a la pensión. c) Adopción. d) Contraer matrimonio, salvo que estuviera afectado por incapacidad en uno de los grados señalados en el párrafo a). e) Fallecimiento.*

3) Prestaciones a favor de familiares. Por lo que se refiere a las prestaciones a favor de familiares, es difícil que se plantee un posible conflicto entre la posibilidad de percibir la pensión de viudedad junto a éstas dado que, a la luz de lo preceptuado en el art. 22 de la Orden de 13 de febrero de 1967³⁰² y art. 176 LGSS, los posibles beneficiarios de estas prestaciones no pueden ser preceptores de pensiones públicas, lo que excluye automáticamente a los perceptores de la pensión de viudedad.

4) Indemnización especial a tanto alzado cuando el fallecimiento deriva de contingencias profesionales. El art. 177 LGSS contempla el derecho al cobro a

302 El tenor literal de este artículo señala que: 1. Serán beneficiarios de la pensión en favor de familiares los consanguíneos del causante señalados en los puntos siguientes que reúnan las condiciones en los mismos consignadas. Será además preciso que el causante, que al fallecer se encontrase en activo o en situación asimilada al alta, hubiese cubierto un período de cotización de quinientos días dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento, salvo que la causa de éste sea un accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso no se exigirá este requisito. 1) Nietos y hermanos. a) 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. En los casos en que 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 100 de la cuantía del salario mínimo que se fije en cada momento, también en cómputo anual, se podrá ser beneficiario de la pensión en favor de familiares siempre que, al fallecer el causante, sea menor de veintidós años de edad. Reconocido el derecho a la pensión o prolongado su disfrute, aquélla quedará en suspenso cuando los beneficiarios, mayores de dieciocho años, concierten un contrato laboral en cualquiera de sus modalidades o efectúen un trabajo por cuenta propia, siempre que los ingresos derivados del contrato o de la actividad de que se trate superen el límite señalado en el párrafo anterior o cuando los ingresos del trabajo que se viniese efectuando superen el indicado límite. La suspensión tendrá efectos desde el día siguiente a aquel en que concurra la causa de la suspensión. Lo previsto en el párrafo anterior, será también de aplicación en los casos en que, con anterioridad al cumplimiento de los dieciocho años, se viniese percibiendo la pensión en favor de familiares y el pensionista viniese realizando un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, cuando los ingresos superen el límite previsto en el párrafo segundo. En estos supuestos, la suspensión tendrá efectos en la fecha del cumplimiento de los dieciocho años. Para la determinación de los ingresos, en ningún caso se tendrán en cuenta los obtenidos por el huérfano antes de que se cumplan los dieciocho años. El derecho a la pensión se recuperará 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 señalados en el párrafo segundo. La recuperación tendrá efectos desde el día siguiente a la fecha de extinción del contrato de trabajo, el cese en la actividad o a la finalización de la percepción de la correspondiente prestación, o de aquél en que se modifique la cuantía de los ingresos percibidos por uno u otras, siempre que se solicite dentro de los tres meses siguientes a la indicada fecha. En caso contrario, la pensión recuperada tendrá una retroactividad máxima de tres meses, a contar desde la solicitud. Cuando en los supuestos indicados en los párrafos anteriores, los ingresos percibidos en el año por el beneficiario fuesen superiores al límite señalado en el párrafo primero, la recuperación de la pensión se producirá el día primero del año siguiente, siempre que en dicha fecha se sigan cumpliendo los requisitos exigidos. Si al finalizar el ejercicio económico, los ingresos percibidos por el beneficiario hubiesen sido, en cómputo anual, inferiores al límite previsto en el párrafo primero, se abonará la pensión, por el tiempo no percibido, desde el día primero de enero de dicho ejercicio o desde la fecha en que se suspendió dicha pensión, de ser esta última posterior, siempre que se solicite en el plazo de los tres primeros meses del año siguiente. En otro caso, el período de percepción se reducirá en

una indemnización a tanto alzado si el causante ha muerto como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, un cobro que puede hacerse efectivo al cónyuge y a los huérfanos (o al padre o la madre si no resultaran beneficiarios de las prestaciones a favor de familiares –art. 176 LGSS).

Por tanto, su percepción resulta compatible tanto con el percibo de la pensión de viudedad, como con la pensión de orfandad, con las matizaciones que se han tratado anteriormente referidas a la posibilidad de acrecer la pensión de orfandad cuando el viudo o la viuda no hubiera contraído matrimonio anteriormente, y, por tal causa, no pudiera generar derecho al cobro de tal prestación. En tal caso, el cobro de la indemnización acrecerá hacia los huérfanos extramatrimoniales, tal como se ha señalado.

Por lo demás, si tal indemnización va a ser cobrada, finalmente por el padre o madre del fallecido éstos podrían compatibilizar su percibo con el de las posibles pensiones de viudedad que a uno u otro les pudieren corresponder.

f) La indemnización a tanto alzado derivada de las lesiones permanentes no invalidantes.

Como es sabido, la citada indemnización se percibe de una sola vez, según establece el art. 150 LGSS cuando el trabajador sufra lesiones, mutilaciones o deformidades de carácter definitivo consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional siempre que de tales lesiones no se derive una declaración de incapacidad permanente. El régimen jurídico de esta prestación es mas bien parco y por lo que se refiere al régimen de incompatibilidades, la única prevista se recoge en el art. 152 LGSS donde se señala que esta indemnización no puede reconocerse a quien es perceptor de la pensión de invalidez permanente, salvo en el caso de que dichas lesiones, mutilaciones y deformidades sean totalmente independientes de las que hayan sido tomadas en consideración para declarar tal invalidez y el grado de incapacidad de la misma.

tantos días como se haya demorado la presentación de la solicitud. b) Huérfanos de padre y madre. c) Que convivieran con el causante, y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquél. d) Que no tengan derecho a pensión pública. e) Que carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil. Se entenderá que el nieto o hermano del causante carece de medios de subsistencia, cuando los ingresos de que disponga, en cómputo anual, sean iguales o inferiores a la cuantía, también en cómputo anual, que esté establecida en cada momento para el salario mínimo interprofesional para trabajadores con dieciocho años. Cuando el nieto o hermano tengan dieciocho o más años y realicen un trabajo por cuenta ajena o efectúen una actividad profesional por cuenta propia, será preciso, además, que los ingresos anuales procedentes del trabajo o de la actividad profesional no superen el 75 por 100 del importe, también en cómputo anual, del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento. 2) Madre y abuelas: a) Viudas, casadas cuyo marido esté incapacitado para el trabajo, o solteras. b) Que reúnan las condiciones de los apartados c), d) y e) del punto anterior. 3) Padre y abuelos: a) Que tengan cumplidos los sesenta años de edad o se hallen incapacitados para el trabajo. b) Que reúnan las condiciones de los apartados c), d) y e) del punto primero.

Así pues, esta indemnización resulta incompatible con la incapacidad permanente, pero no resulta incompatible con el trabajo habitual u ordinario del beneficiario ni, por tanto, tampoco con la percepción de la pensión de viudedad.

g) Las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente

h) Los beneficios de la asistencia social, cuando correspondan (Arts. 55 y 56 LGSS).

Dado que las prestaciones de asistencia social atiende a beneficiarios que se encuentren en estados y situaciones de necesidad, previa demostración de que éste carece de los recursos indispensables para hacer frente a los mismos, una situación de necesidad que quedaría paliada por la obtención por parte de esa persona de la pensión de viudedad de carácter contributivo.

i) Las ayudas que las Comunidades Autónomas puedan establecer o fijar en beneficio de los pensionistas de viudedad residentes en su Comunidad, creadas en el ejercicio de las competencias por ellas asumidas, ayudas que no pueden pretender complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social. (art. 38.4º LGSS³⁰³).

Estas ayudas, aunque resulta un tema muy controvertido y en el que no vamos a incidir en estas líneas, no pueden establecer diferenciaciones relevantes que atenten al principio de solidaridad a nivel nacional, pero podrían consistir en ayudas de naturaleza jurídica similar a las ayudas de asistencia social, cuando entren en el ámbito de sus competencias³⁰⁴ y podrían resultar compatibles con la pensión de viudedad cuando no condicionen su otorgamiento a la concurrencia de ingresos mínimos³⁰⁵.

j) Otras ayudas.

Las mejoras voluntarias que puedan establecer al respecto la negociación colectiva y que puedan incidir en un beneficio para el pensionista de viudedad. Para asumir el margen de la compatibilidad habría que acudir al tenor literal del

303 Este apartado ha sido modificado por el artículo único de la Ley 4/2005, de 22 de abril, sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas.

304 Vid, sobre este conflicto y de forma más pormenorizada, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "El complejo reparto de competencias Estado- Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social, a propósito de las pensiones no contributivas", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 54, 2004, p. 81 y ss.

305 RODRÍGUEZ INIESTA, G., en "La viudedad en el Sistema español de la Seguridad Social", Madrid, (Laborum), 2006, p. 333 pone como ejemplo de este tipo de ayudas la instaurada por la Comunidad Foral de Navarra, Ley Foral 1/2004, de 17 de febrero, por la que se da nueva redacción al art. 67 bis de la Ley Foral 22/1998, de 30 de diciembre, sobre la Renta de las Personas Físicas, que regula una serie de deducciones por pensiones de viudedad.

precepto convencional, precepto que de ningún modo puede imponer una renuncia de los derechos adquiridos y reconocidos por un precepto de Seguridad Social (art. 39 LGSS). En todo caso, en cuanto prestaciones de carácter complementario normalmente la condición de viudo/a se configura como requisito para el acceso a las prestaciones complementarias convencionales siendo escasos los supuestos en los que el convenio asume o extiende algún tipo de prestación de esta naturaleza a sujetos que no reúnen la condición de beneficiarios de las prestaciones de viudedad en el sistema de Seguridad Social pública.

k) Otras prestaciones.

Queda fuera de toda duda que las viudas o los viudos acceden con absoluta libertad a cualquier cantidad que se hubiese generado a través de cualquier mecanismo de protección social de carácter privado: protección también por accidentes, por IT, por desempleo, por Planes de pensiones, incluso aunque éstas no hayan sido sufragados por él mismo sino enteramente por el causante: entrarán en la conceptuación de una renta más que el viudo o viuda tiene derecho a percibir y que no considera o computa por parte del sistema de la seguridad social pública.

2. Unas reflexiones y una toma de postura acerca del régimen jurídico de compatibilidad de la pensión de viudedad, respecto del resto de los subsidios o prestaciones.

Se trata todas estas de prestaciones, subsidios, indemnizaciones o cantidades a tanto alzado, a los que, como es sabido, acceden a día de hoy todos los trabajadores que desarrollan cualquier actividad encuadrada en alguno de los Regímenes que hoy forman parte del Sistema de la Seguridad Social (DA 8ª LGSS). A salvo de algunas excepciones los subsidios, indemnizaciones, rentas de carácter periódico, incluso pensiones que ya han sido analizadas a los que puede acceder cualquier trabajador resultan compatible con la percepción de la pensión de viudedad.

Este régimen jurídico parte de la afirmación contenida en el art. 179 LGSS y que permite que el viudo o la viuda trabaje por cuenta ajena o por cuenta propia y que, por tanto, a través de su trabajo pueda completar las rentas que deban pasar a engrosar los ingresos de la "caja familiar". Por tanto:

- Si el viudo puede trabajar también debe tener derecho también a los ingresos que le reconoce el Sistema público de Seguridad Social y que se otorgan por no poder llevar a cabo ese trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena: aquí entrarían en consideración todas estas percepciones periódicas que tienen por causa la actividad desarrollada por éste y que tienen carácter contributivo. Nada debería impedir, por tanto, la compatibilidad de la pensión de viudedad con:
 - o El subsidio por incapacidad temporal

- El subsidio por maternidad
- El subsidio por paternidad
- El subsidio por desempleo contributivo
- Indemnización por lesiones permanentes no invalidantes (ha sido por causa de AT, EP).
- Recargos de prestaciones por incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos.

La justificación de su percepción viene dada por ser los viudos o viudas trabajadores pertenecientes al Sistema en activo y, por tanto, susceptibles de ser sujetos protegidos por el mismo como causantes a raíz de las cuotas que ellos mismos ingresan.

Al respecto ninguna norma expresamente impide la percepción conjunta de estas prestaciones; y, realmente el legislador no puede imponer límites a dicha compatibilidad pues, al permitir expresamente el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del viudo debe también permitir que perciba –por haber desarrollado esta actividad y por reunir las condiciones que el ordenamiento exige- los subsidios o las indemnizaciones que el mismo viudo ha generado, por sus propios medios.

- Si, en cambio, el viudo cobra estas prestaciones por otros motivos, entonces sí puede limitarse la compatibilidad de las prestaciones, pero no suele ocurrir así, por lo menos no de forma muy determinante:
 - En el supuesto de las prestaciones por muerte y supervivencia: se atiende a un concepto básico: la cuantía de la base reguladora del causante, de forma que todas las prestaciones que se satisfagan a diferentes beneficiarios que tuvieran origen en el mismo causante no pueden rebasar esta cantidad dineraria (se trata de un límite bastante objetivo y que se justifica atendiendo a que en el resto de las prestaciones no existen diferentes beneficiarios del mismo causante, que ha de repartir, por así decirlo las cotizaciones que él sólo ha ingresado en el Sistema.
 - En el supuesto de las asignaciones por hijo a cargo. Al ser de carácter no contributivo, la parte más significativa de ellas, y, por tanto, ofrecerse para hacer frente a gastos extras, pero que no tienen en cuenta el grado de contribución de quien las percibe al Sistema, es claro que deben ser compatibles con la pensión de viudedad, excepto en los supuestos en los que se requiera que no se perciban ingresos o rentas mínimas.

4. Compatibilidad de la pensión de viudedad con otras pensiones.

4.1. Con la percepción de otra pensión de viudedad del mismo o de diferente causante.

Por definición, un mismo beneficiario no podría acceder a dos pensiones de

viudedad generadas por un mismo causante, dado que, al tratarse de la misma contingencia y de la misma situación de necesidad, el ordenamiento solamente puede conceder el abono de una sola pensión. Así las cosas, si fallecido un causante que cobrara dos pensiones, una derivada de su situación de activo y otra de pasivo, su viudo o viuda no podría acceder a dos pensiones de viudedad distintas. Un ejemplo de esta situación podría ocurrir cuando el fallecido estuviera, en el momento del hecho causante, percibiendo una pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual y, al tiempo, se encontrara trabajando u cotizando al permitírsele su capacidad residual. El viudo o la viuda no podría generar dos pensiones de viudedad diferentes³⁰⁶.

Tampoco se puede percibir dos pensiones de viudedad a raíz del fallecimiento de dos causantes, dado que el nuevo matrimonio extingue la pensión de viudedad previamente percibida, extinción que también opera en el supuesto de que, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 11º de la Orden de 13 de febrero de 1967 la pensión de viudedad no llegue a su fin aunque el beneficiario contraiga un nuevo matrimonio³⁰⁷, dado que, tal como señala el último apartado del art. 11.1º

306 En la STSJ de Galicia de 19 de febrero de 2002 (JUR 2002, 78013) se resuelve, por ejemplo, la incompatibilidad entre pensiones causadas en el Régimen General: entre la pensión de viudedad por fallecimiento de trabajador en activo y pensión de viudedad por fallecimiento de pensionista de incapacidad permanente. Según tal Sentencia: *esa compatibilidad (se refiere al actual art. 122 LGSS) se refiere a pensiones por riesgos distintos entre sí, porque de un mismo riesgo no pueden derivarse dos pensiones –el supuesto sería el de pluriempleo o pluriactividad– y no se puede dar en los casos de muerte y supervivencia porque el hecho causante es necesariamente único: no se fallece dos veces, una por accidente de trabajo y otra por enfermedad común.*

307 Según el art. 11º de la Orden de 13 de febrero de 1967 han de concurrir las siguientes condiciones para que tal extinción no tenga lugar:

a) Ser 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 un grado igual o superior al 65 por 100; b) Constituir la pensión o pensiones de viudedad percibidas por el pensionista la principal o única fuente de rendimientos. Se entenderá que la pensión o pensiones de viudedad constituye la principal fuente de rendimientos, 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. Para el cómputo del indicado porcentaje, se considerará comprendida en la cuantía de la pensión el complemento por mínimos que, en su caso, pudiera corresponder. Se considerarán como rendimientos computables cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional. Los rendimientos indicados se tomarán en el valor percibido en el ejercicio anterior, debiendo excluirse los dejados de percibir, en su caso, como consecuencia del hecho causante de las prestaciones, así como aquellos que se pruebe que no han de ser percibidos en el ejercicio corriente.; c) Tener el matrimonio 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. El cómputo de los ingresos se llevará a cabo aplicando las mismas reglas que estén establecidas, a efectos de la percepción de los complementos a mínimos de las pensiones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva. En los supuestos en que las cuantías de la pensión o pensiones de viudedad no superen el porcentaje señalado en el párrafo b), pero, sumadas a los demás ingresos percibidos por

de tal Orden, 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 se venía percibiendo, por lo que debe el interesado siempre optar por una de ellas.

4.2. Con la pensión por jubilación y/o incapacidad permanente del beneficiario.

Tal como se ha señalado en las páginas anteriores, la norma básica a la que hemos de acudir para solucionar la compatibilidad entre pensiones se encuentra contenida en el art. 122.1º LGSS que contempla el principio de pensión mínima, un principio que se encuentra limitado por una serie de condicionamientos, entre ellos, uno fundamental es su carácter subsidiario (la LGSS llega incluso a deslegalizar la materia, porque no exige que sea un precepto de igual rango normativo el que excepcione el cumplimiento de su tenor literal), de forma que el precepto de la LGSS solamente opera cuando no exista otro precepto que regule tal materia de forma contradictoria.

Señalado lo anterior, sí existe un precepto que hace alusión a la regla que debemos aplicar para resolver la compatibilidad entre la pensión de viudedad y otras pensiones. Se trata del art. 10º de la Orden de 13 de febrero de 1967, donde se aclara lo siguiente:... *la pensión de viudedad será compatible con cualquier renta de trabajo de la viuda o con la pensión de vejez o invalidez a que la misma pueda tener derecho.*

Esta compatibilidad se predica de las pensiones generadas por el viudo o la viuda de carácter contributivo ya que las prestaciones no contributivas no entraron a formar parte de nuestro ordenamiento sino a partir de la Ley de prestaciones no contributivas (L. 26/1990), es decir, hasta el año 1990, por lo que las mismas no pudieron ser contempladas por esta disposición.

De cualquier forma, tal como en numerosas ocasiones han señalado diferentes pronunciamientos judiciales³⁰⁸, realmente cuando se podría acceder a la pensión

los dos cónyuges, sobrepasen el límite establecido en el primer párrafo de la presente letra, se procederá a la minoración de los importes de la pensión o pensiones de viudedad, a fin de no superar el límite indicado.; En el caso de que exista más de una pensión de viudedad, la minoración en cada una de ellas se llevará a cabo proporcionalmente a la relación existente entre cada pensión y la suma total de todas ellas.

308 Vid, así la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2003 (AS 2003, 564) o la STSJ de Castilla-La Mancha, de 15 de marzo de 2007 (AS 2007, 1859). En la primera de ellas se señala literalmente que: (...) *las pensiones no contributivas son de naturaleza asistencial, y su reconocimiento, básicamente, dependen de la carencia de ingresos de sus beneficiarios, sin que sea exigible afiliación, alta o cotización a régimen alguno de la Seguridad Social; de todo lo cual se desprende que las previsiones del art. 122.1º de la Ley General de la Seguridad Social no*

de viudedad y, al mismo tiempo, a pensiones por incapacidad permanente o por jubilación no contributiva, no se llega a plantear una cuestión que se resuelva a través de la vía del art. 122 LGSS, sino que, a diferencia de ello, la cuestión debe resolverse aplicando en cada caso los límites de rentas correspondientes, teniendo en cuenta que la pensión de viudedad se ha de sumar a los efectos de tener en cuenta las rentas o los ingresos que acredita el que pretende ser beneficiarios de dos pensiones, una de carácter contributivo, y otra de carácter asistencial.

Así pues, esta compatibilidad se predica, por tanto, respecto de cualquier pensión por jubilación o por incapacidad permanente a la que pudiera tener acceso la viuda o el viudo, en razón a la realización por éste de trabajos anteriores, sin atender a ninguna limitación de carácter económico: únicamente hay que tener en cuenta, al respecto, la normativa referida a la concurrencia de pensiones contenida en el RD de revalorización de pensiones para el año 2007.

4.3. Con la percepción de las pensiones del Seguro Obrero de Vejez e Invalidez (SOVI).

La DA 59ª de la L. 2/2004, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005 ordenó que, durante el siguiente año, se regulara un sistema que permitiese una mejor compatibilidad entre la percepción de las pensiones de viudedad y de las pensiones por invalidez y jubilación del SOVI³⁰⁹.

El hecho de que las pensiones causadas en el régimen del SOVI impidiera el acceso a las pensiones contributivas causadas posteriormente en el Sistema de Seguridad Social instaurado con la Ley de Seguridad Social de 1966 -con fecha de entrada en vigor de 1 de enero de 1967 -lo que venía ocurriendo previo el fallecimiento de los cónyuges de los perceptores de éstas-, (DT 7ª LGSS en su anterior redacción a la L. 9/2005) dado el carácter residual que se le había venido otorgando a éstas, unido al hecho real de la escasa cuantía de estas percepciones había venido generando una situación de empobrecimiento en ciertas capas de la sociedad que debía corregirse. Estos fueron los motivos aducidos por el legislador para provocar un cambio en esta regulación y

son de aplicación al presente caso, ni, por ende, existe un derecho a optar entre las pensiones de invalidez no contributiva y viudedad de las que es titular la demandante; pues las pensiones no contributivas no son encuadrables en un específico régimen de Seguridad Social.

309 Tal Disposición Adicional señala literalmente lo siguiente: "(...) Durante el año 2005 el Gobierno adoptará las medidas oportunas para, dentro del marco que legalmente se establezca, flexibilizar el régimen de incompatibilidad al que están sujetas las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, permitiendo su compatibilidad con las pensiones de viudedad de cualquiera de los regímenes del actual sistema de Seguridad Social, o de clases Pasivas. Las modificaciones normativas oportunas establecerán los requisitos necesarios para evitar situaciones de discriminación o sobreprotección en relación a otras prestaciones equivalentes del sistema de la Seguridad Social".

posibilitar la compatibilidad con las pensiones generadas en un sistema proteccional anterior al actual Sistema público de protección social³¹⁰.

Como consecuencia de tal actuación, la actual DT 7ª de la LGSS permite llevar a cabo tal compatibilidad, aunque con ciertos límites de percepciones. Se contempla, así actualmente, en tal precepto:

"(...) Quienes en 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; entre tales pensiones se entenderán incluidas las correspondientes a las entidades sustitutorias que han de integrarse en dicho sistema, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria octava de la presente Ley.

Cuando concurran la pensión de viudedad y la del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, su suma no podrá ser superior al doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 o más años que esté establecido en cada momento. Caso de superarse dicho límite, 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".

En definitiva, se permite ahora la compatibilidad entre la pensión SOVI y la pensión de viudedad si bien se establece un límite predicado de la suma de ambas prestaciones cifrado en el doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 o más años. En caso de que se supere dicho límite, la prestación cuya cuantía se reduce es la pensión SOVI lo que sin duda resulta coherente con el carácter residual de las prestaciones SOVI.

4.4. Con las pensiones de viudedad generadas en diferentes Regímenes de la Seguridad Social: el supuesto de la pluriactividad del causante y sus límites.

Si el causante ha desarrollado trabajos en diferentes Regímenes del Sistema de

310 El Tribunal Supremo, en la STS de 24 de enero de 2002 (RJ 2002, 2123), en RCUD, doctrina mantenida posteriormente en otras, como la STS de 24 de octubre de 2003 (RJ 2003, 8805), descartaba que pudiera llevarse a cabo tal compatibilidad, dada la naturaleza residual que debía predicarse de tales pensiones, y dada la literalidad de los preceptos normativos que impedían tal actuación. Así, según señalaba el TS en la primera de las Sentencias listadas anteriormente: (...) *la referida norma transitoria impide que la demandante pueda compatibilizar la pensión de jubilación que venía percibiendo en el Régimen del SOVI con la pensión de viudedad en el Régimen General (...) ...el alcance de la compatibilidad o incompatibilidad de pensiones declaradas por la Ley constituye cuestión de mera legalidad, en relación con la cual ni siquiera cabe invocar los arts. 41 y 50 CE para obtener una determinada interpretación, toda vez que la suficiencia de prestaciones que establecen dichos preceptos ni exige ni guarda relación con la compatibilidad que aquí se reclama.*

la Seguridad Social y cumple, al momento del hecho causante todos los requisitos para generar pensión de viudedad en un beneficiario de acuerdo con la normativa aplicable en cada uno de los Regímenes, nada impide que un mismo beneficiario pueda causar dos pensiones de viudedad, una por cada uno de los regímenes en los que quedaba integrado el causante. A la hora de calcular la cuantía de las pensiones, de cualquier forma hay que acudir a lo establecido en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado y en la norma que desarrolla estos preceptos que no es otro que el anula Decreto de Revalorización de Pensiones establecido para cada año, normas ambas que fijan el techo máximo de la protección pública.

Dicho lo anterior, la problemática que plantea la pluriactividad del causante puede ser de dos tipos muy diferentes.

En primer lugar, cabe que el causante haya cotizado de *forma sucesiva* a los diferentes Regímenes del Sistema de la Seguridad Social pero que en el momento del hecho causante solamente se encontrara en alta en uno de esos regímenes y sin acreditar las suficientes cuotas mínimas en ninguno de los dos regímenes para causar derecho a la pensión de viudedad. En tal caso, y para posibilitar el que pueda generar derecho a la pensión de viudedad se aplican las normas referidas al cómputo recíproco de cotizaciones. Tal regulación es la que, básicamente, se contiene en el RD 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre Regímenes de la Seguridad Social, y establece una serie de reglas referidas al modo en que deberá realizarse tal cómputo y los efectos que tendrá el mismo de cara al reconocimiento de la pensión en uno u otro Régimen al que se hayan ingresado las cuotas.

En segundo lugar, cabe que el causante haya cotizado de forma simultánea a diferentes Regímenes del Sistema de la Seguridad Social. En tal caso, si el trabajador cumple todos los requisitos para el percibo de la pensión de viudedad, incluido el requisito referido al alta en el Régimen correspondiente, tal y como se ha señalado anteriormente genera el derecho a dos pensiones de viudedad, de todo punto compatibles. En el supuesto de que cumpla todos los requisitos para el percibo de la pensión de viudedad en los dos Regímenes, excepto el requisito de encontrarse en alta en el momento del hecho causante, la solución es algo mas compleja y se ha visto afectada en los dos últimos años por dos modificaciones legislativas de gran relieve. La primera modificación legislativa tuvo lugar a través de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que, a través de una modificación de la redacción del art. 174.1, segundo párrafo LGSS, permitió el que se pudiera acceder a la pensión de viudedad aunque el causante se encontrara en el momento del óbito en situación de no alta³¹¹. Al suprimirse este requisito del alta y sustituirse por un período de cotización más amplio de 15

311 Tras esa redacción el final del apartado del precepto quedó redactado de la forma siguiente:
(...) No obstante, también tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha del fallecimiento, no se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años.

años se produjo el efecto –posiblemente indeseado- de facilitar el acceso a varias pensiones de viudedad, derivadas de diferentes regímenes, en supuestos de pluriactividad. En este momento, los Tribunales negaron que pudieran aplicarse al régimen jurídico de la pensión de viudedad las reglas que, respecto a la incapacidad permanente y la jubilación, permitían el acceso a dos pensiones en el supuesto de pluriactividad solamente cuando existieran 15 años de cotizaciones simultáneas a los dos regímenes (reglas contenidas en los arts. 138.4^o³¹² y 161.6^o³¹³ LGSS). De esta forma, era posible la compatibilidad de pensiones de viudedad cuando solamente se acreditara un período de cotización de 15 años en cada uno de los regímenes, aunque estos años no fueren superpuestos³¹⁴.

- I. Como consecuencia de esta situación se produjo la segunda de las modificaciones legislativas que definen la regulación actual, modificación que se llevó a cabo por el art. 18.1^o de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas de Seguridad Social que introdujo un segundo párrafo en el art. 179.1 LGSS del siguiente tenor literal:

"(...) La pensión de viudedad, en los términos del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 174, será 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 los regímenes se superpongan, al menos, durante 15 años".

A día de hoy, por tanto, no resulta posible poder causar dos pensiones de viudedad de diferentes Regímenes del Sistema desde la situación de no alta en uno de ellos en el momento del hecho causante a no ser que se acrediten cotizaciones superpuestas en los dos regímenes, por lo menos, durante 15 años. De esta forma se ha posibilitado que, a pesar de que el período mínimo de la pensión de viudedad resulta reducido, se exija una serie de cotizaciones simultáneas durante un período de tiempo extenso, de 15 años, para poder causar derecho a dos pensiones de viudedad. Lo relevante de este cambio es que exporta un régimen jurídico mucho más estricto del que habitualmente se ha esgrimido en la pensión de viudedad, precisamente el que era aplicable a las pensiones de incapacidad permanente y jubilación, cuyo período mínimo de cotización es mucho mayor que el de la pensión de viudedad.

312 "4. Para causar pensión en el Régimen General y en otro u otros del sistema de la Seguridad Social, en los casos a que se refiere el apartado anterior, será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante quince años"

313 "(...) Para causar pensión en el Régimen General y en otro u otros del sistema de la Seguridad Social, en el supuesto previsto en el apartado 4 del presente artículo, será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante quince años".

314 Vid, por ejemplo, la STSJ de Andalucía, Granada, de 25 de febrero de 2003 (AS 2003, 1281), donde se descarta la aplicación analógica de los arts. 138.4^o y 161.5^o de la LGSS a la pensión de viudedad dado que la analogía sólo procede cuando las normas no contemplen un supuesto específico; Vid, también la STSJ de Cataluña, de 30 de julio de 2002 (AS 2002, 2897), o la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de abril de 2003 (JUR 2003, 56689)

III. PRESTACIONES DE DERECHO TRANSITORIO: EL RÉGIMEN DE VIUDEDAD SOVI

1. Introducción.

1.1. Antecedentes normativos y creación del SOVI

La protección por vejez se inició en nuestro país con un seguro social voluntario cuya gestión se encomendó al Instituto Nacional de Previsión. Posteriormente, ese seguro se convirtió en el denominado Retiro Obrero³¹⁵ configurándose por Real Decreto de 11 de marzo de 1919 como un seguro social obligatorio. El Retiro Obrero se transformó en el Subsidio de Vejez³¹⁶ por Ley de 1 de septiembre de 1939 y posteriormente por Decreto de 18 de abril de 1947 el Subsidio de Vejez se integró en el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez que completó la protección por vejez con pensiones de invalidez para incapacitados mayores de 50 años.

La insuficiencia y uniformidad de la protección existente determinó la aparición de un sistema de aseguramiento complementario de carácter profesional llevado a cabo a través de las Mutualidades Laborales de tal forma que por cada contingencia protegida se podían percibir dos pensiones: una de carácter básico, que era la cuantía del SOVI, y otra de carácter complementario, que era la correspondiente al Mutualismo Laboral.

Finalmente el Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955 amplió el campo de protección del SOVI incluyendo a las pensiones de viudedad que se reconocían a favor de viudas de trabajadores que estuvieran percibiendo SOVI y hubieran fallecido con posterioridad a 1 de enero de 1956.

Con la creación de un verdadero Sistema de Seguridad Social mediante la Ley de Seguridad Social de 21 de junio de 1966 se extinguió el SOVI y las contingencias cubiertas pasaron a ser protegidas con las nuevas prestaciones reconocidas por el sistema de Seguridad Social. No obstante, con carácter transitorio se garantizó el derecho a causar pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, posibilidad transitoria que todavía subsiste en la actualidad, y con un número importante de beneficiarios, como se ha puesto de manifiesto en el Capítulo Primero de este trabajo.

315 El Retiro Obrero tenía como características: 1. Protegía a los trabajadores industriales asalariados de edad comprendida entre 16 y 65 años y retribución inferior a 4000 ptas anuales. 2. Concebía la vejez como invalidez por edad. 3. Se financiaba con aportaciones empresariales y del Estado. 3. Otorgaba una pensión a los 65 años de 365 ptas al año. 4. Su gestión se realizaba por el Instituto Nacional de Previsión y Cajas Colaboradoras

316 Con el Subsidio de Vejez: 1. Se sustituye el régimen de capitalización por el de reparto. 2. La cotización uniforme por una cotización proporcional al salario. 3. Se fija una pensión uniforme en 3 ptas diarias. 4. Se eleva el tope de afiliación a 6.000 ptas y la edad se rebaja de 14 a 60 años

1. Pervivencia del SOVI

En la actualidad el SOVI pervive porque el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social en su Disposición Transitoria Primera y principalmente en la Disposición Transitoria Séptima así lo disponen. La Disposición Transitoria Primera LGSS dispone que las prestaciones del Régimen General causadas con anterioridad a 1-1-67 continuarán rigiéndose por la legislación anterior, y la Disposición Transitoria Séptima dispone que quienes en 1-1-67 tuviesen cubierto el periodo 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 SOVI.

Del examen de ambas disposiciones transitorias se puede afirmar que la naturaleza del SOVI es intermedia porque se sitúa entre las prestaciones contributivas y las asistenciales ya que su cuantía es ligeramente superior a la cuantía de las prestaciones asistenciales, pero es inferior a las cuantías mínimas de las pensiones contributivas del Sistema de Seguridad Social, y además el periodo mínimo de cotización que se exige (1.500 días) puede suplirse por la afiliación de un solo día al Retiro Obrero, y no se necesita acreditar alta en el momento del hecho causante de la prestación.

En la actualidad, debido a la subsistencia de las pensiones SOVI nos referimos a ellas incluyendo a la pensión de vejez del SOVI (que puede ser vejez propiamente dicha a partir de los 65 años de edad, o vejez por invalidez a partir de los 60 años de edad), pensión de invalidez SOVI que se puede reconocer como regla general a partir de los 55 años de edad, y la pensión de viudedad SOVI.

2. Viudedad SOVI

2.1. Beneficiarios y requisitos

El beneficiario de la pensión de viudedad SOVI varía en función de la fecha del fallecimiento del causante distinguiéndose en función de que se trate de:

- 1) Causante pensionista de vejez o invalidez del SOVI, fallecido con posterioridad a 31.12.1966
- 2) Causante no pensionista

Cuando se trata de un causante pensionista de vejez o invalidez fallecido con posterioridad a 31.12.1966, la pensión de viudedad que genere se rige por las normas del Régimen General contenidas en la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967 según dispuso la Resolución de la Dirección General de Previsión de 9 de marzo de 1967. Se requiere:

- Existencia de vínculo matrimonial entre causante y beneficiario
- Que el solicitante no tenga derecho a ninguna otra pensión a cargo de los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social, aunque en la práctica se reconoce pensión SOVI y se da la posibilidad

de optar entre las pensiones reconocidas, tal como estableció la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 4 octubre de 1974

Cuando se trata de un causante no pensionista, son aplicables los artículos 3 y 6 del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955 y debe hacerse una distinción entre los requisitos del causante y los requisitos del solicitante de la pensión SOVI.

Los requisitos del causante son los siguientes:

- Que haya fallecido con posterioridad a 1 de enero de 1956
- Que hubiera estado afiliado al Retiro Obrero o acredite 1800 días de cotización al SOVI. Se computan los días cuota o parte proporcional de pagas extra, así como las siguientes cotizaciones:
 - o Las cotizaciones efectuadas en la Caja de Seguros Sociales de Guinea por trabajadores españoles (Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 23 de febrero de 1971).
 - o Los periodos de servicios prestados al Estado o en una empresa, entidad u organismo comprendidos en la Ley de 26.12.1958, durante el período de 23.7.1921 y el 31.12.1958
 - o Las cotizaciones acreditadas al Montepío Nacional del Servicio Doméstico antes de 1.1.1967.
 - o Las cotizaciones efectuadas al Montepío de la Asociación Benéfica de Toreros. Las actuaciones que se acrediten como profesional taurino se transforman en días de cotización a través de la equivalencia prevista en la disposición transitoria 7º.1 del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre.
 - o Los periodos cotizados a la MUNPAL antes de 1967.
 - o Los periodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía. Estos periodos tienen la consideración de periodos de aseguramiento a los extinguidos Seguros de Vejez y Seguro Obligatorio de Vejez e Incapacidad, si son anteriores a 1.1.1967 y de situación asimilada al alta en el Régimen General de la Seguridad Social a partir de 1.1.1967. Estos periodos pueden computarse a efectos de causar derecho a las prestaciones, para ello se deben justificar mediante decisión judicial o resolución administrativa que apruebe la aplicación de la amnistía y los tiempos de permanencia en prisión y, esos periodos deben ser cotizados por el Estado quedando el expediente paralizado hasta que se haya efectuado el ingreso de las cotizaciones (art.1.2 y 1.3 de la Ley 18/1984, de 8 de junio; Orden de 1.10.1984 y Circular 40/1984, de 8 de noviembre).
 - o Afiliación al Censo Laboral Agrícola anterior al Régimen Especial Agrario. Los periodos anteriores a 1952 son periodos de permanencia porque no había cotizaciones en el Censo Laboral Agrícola entre 1943 y 1952, y los declarados como trabajo agrícola,

forestal o pecuario, por cuenta ajena, entre los años 1940 y 1942, no pueden ser computados para causar prestaciones del Régimen Especial Agrario pero sí computan a efectos de acreditar los 1800 días exigidos para generar SOVI, pudiéndose sumar a los cotizados a partir de 1952.

En cuanto a los requisitos del solicitante, son los siguientes:

- Tener cumplidos 50 años de edad en la fecha del fallecimiento, salvo incapacidad .
- Tener cumplidos 65 años de edad en la fecha de la solicitud o estar totalmente incapacitado para el trabajo. Si no tiene 65 años y no está incapacitado, pero tiene más de 50 años, se reserva el derecho hasta el cumplimiento de los 65 años.
- Haber contraído matrimonio con el causante, por lo menos, con 10 años de antelación al fallecimiento.
- No tener derecho a una pensión de vejez o invalidez SOVI (art.1 de la Orden de 10.5.1957).
- Que no tenga derecho a ninguna otra pensión a cargo de los regímenes de integran el Sistema de la Seguridad Social española. En la práctica, se reconoce la pensión del SOVI dando derecho a opción entre ambas pensiones (Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 4.10.1974)

2.2. Importe, compatibilidad y efectos económicos

El importe de la viudedad SOVI consiste en una cuantía que viene determinada anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Para el año 2007 se cifra en 4.716,04 €.

En cuanto a la compatibilidad e incompatibilidad de la pensión hay que distinguir entre la compatibilidad con el trabajo y con otras pensiones.

En cuanto a la compatibilidad con el trabajo:

1. Para aquellas viudedades derivadas de causante pensionista fallecido antes de 1 de enero de 1967 y las derivadas de causante no pensionista cualquiera que sea la fecha del fallecimiento, la pensión SOVI es incompatible con la realización de trabajos lucrativos, por cuenta ajena o propia, que produzcan beneficios equivalentes al importe de la pensión, quedando ésta en suspenso (art.7 Decreto Ley de 2 de septiembre de 1955)
2. Para aquellas viudedades derivadas de causante pensionista fallecido con posterioridad a 31 de diciembre de 1966, la percepción de la pensión es compatible con el trabajo, puesto que se rige por las normas del Régimen General en cuanto a compatibilidad según criterio administrativo 1992/42. Este criterio administrativo dispone que las pensiones de viudedad causadas por pensionistas de vejez o invalidez del SOVI tienen la

consideración de pensiones del SOVI y se les asigna la cuantía del SOVI y el régimen de incompatibilidades del sistema, pero el beneficiario no tiene que acreditar requisitos distintos a los que se exigen al beneficiario de la pensión de viudedad del Sistema de Seguridad Social; por ello, cuando proceda el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad de un pensionista del SOVI fallecido con posterioridad a 1.1.1967, la cuantía se corresponde con la fijada en el régimen del SOVI para cada momento con independencia de la situación laboral del beneficiario ya que no se aplica a las cuantías fijas del SOVI el régimen de incompatibilidades con rentas que se aplica a los complementos por mínimos de las pensiones del Sistema de Seguridad Social.

En cuanto a la compatibilidad con otras pensiones:

- Las pensiones SOVI son incompatibles entre sí, debiendo de optar por una de ellas (Orden de 10 de agosto de 1957).
- En cuanto a la compatibilidad con pensiones del Régimen General o de los Regímenes Especiales del Sistema de la Seguridad Social, son incompatibles aunque sean causadas por distinto sujeto, debiendo optar por una de ellas (Disposición Transitoria 7º LGSS).
- Con pensiones de entidades sustitutorias y sectores laborales pendientes de integración son incompatibles aunque sean causadas por distinto sujeto, debiendo optar por una de ellas.
- Con pensiones de Clases Pasivas son incompatibles para las causadas por un mismo sujeto con posterioridad al 2 de mayo de 1991, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, que estableció el cómputo recíproco de cotizaciones entre regímenes de Seguridad Social. Las causadas con anterioridad a dicha fecha o por distinto sujeto, son compatibles, si bien la cuantía del SOVI es minorada por concurrir con otra pensión.

La incompatibilidad del SOVI con otras pensiones no se aplicó estrictamente hasta la publicación de la Circular 66/1982, de 28 de junio que determinaba en qué casos se podía causar derecho a las prestaciones del SOVI

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la compatibilidad que se estableció mediante la Ley 9/2005, de 6 de junio, se refiere a las pensiones de vejez e invalidez del SOVI con la viudedad del Sistema de Seguridad Social y, por tanto, no afecta al régimen de compatibilidades de la pensión de viudedad del SOVI. La Ley 9/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones del SOVI con las pensiones de viudedad del Sistema de Seguridad Social modificó la Disposición Transitoria Séptima LGSS para compatibilizar la pensión de viudedad del Sistema de Seguridad Social con la pensión de Vejez o Invalidez del SOVI pero esta compatibilidad no afecta, en ningún caso, a la pensión de viudedad SOVI.

Cuando nos encontramos ante pensiones incompatibles se debe ejercitar opción por parte del pensionista. Las opciones efectuadas entre pensiones incompatibles no se consideran irrevocables pudiendo el beneficiario volver a

ejercitarlas con posterioridad, siempre que las disposiciones que establecen la incompatibilidad no lo prohíban expresamente.

En cuanto a los efectos económicos hay que distinguir lo siguiente:

- En el supuesto de pensionistas fallecidos con posterioridad a 1 de enero de 1967, los efectos económicos son del día primero del mes siguiente al fallecimiento si se solicita dentro de los tres meses siguientes. En caso contrario, se reconoce una retroactividad máxima de tres meses a contar desde la solicitud (normas del Régimen General).
- En los demás supuestos, los efectos económicos son del día primero del mes siguiente al del fallecimiento, si la solicitud se presenta dentro del año inmediatamente siguiente. En otro caso, la retroactividad es de un año a contar desde la solicitud (art.5 Decreto Ley de 2 de septiembre de 1955)

2.3.Extinción

La pensión de viudedad de SOVI se extingue por fallecimiento y por contraer nuevas nupcias. En el supuesto de contraer nuevas nupcias, a la pensión de viudedad SOVI también le son de aplicación las previsiones contenidas en la Orden de 13 de febrero de 1967 en su redacción dada por el RD 1465/2001 que permite que no se extinga la pensión al contraer nuevo matrimonio si concurren los requisitos siguientes:

1. Que el beneficiario tenga al menos 61 años de edad o reconocida pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez o acredite una minusvalía igual o superior al 65%
2. Que la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos del pensionista
3. Que el nuevo 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

Si la viudedad se extingue por contraer nuevo matrimonio y éste es declarado nulo, se tiene derecho a que se rehabilite la pensión de viudedad que había quedado extinguida, sin que se tengan en cuenta los pronunciamientos de la sentencia de nulidad en relación con la buena fe o mala fe de los contrayentes. Los efectos de la rehabilitación se producen desde la fecha de la sentencia de nulidad, siempre que se solicite dentro de los tres meses siguientes a dicha fecha.

Una vez repuesta la pensión de viudedad, si el beneficiario, como consecuencia del matrimonio que fue declarado nulo, solicitase y tuviese derecho a una nueva pensión de viudedad, debe optar entre ésta y la que venía percibiendo.

Si se procedió a la extinción de la pensión de viudedad por contraer nuevo matrimonio el pensionista, por no reunir los requisitos para seguir percibiéndola,

no procede la rehabilitación de la pensión extinguida, aunque el pensionista posteriormente a la extinción cumpla los requisitos de edad o de ingresos, excepto si el nuevo matrimonio ha sido declarado nulo.

SEGUNDA PARTE

Propuestas de Reforma

1. Cuestiones generales.

Como se ha señalado en la Introducción de este trabajo, su finalización debe concluir en la presentación de unas Propuestas que permitan modificar su régimen jurídico en aras a que la prestación recobre su carácter de renta sustitutiva de las rentas dejadas de percibir por el fallecimiento del causante. No obstante, también se ha señalado que los agentes sociales, a quienes el legislador llamó a la participación en la definición de este modelo, optaron por restringir la reforma global a los nacidos con posterioridad a 1-1-1967 -generación del baby-boom- y si bien ya han implementado algunas modificaciones sobre el régimen jurídico actual con la que ha sido finalmente aprobada como Ley 40/2007, de 4 de diciembre ello no obsta la necesidad de algunas modificaciones de mayor calado que, aunque mantengan en lo esencial ese régimen jurídico, eliminen algunas situaciones claramente indeseables, tanto en cuanto determinantes de situaciones de sobreprotección como, sobre todo, de infraprotección. No es este el objeto de este trabajo: nuestras propuestas se limitan a proponer algunas ideas sobre posibilidades hacia donde podía orientarse la futura reforma global de la pensión de viudedad, señalando las dificultades y en algunas casos los distintos resultados que se derivarían de la adopción de una medida u otra.

Si bien es verdad que en el curso del debate parlamentario se ha introducido en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre una nueva Disposición Adicional -la 25ª LGSS- que anuncia la futura elaboración por el Gobierno de un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad, sin limitarla a los nacidos con posterioridad a 1-1-1967 como así se realizaba en el Acuerdo de 13 de julio de 2007, posiblemente y dado que ninguna reforma del sistema se ha efectuado sin el consenso social, no parece que la reforma "integral" pueda tener otro alcance distinto al señalado. La dificultad de este tipo de reformas ha quedado, además, claramente puesta de manifiesto en la propia tramitación del Proyecto de Ley de Reforma de la Seguridad Social pues las escasas previsiones normativas de carácter restrictivo referidas a la pensión de viudedad que se contemplaban en el Proyecto de Ley han quedado francamente descafeinadas en la aprobación definitiva de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

a. Sobre la posibilidad -constitucional- de mantener un doble sistema de protección del estado de viudez.

La primera cuestión que puede plantear el mantenimiento de dos regímenes de pensiones de viudedad en atención a la fecha de nacimiento del beneficiario (pues aunque no se señala expresamente si esa fecha se refiere al causante o al beneficiario, su finalidad sólo puede conducir a esta conclusión) es de naturaleza constitucional y radica en determinar si podría entenderse discriminatorio (art. 14 CE) el establecimiento de un doble sistema de protección de la viudedad en atención al criterio de la edad. Lógicamente sólo al Tribunal Constitucional le compete resolver tal duda pero, en nuestra opinión, la aplicación de la doctrina que el Tribunal Constitucional ha venido manteniendo hasta el momento tanto

respecto de los poderes -amplios- que el legislador tiene en la conformación del régimen jurídico del sistema de Seguridad Social³¹⁷ como, especialmente, respecto de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación deberían determinar un juicio de constitucionalidad positivo. Es innecesario recordar, por reiterada, la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de que el principio de igualdad no se ve afectado cuando existe una causa objetiva y razonable que justifica la diferencia de trato siempre y cuando supere el juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida³¹⁸. En este sentido ya se ha señalado que la limitación de la aplicación de la reforma a las personas nacidas con posterioridad a 1-1-1967 encuentra su explicación en el hecho objetivo de que, en general, por su edad, las mujeres nacidas a partir de esa fecha ya se han ido incorporado con normalidad al mercado de trabajo abandonando así su confinamiento exclusivo a las tareas del hogar lo que las hacía dependientes de las rentas que ingresa su pareja de sexo masculino. En tanto es una simple presunción, la reforma que se emprenda debe ser cauta permitiendo que, en aquellos casos en los que no sea así, se permita el acceso a la pensión de viudedad sin que pudiera entenderse a nuestro parecer constitucionalmente válido el establecimiento de un régimen tan cicatero o restrictivo que suponga una persecución de las personas que, atendiendo únicamente el trabajo y las responsabilidades domésticas, optan o se ven compelidas, por razones de distinta índole a no realizar actividad profesional. En este sentido, hay que anticipar ya nuestro particular cuestionamiento de un criterio que el legislador viene utilizando en las últimas reformas como atributivo o modulador del régimen jurídico de la pensión de viudedad que no es otro que la existencia o no de hijos comunes³¹⁹ o en su caso, la existencia de hijos a cargo. Sin perjuicio de retomar con posterioridad este tema y aún participando de la conveniencia de medidas que fomenten la natalidad e incluso de prestaciones públicas que faciliten la conciliación de la vida laboral y familiar o que de cara al periodo de carencia de las prestaciones se tenga en consideración, como ficciones de cotización, el hecho de haber tenido hijos o formar una familia

317Vid. entre otras, STC 37/1994, de 10 de febrero; STC 129/1994, de 5 de mayo; STC 38/1995, de 13 de febrero; STC 149/2004, de 20 de septiembre; y STC 213/2005, de 21 de julio.

318Vid. Entre otras, las STC 70/1991, de 8 de abril; STC 2/1992, de 13 de enero; STC 63/1994, de 28 de febrero; STC 197/2003, de 30 de octubre; STC 78/2004, de 29 de abril; STC 186/2004, de 2 de noviembre y STC 253/2004, de 22 de diciembre.

319Así se prevé en el nuevo art. 174.1 párrafo tercero LGSS en la redacción otorgada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, exigiendo para el supuesto de que el fallecimiento fuera por enfermedad común, una antigüedad del matrimonio de 1 año o en su caso, la existencia de hijos comunes creando una nueva prestación, de carácter temporal, para el supuesto de que no se reúna uno u otro requisito. El texto definitivo ha suprimido la exigencia, en este punto concreto de que dichos hijos tuvieran derecho a pensión de orfandad, como así se preveía en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno. Igualmente la existencia de hijos comunes, en este caso con derecho a pensión de orfandad se utiliza por el nuevo art. 174.3 LGSS para valorar el índice de dependencia económica en los supuestos de parejas de hecho así como el hecho de haber tenido hijos comunes -no condicionado a que tengan derecho a pensión de orfandad para tener derecho a la pensión de viudedad en los supuestos especiales a que se refiere la D.A.3ª Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social.

numerosa³²⁰, lo que en ningún caso puede ser de recibo es la penalización a aquellas parejas que, bien en uso de su legítima libertad bien por cualquier otra razón incluso de carácter médico o biológico³²¹, no han tenido hijos. La utilización de este criterio como *atributivo* o en su caso, *modalizador*, del derecho a la pensión de viudedad implica un grave desenfoque sobre cual es la situación protegida por la pensión de viudedad y puede plantear en nuestra opinión, mayores problemas de constitucionalidad desde la perspectiva de la igualdad porque no se acierta a vislumbrar cómo la circunstancia de tener o no hijos afecta a la situación de necesidad protegida por la viudedad pues en definitiva la situación de necesidad del huérfano se ve atendida por la pensión de orfandad, salvo que se quiera volver a resucitar caducas funciones matrimoniales afortunadamente superadas.

b. Delimitación de la situación protegida.

Se comprende, en segundo lugar, que resulta esencial antes de la realización de cualquier propuesta de reforma de la pensión de viudedad, y si se quiere que esta sea coherente, una previa toma de postura respecto de cual debe ser la situación de necesidad protegida por la prestación: no puede ser el mismo el régimen jurídico de la viudedad cuando la situación protegida es la efectiva situación de necesidad derivada de la pérdida de las rentas del matrimonio o pareja por el fallecimiento de quien aportaba esas rentas a la unidad familiar, que el régimen jurídico de una prestación en la que se compensa frente al daño consistente en la reducción de ingresos que la unidad familiar percibía a consecuencia del fallecimiento de uno de los integrantes de dicha unidad familiar, suponiendo -lo que no quiere decir que no sea siempre cierto pues si dos aportan y uno muere, evidentemente deja de aportar y la unidad familiar sufre una disminución de sus ingresos- dicho perjuicio o daño simplemente por el hecho del fallecimiento. Se trata de una opción política que, por lo que se refiere a este momento cronológico concreto, ya ha sido adoptada, tanto por el legislador en la tantas veces citada D.A.54^a Ley 30/2005, como por los agentes sociales: la pensión de viudedad debe retomar su carácter de renta sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante, críptica expresión legislativa donde las haya, que el Acuerdo parece que ha concretado³²² en la necesidad de que el causante contribuía efectivamente al sostenimiento de la familia, de lo que parece inferirse un grado de dependencia económica del

320No nos referimos sólo a ficciones de cotización como las previstas en el art. 180 LGSS para los periodos de excedencia voluntaria por hijo a cargo sino en general, a establecer ficciones de cotización para acceder a determinadas prestaciones (jubilación, incapacidad permanente y viudedad) por el simple hecho de haber tenido hijos.

321Así por ejemplo, los matrimonios homosexuales se ven claramente discriminados, especialmente los constituidos por varones dada la mayor dificultad para tener hijos al estar limitados a la adopción.

322Utilizamos también esta expresión porque el Acuerdo señalado prevé en apartados distintos la futura reformulación global de la pensión de viudedad limitada a los nacidos con posterioridad a 1-1-1967 de la medida relativa a la exigencia de la dependencia económica siendo estas últimas -salvo su exigencia a los matrimonios- objeto de regulación en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

beneficiario.

Hay que recordar nuevamente aquí que, en sus orígenes, la pensión de viudedad nació vinculada a una situación de necesidad que si bien no era expresamente exigida por el legislador, sí concurría en la realidad, dado el papel doméstico al que quedaba reducida la esposa en tiempos pasados. De hecho, precisamente respecto de quien no se presumía esa dependencia económica -el varón- se exigía la dependencia económica hasta que tal exigencia fue anulada por discriminatoria por el Tribunal Constitucional. En todo caso, la exigencia de dependencia económica no contradice, a nuestro parecer, el hecho de que nuestro sistema de Seguridad Social -como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional- no establece un sistema de protección frente a la pobreza sino de compensación frente a un daño al estar construido sobre el esquema jurídico del seguro privado. En todo caso, hay que anticipar ya que tampoco es necesario optar por posturas extremas que excluyan tajantemente la pensión de viudedad en el supuesto de que el beneficiario perciba sus propias rentas pues aunque las situaciones pueden ser muy diversas – pues las necesidades son distintas en los supuestos de viudedad temprana que supuestos de viudedad mas tardía, pero no mayores ni menores- es indudable que el fallecimiento de un integrante del matrimonio o pareja tiene como indudable consecuencia un descenso de los ingresos con los que esa unidad familiar venía haciendo frente a sus necesidades. Igualmente hay que tener en cuenta que las posibilidades de “empleabilidad” son distintas según el colectivo y que dicha variable debe quedar también integrada en el régimen jurídico de la prestación.

Son muchas las posibilidades para hacer frente a esa transición de una situación a otra cuando no concurre dicha dependencia económica: desde simplemente establecer una duración máxima de la prestación -haciendo desaparecer totalmente su carácter de renta vitalicia- para permitir al beneficiario tener tiempo para adecuarse a la nueva situación económica producida por el fallecimiento del causante, solución especialmente razonable predicada de personas en edad activa -que por otro lado, no hay que olvidar, que son, en la actualidad en muy escaso número beneficiarios de las pensiones de viudedad- o permitir en el grado que se estime oportuno un nivel máximo de ingresos a percibir por el beneficiario entre la suma de las pensiones de viudedad y otras rentas procedentes del trabajo, el capital o de prestaciones -salvo las pensiones de orfandad o por hijos a cargo especialmente en caso de mayores discapacitados, las cuales no deben computarse a estos efectos- ajustando a la baja la cuantía de la pensión de viudedad -calculada conforme a los módulos contributivos clásicos- cuando se superan dichos ingresos, renaciendo el derecho cuando, por cualquier causa, se pierden dichos ingresos. Lógicamente ese nivel de ingresos que operara como tope máximo debería ser actualizado anualmente para asegurar el mantenimiento del poder adquisitivo. En un nivel mas matizado, esta última posibilidad podría consistir en asegurar un porcentaje mínimo de la pensión calculada conforme a los módulos contributivos señalados (es decir, la base reguladora correspondiente y el porcentaje establecido como hasta ahora), y aplicar la regla anterior por encima de un nuevo porcentaje establecido por el

legislador a aplicar sobre la pensión ya calculada.

Por lo demás, y desde una perspectiva sociológica, de la misma manera que se ha producido un importante cambio consecuencia de la masiva incorporación de la mujer al trabajo, también se ha producido una importante modificación en las necesidades sociales a cubrir con la pensión de viudedad. La realidad social ahora constatable permite distinguir un doble orden de necesidades según la edad -actual- del beneficiario de la prestación de viudedad aunque en términos económicos, la situación de necesidad sea la misma: un defecto de ingresos, pero las necesidades "vitales" de un viudo/a joven o de un viudo/a de tercera y cuarta edad son muy diferentes. Es obvio que el sistema no puede atender a las particularidades de cada supuesto -pues también dentro de uno y otro colectivos hay diferencias muy señaladas según el nivel de rentas de unos y otros e incluso ni siquiera cabría escindirlos en subgrupos- y tiene que definir en términos amplios la situación de necesidad, que bien puede quedar concretada en la mencionada dependencia económica, pero las necesidades son muy diferentes: mientras los viudos/as en edad mas joven están aún en el inicio de sus vidas y deben hacer frente a la cobertura de unos gastos -especialmente vivienda- que van a suponer un esfuerzo importante durante unos años, el colectivo de mayor edad, posiblemente no tengan que hacer frente a dichos gastos -aquellos que hayan tenido un nivel de renta suficiente para haber accedido a una vivienda en propiedad- pero aparecen en el horizonte temporal y en sentido creciente y no decreciente como en el supuesto anterior, un nuevo capítulo de gastos muy importante, como es el vinculado a la situación de dependencia que, salvo fallecimiento, va a producirse de forma mas o menos inmediata y que, a salvo de todavía insuficientes mecanismos públicos, va a consumir, por un tiempo además indeterminado y cada vez mas prolongado dada la mayor esperanza de vida, todos los recursos de esa viuda/o. Este horizonte de necesidades vitales ha cambiado sustancialmente en los últimos años especialmente a consecuencia de la brutal elevación del precio de la vivienda en los últimos años parejo -y consecuencia de- al bajo precio del dinero y la generosa concesión de créditos hipotecarios que han pasado de ser de amortización a medio plazo (10-15 años) a largo (20-25) o larguísimo plazo (30 y 40 años) lo que determina que los jóvenes actuales que han accedido o accedan a una vivienda todavía estarán pagándola cuando acaben su vida activa. Con todo, el endeudamiento no se circunscribe a la vivienda siendo en general importante.

Por otro lado, y desde una perspectiva de género, es evidente que una cosa es la norma y otra la realidad social. El sistema que se propugna debe articular mecanismos para asegurar que no se deriven perjuicios para nadie por el hecho de que alguno de los integrantes de la unidad -normalmente la mujer pues, en definitiva, sigue siendo quien soporta todavía el peso principal en las responsabilidades familiares y no sólo en la crianza de los hijos sino también en la atención a los mayores o enfermos-, por el hecho de realizar una actividad profesional bien a tiempo parcial, bien de forma discontinua a lo largo de toda su vida, presente carreras de cotización inferiores o con lagunas. En este sentido, las ficciones de cotización previstas en el ordenamiento jurídico -con los nuevos supuestos creadas con por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad

Efectiva de Mujeres y Hombres- constituyen un buen sistema para evitar que la atención de esas responsabilidades familiares no repercuta en la adquisición de derechos propios de protección social de la mujeres. Mas restringida es, sin embargo, la virtualidad del mecanismo de protección social previsto en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia pues dicha posibilidad se limita, según prevé la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia a quienes sean cuidadores de personas dependientes a quienes se reconozca la prestación económica en tal sentido, que se prevé en términos de excepcionalidad (vid. Arts. 14.4 y 18 Ley 39/2006). Dicho mecanismo consiste en la obligatoria inclusión del cuidador no profesional (cónyuge o familiar por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, admitiéndose excepcionalmente la exención del grado de parentesco) en el sistema de Seguridad Social a través de la suscripción (obligatoria) de convenio especial con la Seguridad Social. Hay que recordar que mayoritariamente las necesidades y atenciones de los mayores se están llevando a cabo en el ámbito familiar y especialmente por las mujeres (esposas, hijas o nueras).

c. Necesidad de coherencia con el sistema de Seguridad Social.

En tercer lugar, y como ya se ha anticipado también, la reforma de la pensión de viudedad debe ser coherente con el modelo de Seguridad Social que tenemos o, en su caso, con el modelo de Seguridad Social que se busca configurar. En este sentido, dicho modelo, cuya configuración también es una opción política, ha sido reiteradamente invocado en las innumerables reformas del Sistema de Seguridad Social especialmente desde el Pacto de Toledo (1995), si bien curiosamente ha sido en la pensión de viudedad donde, como se ha señalado con anterioridad, se ha dado cumplido uso al refrán "haz (mira) lo que hago y no lo que digo" pues frente a las reiteradas invocaciones a los sacrosantos principios de contributividad y proporcionalidad del sistema, las muchas reformas de la pensión de viudedad que se han realizado en los últimos años han ido dirigidas a una mejora de su régimen jurídico que si bien resultaba necesaria por la baja cuantía de estas prestaciones, lo ha sido desfigurando las notas tantas veces invocadas, a través de la configuración de supuestos asistencialistas en el marco de la clásica protección contributiva. Y es que realmente se ha intentado mejorar la, salvo excepciones, precaria situación económica de las viudas y , en menor medida, de los viudos a través de unas normas, de aplicación excepcional, que ni siquiera han supuesto la mejora efectiva de dichas pensiones, a lo que hay que añadir el disparate jurídico que supone permitir el mantenimiento del derecho a la pensión de viudedad en determinados supuestos a pesar de contraer posteriormente nuevas nupcias.

En definitiva, que cualquier reforma de la pensión de viudedad debe ser abordada globalmente, de tal forma que el ajuste en un parámetro de la misma -como pudiera ser la cuantía, elevándose con carácter general mediante la aplicación de un porcentaje superior al actualmente aplicable con carácter general, y suprimiendo el porcentaje excepcional- debe combinarse con reformas

en otros aspectos de la misma que excluyen o endurezcan el hasta ahora generoso régimen jurídico respecto de su duración y del régimen de compatibilidades. En este sentido, las combinaciones son variadas y corresponde al legislador adoptar las que en cada momento sean viables política y económicamente pero, en nuestra opinión no es de recibo el mantenimiento de un régimen jurídico dual dentro del sistema contributivo.

Por otro lado, la reforma de la pensión de viudedad debe tener en consideración el global de la cobertura dispensada por el sistema respecto de otras prestaciones, singularmente, la pensión de jubilación y la pensión de incapacidad permanente con las que, tras la reforma, cumplirán una función semejante, pues no parece de recibo que puede derivarse de la protección por viudedad una protección superior a la derivada de las otras, teniendo en cuenta tres circunstancias: primero, que la pensión de viudedad es un derecho derivado a diferencia de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente; segundo, los estrictos requisitos de naturaleza contributiva (el periodo de carencia) previstos para acceder a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente mucho mas estrictos que los previstos para la pensión de viudedad, incluso aunque se incremente, como aquí se prevé, el periodo de carencia exigible; y tercero, y finalmente, el gran esfuerzo contributivo que se exige, desde la perspectiva de la cuantía, al beneficiario de la pensión de la jubilación a quien 15 años de cotización únicamente le otorga el derecho a un 50% de su base reguladora, previsiones estas que se han visto endurecidas ahora con la Ley 40/2004, de 4 de diciembre suprimiendo el cómputo de las pagas extraordinarias y, por tanto, de la teoría de los días cuota a los efectos del periodo de carencia.

2. El nuevo modelo de protección de la viudedad aplicable a los beneficiarios nacidos con posterioridad a 1 de enero de 1967.

Como ya se ha señalado, el legislador y los agentes sociales ya han decidido que para este colectivo, cuya realidad sociológica difiere grandemente del colectivo para quien inicialmente fue configurada -amén de su importancia cuantitativa-, la pensión de viudedad cumpla una función de renta sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante o lo que es lo mismo, que se exija una dependencia económica del beneficiario respecto del causante. Se trata de una opción política que ya ha sido adoptada -en línea con el resto de sistemas europeos que exigen en general, la dependencia económica- y por tanto, el modelo que aquí se propugna parte de la expresa aceptación de dicho modelo.

2.1. Beneficiarios. Extensión a las parejas de hecho en igualdad de condiciones.

De la misma manera que la protección por viudedad se ajusta a la nueva realidad sociológica para exigir la dependencia económica, debe ajustarse para admitir en su seno, y en igualdad de condiciones, la protección de otras formas de convivencia more uxorio en las que concurra la citada dependencia

económica, sin el establecimiento de requisitos adicionales -mas estrictos- mas allá de la lógica articulación de mecanismos que permitan controlar la realidad de la citada convivencia. En este sentido, y sin perjuicio de lo que posteriormente se señalará respecto del régimen -transitorio- de protección de la viudedad para los beneficiarios nacidos con anterioridad a 1-1-1967, hay que anticipar nuestro mas absoluto rechazo al hecho de que se exijan requisitos adicionales a las parejas de hecho respecto de las personas unidas por vínculo matrimonial: en cuanto mecanismos para la reparación de estados de necesidad, la seguridad social debe prescindir del dato de la formalización jurídica del vinculo a través de la institución matrimonial y debe tratar en términos idénticos situaciones que, desde la perspectiva de la situación de necesidad, son idénticas: la dependencia económica de quién integrando un núcleo de convivencia estable -de pareja- pierde al miembro que aportaba a dicha unidad de convivencia los ingresos.

Así pues, el nuevo régimen de la pensión de viudedad, que es el que debería figurar como tal en los arts. 174 y ss LGSS -pasando el actual sistema a ser regulado como norma de derecho transitorio y por tanto, como Disposición Transitoria en la LGSS, sin perjuicio de un futuro texto refundido- debería partir de la ineludible exigencia de dependencia económica del beneficiario para generar derecho a la pensión de viudedad articulando una prestación de carácter temporal -de duración variable, en nuestra opinión 4 o 5 años- para aquellos supuestos en los que no concurra la citada dependencia económica y en términos igualitarios para las uniones matrimoniales y las uniones more uxorio. Como se ha señalado anteriormente, aunque la Ley 40/2007, de 4 de diciembre ha ampliado el colectivo de beneficiarios incluyendo a las parejas de hecho, la regulación de uno y otro supuesto es muy distinto, siendo mucho mas restrictiva respecto de las parejas a las que se les exige, en primer lugar, una dependencia económica (lo que en este supuesto se exigiría a ambas uniones) pero sobre todo han quedado excluidas de la prestación temporal de ajuste que se reconoce a los matrimonios cuando no cumplen el requisito de duración mínima de un año o, en su defecto, la existencia de hijos comunes.

2.2. Determinación de la dependencia económica en el supuesto de separación, divorcio o nulidad matrimonial

Por lo que se refiere a los derechos de los ex-cónyuges, consideramos más razonable aun que mantener la regla que recoge la Ley 40/2007, es decir, la exigencia la dependencia económica traducida en la necesidad de que el ex cónyuge tenga reconocido el derecho a la pensión compensatoria y que ésta se extinga con el fallecimiento del causante, exigir la necesidad de que tenga reconocida pensión alimenticia. Como es sabido, la pensión compensatoria tiende a compensar el desequilibrio económico sufrido por el cónyuge que la solicita. Pero, no se puede olvidar, que ese desequilibrio económico, que tiene su causa en la separación o divorcio, está en relación al modo de vida que disfrutaba el cónyuge durante el matrimonio siempre y cuando la otra parte mantenga el nivel de vida anterior. Por ello, a nuestro juicio, sería más congruente exigir la necesidad de que el ex-cónyuge tuviera reconocida

pensión alimenticia. No obstante, hay que tener en cuenta que tras el divorcio no caben alimentos legales entre los cónyuges aun siendo establecidos en sentencia, salvo que hubieran sido pactados de conformidad con el art. 1255 Cc. Si el matrimonio hubiese declarado nulo, no se considera un efecto producido el derecho alimentos, por lo que no cabría solicitarlos.

En todo caso, aun manteniendo la regla dependencia económica traducida en la necesidad de que el ex cónyuge tenga reconocido el derecho a la pensión compensatoria, en nuestra opinión, diferente debe ser la regla en el supuesto de matrimonios nulos. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre condiciona el derecho a la pensión de viudedad en el supuesto de nulidad matrimonial a que el cónyuge tuviera derecho a la indemnización a tanto alzada prevista en el art. 98 Cc, pero de dicha indemnización no se infiere una real situación de dependencia económica ni su fallecimiento determina la pérdida de su medio de subsistencia. En definitiva, que no es equiparable la pensión compensatoria que percibe el ex conyuge divorciado con la indemnización del art. 98 Cc, que al no ser una pensión, no se ve afectada por el fallecimiento del causante, y por tanto, no concurre el presupuesto básico definitorio de la situación protegida por la prestación de viudedad.

Igualmente parece razonable garantizar un determinado porcentaje de la pensión a quien es cónyuge en el momento del fallecimiento; no obstante, la exigencia de dependencia económica tanto para el ex-conyuge como para el cónyuge determinará que, en la práctica, los problemas de reparto sean menos frecuentes.

Por otro lado, en algunos países europeos, en la idea de que resulta conveniente la búsqueda de mecanismos que permitan la generación de derechos propios pues no se prevén derechos derivados por muerte y supervivencia, se tratan las cotizaciones a la Seguridad Social como bienes gananciales y son también objeto de reparto en el momento de liquidación de la sociedad de gananciales. En nuestra opinión esta opción no resulta aplicable en nuestro ordenamiento: no sólo sería cuestionable desde la perspectiva de la esencia o naturaleza de uno y otro bien, sino también por las dificultades prácticas que acarrearía tal mecanismo.

2.3. La cuestión de la bigamia.

El régimen jurídico matrimonial se rige por ley personal de los contrayentes por lo que la presencia, cada vez mayor, en España, de ciudadanos procedentes de países que admiten la bigamia (todos los que profesan religión islámica) no puede ser obviada por el legislador en lo que a las eventuales consecuencias en materia de seguridad social se refiere pues, la anomia legislativa obliga a los Tribunales a adoptar soluciones que no resultan sencillas en relación con la aplicación del orden público internacional.

En este sentido, se pueden adoptar dos posturas distintas:

La primera, no admitirla en base a que la aplicación de la ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulta contraria al orden público internacional español. Así, pues, debe ser rechazada la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación produzca una vulneración de los principios esenciales, básicos e irrenunciables del Derecho español. Cuando la Ley extranjera incurre en tales vulneraciones dicha Ley no debe ser aplicada por los Tribunales españoles (art. 12.3 Cc), que en su lugar han de aplicar la Ley española, como «lex fori».

Una segunda posibilidad sería su admisión plena pues nuestro ordenamiento jurídico no puede obviar la cada vez mayor multiculturalidad de nuestra sociedad, y de las diferentes concepciones que cada cultura puede tener de la familia y más concretamente del matrimonio. Es por ello, que quizá fuese necesaria la aplicación restrictiva del orden público internacional, aplicación restrictiva que tendría como consecuencia la admisibilidad de que un matrimonio poligámico celebrado en país extranjero cuyo Derecho lo permita pueda producir efectos en determinados órdenes jurídicos, aun cuando no sea considerado válido en España y no pueda acceder a nuestro Registro Civil. La forma de llevar a cabo sería mediante reparto de la pensión entre todas ellas. No aceptar el reparto de la pensión entre las distintas esposas perjudica, en definitiva, a la mujer, precisamente en unos países donde la desigualdad de trato es constante fruto de la posición de primacía que ostenta el hombre sobre la mujer. No obstante, si lo admitimos tendremos que ser conscientes de que existe la figura del repudio como forma de disolución del matrimonio, esto es, la prerrogativa -limitada al varón- que le permite de forma unilateral y discrecional poner fin al matrimonio, y ante el cual ni la esposa ni el juez pueden oponerse. Si admitimos los efectos de la bigamia tendremos que admitir sin ambigüedades estos supuestos.

2.4. Ampliación del periodo de carencia.

Con la finalidad de incrementar la proporcionalidad y contributividad del sistema, se propone ampliar el periodo de carencia exigible al causante -cuando se accede desde la situación de alta o asimilada- periodo que podría ampliarse de 3 a 4 años, cuando el fallecimiento deriva de enfermedad común. Por el contrario, se propone no introducir requisitos adicionales de duración mínima del matrimonio que nada aportan a la definición de la situación de necesidad teniendo únicamente una finalidad restrictiva que, por otro lado, tampoco es muy eficiente ni desde esta perspectiva ni desde la idea de evitación de fraude. El fraude se debe evitar mediante medidas efectivas de control y la reforma no debe tener en sí misma una finalidad de reducir el colectivo destinatario sino que esa restricción debe derivar de la razonable redefinición de la situación de necesidad mediante la exigencia de la dependencia económica del beneficiario respecto del causante, la cual puede concurrir exactamente igual con independencia de la duración del matrimonio. En coherencia con lo anteriormente señalado, tampoco debe exigirse duración mínima a las parejas de hecho.

El exiguo periodo de carencia exigido en la actualidad para acceder a esta prestación cuando el trabajador está en alta o situación asimilada contrasta, en primer lugar, con la carencia exigida para acceder a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente -especialmente respecto de esta última con la que comparte la imprevisibilidad en el acaecimiento del siniestro- así como con la carencia exigida cuando el trabajador no se encuentra en alta o situación asimilada. En este último supuesto, la carencia exigida de 15 años se explica por la necesidad de unificarla con la exigida para acceder a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente (limitada a los supuestos de absoluta y gran invalidez) desde la situación de no alta o asimilada pero en tales casos la diferencia de cotización entre la situación de alta y no alta, respectivamente, no es tan exagerada como en el caso de la muerte y supervivencia.

En todo caso, si se amplía el periodo de carencia y esa ampliación es importante, habrá que prever reglas de adecuación para los trabajadores más jóvenes con la finalidad de evitar que ese requisito se convierta en obstáculo insalvable de acceso a la pensión de viudedad.

Igualmente y por lo que se refiere a los trabajadores a tiempo parcial ya se ha señalado nuestra disconformidad sobre la aplicación de la regla prevista en la D.A.7ª LGSS. Nuestra propuesta iría dirigida a suprimir su aplicación a todas las prestaciones en su aplicación para la determinación del periodo de carencia como primera opción o con carácter subsidiario respecto de la anterior, dada la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 253/2004, de 22 de diciembre (continuada por STC 49/2005, de 14 de marzo y 50/2005, de 14 de marzo), incluir la pensión de viudedad entre las pensiones a las que aplicar la regla de proporcionalidad relativa prevista únicamente en la actualidad para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente.

2. 5. La delimitación del umbral de dependencia económica

En cuanto requisito de acceso a la prestación vitalicia -lógicamente, previéndose causas de extinción- es importante la delimitación del umbral de esa dependencia económica. En nuestra opinión, y dado que nos hallamos en un nivel contributivo, el nivel de ingresos que actúe como delimitador de la situación de necesidad protegida debe ser suficientemente generoso como para no devaluar la pensión de viudedad a una prestación de naturaleza no contributiva, es decir, no debe ser tan exiguo que convierta la pensión de viudedad en excepcional, excluyendo a todos aquellos que perciben unos ingresos "razonables" por la realización de actividad profesional, so pena de convertir el hecho de realizar actividad retribuida -o haberla realizado y estar percibiendo una pensión sustitutoria de unas rentas del trabajo realizado (jubilación; incapacidad permanente) en algo sancionado. O, lo que es lo mismo, no se puede establecer ni en el importe del salario mínimo interprofesional ni en el importe de la pensión mínima de viudedad -para excluir la protección de la pensión cuando el beneficiario percibe ingresos por encima de los mismos (uno u otro). En términos sociológicos, la generalización de la clase media que se

operado en nuestro país en las últimas décadas consecuencia de la modernización del país obliga a no establecer umbrales de "subsistencia" para la medición de esa dependencia económica a riesgo de desvirtuar su naturaleza jurídica de prestación contributiva.

En nuestra opinión, tampoco debería modularse en atención a la existencia o no de hijos con derecho o no a pensión de orfandad³²³ pues la protección de la orfandad viene por otra vía y en nada afecta a la situación de necesidad del viudo/a la existencia de hijos comunes ni le otorga a la unión un "valor adicional" digno de consideración desde esta perspectiva reparadora.

Además, la cuestión anterior se encuentra condicionada también por otra cuestión conexas que es decidir -opción que corresponde al legislador- si esa dependencia económica se establece en términos absolutos e igualitarios para todos los posibles beneficiarios -con independencia de los ingresos del matrimonio o pareja- o la vincula a los ingresos de la pareja antes del fallecimiento del causante determinando un concreto porcentaje de participación del beneficiario en los ingresos del matrimonio o pareja o, finalmente, si opta por una opción intermedia en la que, aún predicándose del aporte del beneficiario a los ingresos de la pareja -por tanto, estableciéndola en términos relativos- establece una determinada cuantía en los ingresos del beneficiario por debajo de los cuales se entiende que concurre la citada dependencia económica y, en el sentido contrario, establece un límite de ingresos del beneficiario por encima de los cuales se entiende que no concurre la dependencia económica aunque las rentas que aportara el causante fueran muy superiores a las del eventual beneficiario.

Como se ha señalado en el estudio previo a estas propuestas, el legislador ha optado ya por establecer este sistema mixto de medición de la dependencia económica respecto de las parejas de hecho a las cuales va a reconocer el derecho a la pensión de viudedad cuando concurre la dependencia económica, dependencia que no exige a los beneficiarios unidos por vínculo matrimonial (Ley 40/2007, de 4 de diciembre de Reforma de la Seguridad Social). Con independencia de que lo aquí propuesto va referido a los beneficiarios nacidos con posterioridad a 1-1-1967 y en términos igualitarios tanto para los integrantes de parejas de hecho como para los unidos por vínculo matrimonial, y que parece que por razones de coherencia normativa lo razonable sería definir en términos iguales la dependencia económica, lo cierto es que el legislador no está vinculado jurídicamente por esa opción puesto que ahora estamos configurando el nuevo régimen jurídico de la futura pensión de viudedad y en nuestra opinión, hay que analizar si el sistema utilizado por el legislador es o no razonable desde la perspectiva de la finalidad de la norma, si es coherente o no

323 Hay que recordar que la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en su redacción definitivamente aprobada cuando prevé la exigencia de hijos comunes como mecanismo alternativo a la falta de duración del matrimonio exigida en caso de fallecimiento por enfermedad común no sobrevinida tras el matrimonio, ha suprimido la necesidad de que dichos hijos tengan derecho a pensión de orfandad, como así se preveía en el Proyecto de Ley original.

con las notas que configuran nuestro sistema de seguridad social y finalmente cual es el resultado que se obtiene. No hay que olvidar que la norma que permite ahora el acceso a la pensión de viudedad a las parejas de hecho (Ley 40/2007, de 4 diciembre) es una norma de "concesión" es decir, atribuye un derecho antes inexistente, mientras que la nueva reforma constituye una norma restrictiva, de privación de un derecho que hasta ahora se reconocía sin necesidad de dicha dependencia económica.

La finalidad de la regla a establecer es la valoración de la dependencia económica del beneficiario respecto del causante. En este sentido, parece razonable establecer como forma de medición de esa dependencia el peso que la aportación del causante tenía en el monto total de los ingresos de la unidad familiar, para concluir en la inexistencia de la citada dependencia cuando los ingresos del causante no eran los que constituían el grueso de los ingresos de la unidad familiar. O dicho a la inversa, habrá dependencia económica cuando los ingresos del beneficiario sean inferiores, en el porcentaje que se establezca, a los aportados por el causante. Parece mas razonable definir la dependencia económica tomando como referencia al causante y no al beneficiario -aunque se llegue al mismo resultado- porque, en definitiva, el concepto de dependencia implica una supeditación económica respecto del causante debiendo constituirse a este en el centro de imputación o de la definición de la norma; es decir, hay que centrar la mirada o el foco de la norma a estos efectos definitorios en el causante. En definitiva, habrá dependencia económica cuando el beneficiario perciba del causante al menos el porcentaje que se fije de ingresos. Hay que recordar que estamos valorando la dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad cuya falta de concurrencia determinará el derecho a percibir una prestación de naturaleza temporal cuya finalidad es amortiguar la pérdida de ingresos que el fallecimiento del causante -que aporta menos a la unidad de convivencia- tiene sobre el monto total de ingresos de la unidad familiar, facilitando así el transito de una situación a otra. En este sentido, hay que recordar nuevamente que desde una perspectiva sociológica ha cobrado un importante papel en la vida social un concepto nuevo: la "capacidad de endeudamiento" y, por tanto, la renta de las unidades familiares ya no está formada exclusivamente, como antaño, y según la clásica fórmula económica, por la suma del consumo y el ahorro ($Y=D + S$), sino que a dichas variables hay que unir la deuda de la unidad familiar por lo que en la actualidad mas que la capacidad de ahorro, es la capacidad de endeudamiento lo que mide el nivel de consumo -presente pero especialmente futuro-, de la unidad familiar, capacidad de endeudamiento cuyo nivel se mide por los ingresos de la familia y la esperanza de vida de los integrantes de la misma. En definitiva, que la unidad familiar -sobre todo en los supuestos de fallecimiento "temprano"- puede tener un compromiso de gasto futuro muy elevado en el momento del fallecimiento del causante, deuda que posiblemente será mas elevada cuanto mas tempranamente se produzca dicho fallecimiento, deuda que es lo que justifica la creación de una prestación temporal que permita al supérstite amoldarse a la nueva situación económica cuando no concurra la situación de dependencia económica exigible para tener derecho a la pensión de viudedad. En términos jurídicos, lo que se denomina "prestación de ajuste".

No obstante lo anterior -es decir, el hecho de que resulta razonable predicar la dependencia económica en relación a los ingresos de la pareja con anterioridad al fallecimiento del causante y, por tanto, en términos relativos- hay que interrogarse sobre la conveniencia de establecer límites mínimo y máximo de ingresos del beneficiario como límite a esa dependencia económica, es decir, que es preciso combinarlo con criterios absolutos. Está claro que, en términos relativos -es decir, predicado de la comparación con los ingresos que aportaba el causante y los que aporta el beneficiario- existirá la dependencia económica con independencia de que los porcentajes de participación se prediquen de una cantidad superior o inferior: es decir, que si la situación protegida es el hecho de que se contaba con una determinada capacidad económica que ha desaparecido con el fallecimiento del causante, existirá siempre dependencia económica del beneficiario respecto del causante cuando la aportación de aquél sobre el total de los ingresos de ambos sea, por ejemplo, inferior al 30, al 40 o al 50% (donde decida situar el límite el legislador), aunque los ingresos totales de la unidad familiar hubieran sido de 100.000 € y por tanto, los ingresos del beneficiario a título propio sean de 30.000 € cantidad bastante elevada en comparación con, por ejemplo, el salario mínimo interprofesional o las cuantías de las pensiones mínimas.

A favor del no establecimiento de límites está la circunstancias de que se trata de una prestación de naturaleza contributiva y el hecho de que establecer limitaciones de este tipo parece contrariar dicha característica de nuestro sistema puesto que, en definitiva, quien más cotiza, más percibe y la protección no es frente a una situación de pobreza; en contra, que resulta cuestionable que a partir de cierto nivel de rentas propias se pueda hablar de "dependencia económica". La contributividad del sistema no se verá afectado con este sistema pues, en definitiva, el sistema de cálculo de la prestación, aunque sea la temporal o de ajuste por no concurrir el requisito de la dependencia económica, va a continuar siendo el mismo: un porcentaje aplicable a la base reguladora calculada en función de la cotización del causante. Hay que recordar la finalidad que cumple el requisito de la dependencia económica, que no es excluir de forma total el derecho a la protección de viudedad, sino la exclusión del derecho a la "pensión" de carácter vitalicio por lo que una prestación de naturaleza temporal podría ser suficiente, desde la perspectiva reparadora del sistema de seguridad social, para hacer frente a la situación de necesidad producida con el fallecimiento del causante.

De la misma manera, y en sentido inverso, cabría también cuestionarse la conveniencia de establecer un límite mínimo de ingresos del beneficiario por debajo del cual, con independencia del porcentaje de participación que dichos ingresos tuvieran en el monto total de los ingresos de la unidad familiar con anterioridad al fallecimiento del causante, se estimara concurrente el requisito de la dependencia económica. Así lo ha entendido el legislador respecto del ejemplo señalado de la pensión de viudedad para las parejas de hecho a quienes se reconoce la dependencia económica cuando los ingresos del supérstite resulten inferiores a 1,5 veces el salario mínimo interprofesional vigente en el

momento del hecho causante, incrementándose en 0.5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común con derecho a pensión de orfandad que conviva con el supérstite. Con independencia de que, como antes se ha señalado, no necesariamente debemos estar de acuerdo con las reglas propuestas con una finalidad diferente -ampliar el derecho a la protección a un colectivo actualmente excluido con carácter general- y en un contexto diferente -en este sentido hay que recordar que para las parejas de hecho cuando no concurre el requisito de la dependencia económica no se ha previsto la posibilidad de una prestación temporal de viudedad-, e igualmente estamos en desacuerdo con el hecho de que la existencia de hijos a cargo determine la aplicación de reglas diferentes- lo que es evidente es que el legislador estima que concurre la dependencia económica cuando en términos absolutos los ingresos propios del supérstite no superan un determinado nivel de rentas con independencia del peso relativo que esos ingresos tuvieran en el monto total de ingresos de la unidad familiar pero sin embargo no ha previsto la situación contraria: el establecimiento de límites máximos en términos absolutos a partir de los cuales desaparezca el presupuesto mismo de la dependencia económica, cuestión a nuestro parecer resulta también necesaria pues resulta difícil admitir la existencia de dependencia económica cuando el nivel de ingresos propios del beneficiario se sitúa en un nivel lo suficientemente elevado en términos absolutos como para estimar que efectivamente precisa para su subsistencia -aunque sí lo fuera para el mantenimiento de un determinado nivel de vida o rentas- la percepción de la pensión de viudedad con carácter vitalicio.

En todo caso, hay que tener ya en cuenta que situar el umbral de ingresos en un nivel elevado supondrá la eliminación en la práctica -por neutralización- del requisito limitativo de la exigencia económica y por tanto, convertirá la reforma proyectada en un sofisma e incluso se podría decir que en un carga financiera adicional pues concurren dos circunstancias: por un lado, que hemos propuesto la mejora cuantitativa de las pensiones de viudedad mediante la elevación del porcentaje aplicable y, por otro lado, que los posibles beneficiarios si no se limitan mediante la exigencia de la dependencia económica, van a ser mucho más numerosos cuantitativamente que los actuales al ser la generación del baby boom. Hay que anticipar ya que la reforma que aquí proponemos tiene por consecuencia la reducción del colectivo eventualmente beneficiario -al exigir una razonable dependencia económica- pero, en contrapartida, pretende mejorar la cuantía de la pensión para que la pensión cumpla de forma real su papel de renta sustitutiva de los ingresos perdidos con ocasión del fallecimiento del causante para aquellos beneficiarios que efectivamente se encuentran en situación de necesidad evitando así que se produzcan en el futuro las situaciones de pobreza que se están produciendo en la actualidad con el régimen vigente, entre los pensionistas de viudedad, especialmente las mujeres, de edad avanzada. En sentido contrario, definir la situación de dependencia económica con unos umbrales económicos muy bajos, puede suponer la propia inoperatividad de la protección -es decir, su total inaplicación práctica- dado que esta reforma está pensada para los beneficiarios nacidos con posterioridad a 1-1-1967 en la idea de que estos no son dependientes económicamente, es decir, que generan sus propios ingresos bien desde una situación de activo, bien como

pensionistas. Como ya se ha señalado, la generalización de la clase media en nuestra sociedad determinaría la total exclusión de la protección de prácticamente toda la población activa.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que la definición de estos límites, al proyectarse sobre el Salario Mínimo Interprofesional y no sobre el IPREM- lo que resulta lógico dado el efecto de sustitución respecto del salario o pensión del causante- puede verse condicionado por el valor final que se atribuya a dicho módulo, de forma que la elevación progresiva de éste muy por encima del IPC previsto -parece que prometida por el Presidente del Gobierno para la próxima legislatura- determinaría también modificaciones sobre la definición del concepto de dependencia económica aquí propuesto.

Llegamos así a la cuestión de los resultados que se derivan de la aplicación de dichas reglas y siempre desde la idea básica de que la dependencia económica es un requisito de acceso a la pensión de viudedad y, por tanto, ni afecta a la forma de determinación de la cuantía de la prestación -que seguirá calculándose mediante la aplicación del porcentaje que se determine sobre la base reguladora integrada por las bases de cotización del causante del periodo que el legislador estime conveniente y por tanto, según un sistema de determinación clásicamente contributivo- ni su falta de concurrencia determina tampoco la exclusión de la protección en el caso del fallecimiento del causante, si bien la rebaja a una protección de naturaleza temporal y no vitalicia suficiente para permitir al beneficiario ajustar su economía a su nueva situación económica tras el fallecimiento del causante.

En general, desde esta perspectiva es evidente que este sistema de medición de la dependencia económica en relación con los ingresos propios beneficia a aquellos sujetos que aportan menos a la unidad familiar pues van a ver reconocida la pensión de viudedad con carácter vitalicio -por concurrencia de la dependencia económica- y que al recibir la prestación sobre una base reguladora mas elevada que sus ingresos -la base reguladora del causante que era el principal sustento de la pareja-, van a tener asegurado un nivel X de ingresos (formado por su ingresos propios y por la cuantía de la pensión de viudedad). Por el contrario, y en sentido contrario, va a perjudicar a aquellos otros beneficiarios que constituían el soporte principal de la pareja, por el hecho de que su cónyuge o pareja realizaban una actividad profesional menor. En todo caso, y sin perjuicio de lo que a continuación se señalará, el propio concepto de "dependencia" entendido como el "riesgo" protegido en el marco de un sistema contributivo lleva implícito este resultado, de la misma forma que la protección de la incapacidad permanente en su nivel contributivo exige haber tenido una capacidad laboral que se pierde siendo esa capacidad el riesgo asegurado, o la protección del desempleo exige haber realizado un trabajo previo, siendo el riesgo asegurado la pérdida de ese empleo previo. La configuración de la viudedad exigiendo dependencia económica exige partir de unos "ingresos" de la unidad familiar que se pierden como consecuencia del fallecimiento del causante, por lo que son estos ingresos los que hay que tomar como punto de referencia para la medición de la dependencia, con independencia -en este nivel

contributivo- del cual fuera el nivel de suficiencia de esos ingresos para el efectivo sostenimiento de la unidad familiar. El riesgo asegurado es que el causante aportaba unos ingresos a la unidad familiar que dejan de ser ingresados como consecuencia de su fallecimiento.

Lo anterior no significa, como ya se ha señalado, que no haya que prever límites en términos absolutos que corrijan los resultados injustos a que puede llevar la aplicación estricta de esta norma. Así ocurre, en primer lugar, por ejemplo, en los supuestos de unidades familiares con ingresos elevados en los que es posible que el causante constituyera el principal aportante (en términos porcentuales) de ingresos a la unidad familiar pero con ser esto cierto, el eventual beneficiario tuviera también un nivel de ingresos propios tan elevado que, aunque en términos relativos estuviera por debajo del porcentaje que pudiéramos establecer como indicario de la dependencia económica, en términos absolutos fuera difícil mantener la concurrencia de dicha dependencia. A la inversa y, en segundo lugar, establecer la medición de la dependencia económica sólo en términos relativos, sin límite mínimo alguno, puede suponer la privación del acceso a la pensión de viudedad a aquellos que, aún siendo el principal sosten económico de la familia -es decir, siendo el causante el que menos aportaba a la unidad familiar-, tiene unos ingresos escasos, aunque pudieran ser porcentualmente superiores a los derivados del causante. Es evidente que reconocer la concurrencia de dependencia económica cuando los ingresos del beneficiario no superan un determinado umbral de ingresos -con independencia del peso que dichos ingresos tuvieran en el monto del conjunto de la unidad familiar- beneficia a quienes mas precisados están de protección -las personas de rentas mas bajas- colectivo que será mas o menos numeroso según donde el legislador establezca el límite de ese umbral de ingresos (1 vez el salario mínimo; 1.5 veces el salario mínimo; 2 veces el salario mínimo, etc). Hay que recordar nuevamente, aunque pueda parecer reiterativo, que la finalidad del requisito no es asegurar que el beneficiario perciba ese nivel de rentas (ese umbral de rentas) merced a la pensión de viudedad o, en su caso, merced a la suma de la pensión de viudedad y los ingresos propios sino definir a partir de qué nivel de rentas propias se entiende que el beneficiario estaba en situación de dependencia económica respecto del causante, fijándose la cuantía de la pensión de viudedad según el sistema clásico de base reguladora (calculada en función de la base de cotización del causante) y porcentaje aplicable. La cuantía final de los ingresos del beneficiario será la suma de sus ingresos propios y la cuantía de la pensión de viudedad calculada según los módulos contributivos y por tanto, esta será menor o mayor según menor o mayor sea la base reguladora sobre la que se calcule la pensión de viudedad.

Lo anterior conduce a que nos interroguemos sobre la conveniencia de establecer un sistema que para la definición de la situación de dependencia económica combinara, además de los ingresos propios del beneficiario, los que percibiría de reconocérsele la pensión de viudedad. Hay que anticipar ya que la opción por este sistema mixto implicaría un apartamiento de las notas de proporcionalidad y contributividad que supuestamente estan en la base de las últimas reformas del sistema de Seguridad Social pues supondría hacer de peor

condición a quien genera derecho a una pensión cotizando por cuantías mas elevadas: en definitiva perjudicaría a los beneficiarios de aquellos causantes con bases de cotización mas elevadas lo que, en aquellos casos en los que son los propios interesados los que tienen el poder de seleccionar su base de cotización (Régimen Especial de Trabajadores Autónomos) y estando estas muy desconectadas de los ingresos reales de dichos trabajadores podría determinar un nivel importante de fraude. En nuestra opinión, esta opción debe descartarse fundamentalmente por la primera de las razones señaladas: no nos hallamos en el marco de prestaciones no contributivas que pretendan asegurar un nivel mínimo de ingresos a percibir por cualquier concepto (prestación, ingresos propios y en su caso, complementos por mínimos) -lo que tendría sentido de configurarse una prestación no contributiva de viudedad o renta mínima de subsistencia- sino en el marco del nivel contributivo de prestaciones: una cosa es que la protección por viudedad recupere su sentido de renta sustitutiva de los ingresos dejados de percibir y otra muy diferente que se suprima la naturaleza contributiva de la prestación reduciendo su cuantía para adecuarla a un determinado umbral de ingresos, distinto del tope máximo de pensión pública previsto con carácter general y como excepción a la contributividad del sistema. Además, y desde una perspectiva de género, una norma de tal naturaleza perjudicaría notablemente a las mujeres como beneficiarias al ser ellas quienes perciben por su trabajo una menor retribución ya sea por la ilegal -pero existente- discriminación salarial, ya sea por el hecho real, y legal, de que es el colectivo que realiza en mayor medida su trabajo a tiempo parcial, normalmente por la necesidad de atender mayores responsabilidades familiares.

Distinto de lo anterior, y sin que afecte a la definición del concepto de "dependencia económica" que se estimaría concurrente en todo caso si con independencia de la cuantía de la pensión causada no se supera el límite de ingresos definitorio de aquélla, sería la posibilidad de establecer la prohibición, una vez reconocido el derecho a la pensión de viudedad por concurrencia del requisito de la dependencia económica, de superación de determinado límite de ingresos entre los ingresos propios y la pensión de viudedad reduciendo la pensión para ajustarse hasta tal límite -y en tanto los ingresos se mantuvieran-y asegurando en todo caso un porcentaje mínimo de la pensión de viudedad (50, 55, 65, 70, 75, 80%). En todo caso, aún siendo una posibilidad mas flexible que la anteriormente descartada, y que sitúa el tema ya no en la cuestión de la definición de la situación de dependencia sino en el de la compatibilidad, su establecimiento resulta cuestionable por las razones antes señaladas también aquí aplicables aunque no debe descartarse de forma total pues, en definitiva, el juicio final que merezca una medida de esta naturaleza dependerá de en qué nivel se sitúe ese límite de ingresos (entre la pensión y los ingresos propios). A nuestro parecer, no puede ser el tope máximo de pensión pública -pues ese límite se predica respecto de pensiones públicas y no respecto de la suma de la pensión con los ingresos propios-: una posibilidad sería que quedara establecido en el resultado de la suma del tope máximo de pensión pública y el límite establecido para estimar concurrente la situación de dependencia.

En todo caso, y para la prestación de ajuste, no cabría aplicar ningún límite de

este tipo. El hecho de que se acceda a esta prestación con carácter subsidiario respecto de la prestación vitalicia debe determinar la aplicación estricta de las reglas de naturaleza contributiva, con el único límite del tope máximo de pensión pública.

2.6. Rentas computables

Resulta esencial en este sistema la identificación de las rentas computables, una vez fijado ya su importe mínimo. Dada la finalidad del requisito -reconocer la pensión vitalicia únicamente a quien está en situación de dependencia- parece que lo normal sería computar todos los ingresos del beneficiario, cualesquiera que sea su fuente de procedencia: el trabajo personal, los rendimientos de capital mobiliario, los rendimientos de capital inmobiliario diferentes de la vivienda habitual así como, en su caso, los de naturaleza prestacional pero la cuestión parece algo más complicada dada la pluralidad de supuestos y combinatorias posibles.

Así, es especialmente conflictiva la cuestión de los posibles rendimientos derivados de una actividad previa de ahorro por parte de la unidad familiar -el causante y el beneficiario-, ahorro que tanto se puede haber materializado en productos financieros, algunos especialmente fomentados por el propio Estado, como en bienes inmuebles siempre, lógicamente que tales inversiones no hayan tenido fines especulativos. Es obvio que, como todo, es una cuestión de límites y que contrariaría claramente la finalidad de la prestación aceptar la imposibilidad de la prestación vitalicia cuando los ingresos proceden del trabajo personal (o rentas sustitutivas) y no cuando proceden del capital mobiliario o inmobiliario. Pero también es verdad que no parece de recibo aplicar las mismas reglas previstas para el cómputo de los ingresos computables de cara a generar derecho a los complementos por mínimos -prestación esta de naturaleza asistencial- frente al carácter contributivo de la prestación de viudedad, aunque esta exija como elemento definitorio del hecho causante la dependencia económica del beneficiario respecto del causante. De hecho este problema se va a presentar con mayor incidencia, no tanto respecto de los bienes inmuebles -dado su elevado precio resulta difícil que la generalidad de la sociedad a la que van a aplicarse estas nuevas normas pueda acceder a otra vivienda distinta de la propia- sino respecto de otros instrumentos más modestos de ahorro: el ahorro tradicional -cuyos rendimientos difícilmente podrán determinar por sí solos la superación del umbral de ingresos definitorio del requisito de la dependencia económica-, los planes de pensiones³²⁴, los planes de previsión asegurada, los

324 Como es sabido, los Planes de Pensiones son sistemas de previsión voluntaria, configurados como instrumentos de ahorro a largo plazo, cuya finalidad es otorgar prestaciones complementarias al sistema público de Seguridad Social mediante el pago de rentas en los supuestos de jubilación, incapacidad permanente, fallecimiento y ahora también dependencia grave. Fiscalmente, tienen un tratamiento muy favorable al reducirse de la base imponible del partícipe las cantidades que él aporta a dicho Plan de Pensiones si bien estas aportaciones tienen un límite máximo de 10.000 €/año (12.500 € si el contribuyente es mayor de 52 años). La Ley 35/2006 ha introducido un límite conjunto para los Planes de Pensiones y otros instrumentos similares (Mutualidades de Previsión Social; Planes de Previsión Asegurados;

planes de jubilación o los nuevos planes individuales de ahorro sistemático (vigentes a partir de 1-1-2007)³²⁵. Parece contradictorio con el fomento que desde los poderes públicos se realiza de estos instrumentos financieros, fomento que se basa en la autorresponsabilidad de los ciudadanos en la previsión de medios complementarios a los sistemas públicos de pensiones, el hecho de que luego dichos ingresos se computen para acabar excluyendo la posibilidad del acceso a la pensión de viudedad cuando además, el esfuerzo ahorrador no sólo lo ha realizado el titular de esos productos financieros sino también su pareja o cónyuge.

Lo anterior no puede significar su total exclusión con independencia de su cuantía pues ello podría determinar la inoperancia del requisito de la dependencia económica y además y precisamente respecto de quienes se hallan en mejor situación económica (los que pueden detraer parte de sus rentas para el ahorro a largo plazo): pero sí que entendemos que deben preverse

Planes de Previsión Social Empresarial y Seguros privados que cubran el riesgo de dependencia severa) constituido por la menor de las dos cantidades siguientes:

- El 30% de la suma de los rendimientos netos del trabajo y de actividades económicas percibidos individualmente en el ejercicio. Este porcentaje será del 50% para contribuyentes mayores de 52 años.
- 10.000 euros anuales. No obstante, en el caso de contribuyentes mayores de 50 años, esta cantidad aumentará a 12.500 € anuales.

Además, también son deducibles las aportaciones realizadas por el partícipe en favor de su cónyuge, con un límite de 2.000 €, siempre que no realice actividades laborales o profesionales o no perciba rentas por tal concepto o de percibir las, sean inferiores a 8.000 €.

325 Los Planes Individuales de Ahorro Sistemático (PIAS) son creados a partir de la reforma de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Ley 35/2006, de 28 de noviembre, que deroga el anterior Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo) y tienen por finalidad, con un interesante tratamiento fiscal tanto durante la constitución del capital como en el momento de su devengo, crear un nuevo instrumento financiero con finalidades exclusivamente aseguradoras para ir acumulando un capital a largo plazo para complementar las pensiones de jubilación a través del pago de rentas mensuales, conocidas de antemano en función del capital total acumulado. Las rentas pueden empezar a percibirse después de que hayan transcurrido 10 años desde el pago de la primera prima y los rendimientos que se hayan generado desde el pago de la primera prima hasta el cobro de la primera renta están exentos de tributación. Esta ventaja fiscal se pierde si el beneficiario rescata el capital antes de que haya transcurrido el plazo de 10 años, siendo esta posibilidad de rescate en cualquier momento una de las principales diferencias con los planes de pensiones circunstancias de estos que parece retraía la inversión en estos productos financieros. Los límites son de dos tipos: por un lado, el máximo de aportaciones anuales es de 8.000 €, si bien este límite es independiente del aplicable a los Fondos de Pensiones; en segundo lugar, sólo se puede contratar un PIAS por beneficiario, lo que también le diferencia de los planes de pensiones. Por otro lado, y desde la perspectiva que ahora nos interesa de la protección por viudedad, los PIAS tienen naturaleza de seguro de vida lo que determina que, en caso de fallecimiento del beneficiario, ofrezcan un capital asegurado. Fiscalmente, ya se ha señalado que los rendimientos generados están exentos de tributación si se han obtenido en, al menos 10 años y se perciben en forma de renta vitalicia. Las rentas vitalicias que pasen a percibirse tributarán como una pensión vitalicia inmediata, lo que quiere decir que tributan en un porcentaje fijo muy favorable según la edad del perceptor: si tiene más de 70 años, sólo tributa el 8% de la renta obtenida; si tienen entre 66 y 69 años, el 20% de la renta obtenida, rentas que tributan, en ambos casos, como rendimientos de capital mobiliario. Sin embargo, a diferencia de los Planes de Pensiones, los PIAS carecen de beneficios fiscales para las aportaciones, estando estos beneficios reducidos a los rescates, en los términos señalados.

mecanismos que, con carácter general, puedan excluir, por lo menos parcialmente, del computo de los ingresos a tener en cuenta para la delimitación de la situación de dependencia los ingresos procedentes del ahorro, siempre que dicho ahorro responda, bien por la procedencia del mismo y en conexión con el periodo de generación de esos rendimientos -irregulares-, a una conciencia de ahorro para la previsión y se excluyan los ingresos procedentes de inversiones de naturaleza capitalista. Es mas, cabría plantearse la posibilidad de arbitrar una fórmula que permitiera ponderar la cotización a la Seguridad Social pública y el esfuerzo de ahorro en mecanismo complementarios. Esta posibilidad tiene especial sentido en relación con los trabajadores autónomos -colectivo muy importante en el grueso de pensionistas de seguridad social- y en general, con todos aquellos a los que se les permite seleccionar su base de cotización, pues en general cotizan por unas bases de cotización muy inferiores a sus ingresos reales optando por formas privadas de previsión social.

Especialmente conflictivo es el cómputo de los ingresos procedentes de prestaciones de Seguridad Social pública a los efectos de valorar la concurrencia del requisito de la dependencia económica. Se trata de un tema previo al de la compatibilidad de pensiones pues esta sólo cabe plantearla cuando ya se ha causado derecho a pensión y en este caso se trata de valorar si dichas rentas son computables o no a efectos de valorar el requisito de la dependencia económica. Lógicamente, la pensión de orfandad no debe ser computable ni en el caso de menores -porque en este caso los beneficiarios son los menores y por tanto, la renta no pertenece al eventual beneficiario de la pensión de viudedad-, ni tampoco en el supuesto de mayores de 18 años discapacitados, pues también son ellos los beneficiarios. Igualmente y por lo que se refiere a las prestaciones familiares por hijos a cargo cuando estos son mayores de 18 y discapacitados -prestación que hay que recordar ya no es incompatible con la pensión de orfandad por esa misma incapacidad- tampoco debe ser computable, porque la situación de necesidad que atiende preexistía con anterioridad a la nueva situación de orfandad y viudedad y porque atienden claramente a dos situaciones diferentes: la situación de dependencia económica del cónyuge, por un lado, y la situación de dependencia/incapacidad del hijo por otro, situación de incapacidad que existía exactamente igual antes del fallecimiento del causante. Resultaría totalmente paradójico que el hecho de percibir una prestación familiar por la carga económica que supone tener un hijo discapacitado a cargo constituyera un obstáculo para acceder a la prestación de viudedad que se configura como una renta sustitutiva de los ingresos dejados de percibir a consecuencia del fallecimiento del causante.

Más difíciles son las relaciones entre la pensión de viudedad y las pensiones contributivas a las que pudiera tener derecho el beneficiario, concretamente, las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente, especialmente las primeras pues como hemos visto en el Capítulo Primero el mayor número de pensiones en la actualidad son disfrutadas por beneficiarios mayores de 65 años que si efectivamente se producen las circunstancias analizadas, habrán cotizado y generado sus derechos propios. Varias son las posibilidades: la primera, tratar simplemente estas rentas como cualesquiera otras y aplicar el mismo rasero de

medición de la dependencia económica que el antes señalado, de manera que no haya diferencia entre que el beneficiario sea trabajador en activo o pensionista contributivo es decir, la aplicación de los criterios -relativo y absolutos, por arriba y por abajo-, antes señalados lógicamente con la aplicación del tope máximo de pensión pública. En tal caso, el efecto excluyente del tope máximo absoluto queda muy atenuado salvo que se cifre en unos límites medios o medio-bajos, pues dada la cuantía de las pensiones contributivas, unido al hecho de que la mayoría de los beneficiarios de prestaciones de viudedad son mayores de 65 años-, será difícil la superación de dicho límite con lo que se llegará a la paradójica situación de que la reforma prevista no va a tener el efecto deseado de restringir la prestación a los supuestos de efectiva situación de dependencia económica y va a duplicar la acción protectora respecto de un colectivo muy numeroso (especialmente la generación del baby-boom) y además por una cuantía superior a la del régimen actual, tal y como se propone en este trabajo. La segunda es establecer directamente un régimen de incompatibilidades entre ambas prestaciones públicas en la idea de que no está en situación de dependencia económica quien ya percibe una pensión contributiva del sistema. Lógicamente dicha incompatibilidad no excluye el derecho a la prestación de ajuste (temporal) pues la necesidad en la que esta se funda concurre igual en estos supuestos. Esta posibilidad cuenta como argumento a su favor el antes señalado del resultado paradójico al que nos llevaría admitir la compatibilidad y aplicar a la pensión de jubilación el mismo tratamiento que a cualesquiera otras rentas; en contra, que hace de peor condición a quien es beneficiario pasivo respecto de quien es beneficiario en activo al excluir iuris et de iure la concurrencia de la dependencia económica con independencia de la aplicación de las reglas antes señaladas pues no cabe olvidar que hemos dicho que es un concepto relativo aunque existan límites absolutos e incluso . Otra posibilidad sería declarar la incompatibilidad entre ambas prestaciones pero dar la opción, como así es habitual en los supuestos de incompatibilidad de pensiones (art. 122 LGSS) de optar por aquella que fuera mas favorable para el trabajador pues pudiera ser que fuera superior la cuantía de la pensión de viudedad que la pensión de jubilación que hubiera podido generar por derecho propio, si bien esta posibilidad presenta el problema de que en tal caso no parece que fuera posible causar derecho a la prestación de ajuste, pues lo que en ningún caso es causar derecho a las dos prestaciones, la temporal y la vitalicia, lo que nos lleva de nuevo al peor tratamiento que recibe el beneficiario en situación de pasivo. También podría excluirse esta posibilidad y obligar al beneficiario a causar derecho a las prestaciones propias dejando las derivadas sólo con carácter subsidiario lo que cuadra mejor con la caracterización de esta prestación. Sin embargo, desde una perspectiva de género esta última posibilidad perjudica claramente a las mujeres pues dado que, como hemos señalado, la realidad es que una variedad de circunstancias acaban determinando que sus carreras de seguro sean de "peor calidad" que las de los varones, impedir que accedan a la pensión de viudedad (cuando el causante es varón) porque ya disfrutaban de su pensión propia de jubilación cuando la cuantía de esta posiblemente sea inferior, no parece aconsejable.

Por lo que se refiere a las relaciones entre la pensión de viudedad y las

pensiones no contributivas de jubilación o invalidez permanente que pudiera estar percibiendo el cónyuge o pareja superviviente, en general, y aunque no existe un régimen de incompatibilidades de las prestaciones contributivas con las no contributivas, el carácter asistencial de éstas determina que sólo se tenga derecho a las mismas cuando no se supera un determinado nivel de ingresos -el equivalente a la propia cuantía de la pensión no contributiva- con reglas especiales para los supuestos de unidad familiar. Dada la baja cuantía de esta (4.340,60 € año para el año 2007), el reconocimiento de una pensión contributiva de viudedad -en su caso, complementada por mínimos- determina la pérdida de la condición de beneficiario no contributivo. Es decir, que desde la perspectiva de la pensión de viudedad, el hecho de percibir una prestación no contributiva no determina, per se, la imposibilidad de acceder a una pensión de viudedad pues el umbral de ingresos en los que se cifra, por un lado, la carencia de renta suficientes en el nivel no contributivo y por otra, la dependencia económica para tener acceso a la pensión de viudedad son muy distintos. Se produce así una consecuencia que es irresoluble dada la naturaleza y finalidad de las prestaciones no contributivas: el fallecimiento del causante determina, para su cónyuge o pareja, la pérdida de dos rentas: por un lado, los ingresos derivados de su cónyuge (bien rentas de trabajo en activo bien como pensionista) y los ingresos que el propio beneficiario pudiera haber tenido reconocidos como titular de prestaciones no contributivas.

Una situación semejante se produce en la actualidad en el supuesto de que el beneficiario sea titular de pensión propia complementada con mínimos. Al tratarse de un complemento de naturaleza asistencial, corrector de la excesiva contributividad del sistema, en el régimen actual de la pensión de viudedad en el que esta es compatible con todo, el complemento se extingue cuando el beneficiario pasa a ser receptor de rentas de cualquier tipo que, en unión de la pensión contributiva, determina que los ingresos que percibe el beneficiario de esa pensión superen la cuantía de la pensión mínima. Nuevamente se trata de una consecuencia derivada de la naturaleza de los complementos por mínimos y no del régimen de la pensión de viudedad. La consecuencia práctica para el beneficiario va a ser que sufre un doble "perjuicio" derivado del fallecimiento del causante: por un lado, la pérdida de las rentas o ingresos que procedían del causante, pérdida objeto de sustitución mediante la pensión de viudedad en el porcentaje correspondiente; y los complementos por mínimos que son suprimidos a consecuencia de superar, al pasar a percibir la pensión de viudedad, el mínimo establecido. El nuevo sistema al exigir la dependencia económica por un lado, y por otro, elevar la cuantía de la pensión por la elevación directa del porcentaje aplicable, atenúa estas consecuencias o, mejor dicho, restringe la posibilidad de que se produzcan estos supuestos: en primer lugar, porque directamente se excluye el derecho a la pensión vitalicia, manteniéndose únicamente el derecho a la prestación de ajuste, en caso de que no concorra el requisito de la dependencia económica, dependencia que no concurrirá en caso de que el beneficiario sea pensionista de una pensión contributiva; en segundo lugar, porque al reconcurrir la pensión contributiva de viudedad en mayor cuantía por aplicación de las reglas contributivas reduce el campo de actuación de los complementos por mínimos sujetas a tan estrictas

reglas de incompatibilidad.

Finalmente, por lo que se refiere a las prestaciones temporales previstas con carácter sustitutivo de las rentas derivadas del trabajo (incapacidad temporal, maternidad, paternidad, y riesgos durante el embarazo y la lactancia) resultarán computables en la misma medida que las rentas derivadas de la actividad profesional que vienen a sustituir por la suspensión del contrato derivado de dichas circunstancias.

2.7. Dinámica de la prestación

El hecho de que la dependencia económica constituya elemento definitorio de la situación de necesidad y el hecho igualmente de que esta circunstancia pueda variar a lo largo del tiempo durante la percepción de la pensión, obliga al establecimiento de un régimen jurídico referido a la dinámica de la pensión.

No obstante y con carácter previo hay que reiterar que, como ya se ha dicho, la prestación de ajuste no se ve afectada por este problema: su carácter subsidiario respecto de la prestación vitalicia cuando precisamente no concurre el requisito de la dependencia económica excluye la posibilidad de que las variaciones de ingresos del beneficiario afecten a la percepción o no de esa prestación de ajuste. Sin embargo, sí podría ser interesante prever, respecto del pago de esta prestación, la posibilidad de un sistema de capitalización de esta prestación temporal de viudedad similar a la prevista para el desempleo, no con carácter general, sino con carácter teleológico respecto de la eventual cancelación de compromisos de deuda asumidos por la unidad familiar cuando vivía el causante, especialmente préstamos para la adquisición de vivienda o para el consumo personal. Esta medida debería acompañarse de la reforma de la normativa referida al cobro de comisiones bancarias por cancelación, de forma que se obligara a las entidades bancarias a que no cobren estas comisiones cuando la cancelación se produce después del fallecimiento del causante y se cobra la prestación temporal de viudedad capitalizada para el pago de dicha deuda. Es verdad que esta previsión tiene como riesgo para la entidad gestora un coste adicional: el derivado de que es la Entidad Gestora la que asume el riesgo, mas probable cuanto mayor sea el beneficiario de la prestación, de fallecimiento del beneficiario que habría cobrado así una prestación por una cantidad muy elevada que no hubiera cobrado -o no hubiera salido de la caja única de la Seguridad Social- si se hubiera cobrado como prestación periodica. Este riesgo o aleatoriedad también existe en la prestación de desempleo pero con dos diferencias: primero, la cuantía de la prestación capitalizada es bastante inferior dado que la duración máxima de la prestación por desempleo son dos años (720 días); segundo, la esperanza de vida del beneficiario de las prestaciones de desempleo es, con carácter general, mayor pues se predica de trabajadores en activo lo que, implica, por lo menos, que se hallan por debajo de la edad de jubilación y, en realidad, por debajo de los 60 años. En todo caso, este inconveniente podría superarse por la aplicación de reglas actuariales que modalizaran, de manera similar a como se prevé para la sustitución de la

pensión de incapacidad permanente total por la indemnización especial a tanto alzado (art. 139.2 LGSS), la edad del beneficiario, reduciendo por tanto la cuantía de la capitalización. Otra solución podría ser permitir la capitalización parcial únicamente hasta un determinado porcentaje, variable según la edad del beneficiario, y una vez transcurrido el periodo de tiempo de devengo de las cantidades capitalizadas, abonar el resto de la prestación, bien capitalizada también bien, lo que sería mas razonable, periódicamente, hasta su total extinción.

Es obvio que el requisito de la dependencia económica debe valorarse en el momento del hecho causante, que no es otro que el del fallecimiento del causante. Si en dicho momento concurre el requisito de la dependencia económica, la pareja del causante genera derecho a la pensión de viudedad. Dado que en dicho momento no es posible valorar los ingresos futuros, se pueden establecer dos criterios: por un lado, el utilizado siempre que la prestación se encuentra condicionada a la no superación de un determinado nivel de rentas: las rentas percibidas el año anterior [los rendimientos se toman por el valor del año anterior (art. 14.3 RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares del sistema de la Seguridad Social) excluyendo los que se pruebe que no se van a percibir en el año al que se refieren los complementos (art. 6 RD 1578/2006, de 22 de diciembre, de revalorización de pensiones para 2007)]. Lógicamente este criterio debe completarse con el mas evidente de si el causante percibe rentas derivadas del trabajo personal o de la realización de actividad profesional en el momento del hecho causante, es decir, si realiza o no actividad profesional en dicho momento pues podría perfectamente puede ocurrir que aunque hubiera podido trabajar durante el año anterior y por tanto, haber percibido ingresos en dicho periodo, no estuviera realizando actividad profesional en el momento del fallecimiento del causante. Por otro lado, es posible que el trabajador esté percibiendo rentas conectadas con una situación previa de actividad laboral, cuestión que afecta directamente a la cuestión de la compatibilidad a la que nos referiremos con posterioridad.

Por tanto, si el beneficiario supera el umbral de ingresos definitorio de la situación de dependencia económica no genera derecho a la pensión sino únicamente a la prestación temporal y el hecho de que en algún momento posterior pudiera dejar de percibir esos ingresos obliga a plantearse si en tal momento nacería el derecho a la prestación. En nuestra opinión, no parece conveniente: la fecha del hecho causante es la determinante de la aplicación de las normas y es en ese momento en el que debe valorarse la concurrencia del requisito. Lo contrario sería desvirtuar la noción de hecho causante generando un derecho "eventual" o "hipotético".

Por lo que se refiere a la situación contraria, las posibilidades son variadas y nuevamente conectan con el concepto de dependencia económica. Si entendemos el concepto de dependencia económica sólo en términos relativos la consecuencia es que es el momento del hecho causante el único relevante a los efectos de su valoración de tal forma que si el beneficiario es dependiente

económicamente en el momento del fallecimiento del causante, la obtención posterior de mayores rentas propias por su parte no incide en ese concepto de dependencia que quedó establecido en el momento del fallecimiento del causante al medirse en relación con el peso que los ingresos propios del beneficiario tenían en relación con los ingresos aportados por el causante. La situación de dependiente queda, pues, "congelada" en el momento del hecho causante, que es el fallecimiento del causante. Otra posibilidad, que conecta más con la definición de la dependencia económica en términos absolutos -aunque ello no significa que la definición en términos absolutos siempre implique esta posibilidad pues también cabe entender que en tal caso hay que atender sólo al momento del hecho causante, es valorar los ingresos que en cada momento (por ejemplo, cada año)- sería valorar los ingresos que percibe el beneficiario a los efectos de reconocer el derecho al mantenimiento o no de la pensión. En tal caso, cuando el beneficiario a quien se le ha reconocido la pensión de viudedad supera el umbral de ingresos la pensión se suspende, renaciendo en su caso cuando el beneficiario vuelva nuevamente a cumplir el requisito de la dependencia económica³²⁶. En este caso el derecho se ha causado pero se suspende su abono cuando el beneficiario deja de reunir el requisito de la dependencia económica, derecho que renacerá cuando sus circunstancias económicas vuelvan a ser las que determinaron el nacimiento del derecho a la pensión. Únicamente se extinguirá cuando concurra alguna de las causas que determinan la extinción del derecho, causas que necesariamente hay que ligar al riesgo protegido: es decir, la propia situación de viudez: el hecho de contraer nuevo matrimonio o también, dado que el derecho se reconoce en igualdad de condiciones a las parejas de hecho, la convivencia marital si bien en los mismos términos y condiciones exigidos para generar derecho a pensión de viudedad, si bien esta cuestión plantea unos problemas adicionales a los que después se hará referencia.

En la línea anterior cabría preguntarse si la suspensión debe ser total o si, por el contrario, cabría que fuera parcial, es decir, que se mantuviera en todo caso el derecho a percibir una parte de la pensión, posibilidad especialmente interesante sobre todo respecto de la percepción de ingresos procedentes del trabajo personal. Los argumentos a favor y en contra, respectivamente, son los siguientes: en contra, que parece contradictorio mantener el derecho a la pensión de viudedad cuando se supera el límite máximo establecido para la determinación de la situación de dependencia económica siendo la desaparición de ésta precisamente lo que ha justificado tradicionalmente la extinción de la pensión por contraer nuevo matrimonio. A favor, que tal medida fomenta que el beneficiario de la pensión deje de ser dependiente tanto en la obtención de rentas inmediatas como en la posibilidad de generar en el futuro sus propios derechos pasivos evitando, además, la realización de trabajo sumergido o fraudulento. En este sentido, mantener un porcentaje -que incluso podría ser variable según los ingresos percibidos- de la prestación de viudedad, no obstante

³²⁶Es obvio que en este caso esa dependencia económica ya no se predica del causante, el cual puede haber fallecido mucho tiempo antes, sino respecto de la pensión que se causó en su momento por la concurrencia de la dependencia económica.

la obtención de rentas procedentes de la realización de trabajo personal también beneficia al sistema que ingresa cotizaciones por ese trabajo realizado. Como ya se ha dicho, incluso podría ser variable, determinando la suspensión total a partir de una determinada cantidad de ingresos.

En relación con la realización de trabajo o actividad profesional hay que tener en cuenta que, en muchos casos, es una posibilidad mas bien remota pues sólo los beneficiarios jóvenes tienen la posibilidad real de integrarse en el mercado de trabajo, posibilidad que se va desvaneciendo conforme se cumplen años. Esta realidad nos obliga, no obstante, a interrogarnos sobre la conveniencia o no de establecer mecanismos de mejora de la empleabilidad de estos pensionistas jóvenes tales como cursos de formación de asistencia obligatoria o incluso, en su caso, la obligatoria aceptación de ofertas de empleo adecuada. En nuestra opinión, esta posibilidad debe descartarse en términos de obligatoriedad: la nueva pensión de viudedad aunque condicionada al requisito de la dependencia económica del beneficiario respecto del causante protege la situación de viudedad no la falta de empleo y si bien cualesquiera políticas activas de fomento del empleo de cualesquiera colectivos desempleados, incluyendo a los viudos/as, deben ser bienvenidas, no en términos coercitivos condicionando la prestación de viudedad a la realización de dichos cursos o a la aceptación de una oferta de empleo adecuada so riesgo de desvirtuar la naturaleza jurídica de esta prestación.

Finalmente, cabría plantearse la posibilidad de adelantar parcialmente el abono de la pensión de viudedad, a modo de anticipo, para hacer frente a los mayores gastos derivados del fallecimiento del causante tanto los lógicos de la inhumación de los restos mortales -dada la escasa cuantía de la prestación pública dispuesta a tales efectos incluso en la cuantía prevista ahora en el Ley 40/2007, de 4 de diciembre- como otros derivados del arreglo de las últimas voluntades del causante. La normativa actual no prevé esta posibilidad. Una futura regulación podría establecer una regulación específica sobre el particular estableciendo reglas similares bien a las previstas para los anticipos en el ámbito de la relación laboral bien a las contempladas en el ámbito de la Seguridad Social para el cobro, por compensación, de las prestaciones indebidamente percibidas³²⁷. En todo caso, y de cara a una adecuada seguridad jurídica, debería modificarse directamente el Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Financiera de la Seguridad Social y la Orden de 22 de febrero de 1996 por el que se desarrolla el anterior.

2.8. Cuantía de la prestación

Como ya se ha señalado, el nuevo régimen jurídico de la protección de viudedad parte de la premisa de la necesidad de que dicha protección recupere su carácter de renta sustitutiva de las rentas perdidas con ocasión del fallecimiento del

³²⁷Real Decreto 148/1996, de 5 de febrero, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de Seguridad Social indebidamente percibidas y la Orden de 18 de julio de 1997, de desarrollo del anterior.

causante. Esta necesidad se traduce en dos aspectos: en primer lugar -de carácter regresivo respecto del régimen jurídico actual- exigiendo la dependencia económica del beneficiario respecto del causante para generar derecho a la pensión de viudedad, estableciendo en caso contrario una prestación temporal o de ajuste; en segundo lugar, y en sentido ampliatorio, mejorando la suficiencia de las pensiones de viudedad calculadas conforme a módulos contributivos de forma que la cuantía de la pensión -cuando se tenga derecho a la misma por concurrir la citada dependencia- sea efectivamente suficiente y cumpla con el carácter de renta sustitutiva de las rentas perdidas. En definitiva, la reducción del ámbito subjetivo de la protección debe redundar en una ampliación o mejora de su ámbito objetivo.

Se ha señalado con anterioridad que el actual régimen, establecido a partir de la reforma de 2001, que distingue entre un porcentaje ordinario y un porcentaje extraordinario no es aceptable, rechazo que es mayor aún en este nuevo régimen jurídico en el que se parte de la necesaria dependencia económica. El porcentaje, pues, que se fije, debe ser único, aplicable a todos los beneficiarios y aplicable tanto en el supuesto de pensión vitalicia como en el supuesto de la prestación temporal de ajuste, porcentaje que debe ser mejorado respecto del actual 52%. El porcentaje concreto es una cuestión política y que además, se encuentra en íntima relación con otros parámetros económicos de este régimen jurídico y especialmente con dos: con la base reguladora y con el umbral en el que se cifre la dependencia económica. Respecto del segundo es evidente la conexión: cuanto mas bajo sea umbral en el que se sitúa la dependencia económica determinante del derecho a pensión vitalicia, el porcentaje aplicable debe ser superior, porque dicha pensión debe servir para cubrir efectivamente su función de rentas sustitutivas del salario perdido. Y a la inversa, el porcentaje podrá mantenerse en términos mas bajos -o cercanos al actual 52% - cuando el umbral de rentas se sitúe a niveles mas elevados pues la pensión de viudedad cumplirá una función concurrente o complementaria respecto de los ingresos propios del beneficiario en asegurar el mantenimiento económico de esa unidad familiar.

En nuestra opinión, y como ya se ha señalado con anterioridad, el umbral de dependencia debe situarse en un nivel razonablemente medio (pero desde luego por encima del umbral de ingresos previsto para el reconocimiento de los complementos por mínimos) si realmente se quiere que esta reforma reserve las pensiones de viudedad a las personas que dependían económicamente del causante. En este sentido, nuestra propuesta sería elevar el porcentaje aplicable y con carácter único, hasta el 65%. nuestra propuesta sería elevar el porcentaje aplicable y con carácter único, hasta el 65%. Puesto que el fallecimiento de un miembro de la pareja no reduce los gastos a la mitad, entendemos que se trata de un porcentaje razonable, asumible económicamente por el sistema pues, por otro lado, no hay que olvidar el importante peso que en la actualidad tienen los complementos por mínimos en la determinación de la cuantía de la pensión de viudedad (vid. Capítulo Primero), complementos por mínimos que, al elevar el porcentaje aplicable, se reduciría notablemente su devengo.

El establecimiento de este porcentaje plantea un problema adicional, en el supuesto de unidades familiares en las que se cause derecho a pensiones de orfandad. Como es sabido, es tradicional en nuestro derecho -de manera similar a otros ordenamientos europeos- la imposibilidad de superar el 100% de la base reguladora del causante en el supuesto de prestaciones de muerte y supervivencia, por la unión o suma de las pensiones de viudedad, orfandad y a favor de otros familiares. Esta imposibilidad se modifica en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, permitiendo ahora³²⁸ que se supere ese límite en los supuestos en los que se aplica el porcentaje del 70% si bien con el límite de que en ningún caso cabe superar, en pensiones de orfandad, el porcentaje del 48%. Esta limitación responde posiblemente, como se ha señalado también, a la idea de no hacer distinciones entre los huérfanos por el hecho de que el pensionista de viudedad perciba la pensión calculada por la aplicación del porcentaje ordinario del 52% o el extraordinario del 70% y a la vez para no convertir en inoperante la elevación de este porcentaje adicional para cuya aplicación se requiere, como es sabido, la existencia de hijos a cargo, pues el 48% es el porcentaje máximo que por pensiones de orfandad puede recibir una unidad familiar cuando la pensión de viudedad se ha calculado al 52% ($52\% + 48\% = 100\%$). Así pues, en la actualidad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre cabe que la suma de las pensiones de orfandad y viudedad pueda sumar hasta un 118% si bien únicamente cuando el porcentaje aplicable para determinar la cuantía de la pensión de viudedad sea el excepcional del 70%.

En nuestra opinión, en el nuevo régimen de la pensión de viudedad también debe preverse la posibilidad de que se supere ese límite del 100% por la unión de ambas categorías de prestaciones: aunque el límite era razonable en su momento, y es muy coherente con el principio de proporcionalidad que debe informar nuestro sistema, este principio conoce de importantes excepciones y no cabe duda que el fomento de la natalidad debe impregnar también transversalmente las actuaciones de los poderes públicos. Resultaría absurdo desde esta perspectiva que la mejora de la cuantía de las pensiones de viudedad, hay que recordar siempre que únicamente se causará derecho a pensión vitalicia cuando concorra el requisito de la dependencia económica, se tradujera en la práctica en una pérdida de la protección en los supuestos de orfandad. Con dos límites: en primer lugar, con un límite que bien podría ser la suma de 2,5 pensiones de orfandad o incluso 3 (en este caso, el límite sería 125% de la base reguladora); y en segundo lugar, la eventual exclusión de este beneficio en el supuesto de la prestación de ajuste, fijando para este el límite infranqueable del 100%.

Por lo que se refiere a la forma de determinación de la base reguladora, no

328La Ley 40/2007, de 4 de diciembre ha añadido un último párrafo al art. 179.4 LGSS con la siguiente redacción: "Sin perjuicio de lo previsto con carácter general en este apartado, el límite establecido podrá ser rebasado en caso de concurrencia de varias pensiones de orfandad con una pensión de viudedad cuando el porcentaje a aplicar a la correspondiente base reguladora para el cálculo de esta última sea del 70%, si bien, en ningún caso, la suma de las pensiones de orfandad podrá superar el 48% de la base reguladora que corresponda".

existen propuestas específicas dirigidas a cambiar su forma de determinación. Es verdad que, a nivel de todo el sistema, resulta cuestionable la existencia de varios sistemas para su cálculo según la contingencia causante pero se trata de una cuestión de carácter general, que exigiría una reforma total. Por otro lado, y desde la perspectiva de la proporcionalidad, también podría plantearse la posibilidad de incrementar el periodo computable de manera similar a como se ha realizado en otras reformas. Hay que recordar que este sistema de determinación de la base reguladora era el vigente con carácter general para todas las pensiones derivadas de riesgos comunes antes de que fuera modificado a través de las distintas modificaciones normativas que afectaron a la jubilación y a la incapacidad permanente (la primera de todas, la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Reforma de las Pensiones), modificaciones todas tendentes a aumentar la contributividad y la proporcionalidad del sistema, por lo que no resultaría incoherente que también la base reguladora de las pensiones derivadas de muerte y supervivencia derivada de riesgos comunes fuera modificada en busca de una adecuación o mayor correspondencia con las otras pensiones dispensadas por el sistema, si bien la ampliación de ese periodo determinará como efecto directo una disminución de las bases reguladoras y, por tanto, determinará una mengua de la cuantía de las prestaciones, pese al incremento del porcentaje aplicable haciendo inoperante o minimizando en este sentido la mejora propuesta con anterioridad, por lo que no hay que descartar, en tal caso, elevar el porcentaje anteriormente señalado.

Por otro lado, y dado que se ha propuesto la ampliación del periodo de carencia exigible cuando el fallecimiento deriva de enfermedad común a fin de incrementar la proporcionalidad y la contributividad, por entender que el periodo actualmente establecido -500 días dentro de un periodo de 5 años- es un periodo muy exigüo en comparación con el exigido para otras prestaciones y singularmente con la incapacidad permanente -con la que existía similitud respecto de la imprevisibilidad del siniestro- la base reguladora debería ajustarse, en alguna medida, al nuevo periodo de carencia exigido siempre teniendo en cuenta que, de ampliarse en exceso, habrá que prever reglas especiales para los trabajadores jóvenes, previsión que no hará falta si la ampliación no es excesiva. De ampliarse el periodo de cotizaciones computable, habrá que prever los instrumentos de revalorización necesarios para evitar la pérdida del valor adquisitivo consecuencia de la inflación. Precisamente respecto de la incidencia de la inflación no se tiene ahora en cuenta -pues no se aplican procedimientos de revalorización de las bases de cotización- porque únicamente se toman en consideración, por lo que a los trabajadores en activo se refiere y cuando deriva de contingencias comunes- mas que las bases de cotización de los últimos 24 meses, 24 últimos meses de bases de cotización que también están excluidos de la revalorización en los supuestos en los que los periodos tomados en consideración son superiores, como es el caso de la pensión de jubilación y de la incapacidad permanente. En este sentido, y aun siendo cuestionable el hecho de que sea el beneficiario el que tenga que cargar con el coste de la inflación de los dos últimos años, existe una coherencia entre todas las prestaciones del sistema, coherencia que, de modificarse una u otra, debería mantenerse. Por lo que se refiere a la base reguladora cuando el causante es

pensionista, no parece conveniente su modificación pues no existe ningún otro parámetro al que acudir. Este causante es el único cuya base reguladora sí refleja en mayor medida las nuevas reglas de proporcionalidad y contributividad pues la base reguladora de sus pensiones sí se ha visto afectado por las distintas reformas que se han operado sobre su forma de determinación.

2.9. Régimen de compatibilidad de la pensión de viudedad.

El régimen de compatibilidades de la pensión de viudedad a proponer realmente se encuentra muy condicionado por la definición de la situación de necesidad protegida que, como se ha señalado, en esta Propuesta parte de la exigencia de una dependencia económica del beneficiario y en concreto, de la forma en que ésta se defina. No obstante, hay que tener en cuenta como cuestión previa que técnicamente la compatibilidad o incompatibilidad opera en un momento posterior a la aplicación del requisito de la dependencia económica y además con consecuencias diferentes. La dependencia económica constituye un requisito del hecho causante de tal forma que si no concurre la misma, no se genera derecho a la protección y por tanto, deviene inaplicable el régimen jurídico de una prestación -entre el que se encuentra el régimen de compatibilidades- que no se causa. La valoración sobre la compatibilidad o incompatibilidad del trabajo o de otras prestaciones de seguridad social con la pensión de viudedad exige que se haya causado derecho a dicha prestación de viudedad. También son distintos los efectos de uno y otro mecanismo: la incompatibilidad, por lo menos predicada de las prestaciones de seguridad social, determina la apertura de un derecho de opción del beneficiario entre aquéllas que son incompatibles mientras que el cómputo de determinados ingresos/rentas/prestaciones determina que no concorra la situación protegida y por tanto, que no se cause derecho a la pensión de viudedad. Y es que, en realidad, y en general en el sistema de seguridad social, el régimen de compatibilidades debería limitarse a aquellos supuestos en los que mediante distintas prestaciones se atiende a la misma situación de necesidad: así, por ejemplo, es evidente que existe incompatibilidad entre la prestación no contributiva de invalidez permanente reconocida a mayor de 18 incapacitado en grado superior al 65% y la prestación no contributiva por hijo a cargo reconocida por la misma minusvalía del sujeto pues la necesidad protegida es la misma. Igualmente, la prestación por incapacidad temporal es incompatible con la realización por el beneficiario de actividad por cuenta ajena o propia porque la situación de necesidad que atiende dicha prestación es la pérdida de capacidad laboral temporal y lo mismo se podría predicar de la pensión de jubilación.

Sentado lo anterior, es evidente que la forma de definir la dependencia económica tiene una importancia fundamental a los efectos de reconducir la pensión de viudedad a un régimen jurídico coherente con su propia finalidad.

a) Si se define la situación de dependencia en términos relativos -como así se realiza en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre- es decir, predicada respecto del porcentaje que el causante aportaba en los ingresos de la unidad familiar con independencia de la cuantía -en términos absolutos- de los ingresos de ambos

cónyuges o integrantes de la pareja, sin establecer límite cuantitativo máximo, el resultado al que nos puede conducir es a reconocer pensiones vitalicias a sujetos que pese a tener un porcentaje bajo en el total de los ingresos de la unidad familiar antes del fallecimiento del causante, dichos ingresos sean en sí elevados siendo discutible que exista una situación de necesidad que el sistema deba atender mediante prestaciones de carácter vitalicio. Si se optara por esta posibilidad sería necesario establecer un régimen de incompatibilidades a fin de limitar la acción protectora pública por encima de lo que el legislador entendiera como razonable. A título ejemplificativo, imaginemos un matrimonio cuyos rendimientos mensuales conjuntos son de 4.500 euros, correspondiendo 2500 al causante y 2000 al superviviente. Aplicando sin limitaciones el concepto de dependencia económica relativa existe dependencia económica del beneficiario respecto del causante al aportar éste más del 50% de los ingresos del matrimonio, pero resulta cuestionable que exista situación de necesidad que justifique el reconocimiento de una prestación de carácter VITALICIO. En tal caso, sería preciso establecer un régimen de incompatibilidades si bien será complejo pues como luego se señalará se presentan una serie de problemas de carácter técnico por lo que nos inclinamos por la propuesta que se enuncia a continuación.

b) Si por el contrario, se define el concepto de dependencia en términos relativos pero introduciendo unos LÍMITES MÁXIMOS, el problema de la compatibilidad se suprime pues las rentas que perciba el trabajador por cualquier concepto (trabajo, prestaciones de seguridad social) se tienen en cuenta a efectos de valoración de la concurrencia del requisito de la situación de necesidad, de tal forma que si esta concurre, el hecho de que el beneficiario perciba o no sus rentas derivadas del trabajo o de prestaciones sustitutivas de aquéllas no tiene importancia, una vez reconocido -o no reconocido- el derecho a la prestación vitalicia y en el segundo caso, el derecho a la prestación temporal. No es preciso establecer un régimen de incompatibilidades entre la pensión de viudedad y las rentas derivadas del trabajo o respecto de otras prestaciones del Sistema pues tales rentas simplemente se cuantifican para valorar la existencia de dependencia económica en relación con la concurrencia de situación de necesidad.

Las ventajas que se derivan de este segundo sistema son las siguientes: en primer lugar, como ya se ha dicho, el régimen de incompatibilidad suele determinar la apertura de un derecho de opción del beneficiario respecto de aquella prestación más favorable y en nuestra opinión el ordenamiento jurídico debe potenciar tanto la realización de actividad propia como la generación de derechos de protección social propios dejando la protección derivada como segunda instancia. Además, el régimen de la incompatibilidad no resuelve el problema si la opción fuera a favor de la pensión vitalicia de viudedad -con renuncia de pensión propia de jubilación o incapacidad permanente- de que resulta imposible cobrar la prestación temporal de viudedad, siendo así que al final la pérdida económica para el beneficiario sea finalmente mayor.

Bien es verdad que parece contradictorio con el régimen contributivo en el que

se enmarca esta pensión de viudedad entrar en valoraciones sobre las rentas del beneficiario, valoración que suele realizarse en el nivel no contributivo en el que, a diferencia del contributivo, no establece régimen de incompatibilidades al ser innecesario por la valoración de las rentas computables. En definitiva, que mientras en el nivel contributivo no se computan rentas y se aplican compatibilidades; en el nivel no contributivo se computan rentas y no se establecen incompatibilidades. No obstante, la prestación de viudedad presenta una singularidad, cual es que subyace en la definición de la situación protegida la idea de una situación de necesidad económica, idea que aunque en el devenir histórico de la prestación se ha acabado enterrando, precisamente la exigencia de que es preciso la "recuperación del carácter de renta sustitutiva de las rentas dejadas de percibir con el fallecimiento del causante" quiere recuperar.

2.10. Régimen extintivo

La principal dificultad en el establecimiento del régimen extintivo de la pensión de viudedad va referido a la incidencia que la convivencia more uxorio puede tener sobre el derecho al mantenimiento de la pensión. Como se ha señalado en el trabajo de investigación, en el actual régimen jurídico de la pensión de viudedad la convivencia more uxorio no determina la extinción de la pensión de viudedad en el entendimiento del Tribunal Constitucional que en tanto en cuanto de dicha situación no se deriva el reconocimiento de pensión de viudedad en caso de fallecimiento de alguno de los integrantes de la pareja de hecho, tampoco puede determinar la extinción de la pensión y por tanto, únicamente reconoce efectos extintivos al nuevo matrimonio con la salvedad introducida por la reforma del año 2001, de carácter excepcional y claramente asistencialista³²⁹, además, lógicamente de las restantes causas extintivas: la declaración en sentencia firme de la culpabilidad en la muerte del causante; por fallecimiento; por reaparición y por violencia de género. Es posiblemente esta doctrina constitucional lo que explica que la Ley 40/2007, de 4 de diciembre prevea ahora como causa de extinción de la pensión de viudedad, no la mera convivencia more uxorio sino la constitución de una pareja de hecho en los términos en los que se prevé para generar derecho a la pensión de viudedad y por tanto, exige la concurrencia de todos los requisitos previstos ahora en el art. 174.3. párrafo cuarto LGSS. En definitiva, que la mera convivencia more uxorio, en los términos previstos en el Código Civil como causa extintiva de la obligación de alimentos en favor del cónyuge, no extingue la pensión de viudedad.

La cuestión es si esta regulación es razonable o no desde la perspectiva de la reforma de la pensión de viudedad, que pretende reservar esta prestación en su carácter de prestación vitalicia, para aquéllos que dependían económicamente de

329 Los requisitos son los siguientes: 1) Que el beneficiario tenga al menos, 61 años o, de ser menor, que tenga reconocida una pensión de incapacidad absoluta o gran invalidez o acredite una minusvalía igual o superior al 65%; 2) Que la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos del pensionista; 3) Que el nuevo matrimonio tenga unos ingresos anuales, de cualquier naturaleza, incluida la pensión de viudedad, que no superen dos veces el importe, en cómputo anual, del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incluidas dos pagas extras.

las rentas del causante, y en el entendimiento de que su dependencia se mantiene. La consideración de que la convivencia more uxorio -sin formalización- extingue la pensión resulta coherente con una concepción antigua del concepto de dependencia económica y, en nuestra opinión, aun participando de que no resultaría contrario a la naturaleza de esta prestación anudar a la convivencia more uxorio la extinción de la pensión de viudedad, una consideración mas moderna del concepto de dependencia económica entendida en un concepto mas amplio que el simplemente alimenticio, nos lleva a inclinarnos por la postura de que la mera convivencia more uxorio no debe ser determinante de la extinción de la pensión de viudedad. Tal conclusión igualmente disminuye la inseguridad jurídica que se derivaría de que meras convivencias ocasionales pudieran generar consecuencias jurídicas de tan gran envergadura .