

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2016 / 2017

LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

(Spanish widow's benefit)

Realizado por la alumna: Doña Lara Prieto Chamorro.

Tutorizado por la Profesora: Doña Henar Álvarez Cuesta.

ÍNDICE:

RESUMEN DEL TRABAJO.....	5
ABSTRACT.....	5
OBJETO DEL TRABAJO.....	7
METODOLOGÍA UTILIZADA.....	8
1. Concepto.....	11
2. Requisitos que ha de cumplir el sujeto causante de la prestación.....	13
2.1 Situación en la que ha de hallarse el trabajador o pensionista en el momento del fallecimiento.....	13
2.2 Existencia de un período mínimo de cotización.....	16
2.3 Los matrimonios de conveniencia.....	20
3. Impedimento para ser beneficiario de la prestación y suspensión cautelar, en determinados supuestos.....	22
4. Beneficiarios.....	24
4.1 Cónyuge sobreviviente.....	24
4.1.2 Acreditación de la condición de viudo o viuda.....	25
4.1.3 Las formas del matrimonio.....	26
4.1.4 El matrimonio entre personas del mismo sexo.....	29
4.1.5 Poligamia.....	31
4.1.6 Supuestos especiales.....	34
4.2 Ex cónyuge por divorcio, separación o nulidad.....	36
4.2.1 Supuestos especiales.....	41
4.2.2 Concurrencia de beneficiarios.....	43
4.3 Pareja de hecho.....	45

5. Cuantía de la pensión.....	52
5.1 Base reguladora de la pensión.....	52
5.1.1 En caso de fallecimiento por contingencias comunes.....	52
5.1.2 En caso de fallecimiento por contingencias profesionales.....	53
5.1.3 En caso de pensionista de jubilación o incapacidad.....	54
5.1.4 En caso de pluriempleo y pluriactividad.....	56
5.1.5 Fallecimiento a causa de acto terrorista.....	58
5.1.6 Causante exonerado de cotizar.....	58
5.2 Porcentaje a aplicar sobre la base reguladora.....	59
5.3 Cuantía mínima y máxima de la pensión de viudedad.....	61
5.3.1 Revalorizaciones.....	63
5.3.2 Complementos por mínimos.....	64
5.4 Incremento de la pensión de viudedad para las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados.....	65
6. Dinámica de la pensión de viudedad.....	68
6.1 Nacimiento.....	68
6.2 Devengo y responsables del pago de la pensión.....	70
6.3 Extinción.....	71
7. Régimen de incompatibilidades.....	78
8. Prestación temporal de viudedad.....	81
CONCLUSIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85

RESUMEN DEL TRABAJO:

La pensión de viudedad es una prestación que otorga la Seguridad Social cuyo objetivo no es otro que el de paliar la situación de necesidad en la que se encuentra una persona al sufrir la pérdida de aquella de la que depende económicamente.

Para acceder a ella se tendrán en cuenta las contingencias que han dado lugar a la pensión, así como los requisitos que deben cumplir tanto el sujeto causante, que son aquellos relacionados con los periodos de cotización, así como afiliación y alta en la Seguridad Social, como el beneficiario, que varían en función de la situación en que se encuentre, sobre los que existen diversas opiniones y controversias. Si se trata de un ex cónyuge por divorcio o separación se exige haber percibido pensión compensatoria, y si el matrimonio se ha declarado nulo, es necesario que obtenga una indemnización. Para la pareja de hecho y cónyuge beneficiario existen otras exigencias relacionadas con la acreditación. Hay que tener en cuenta que también existen impedimentos que no permiten acceder a dicha pensión. De modo que todo esto determinará si se tiene derecho a ella y en qué cuantía.

Palabras clave: situación de necesidad, periodo de cotización, alta, afiliación, pensión compensatoria, matrimonio, pareja de hecho.

ABSTRACT:

Surviving spouse's pension is a benefit awarded by the Social Security whose aim is easing the situation of necessity of those who lost the person they were economically dependent on.

In order to have access to benefit, it is intrinsically necessary the study of the contingencies which have helped to the possible granting of pension, as well as the requirements that must be complied by the originating subject, which are those related to the contribution periods, affiliation and membership to the Social Security and the beneficiary which vary according to the conditions context.

Regarding this, there can be found diverse opinions and controversy. If the case relates to an ex-spouse due to divorce or separation, it is compulsory to have received compensatory pension. However, in the case of annulment of marriage, it is necessary the obtaining of compensation. To the civil partner and beneficiary spouse, there exist other requirements related to the certification. It is important to take into account the fact that there also exist some impediments which cancel the access to pension. Therefore, all of this determines if there may be the possibility of pension granting as well as the monetary proportion of it.

Key words: situation of necessity, contribution period, membership, affiliation, compensatory pension, marriage, common-law partner.

OBJETO DEL TRABAJO:

El objeto de este trabajo de fin de grado se centra en estudiar a fondo en qué consiste la pensión de viudedad, conocer las múltiples posibilidades que se dan en nuestro derecho respecto a dicha pensión, así como los problemas que se presentan en la sociedad. Para todo ello, es necesario analizar en profundidad la regulación existente acerca del tema, expresando tanto la visión que el legislador muestra en las múltiples normas, como la postura adoptada por los Tribunales.

Se trata de una investigación de tipo documental, en la que se analizan cuáles son los factores, circunstancias, y la contextualización que se tiene en cuenta a la hora de redactar los preceptos que regulan la pensión referida; elementos que los Tribunales y los diferentes autores también tienen en consideración para fundamentar y formular la doctrina y jurisprudencia existente.

Es de sobra conocida por la sociedad la existencia de una pensión de viudedad, pero también son muchas las personas que se plantean dudas acerca de ella, pues es un tema sobre el que existen grandes controversias y que ha sido sometido a varias reformas, y que de una manera u otra va a estar en constante cambio, siguiendo los posibles cambios que se experimenten en la sociedad. Las preguntas más frecuentes que se plantean son el por qué una persona obtiene una determinada cantidad, y no otra, por qué un sujeto si percibe la pensión y otro no en situaciones similares, si esta pensión es compatible con la percepción de otra pensión de la Seguridad Social, así como aquellas relacionadas con las uniones entre homosexuales. Pues bien, con este trabajo lo que pretendo es dejar clara la respuesta a estas incógnitas; es decir, explicar por qué una situación se diferencia de otra, ya que hay que tener en cuenta que no todas las situaciones son iguales aunque parezcan parecidas, pues un mínimo detalle puede cambiar la pensión que se percibe, haciendo ver que estas diferencias tienen base en alguna circunstancia, y tienen una explicación, de modo que no se imponen al libre arbitrio.

Siempre existe una justificación, pero esto no implica que exista acuerdo y que todos los estudiosos en la materia estén conformes con ello, sino que existen diversas posturas, con esta investigación se conocerán esas posturas respecto a aquellos puntos en los que surgen controversias.

También lo que se quiere conseguir es dejar claro que esta prestación no es una recompensa o un premio que se otorga a una persona, sino que su finalidad es ayudar a las personas que lo necesitan, y por ello es imprescindible demostrar esa situación de carencia.

METODOLOGÍA UTILIZADA:

Para conseguir los objetivos expuestos anteriormente es necesario llevar a cabo una exhaustiva investigación jurídica acerca del tema presentado. El método que he empleado en este trabajo es el jurídico-descriptivo, que consiste en explicar los principales puntos y características de la materia estudiada, mostrando a su vez el funcionamiento que indican las normas y finalmente apuntando una serie de ideas respecto a la investigación realizada. Para mostrar las conclusiones obtenidas seguí una serie de fases que expongo a continuación:

1. Elección del tema y realización de un esquema provisional:

Una vez asignada la tutora, teniendo en cuenta que pertenece al área del Derecho del trabajo, se exponen una serie de temas que tienen incidencia e importancia en la actualidad. Eligiendo así el tema que suscite un mayor interés.

Tras la elección del tema, se procede a redactar un esquema provisional a partir de una serie de libros que contienen una regulación general acerca de la Seguridad Social.

2. Búsqueda de la normativa aplicable y breve resumen de los apartados del esquema.

Tras realizar el esquema provisional, se lleva a cabo la búsqueda de la legislación aplicable al tema elegido. Es necesario tener en cuenta que sobre la materia investigada existen varias normas reguladoras, y que ha habido varias reformas, lo que implica estar atentos a que la regulación no esté derogada. De modo que una vez encontrados los preceptos correspondientes a cada apartado del esquema, se redactan pequeños resúmenes que van a centrar el objeto de cada punto del esquema.

3. Compilación de medios de información y resto de fuentes y extracción de ideas.

Teniendo en cuenta los breves resúmenes realizados acerca de cada apartado, se sigue buscando información tanto en libros, revistas, monografías, páginas web,

jurisprudencia y demás medios de información, siempre intentando buscar las ediciones más actualizadas. Una vez encontrada la información se procede a su lectura, comparando unos documentos con otros para obtener una conclusión y extraer una idea sobre el apartado investigado, conociendo las diferentes posturas que existen acerca del tema, así como los problemas que se van a tratar en la investigación para conseguir el objeto pretendido.

Mientras se busca la información se va modificando el esquema provisional, añadiendo puntos que pueden resultar interesantes y que se van encontrando a medida que se consultan las diversas fuentes mencionadas, eliminando algunos otros que se pueden enlazar con otros preceptos y se redacta el esquema definitivo.

4. Redacción del trabajo.

A continuación, se comienzan a redactar los apartados del esquema en el orden establecido, gracias a lo investigado y a las ideas extraídas al consultar los medios de información. La redacción será clara, resolviendo los problemas planteados y dando respuesta al objetivo propuesto, plasmando las posturas encontradas y acreditando lo investigado con la jurisprudencia existente al caso. Es importante el hecho de permanecer informado sobre los posibles cambios que pueden acontecer a lo largo del tiempo respecto a la materia, así como de los pronunciamientos emitidos por los Tribunales, pues es un tema que está en constante cambio.

El esquema llevado a cabo se divide en 8 apartados, que a su vez se dividen en subapartados, ordenados de una manera lógica. Por ello, en primer lugar se indican los requisitos generales que debe cumplir el sujeto causante para acceder a la pensión, y a continuación las causas impeditivas, continuando con los requisitos que debe cumplir el beneficiario en las diferentes situaciones que se presentan. Una vez indicados los requisitos necesarios para acceder a ésta, se expone la cuantía y las causas por las que ésta puede variar. Una vez expuesto lo anterior se indica su dinámica, cuando nace, quien la otorga y las causas que la extinguen. Se prosigue con el régimen de incompatibilidades, con el fin de conocer con qué prestaciones puede concurrir la prestación estudiada. Por último, se menciona la pensión de viudedad temporal para aquellos que no puedan acceder a la pensión por no cumplir las condiciones exigidas.

5. Revisión y corrección.

Finalmente, tras haber redactado varios apartados se presentan ante el tutor, indicando éste las correcciones oportunas. En base a las correcciones se modifica el trabajo las veces que sea necesario, hasta presentar la versión definitiva con todas las modificaciones y cambios que se han considerado necesarios. Una vez presentada la versión definitiva es necesario recibir el visto bueno del tutor para proceder a su defensa.

LA PENSIÓN DE VIUEDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

1. Concepto:

La pensión de viudedad se enmarca dentro de las prestaciones por muerte y supervivencia a las que se refiere el capítulo XIV de la Ley General de la Seguridad Social.

La cobertura de la supervivencia se ha orientado tradicionalmente a proteger al núcleo familiar, entendiendo por tal a la mujer y los hijos, considerando al hombre como el principal sustento de la familia, y por tanto el principal sujeto causante de la pensión de viudedad. Actualmente esta situación ha cambiado como consecuencia del proceso para acabar con el fin del patriarcado; lo que trae consigo la idea de que la regulación de la pensión de viudedad necesita una reforma para ajustarse más a la realidad.

El artículo 216 de la LGSS dicta que *“en caso de muerte, cualquiera que fuera su causa, cuando concurren los requisitos exigibles se reconocerá, según los supuestos, alguna o algunas de las prestaciones siguientes:*

- *a) Un auxilio por defunción.*
- *b) Una pensión vitalicia de viudedad.*
- *c) Una prestación temporal de viudedad.*
- *d) Una pensión de orfandad.*
- *e) Una pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal en favor de familiares”.*

Por pensión de viudedad se entiende aquella prestación vitalicia destinada a afrontar el defecto de ingresos que se produce a causa del fallecimiento de quien asume el sostenimiento económico del núcleo familiar, concediéndose a quienes hayan tenido vínculo matrimonial o fueran pareja de hecho con la persona fallecida y reúnan los requisitos exigidos.

Son varios los autores que han definido en qué consiste la pensión de viudedad, coincidiendo en que el cónyuge causante es aquel del que depende económicamente la unidad familiar, quedando la familia en una situación de necesidad tras el fallecimiento.

Algunas de esas definiciones son: *Prestación técnica de protección dineraria dispuesta legalmente para cubrir las situaciones de necesidad económica que derivan, a favor de las personas dependientes –sujetos beneficiarios- de otra persona <<sujeto causante>>, cuando ésta fallece, habiendo cotizado previamente*¹.

*Prestación destinada a paliar las situaciones de necesidad de quienes conviven y dependen económicamente del trabajador o pensionista que fallece, pudiendo derivar tanto del fallecimiento del trabajador o pensionista en sentido estricto, como de aquellos otros supuestos en los que se presume del fallecimiento con ocasión de un accidente que, por haber desaparecido el trabajador, hagan presumible su muerte, una vez transcurrido un plazo superior a 90 días*².

Lo que nos lleva a preguntarnos si se generaría el derecho a percibir dicha prestación en el supuesto de que falleciese el cónyuge que aportase ingresos en la familia, pero siendo mayores y suficientes para subsistir los del cónyuge superviviente.

Ciñéndonos a los criterios doctrinales, pareciera que este derecho no se generaría en este supuesto, pues defienden que la pensión lo que pretende es hacer frente a una falta de ingresos que constituye la base para la subsistencia de la familia. De tal modo, que si la familia puede subsistir de manera desahogada con los ingresos del cónyuge vivo, no sería necesaria esta prestación.

Pero si acudimos a la Ley General de Seguridad Social ésta no establece que el núcleo familiar se deba encontrar en una situación de necesidad, ni que el causante deba ser el miembro que constituya el principal sustento de la familia.

Sino que debe reunir una serie de requisitos relativos a la situación de alta en la Seguridad Social, al periodo de cotización y cumplir una serie de condiciones

¹ MONEREO PÉREZ José Luis, MOLINA NAVARRETE Cristóbal, QUESADA SEGURA Rosa. *Manual de seguridad social*. Decimosegunda edición 2016. Editorial Tecnos. ISBN 978-84-309-6993-7. Pág. 383.

² TARANCÓN PÉREZ Encarnación, ROMERO RODENAS María José. *Manual de prestaciones básicas del régimen general de la seguridad social*. Tercera edición 2016. Editorial Bomarzo. ISBN 978-84-16608-13-3. Pág. 201.

específicas en los supuestos de matrimonio, separación, divorcio, nulidad y pareja de hecho.

De este modo, a la pregunta planteada anteriormente sobre si se generaría el derecho a percibir la pensión en el supuesto de que la familia tras el fallecimiento no se encontrase en una situación de necesidad y si el fallecido no es el principal sustentador de la familia, la respuesta debería ser afirmativa, pues la ley no indica que se deban dar estos dos requisitos, aunque se introduzcan en las diferentes definiciones.

2. Requisitos que ha de cumplir el sujeto causante de la prestación.

2.1 Situación en la que ha de hallarse el trabajador o pensionista en el momento del fallecimiento.

Para que nazca el derecho a recibir la pensión de viudedad, será necesario acreditar un periodo de cotización mínimo, que variará según la situación laboral del fallecido y de la causa que determina la muerte:

De manera general serán sujetos causantes de la prestación aquellas personas que se encuentran afiliadas y en alta en el Régimen General o en situación similar al alta, siempre que cumplan el periodo mínimo de cotización al producirse el fallecimiento, situación que genera la prestación.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 36 del Real Decreto 84/1996 de 26 de enero, en el artículo 2 de la Ordenanza Ministerial del 13 de febrero de 1967 y el artículo 166 LGSS, se consideran situaciones asimiladas al alta:

a) El hecho de ser designado para ocupar un cargo público y que por ello el trabajador se encuentre en situación de excedencia forzosa, con obligación por parte de la empresa de readmitirle cuando termine el desempeño de ese cargo.

b) La situación de excedencia para el cuidado de hijo, de menor acogido o cuidado de otros familiares durante el tiempo de la excedencia, regulado en la Disposición Adicional cuarta del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo. Así como aquellos que perciben los subsidios por riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, que cumplan el período de cotización que indique la ley.

c) El traslado del trabajador fuera del territorio nacional.

d) El cese en la condición de trabajador por cuenta ajena, con la suscripción del convenio especial oportuno y con la mutualidad correspondiente.

e) La situación legal de desempleo total y subsidiado.

f) El paro involuntario de una persona que se mantenga tras haber agotado la prestación contributiva o asistencial por desempleo, cuando el trabajador hubiese cumplido los 55 años y siempre que en esa situación se mantenga la inscripción como desempleado en la Oficina de Empleo correspondiente.

g) La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato.

h) Cumplimiento del Servicio Militar, bien con carácter obligatorio o voluntario.

i) Los periodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977 de 15 de octubre de Amnistía en los términos regulados en la Ley 18/1984, de 8 de junio.

j) Aquellos que perciben pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente.

k) Los periodos de percepción de la ayuda equivalente a la jubilación anticipada.

l) La situación de incapacidad temporal que subsista una vez extinguido el contrato, así como la prórroga de sus efectos.

m) Las que establezca el Ministerio de trabajo.

Están en situaciones de alta especial quienes ejerciten el derecho de huelga o se vean afectados por el cierre patronal³.

Cabe decir que la regulación no resulta precisa sobre el momento en que debe cumplirse el requisito de alta o situación similar. En algunos artículos de la ley, menciona que esta situación se debe dar en el momento del fallecimiento, mientras que en otros como en el

³ Página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Fecha de consulta: 5 de marzo de 2017.

artículo 217.2 LGSS hace referencia al momento en que se produce el hecho que da lugar al fallecimiento. Así, en el caso de que la muerte se produjese por una enfermedad, se consideraría que el sujeto causante está en alta si en el momento de contraerla se encontraba en esta situación, independientemente de que lo estuviese en el momento del fallecimiento⁴.

La jurisprudencia ha adoptado una posición tolerante, exigiendo el requisito de alta en el momento en que se inicia la causa que da como resultado el fallecimiento⁵.

Igualmente será sujeto causante de la prestación por viudedad el fallecido que no está en alta o situación asimilada en la Seguridad Social, siempre que acredite un periodo mínimo de 15 años de cotización.

El hecho de que el fallecido tenga condición de pensionista, así como si es perceptor de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, maternidad y paternidad, y siempre que cumpla el periodo de cotización establecido, también genera el derecho a percibir la prestación, no exigiéndosele un periodo mínimo de cotización.

También podrán causar derecho a la prestación los trabajadores que hubiesen desaparecido a causa de un accidente, que en este caso es indiferente si está relacionado con el trabajo o no. Es necesario que las circunstancias en que desapareció el mismo hagan presumible su muerte, y que no se haya tenido noticias del sujeto en el plazo de 90 días desde el día en que se produjo el accidente. En cuanto a los efectos económicos de las prestaciones se retrotraerán a la fecha del accidente⁶.

Asimismo, son sujetos causantes aquellos que han desaparecido en circunstancias desconocidas que hacen presumible su muerte. Para ello es necesario que exista una declaración de fallecimiento.

⁴ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Primera edición. Editorial Bomarzo, 2009. ISBN: 978-84-96721-94-4. Pág. 28, 29 y 30.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 2001/6307 de 18 de junio de 2001, Sentencia del Tribunal Supremo 1997/8616 de 19 de noviembre de 1997.

⁶ Página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Fecha de consulta: 7 de marzo de 2017.

Indica el artículo 193 del Código Civil que *“procede la declaración de fallecimiento:*

1. Transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición.

2. Pasados cinco años desde las últimas noticias o, en defecto de éstas, desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco años.

3. Cumplido un año, contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres meses”.

Igualmente a tenor de lo dispuesto en el artículo 194 del Código Civil, procede la declaración de fallecimiento en supuestos especiales, como es la desaparición de un trabajador perteneciente a un contingente armado en operaciones de campaña, siempre que hayan transcurrido dos años desde la fecha en que se realizó el tratado de paz o desde la declaración oficial del fin de la guerra. Así como en los supuestos en que se acredite que el sujeto se encontraba a bordo de una nave inmersa en el mar que ha desaparecido, ya sea porque la nave no llegó a su destino o conocido su punto de llegada no retornase o porque se conoce que la nave ha naufragado. Además debe haber evidencias de que no hay supervivientes o que se hayan encontrado restos humanos que no han podido ser identificados.

Los efectos económicos se retrotraerán al momento en que se emita la resolución judicial que declare el fallecimiento, siendo preciso que la solicitud de la pensión se haga dentro de los tres meses siguientes a la emisión de dicha resolución⁷.

2.2 Existencia de un periodo mínimo de cotización.

La exigencia de que exista un periodo mínimo de cotización para poder percibir la pensión de viudedad se encuentra relacionada con el mantenimiento del sistema público.

⁷ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Primera edición. Editorial Laborum, 2009. ISBN: 978-84-92602-11-7. Pág. 225, y 226.

Por ello, se otorga a aquellas personas que han contribuido al sostenimiento de la economía española durante el periodo mínimo exigido, a modo de compensación por el trabajo realizado. Se pretende de este modo que haya una correlación entre las cotizaciones y las prestaciones obtenidas.

El periodo de cotización mínimo puede ser genérico o específico, de modo que el genérico se puede cumplir a lo largo de toda la vida profesional del trabajador, mientras que el específico debe cumplirse en un periodo de tiempo indicado por la ley, denominado “carencia cualificada”. Este último se puede llevar a cabo de una manera parcial, exigiendo que parte de la cotización se realice en el periodo estipulado y el resto opere sin limitación⁸.

De manera general, el artículo 219 LGSS indica que para que el cónyuge, ex cónyuge o pareja de hecho superviviente pueda obtener la pensión de viudedad, además de tener que cumplir los requisitos que consisten en que el fallecido deba estar en alta o situación similar en la Seguridad Social en el momento del fallecimiento, es necesario que éste hubiese completado un periodo de cotización específico de 500 días dentro de los 5 años anteriores a la fecha en que se produjo el hecho causante.

Este tipo de periodos específicos pueden generar inconvenientes para aquellas personas cuya carrera profesional es más irregular, es decir para aquellas personas que se encuentran en paro involuntario por los problemas de inserción en el mercado laboral. A favor de estos trabajadores la jurisprudencia ha adoptado la “doctrina del paréntesis”, que consiste en que a la hora de computar el periodo de cotización no se tiene en cuenta ese tiempo de parón, doctrina que se ha incorporado al artículo 174.1 LGSS⁹.

Si el causante no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta tendrá derecho a la pensión siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización genérico de 15 años¹⁰.

⁸ DESDENTADO BONETE, Aurelio. *Acción protectora. Régimen jurídico, garantías. Responsabilidades en materia de prestaciones*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2004. Pág. 346 y 347.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 1998/4102 de 7 de mayo de 1998.

¹⁰ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 28 y 29.

En el caso de que la muerte se haya producido como consecuencia de accidente o enfermedad profesional no se exige dicho periodo de cotización¹¹.

Según el artículo 156 LGSS es accidente de trabajo *“toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”*.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 157 LGSS se entiende por enfermedad profesional *“la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de dicha ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional.”*

Se entiende que una persona ha fallecido a consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional cuando adquiere una incapacidad permanente absoluta o la condición de gran inválido, si esto no sucede deberá probarse que la muerte ha sido debida al accidente de trabajo o a la enfermedad profesional.

Si se debe a un accidente de trabajo, se admitirá si el fallecimiento tiene lugar dentro de los 5 años siguientes al día en que ocurrió el accidente de trabajo. Si se debe a una enfermedad de trabajo no hay límite de tiempo.

En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente ya sea común o de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización, ya que este tipo de sucesos se pretenden evitar llevando a cabo una serie de medidas.

En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requiere que el matrimonio se hubiera celebrado un año antes de la fecha del fallecimiento o que existan hijos comunes.

En relación al requisito exigido referido a la existencia de hijos comunes también plantea serias dudas, no dejando claro que entiende por hijos comunes. Por un lado se

¹¹ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 35, 36 y 37.

podría entender que se refiere solo a los hijos naturales o adoptados de ambos, y por otro lado que también se podrían tener en cuenta aquellos hijos aportados al matrimonio por uno de los cónyuges. Existe una opinión más flexible que opta por incluir los hijos de un solo cónyuge, apoyándose en la idea de que por hijos comunes se refiere a aquellos con derecho a pensión de orfandad, entendiéndose que los hijos que forman parte del núcleo familiar, menores de 18 años o mayores de edad incapacitados, así como aquellos que no realizan una actividad remunerada, dependen económicamente del cónyuge supérstite.

Otro sector de la doctrina más rígido, en el que destacan autores como MELENDEZ MORILLO-VELARDE y BARRIOS BAUDOR, aboga por tener en cuenta solamente a los hijos de ambos cónyuges, pues entienden que si la finalidad de este requisito es demostrar la relación afectiva entre ambos, el hecho de que un miembro de la pareja aporte un hijo que no es del otro no demuestra esa relación sentimental, sino la relación sentimental que ha tenido con otra persona; que el miembro de una pareja conviva con el hijo del otro no revela el grado de intimidad que el legislador persigue con dicha estipulación.

De tal manera que si no concurriese ninguno de los precedentes exigidos, quien sobreviva sí ostentaría el derecho a una pensión temporal¹² equivalente al periodo acreditado de convivencia matrimonial¹³.

Otra cuestión a considerar en relación con el periodo mínimo de cotización, es conocer qué cuotas se considera que pertenecen a este periodo. Son computables a efectos de determinar el tiempo cotizado, las cuotas correspondientes a las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia.

Asimismo se considera como periodo de cotización efectiva el periodo de suspensión con reserva de puesto de trabajo como consecuencia de la condición de víctima de violencia de género regulado en el artículo 165.5 LGSS. Igualmente los dos primeros años de excedencia por guarda legal que disfruten de acuerdo con el artículo 46.3 del

¹² Véase 8. Prestación temporal de viudedad. Pág. 81 y 82.

¹³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes. *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*. Tirant lo Blanch, Valencia 2011. ISBN: 978-84-9004-222-9. Pág. 27.

Estatuto de Trabajadores. Esta consideración alcanzará hasta los primeros 30 meses, si se trata de una familia numerosa de categoría general, ó 36 si se trata de una familia numerosa especial en relación con lo establecido en la Ley 40/2003¹⁴.

El primer año de excedencia para cuidado de otros familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que no pueda valerse por sí mismo también computará.

Se consideran cotizados al 100% , en caso de guarda legal los dos primeros años del periodo de reducción de jornada por cuidado de un menor de doce años y en caso de cuidado de un menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave, durante el tiempo que dure la reducción. En los demás supuestos de reducción de jornada este beneficio se limita al primer año.

A partir del 1 de enero de 2013 también se incluyen como cotizados los tres años de excedencia por cuidado de hijo o menor acogido¹⁵.

Para las personas dedicadas profesionalmente a la enseñanza del euskera en el País Vasco y en Navarra antes del 29 de diciembre de 1978 se computa como periodo de cotización efectiva el tiempo de ejercicio de esa actividad en situación de clandestinidad, por no poder integrarse en el sistema de Seguridad Social (Real Decreto 788/2007, 15 de junio)¹⁶.

2.3 Los matrimonios de conveniencia.

Los matrimonios de conveniencia tienen gran relación con lo expuesto anteriormente sobre los supuestos en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal.

Se exige que se cumplan con los requisitos de tener hijos comunes o haber estado casados al menos un año, debido a que en estas situaciones pueden tener lugar este tipo de matrimonios. Es decir uniones que se realizan con ánimo fraudulento en el que no existe un vínculo sentimental entre la pareja, sino que el único fin que pretenden conseguir con el casamiento es obtener beneficios, ya sean jurídicos, económicos o

¹⁴ Página web del Ministerio de empleo y Seguridad Social. Fecha de consulta: 15 de marzo de 2017.

¹⁵ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis* .Cit. Pág. 28.

¹⁶ Página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Fecha de consulta: 15 de marzo de 2017.

sociales. De modo que si se cumplen estas condiciones resulta evidente que el matrimonio no es fraudulento, pues existe una unión auténtica de pareja. Tampoco es fraudulento el matrimonio cuando la muerte se produce a causa de una enfermedad que existía con anterioridad a la celebración del mismo pero que se manifestó con posterioridad¹⁷.

De esta manera, se intenta evitar que la pareja, sabiendo que uno de los miembros está enfermo, decida acordar un matrimonio entre ambos solamente para que uno de los cónyuges pueda percibir la pensión de viudedad, sin que exista realmente el vínculo afectivo entre ellos, hecho que genera la percepción de dicha pensión, pues el objetivo de ésta es no dejar desprotegido al cónyuge con el que existe un vínculo sentimental¹⁸.

Por lo tanto con este tipo de matrimonios, se está violando totalmente lo que representa el matrimonio y con ello el fin de las pensiones de viudedad.

Las medidas españolas no son las más duras, llama la atención que en otros países como Suecia y Noruega han adoptado medidas más rígidas para evitar que se puedan dar estos casos, exigiendo que para poder percibir la pensión es necesario demostrar que han transcurrido mínimo 5 años desde el matrimonio hasta el momento del fallecimiento¹⁹.

Por otro lado, un dato a destacar es que estos requisitos solo se exigen en el caso de enfermedad común no sobrevenida, la ley no menciona ni las enfermedades profesionales ni las enfermedades consideradas accidente laboral. Hecho que ha sido criticado por la doctrina: *“habría que criticar que no se aplique esta misma cautela a quien padece una enfermedad profesional, al que la norma no dificulta la práctica del matrimonio por interés”*²⁰.

¹⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes. *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*. Cit. Pág. 24, 25 y 26.

¹⁸ GARCÍA NINET, José Ignacio. Comentarios breves al Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social. *Revista General de trabajo y Seguridad Social*. 2006, número 12. Pág. 13. ISSN: 1696-9626.

¹⁹ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 82 y 83.

²⁰ VIQUEIRA PÉREZ, Carmen. La situación protegida en la pensión de viudedad derivada de pareja de hecho. *Actualidad laboral*. 2008, número 18. Pág. 2163. ISSN: 0213-7097.

Parecería más oportuno que si con la exigencia de estos requisitos lo que se pretende es paliar la creación de matrimonios de conveniencia, el legislador debería imponer estas condiciones también en aquellos casos en que el fallecimiento se deba a enfermedades profesionales o enfermedades del trabajo, pues creo que en este caso es irrelevante que tipo de accidente o enfermedad causó la muerte. Así, en el caso de que la muerte tenga su origen en una enfermedad que no es común, sería un supuesto que quedaría desprotegido ante posibles matrimonios de este tipo. Siendo más fácil contraer matrimonios de conveniencia, y otorgando la pensión a aquellas personas que no deberían percibirla generando un fraude a la Seguridad Social.

3. Impedimento para ser beneficiario de la prestación y suspensión cautelar, en determinados supuestos.

Tanto el artículo 231 LGSS como el artículo 11 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967 indican de manera exclusiva que no será beneficiario el cónyuge superviviente condenado por sentencia firme por haber cometido un delito doloso de homicidio contra el causante de la prestación.²¹

De tal modo que el abono de la pensión de viudedad se suspenderá cautelarmente cuando se dicte resolución judicial de la que se deriven indicios de que el cónyuge superviviente pudo cometer un delito doloso de homicidio en contra del sujeto causante. Ya sea antes o después del reconocimiento de la prestación. Y tendrá efectos desde el primer día del mes siguiente a aquel en que se comunica esta circunstancia. Esta suspensión se mantendrá hasta que se dicte sentencia firme.

En el caso de que la resolución condenatoria se dicte después del reconocimiento de la pensión y el sujeto recibiese las cantidades correspondientes, deberá devolver las cantidades percibidas, respondiendo subsidiariamente aquellos sujetos que colaboraran tanto por omisión como por comisión en la realización del delito, salvo que demostrasen tener buena fe.

Habrá un plazo prescriptivo para devolver dichas cantidades, que será de 4 años, contados a partir de la fecha en que se obtuvieron o desde la fecha en que fue posible

²¹ TARANCÓN PÉREZ Encarnación, ROMERO RODENAS María José. *Manual de prestaciones básicas del régimen general de la seguridad social*. Cit. Pág. 202.

ejercer la acción para su devolución. Si en cambio tras la revisión se determina que el beneficiario no es culpable, se rehabilitará el pago de la prestación suspendida.

Si se dicta sentencia absolutoria en primera instancia y ésta se recurre, la suspensión cautelar se alzará hasta que se resuelva el recurso, de modo que el sujeto superviviente continuará recibiendo la prestación. Si la sentencia que resuelve el recurso es absolutoria, se entregarán las cuotas que se dejaron de percibir desde el momento en que se dictó la suspensión hasta que se estableció el alzamiento.

Por el contrario, si la sentencia firme recaída en el recurso resultara condenatoria, procederá la revisión del reconocimiento de la prestación así como la devolución de las prestaciones percibidas por el condenado²².

Sin embargo la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en su Disposición Adicional primera, ha incluido otra causa que impide la percepción de la pensión, que a su vez se ha incorporado en la Disposición Adicional trigésima de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social.

Así, el beneficiario no recibirá la pensión cuando haya cometido un delito doloso de lesiones contra la causante de la prestación, salvo que hubiese reconciliación entre ellos. Lo que se pretende con esta inclusión es evitar que aquellas personas que realizan actos constitutivos de un delito de violencia de género se lucren del esfuerzo realizado por las personas maltratadas²³.

Pero desde el punto de vista teleológico, la redacción del precepto plantea un problema de disparidad entre hombres y mujeres. Disparidad contraria al principio de igualdad de trato de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes en materia de Seguridad Social, previsto en el artículo 149.1.1º de la Constitución Española. Pues el precepto mencionado se refiere a los delitos dolosos de violencia de género, de manera que no incluye las lesiones que pudiese provocar una mujer que sea cónyuge o pareja de hecho en un hombre, así como tampoco aquellas

²² Página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Fecha de consulta: 28 de marzo de 2017.

²³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes. *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*. Cit. Pág. 64 y 65.

cometidas entre parejas formadas por personas del mismo sexo, quedando en este ámbito desprotegidos.

De este modo parece que dicho precepto necesita una reforma, ya que si lo que se pretende es proteger a las personas maltratadas, deberían incluirse todos los tipos de parejas, no ciñéndose solo a la violencia de género, ajustándose a la actualidad.

Es de destacar el hecho de que la DA. Primera de la Ley Orgánica 1/2004 determinase que aquella persona que perdiese la condición de beneficiario de la pensión de viudedad por haber sentencia condenatoria por violencia de género, pudiese recuperar esta condición si antes del fallecimiento medio conciliación entre la pareja²⁴. De esta forma se está quitando importancia a la gravedad que conlleva cometer un delito de lesiones tipificado en el Código Penal, ya que eso no significa que el delito no haya sucedido. Con esta excepción se frustra la finalidad del precepto que es evitar los delitos de violencia de género así como evitar que se lucre la persona que comete el delito, pues puede recuperar su derecho con una mera reconciliación²⁵.

En el supuesto en que no se ha condenado, sino que el encausado tiene la condición de procesado o imputado, el beneficiario tendrá derecho a recibir la pensión hasta que se dicte sentencia condenatoria, siendo una manifestación del principio de presunción de inocencia. No teniendo además obligación de devolver las cantidades en el caso de que sea condenado. Esto ha sido muy criticado, pues el culpable ha conseguido lucrarse en cierto modo del delito cometido²⁶.

4. Beneficiarios.

4.1 Cónyuge sobreviviente.

²⁴ VIDA FERNÁNDEZ, Raquel. Pensión de viudedad y violencia de género. Análisis crítico de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Primera edición. Granada: Editorial Comares, 2013. Pág. 269 a 282. ISBN: 978-84-9045-030-7.

²⁵ MONEREO PÉREZ, José Luis. RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. Género y Seguridad Social. La Seguridad Social ante las víctimas de Violencia de Género. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. 2017, número 11. Pág. 19 y 20 ISSN: 2386-7191.

²⁶ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. ISBN: 978-84-92602-11-7. Pág. 254.

Partiendo del artículo 219 LGSS, el primer sujeto beneficiario de la pensión de viudedad será el cónyuge sobreviviente con independencia del sexo de éste según la reforma llevada a cabo en el Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio²⁷. El artículo 160 LGSS de 1974, distinguía entre si el beneficiario era viuda o viudo. De tal modo, que si se trataba de viuda se exigía que *“hubiese convivido habitualmente con su cónyuge causante o, en caso de separación judicial, la sentencia firme la haya reconocido como inocente”*, en cambio para el viudo se requería una condición mayor, y es que *“se encontrase al tiempo de fallecer su esposa, incapacitado para el trabajo y a su cargo”*²⁸. Esto es una muestra más de que el legislador planteaba la pensión de viudedad como una prestación dirigida a las mujeres, por el sistema patriarcal que imperaba en esa época, de forma que si un hombre pretendía su percepción encontraba más impedimentos. Finalmente en 1983 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional esta distinción, pues iba en contra del principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución Española²⁹.

4.1.2 Acreditación de la condición de viudo o viuda.

Actualmente y con carácter general, para percibir la pensión de viudedad no se exige que se cumpla una duración mínima del vínculo entre los cónyuges. El acceso a la pensión queda condicionado a que el sujeto causante cumpliera los requisitos de alta y cotización, el cónyuge supérstite no hubiese contraído nuevas nupcias o no hubiera contraído una pareja de hecho en los términos previstos por la ley, y a la presentación del certificado del Registro Civil sobre su condición de viudo o viuda.

Para obtener el certificado que acredita el status de viudo o viuda es necesario demostrar la válida celebración del matrimonio, y para ello se han de cumplir una serie de condiciones. En primer lugar el cónyuge supérstite debe justificar la existencia de capacidad para llevar a cabo el matrimonio. Así el Código Civil indica en el artículo 46 que no tienen capacidad para contraer matrimonio: *“Los menores de edad no emancipados y los que estén ligados con vínculo matrimonial”*. Y continúa diciendo en

²⁷ MONEREO PÉREZ José Luis, MOLINA NAVARRETE Cristóbal, QUESADA SEGURA Rosa. *Manual de seguridad social*. Cit. Pág. 387.

²⁸ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 43 y 44.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 103/1983 de 22 de Noviembre de 1983.

el artículo 47 que: *“tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”*.

En segundo lugar, deberá indicar la existencia de consentimiento matrimonial no sometido a condición, término o modo, para realizar los fines propios del matrimonio exigido en el artículo 45 del Código Civil.

En tercer lugar, el cónyuge supérstite tendrá que señalar la forma de celebración del matrimonio utilizada, previstas en el artículo 49 del mismo código que determina *“que cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código y en la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración.”* Y el artículo 50 que expone que *“Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.”* Es necesario también que el beneficiario muestre el certificado que demuestra que el matrimonio se encuentra inscrito en el Registro Civil, con independencia de la forma de su celebración³⁰.

4.1.3 Las formas del matrimonio.

Una cuestión debatida ha sido determinar si se admite cualquier forma de matrimonio, incluso la forma propia de determinadas culturas, o minorías étnicas, aunque no esté inscrito en el Registro Civil. En respuesta a esto, hay un sector de la doctrina que se ciñe a lo expuesto por el Código Civil, indicando en su artículo 59 que el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa cuando cumpla los términos establecidos por el Estado, y en su defecto los indicados en la legislación correspondiente, siempre que se encuentre inscrita en el Registro Civil. Continúa exponiendo el artículo 60, que también serán válidos los matrimonios celebrados en otras formas religiosas cuando exista un acuerdo de cooperación entre el

³⁰ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. ISBN: 978-84-92602-11-7. Pág. 106, 107, 108 y 109.

Estado y las confesiones religiosas que se encuentren inscritas en el Registro de Entidades Religiosas.

Así, en España gracias a los acuerdos de Cooperación entre el Estado y la Santa Sede, son válidos los matrimonios celebrados en la forma prevista por la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, a partir de la entrada en vigor de la Ley 24/1992, la prevista por la Federación de Comunidades Israelitas de España, con la entrada en vigor de la Ley 25/1992 y finalmente la prevista por la Comisión Islámica de España, regulada en la Ley 26/1992. Por lo tanto, aquellas parejas que celebraran en España un matrimonio en forma distinta a las mencionadas, no tendrían la consideración de cónyuges, sino de parejas de hecho en virtud de la ley 40/2007³¹.

Otro sector de la doctrina aboga porque los matrimonios no inscritos en el Registro Civil puedan surtir efectos apoyándose en el artículo 61 del mencionado Código. Dicho precepto parte de la idea de que los matrimonios surten efectos desde su celebración, lo que apunta a que un matrimonio es válido sin necesidad de inscripción. Alegando que la inscripción no crea, ni modifica, ni extingue el estado civil adquirido, es un mero trámite probatorio cuya finalidad es dar publicidad al matrimonio en relación a terceros³². Precisamente son varias las sentencias que fallan de manera favorable a esta idea³³.

Es importante hacer mención a los matrimonios celebrados por el rito gitano. Nuestro ordenamiento niega efectos jurídicos a este tipo de matrimonios, pues la forma utilizada queda excluida de aquellas que el Código Civil considera como válidas, que son las que he apuntado más arriba. Además alegan los Tribunales que estos matrimonios en varias ocasiones se celebran sin consentimiento por parte de los contrayentes, careciendo de la libertad y voluntariedad que conlleva la decisión de acceder a la formalización del vínculo matrimonial, siendo condición indispensable para que el matrimonio sea válido.

³¹ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 56 y 57.

³² RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 110 y 111.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2004 de 15 de noviembre de 2004. Sentencia del Tribunal de Justicia de Valencia 3067/1999 de 14 de octubre de 1999. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 1559/1998 de 10 de julio de 1998. Sentencia del Tribunal Supremo 6/2005 de 18 de febrero de 2005.

De este modo, los Tribunales niegan que el hecho de no entender el matrimonio celebrado por el rito gitano como un verdadero matrimonio no constituye un trato discriminatorio por motivos de raza, pues se encuentran fuera del núcleo de protección del artículo 14 de la Constitución Española, ya que si ampara el trato diferente en situaciones desiguales. Lo que sí admiten es la posibilidad de que el legislador regule dicha situación, planteando los diferentes ritos y usos utilizados por la etnia gitana. *“El problema que se plantea con respecto a estos colectivos es precisamente que, en la mayoría de los casos, están más adheridos a sus identidades culturales que a la sociedad que los recibe. Indudablemente, en un Estado social y democrático de Derecho deben respetarse las señas de identidad propias de las minorías, pero esto no significa que el Estado receptor esté obligado al reconocimiento jurídico de su acervo cultural.”*³⁴

Existe un caso en el que se reconoció el derecho a la pensión de viudedad a una mujer de etnia gitana, por entender que contrajo matrimonio mediando buena fe sin saber que no era un matrimonio válido, y teniendo en cuenta su edad y los años en que había estado casada, consideraron que era admisible su percepción, pues carecía de otros recursos económicos³⁵.

Por todo esto, cada vez es más común que las personas que celebran este tipo de matrimonios, seguidamente celebren otro cuya forma tenga eficacia civil³⁶.

En el caso de que un español contraiga matrimonio con un extranjero, podrá celebrarlo en la forma prevista por el lugar de celebración. De tal manera que si lo celebra en España podrá realizarlo en la forma civil o religiosa regulada en nuestro ordenamiento, si lo hace en otro país, podrá contraerlo en las formas civiles o religiosas del país en cuestión, surtiendo efectos en España aunque no estén reconocidas en España.

Si son dos extranjeros los que contraen matrimonio en España podrán llevarlo a cabo ante la autoridad civil o religiosa española o conforme a la ley del país de cualquiera de

³⁴ BERENGUER ALBALADEJO, Cristina. El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el “matrimonio gitano”. *Derecho privado y Constitución*. 2010, número 24. Pág. 109 a 162. ISSN: 1133- 8768.

³⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 69/2007 de 16 de abril de 2007.

³⁶ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 57, 58, 59 y 60.

ellos ante la autoridad consular extranjera, o autoridad religiosa en España, aunque no esté autorizada en España también se le dotará de efectos civiles³⁷.

Hay que considerar en este apartado la forma especial llevada a cabo en los matrimonios secretos y en peligro de muerte. En los matrimonios secretos tampoco es necesaria la inscripción en el Registro Civil, así como cualquier otro trámite público que se exija con carácter general. Precisa de autorización del Ministerio de Justicia y se deberá inscribir en un Libro Especial de Registro Civil Central a partir de la cual surte efectos. En cuanto a los matrimonios celebrados en peligro de muerte, por razón de su urgencia pueden ser autorizados por personas distintas a las que lo harían en un caso ordinario. Pudiendo hacerlo el Juez del Registro Civil o alcalde de una circunscripción distinta a la que residan los contrayentes, el Oficial o Jefe superior respecto de los militares en campaña o el Capitán o Comandante de una nave cuando el matrimonio se celebre en una nave³⁸.

4.1.4 El matrimonio entre personas del mismo sexo.

Tradicionalmente a dos personas del mismo sexo no se les estaba permitido contraer matrimonio en España, fue con la Ley 13/2005 de 1 de julio con la que se reguló esta situación cada vez más frecuente en nuestro país, incorporando un segundo párrafo en el artículo 44 del Código Civil, que reza así: “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”. Transcribiéndose al artículo 174 LGSS, que utiliza el término “cónyuges”, y no las palabras “hombre” y “mujer”.

*“Se produce en este aspecto una equiparación plena del matrimonio homosexual al heterosexual, en tanto coinciden en ambos supuestos los requisitos de acceso al derecho y el contenido de la protección sin salvedad alguna”*³⁹. De tal modo que pueden acceder a la pensión de viudedad en las mismas condiciones, no lejos de

³⁷ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 115 y 116.

³⁸ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 114.

³⁹ BLASCO RASERO, Cristina. La aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de los beneficiarios de la pensión de viudedad. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 2013, número 121. Pág. 63 a 106. ISSN: 0213-0750.

polémicas, pues no siempre se estuvo de acuerdo con este derecho⁴⁰, declarando que el reconocimiento del derecho a celebrar matrimonios por parejas homosexuales es inconstitucional, ya que vulneraría el artículo 32 de la Constitución Española, que señala que el matrimonio válido es el celebrado entre un hombre y una mujer. Una de entre tantas manifestaciones de que la Carta Magna se está quedando obsoleta y necesita una reforma que se ajuste a la realidad social.

En todo caso el Tribunal Constitucional se ha mostrado favorable a la percepción de este derecho⁴¹, pues el hecho de restringir derechos a personas por su condición sexual no es sino otra inconstitucionalidad, puesto que estaría yendo en contra del artículo 14 de la Constitución Española.

El verdadero problema se plantea con aquellas personas homosexuales cuya pareja ha fallecido antes de la entrada en vigor de la citada ley, ya que no incluye ninguna disposición que muestre el carácter retroactivo de la misma.

Un sector de la doctrina planteó la posibilidad de aplicar analógicamente lo establecido en la DA décimo segunda de la Ley 30/1981, Ley del divorcio, que reconocía el derecho a la pensión de viudedad a quienes no podían haber contraído matrimonio por segunda vez, por no haberse legislado todavía la ley del divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial. Fundamentan su postura en que la finalidad que se pretende es la misma, no dejar desprotegido al cónyuge en situación de necesidad, y que no existan diferencias entre los ciudadanos que se encuentran en situaciones iguales por el mero hecho de realizar un acto en tiempo diferente. Mas los tribunales rechazaron la aplicación analógica de este precepto en numerosas sentencias⁴². De tal modo que para el Tribunal Supremo la Ley 30/2005 solo tiene efectos desde el día en que entró en vigor, pues si el legislador hubiese querido que tuviese efectos retroactivos lo hubiera indicado, o en su caso, llevaría a cabo una reforma de ley donde indicase esta intención. Lo que no supone un incumplimiento del artículo 14, sino que hay que interpretar el mencionado artículo teniendo en cuenta el contexto histórico. Así la regulación de esta ley no supone

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990 de 15 de noviembre de 1990. Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1991 de 15 de febrero de 1991.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2013 de 14 de febrero de 2013.

⁴² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 180188/2008 de 9 de abril de 2008. Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1994 de 17 de marzo de 1994.

la eliminación de una discriminación, sino una reforma acorde a los cambios que surgen a lo largo de los años⁴³.

Los Tribunales no pueden hacer caso omiso a la legislación, pues se rigen por el principio de independencia y por el principio de legalidad, las parejas homosexuales tendrán derecho a la pensión de viudedad a partir del 2005, fecha a partir de la cual pueden contraer matrimonio, caso distinto son las parejas de hecho homosexuales, de las que hablaré más adelante.

Del mismo modo el Tribunal Constitucional ha admitido el derecho a la pensión a los transexuales supérstites, equiparando esta situación a la de los homosexuales⁴⁴.

4.1.5 Poligamia.

Partiendo de la idea de que la poligamia está prohibida en España, a tenor de lo dispuesto en el artículo 46.2 del Código Civil, según el cual *“No pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial”*, y del artículo 73.2 del mismo código que señala que serán nulos los matrimonios celebrados con personas ya casadas. Asimismo esta idea se afianza en el artículo 217 del Código Penal, según el cual *“el que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”*.

Lo que nos interesa saber aquí, es qué efectos tienen estos “matrimonios ilegales” en relación con la pensión de viudedad.

Así, en el momento en que fallece el cónyuge que tiene simultáneamente varios consortes, se plantea la situación de quién de ellos o ellas percibirán la pensión de viudedad, siendo más acertado hablar de que serán las mujeres las que tienen derecho a esta pensión, pues normalmente, es el hombre el que está casado con varias mujeres y no al revés.

La doctrina en esta cuestión se encuentra muy dividida, de tal forma que el sector mayoritario aboga por que tendrán derecho a la pensión todos los cónyuges supérstites, siempre que no hayan actuado de mala fe, aplicando de manera análoga lo dispuesto

⁴³ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 65 a 82.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 77/2013 de 8 de abril de 2013.

para el matrimonio putativo⁴⁵. Defienden que el simple hecho de ir a otro país no puede declarar una situación como inexistente, haciendo de peor condición a mujeres, que conforme a la ley de su país, han hecho un acto que es válido y legal, consideradas allí cónyuges legítimas. Lo que acarrea el problema de determinar si se realiza de manera proporcional y en su caso qué porcentaje le corresponde a cada cónyuge, o si se otorga a partes iguales, así como el método utilizado para calcular esta cantidad. El problema mayor lo plantea la convivencia simultánea, pues es difícil delimitar el tiempo invertido en cada cónyuge, si bien la convivencia sucesiva también ocasiona el problema de acreditar el período de tiempo convivido⁴⁶.

La solución más habitual que se ha planteado, es repartir la pensión al 50% entre cada viuda, hecho que tampoco es muy eficaz en el caso de que hubiese más de dos cónyuges supervivientes⁴⁷.

Otro sector de la doctrina minoritario defiende que todos los cónyuges supervivientes tienen derecho a la pensión de viudedad en su totalidad, al ser todos cónyuges legítimos, pues de otro modo no se lograría cubrir la situación de necesidad en que se encuentran las esposas. Idea que ha sido rechazada completamente tanto por la doctrina jurídica como por los Tribunales⁴⁸, no siendo racional que las esposas llegaran a percibir más de lo que recibían del sujeto causante, siendo además inviable, pues las arcas públicas no podrían hacer frente a tantas pensiones. No sería aceptable tampoco por ir en contra del principio de unidad y contra los topes máximos de las cuantías establecidos en las leyes⁴⁹.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia 2425/ 2005 de 6 de junio de 2005. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1525/2005 de 31 de mayo de 2005 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 995/2004 26 de diciembre 2003.

⁴⁶ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 121, 122 y 123.

⁴⁷ SOTO MOYA, Mercedes. Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad. *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*. 2016, número 3. ISSN: 2444-3220.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 2547/2002 de 2 de abril de 2002.

⁴⁹ AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen. FERNÁNDEZ ORRICO, Javier. FERNÁNDEZ PRATS, Celia. GARCÍA NINET, Ignacio. GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo. GOERLICH PESET, José María. GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. LÓPEZ GANDÍA, Juan. MIÑARRO YANINI, Margarita. RAMOS MORAGUES, Francisco. DE VICENTE PACHÉS, Fernando. VICENTE PALACIO,

En cambio, unos terceros indican que la única esposa con derecho a percibir la pensión de viudedad es la primera, pues es la única cónyuge legítima, ya que el único matrimonio que surte efectos en nuestro país es el primero⁵⁰.

Mientras, otro sector es partidario de que estos matrimonios no generen ningún tipo de prestación, porque no hay cónyuges legítimos, ni pareja de hecho, ya que todos serían considerados nulos a tenor de lo dispuesto en el Código Civil. No consideran como matrimonio legítimo ni el celebrado primero, ya que para ellos se estaría discriminando a las esposas que contrajeron de buena fe matrimonio con posterioridad, y que se encuentran en la misma situación que la primera esposa.

La cuestión que suscita mayor controversia en este ámbito es el trato que deben recibir aquellas mujeres extranjeras que llegan a España siendo cónyuges de un hombre casado con otras mujeres, porque en su país está permitida esta práctica, como son aquellos países en los que rige el Islam. Un sector se inclina positivamente, de modo que defiende que estos matrimonios en España si deben surtir efectos jurídicos y por tanto generar derecho a recibir prestaciones, alegando que los extranjeros deben gozar de los derechos innatos a su condición humana, así como a aquellos relacionados con su estilo de vida. De lo contrario se estaría incumpliendo de nuevo el principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo y raza⁵¹.

Por otro lado, otros exponen una postura contraria, de modo que rechazan que estos matrimonios surtan efectos jurídicos en España⁵², aduciendo que es contrario al orden público español, pues es totalmente opuesto a los principios fundamentales de este derecho. El concepto de familia instaurado en este país está basado en la monogamia, y la poligamia es contraria a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, denigrando en este caso a las mujeres, que se encuentran sometidas al hombre.

En el caso de que el cónyuge sobreviviente sea el marido, y las esposas sean los sujetos causantes, en el caso de que hayan estado trabajando y cumplan con todos los

Arantzazu. VIQUEIRA PÉREZ, Carmen. *La reforma de la Seguridad Social*. Primera edición. Editorial Tirant lo Blanch, 2009. ISBN: 978-84-9876-385-0. Pág. 73 a 87.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 5255/2003 de 30 de julio de 2003.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 456/2002 de 29 de julio de 2002. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 899/2002 de 2 de abril de 2002.

⁵² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia 1821/2005 de 6 de junio de 2005. Sentencia del Tribunal Supremo 1571/2010 de 26 de febrero de 2010.

requisitos, éste se encontraría con derecho a percibir varias pensiones de viudedad, siendo dicha pensión una de las pensiones compatibles, lo más lógico sería que el sujeto optara por una de las pensiones, y no tuviese derecho a percibir todas, pues probablemente se pasaría de la renta máxima⁵³.

Al conocer las dos posturas los Tribunales fallan tanto en sentido positivo⁵⁴, apuntando que es necesario el reconocimiento de estos matrimonios para proteger a las mujeres afectadas, siendo una exigencia del principio de seguridad jurídica, siempre que no se pongan en riesgo los valores de nuestra sociedad, como en sentido negativo. De tal forma que para dictar una resolución atienden a las circunstancias concretas del caso, ponderando el interés público y el interés particular, teniendo en cuenta las exigencias de justicia a las que deben atender.

Por todo lo expuesto anteriormente y como consecuencia de que estas situaciones se encuentran en aumento por la masividad de migraciones que hay actualmente, parece necesario que el legislador deba regular estas situaciones, puesto que solo existen construcciones jurisprudenciales de diversa índole en las que se apoyan los jueces para dictar sus resoluciones, de tal manera que todo es posible y todo tiene una fundamentación y argumentación, dando lugar a resoluciones contradictorias; es por ello que el Tribunal Supremo también tendrá que unificar la doctrina para resolver este problema⁵⁵.

4.1.6 Supuestos especiales.

Como hemos visto, en España el cónyuge sobreviviente goza de un especial privilegio a la hora de percibir la pensión de viudedad, pues no se le exige ningún requisito de peso, salvo los relacionados con la acreditación de condición de viudo. En cambio en otros países como son Portugal, Alemania o Bélgica sí se exige de manera general que para poder percibir la pensión de viudedad, el consorte supérstite deba acreditar que el

⁵³ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 108 a 119.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 899/2002 de 2 de abril de 2002.

⁵⁵ DÍAZ AZNARTE, María Teresa. Multiculturalismo y pensión de viudedad. El reconocimiento de la pensión a las distintas beneficiarias supervivientes de matrimonios polígamos. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Primera edición. Granada: Editorial Comares, 2013. Pág. 153 a 168. ISBN: 978-84-9045-030-7.

matrimonio se ha celebrado al menos con un año de antelación al fallecimiento del sujeto causante⁵⁶.

Pero como en todo, existen excepciones. Así la Ley 40/2007 introdujo en nuestro ordenamiento que si el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común no sobrevinida tras el vínculo conyugal, se exige que el matrimonio se hubiese celebrado mínimo con un año de antelación a la fecha en que se produjo el fallecimiento, o desde la existencia de hijos comunes, no exigiéndose dicha duración cuando se acredite un periodo de convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. El hecho de que se exijan estos requisitos en el supuesto de fallecimiento por contingencias comunes y no si tiene su causa en contingencias profesionales, también ha sido criticado: *“no hay que olvidar que nos encontramos ante una prestación contributiva y esta medida es absolutamente injusta y lesiona las expectativas del viudo/a; además, no cabe duda que la muerte del causante, con independencia del origen de la misma, provoca un desequilibrio económico total o parcial en la economía familiar”*⁵⁷.

Además esto lleva a plantearnos la pregunta de por qué solo se exigen estos requisitos en el caso de enfermedad común y no en la enfermedad profesional cuando ésta se conocía con anterioridad al matrimonio. Pues la finalidad podría ser la misma perfectamente⁵⁸.

La acreditación del periodo de convivencia puede realizarse a través de cualquier medio de prueba de los admitidos en derecho, sin que sea legalmente exigible un medio de prueba específico, como puede ser el certificado de empadronamiento de los cónyuges.

Cuando el cónyuge superviviente no tenga derecho a pensión de viudedad por no poder acreditar el mínimo de duración de convivencia, o no haya hijos comunes podrá solicitar una prestación temporal. Todo esto se plasma en el artículo 219.2 LGSS, lo que

⁵⁶ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 82, 83 y 84.

⁵⁷ MUÑOZ MOLINA, Julia. Pensión de viudedad: separación matrimonial. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 2008, número 93. Pág. 227 a 236. ISSN: 0213-0750.

⁵⁸ ALVAREZ CORTÉS, Juan Carlos. Sobre los nuevos requisitos de la pensión de viudedad por enfermedad común: antigüedad del matrimonio y convivencia more uxorio antes del deceso. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 2011, número 109. Pág. 225 a 240. ISSN: 0213-0750.

pretendía la Ley 40/2007 con todo esto es paliar la celebración de matrimonios de convivencia, situación de la que ya he hablado anteriormente⁵⁹.

4.2 Ex cónyuge por divorcio, separación o nulidad.

Los Tribunales, en estos supuestos, no conciben el derecho a percibir una pensión por viudedad como un medio dirigido a hacer frente a una situación de necesidad, sino que entienden que se trata de un tipo de renta de sustitución dirigida a aquellos ex cónyuges que siguiesen dependiendo económicamente del sujeto causante directa o indirectamente.

Así, el derecho a percibir dicha pensión corresponderá a quien haya sido cónyuge legítimo siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho con otra persona. Para ello, se requiere que las personas divorciadas o separadas sean acreedoras de la pensión compensatoria y que ésta se extinga como consecuencia del fallecimiento. De tal modo que el artículo 97 establece que *“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.”*

Ya lo determinan algunos autores: *“La dependencia económica derivada de la pérdida de una suma periódica a favor del ex cónyuge por la muerte del causante se ha convertido, por tanto, en la pieza clave a tener en cuenta a la hora de valorar si procede o no la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio.”*⁶⁰

En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad sea mayor a la de la pensión compensatoria se disminuirá hasta que sea igual a la cuantía de esta última. Lo que se pretende con esto es que el causahabiente no obtenga con la pensión de viudedad un lucro mayor del que estaba percibiendo cuando el sujeto causante vivía. Se entiende que los Tribunales han calculado la cuantía a percibir en concepto de pensión compensatoria

⁵⁹ Véase 2.3 Los matrimonios de conveniencia. Pág. 20, 21 y 22.

⁶⁰ ALLUEVA AZNAR, Laura. GINÉS FABRELLAS, Anna. La dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2015, número 1. Pág. 1 a 25. ISSN: 1698-739X.

atendiendo a sus circunstancias particulares, de modo que con dicha cantidad pudiese hacer frente a sus gastos. Por lo que es innecesario obtener una pensión de mayor cuantía si puede afrontar la situación de necesidad con una suma inferior. La otra finalidad que se pretende es prevenir los posibles fraudes.

Sin embargo, esto implica también una discriminación a aquellas personas cuya renta es inferior, pues como ya he mencionado para calcular la pensión compensatoria se atiende a las circunstancias en que vivía la persona durante el matrimonio, lo que implica que la pensión compensatoria varía, y por ende la prestación de viudedad también. Así, quien viviese en una situación deficiente, recibirá una pensión compensatoria y de viudedad inferior.

La inclusión del requisito de la obtención de la pensión compensatoria ha generado gran controversia entre aquellas personas que, ignorando la existencia de esta condición, no pactaron pensión compensatoria y por tanto carecerían de pensión de viudedad. La única solución posible para superar esta situación es el pronunciamiento de los Tribunales indicando que los efectos que perjudiquen a las personas que contrajeron matrimonio con anterioridad a la Ley 40/2007 no se les aplicasen⁶¹.

En el caso de nulidad matrimonial, tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, ni mantuviese una relación con otra persona como pareja de hecho, y que además reciba una indemnización como consecuencia de la nulidad del matrimonio contraído por éste de buena fe, regulada en el artículo 98 del Código Civil⁶². Cabe decir que en un primer momento no se reconoció el derecho a la pensión por este motivo, no obstante, el Tribunal Supremo consideró que era necesaria su inclusión, autorizando su aplicación analógica al divorcio y separación⁶³.

Existen opiniones de que la regulación de estos casos es un claro ejemplo de discriminación, que se da de dos formas. En primer lugar, entre los cónyuges y los ex cónyuges, puesto que a los cónyuges supervivientes no se les exigen tantos requisitos como a los ex cónyuges, criticando que ambos pueden encontrarse en la misma situación de

⁶¹ Voto particular formulado por el Magistrado D. Juan Carlos Benito Butrón Ochoa en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia 2611/2009 de 19 de enero de 2010.

⁶² Página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Fecha de consulta: 03 de abril de 2017.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1985.

necesidad, no centrándose en la finalidad del precepto que es la protección de la persona que dependía del fallecido. Si para percibir la pensión se exige al ex cónyuge que no hubiese contraído nuevas nupcias o que no tenga una nueva pareja es precisamente para que se mantenga esa situación de necesidad después del divorcio o separación, pues de estar casada de nuevo o en pareja, habría compensado esa situación con la ayuda económica del nuevo consorte o pareja. Lo que esta afirmando esta exigencia es que el ex cónyuge se encuentra en la misma situación que el cónyuge, pues no obtiene beneficios económicos de otra persona.

También es de destacar que el hecho de recibir una pensión compensatoria no supone efectivamente que el sujeto se encuentre en situación de necesidad, pues como indica el artículo 97 del Código Civil, tiene derecho a recibirla quien se encuentre en una situación de *“desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio”*. Es decir quién percibe la pensión compensatoria lo hace porque su patrimonio ha disminuido a causa del rompimiento, pero no significa que se encuentre en una mala situación, simplemente que su patrimonio ha mermado, siendo perfectamente viable que tenga igualmente un gran capital. Con la pensión compensatoria lo que se pretende es que recupere su status anterior, no porque se encuentre en un estado de dependencia económica, sino para que este en la misma posición de su ex cónyuge, y no en desventaja.

En segundo lugar, también hay una diferencia de trato entre los ex cónyuges por divorcio o separación y los ex cónyuges por nulidad matrimonial. Ya que el acceso a la protección está condicionado por diferentes requisitos. En el primer supuesto se exige ser receptor de la pensión compensatoria, mientras que el segundo exige estar recibiendo una indemnización por haber contraído matrimonio mediando buena fe; excluyendo a los cónyuges que celebraron el matrimonio con mala fe, lo cual es lógico, pues una persona que contrae matrimonio de mala fe, lo hace con ánimo fraudulento, y por ello considero que no se merece la protección que otorga la pensión.

Constituye una discriminación porque la percepción de la indemnización no supone un mecanismo para conocer el grado de dependencia económica del causahabiente, simplemente es una cantidad que se entrega a modo de pago por los daños causados con el engaño, lo que no significa que esta persona se encuentre en situación de necesidad.

De modo que se le reconoce este derecho aunque la muerte del causante no le haya provocado ningún perjuicio económico.

En el ordenamiento el legislador no ha tenido en cuenta las pensiones compensatorias temporales que se hubieran extinguido con anterioridad al fallecimiento. De modo que si para que nazca el derecho a percibir la pensión de viudedad es necesario recibir la pensión compensatoria en el momento en que ocurre el hecho causante, estas personas no tendrán derecho a la misma, aunque se encuentren en situación de necesidad. Como ya se ha resaltado: *“resulta anómalo que la pensión compensatoria en principio, sea temporal, y la pensión de viudedad que la sustituye, sea permanente.”*⁶⁴

Igualmente, se encuentran en esta tesitura los causahabientes cuya pensión compensatoria no se hubiese extinguido en el momento del fallecimiento, a pesar de que el vencimiento del plazo de la pensión fuese inmediato a la defunción, ya que para percibir la prestación por viudedad se exige que la pensión compensatoria se extinga.

Hay que tener en cuenta también, que la pensión compensatoria no se extingue de forma automática en el momento del fallecimiento, así queda plasmado en el artículo 101.2 del Código Civil: *“El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.”*

Esto supone que si el ex cónyuge viudo depende de que la pensión compensatoria se extinga a petición de los herederos del sujeto causante, en el caso de que decidan no suprimirla, esta persona carecerá de pensión de viudedad por seguir percibiendo la pensión compensatoria, aunque se encuentre en situación de dependencia económica.

Otra problemática que se plantea en relación a la pensión compensatoria, se encuentra conectada con el artículo 99 del Código Civil, que indica que: *“En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador formalizado conforme al artículo 97 por la constitución de una renta*

⁶⁴ LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen. Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio: interpretación del artículo 174 tras la reforma de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. 2008, número 23. Pág. 55 a 69. ISSN: 1575-3379.

vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.”

Debido a este precepto, nace la duda de si para obtener la pensión de viudedad es necesario estar percibiendo la pensión compensatoria, o es válido igualmente el estar recibiendo una pensión sustitutiva de ésta.

Para un sector de la doctrina habría que interpretar dicho artículo en sentido amplio, apoyándose en que son fórmulas semejantes, que lo que pretenden es la protección al que sufre un desequilibrio económico; de modo que no tendría sentido su exclusión⁶⁵. Así lo han manifestado en algunos documentos: *“llegados a este punto y a la vista de la evolución jurisprudencial suscitada en la materia, me atrevo a aseverar que lo determinante para poder acceder a la prestación de viudedad es que el cónyuge histórico esté recibiendo cualquier renta que traiga causa en la ruptura del vínculo matrimonial”*⁶⁶.

La doctrina mayoritaria se decanta por una interpretación de carácter restrictivo⁶⁷. Fundamentan que si el legislador hubiese querido que fuese válida cualquier pensión, no hubiese mencionado una en particular, sino que habría utilizado un término en el que hiciese referencia a todas las pensiones posibles de generar el derecho a la prestación por viudedad. Además, argumentan que las pensiones mencionadas en este precepto no tienen la misma naturaleza que la pensión compensatoria, sino que tienen otra finalidad. Es el caso de la pensión de alimentos por hijos comunes, que no es otra cosa sino una obligación que se genera por el mero hecho de ser padre o madre, porque es un deber

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 356/2010 de 21 de septiembre de 2010. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) 7/2009 de 19 de febrero de 2009. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 6039/2009 de 25 de enero de 2011. Sentencia del Tribunal Supremo 991/2012 de 30 de enero de 2014. Sentencia del Tribunal Supremo 2397/2014 de 12 de febrero de 2016.

⁶⁶ TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique. La pensión compensatoria como requisito de acceso a la pensión de viudedad. *Actualidad jurídica iberoamericana*. 2016, número 5. Pág. 225 a 247. ISSN: 2386-4567.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 783/2009 de 16 de febrero de 2009. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 1409/2010 de 22 de marzo de 2010. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 2274/2010 de 16 de septiembre de 2010.

intervenir en el desarrollo y formación de los hijos con independencia de que estos se encuentren en situación de necesidad o no⁶⁸.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esto, indicando que la corriente correcta es aquella que interpreta el artículo 99 de manera taxativa, entendiendo que las prestaciones mencionadas en dicho artículo no son semejantes a la pensión compensatoria y que cada prestación tiene su función, pues de lo contrario solo existiría una, y es por esto que no pueden ser equiparables⁶⁹.

Por otro lado, la pensión compensatoria es renunciable, por lo que se cuestiona si el sujeto superviviente que ha renunciado a dicha pensión tendría derecho a la pensión de viudedad. Se entiende que no, en primer lugar porque si renuncia a ella se presume que no se encuentra en situación de necesidad y que tiene los recursos suficientes para su subsistencia. En segundo lugar porque la obtención de dicha pensión es un requisito indispensable impuesto por el legislador, salvo casos tasados.

4.2.1 Supuestos especiales.

Gracias a la Ley 26/2009 se incluyeron una serie de excepciones a las reglas generales en la disposición final tercera LGSS.

De manera que tienen derecho a esta prestación aquellas mujeres que aunque no reciban pensión compensatoria, han sido víctimas de violencia de género o existen indicios de ello, en el momento del divorcio o de la separación judicial. La finalidad de esta excepción es la defensa y protección de estas víctimas con motivo de la situación personal y familiar que están viviendo.

La acreditación de la situación de violencia, se puede llevar a cabo de distintas formas, la más común es mediante sentencia firme, pero también mediante archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento, por orden de protección dictada a favor de la mujer, un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género así como cualquier otro medio de prueba admitido en

⁶⁸ GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa María. La pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial. Reformas normativas y últimos criterios jurisprudenciales. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Primera edición. Granada: Editorial Comares, 2013. Pág. 197 a 240. ISBN: 978-84-9045-030-7.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 1114/2011 de 14 de febrero de 2012.

derecho, como establecen los artículos 23 a 27 de la Ley Orgánica 1/2004⁷⁰. Igualmente es de aplicación esta disposición a los litigios por violencia de género que se encuentren en trámite. Es de destacar la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias⁷¹, en la que se reconoce la pensión de viudedad a una mujer maltratada ya divorciada, pese a no contar con ninguna sentencia condenatoria que acredite esta situación. Obviamente si existían otros indicios que demostraban esta situación, como las múltiples denuncias, y los certificados de asistencia sanitaria, pues de lo contrario los jueces estarían operando de manera contraria a derecho, esta sentencia constituirá un hito para casos futuros de la misma índole.

En el caso de que el divorcio o separación tuviese lugar antes del 1 de enero de 2008, establece la Disposición transitoria décimo tercera LGSS que el cónyuge superviviente al causante no es necesario que esté recibiendo la pensión compensatoria, cuando entre la fecha del divorcio o la separación y el fallecimiento no hayan transcurrido más de 10 años. Siempre que el matrimonio haya durado al menos 10 años y se acredite la existencia de hijos comunes o que en el momento del fallecimiento tenga una edad superior a 50 años. En este caso la cuantía de la prestación se calculará conforme a la normativa anterior a la Ley 40/2007. Si la persona que pretende obtener la pensión de viudedad es deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a la pensión mencionada. Lo que da lugar a que se dé un trato más beneficioso a quienes se rigen por la Ley 40/2007, ante aquellos que si perciben la pensión compensatoria, pues estos últimos ven su pensión limitada a la cuantía que percibían en concepto de pensión compensatoria. Los Tribunales optan por mantener esta situación teniendo en cuenta la finalidad que perseguía el legislador con ambas regulaciones⁷².

Esta disposición plantea una duda respecto al cómputo del tiempo, puesto que en los casos de separación judicial que derivan en divorcio no queda claro si la fecha a partir de la que se cuenta es la de la separación judicial o la de la sentencia de divorcio, tratándose de un punto importante para poder adquirir la pensión. El Tribunal Supremo ha resuelto esto asentando jurisprudencia, señalando que el día a tener en cuenta será el

⁷⁰ MONEREO PÉREZ, José Luis. RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. Género y Seguridad Social. La seguridad Social ante las víctimas de Violencia de Género. Cit. Pág. 16 a 19.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 1/2017 de 7 de marzo de 2017.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo 215/2017 de 22 de diciembre de 2016.

que más beneficie al sujeto perceptor y el mismo criterio se utilizará para conocer la fecha en que la pensión de viudedad comienza a surtir efectos económicos.

La última excepción consiste en que aquellas personas que tengan más de 65 años tendrán el derecho a percibir la pensión de viudedad sin que cumplan los requisitos generales siempre que no estén percibiendo otra prestación y cuyo matrimonio haya durado más de 15 años. Esta singularidad pretende proteger y amparar a aquellas personas que por su edad no pueden obtener recursos por otros medios.

Lo indicado en esta disposición se aplicará también cuando el hecho causante tenga lugar entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009⁷³.

4.2.2 Concurrencia de beneficiarios.

Si existe un único beneficiario le corresponde la cuantía íntegra. Si se diera el supuesto en el que el cónyuge supérstite fuese el único solicitante, y posteriormente apareciesen otros solicitantes, deberá calcularse de nuevo su cuantía, lo que implica que lo que ha percibido en concepto de único beneficiario no es lo que le corresponde, así como la cuantía íntegra que ha obtenido con motivo de la retroactividad de tres meses que sufre la prestación, en consecuencia tendrá que devolver el exceso percibido⁷⁴.

Si hubo divorcio y hay concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, se reconocerá de manera proporcional en función del tiempo convivido con el causante, manteniendo el 40% a favor del cónyuge superviviente al causante, o de la persona que no es cónyuge pero recibe pensión compensatoria.

Se entiende por tiempo convivido el periodo desde la celebración del matrimonio hasta la fecha de la separación, divorcio, o nulidad. En caso de que no se pueda conocer el tiempo de convivencia con certeza por no existir un pronunciamiento judicial o porque no pueda deducirse de los hechos probados, se entenderá como fecha de extinción la de la sentencia de separación, divorcio o nulidad.

⁷³ GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa María. La pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial. Reformas normativas y últimos criterios jurisprudenciales. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Cit. Pág. 197 a 240.

⁷⁴ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 227.

El objetivo de esta regulación es amoldarse a la realidad social, en la que el divorcio está completamente normalizado, así como compensar las consecuencias negativas que el criterio de distribución puede ocasionar al cónyuge superviviente.

Este criterio ha sido muy criticado por varias razones, por un lado porque no actúa teniendo en cuenta la situación de necesidad, posicionando al cónyuge supérstite en un lugar privilegiado. Ya que se le garantiza un 40% de la pensión, independientemente de su situación económica. Pues el hecho de que fuese su cónyuge o pareja de hecho al tiempo de la muerte no significa que se encontrase en una situación peor que los demás sujetos concurrentes, pudiendo tener incluso una mejor condición económica.

Por otro lado, la ley no indica nada sobre el supuesto en que uno de los beneficiarios perdiera su pensión, siendo lo más lógico que esta parte acreciera la de los demás.

Y por último, tampoco hace referencia a aquellos sujetos cuya pensión compensatoria es temporal, por lo que se entiende que estos tendrán derecho a la pensión de viudedad únicamente durante dos años⁷⁵.

Es importante mencionar que el artículo 220.2 LGSS relativo a la concurrencia de beneficiarios, no hace mención a la separación judicial, esto se debe a que cuando se produce la separación judicial el vínculo matrimonial no se ha disuelto, y tampoco se considera a esta persona como pareja de hecho, pues para ser pareja de hecho se exige que no haya vínculo matrimonial.

En relación a este caso existen dos posturas, una que indica que el cónyuge separado judicialmente en caso de concurrencia de beneficiarios tiene derecho a la pensión de viudedad íntegramente y no proporcionalmente, pues de lo contrario se le habría incluido en la regulación del artículo 220.2. Y otra que indica que al cónyuge separado se le aplicará analógicamente lo señalado para los divorciados.

Finalmente el Tribunal Supremo ha declarado que la postura correcta es la primera, atendiendo al sentido literal de la norma⁷⁶.

⁷⁵ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 97, 98, 99 y 100.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 6823/2011 de 21 de julio de 2011.

Respecto a la anulación del matrimonio, en caso de que existiese un cónyuge anterior, el último cónyuge será el receptor de la pensión enteramente, y de esta cuantía se restará la parte proporcional perteneciente al cónyuge ulterior en función al tiempo de convivencia con el causante.

En el caso de que el cónyuge cuyo matrimonio fue anulado fuese el único, también recibirá la cuantía de manera proporcional, ingresando la parte sobrante en la Tesorería General de la Seguridad Social⁷⁷.

4.3 Pareja de hecho.

La pensión de viudedad se reconoce a las parejas de hecho desde la entrada en vigor de la Ley 40/2007, con motivo de la incoherencia que supondría dejar desprotegidos a estos nuevos tipos de familia, cada vez más frecuentes en la sociedad. Según el artículo 221.2 LGSS:

“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 una convivencia estable y notoria de manera inmediata al fallecimiento del causante y con duración ininterrumpida de al menos 5 años.”

Con la convivencia notable y estable se pretende que exista entre la pareja esa afectividad que se exige en los matrimonios, de tal modo que no se entenderían por tal las relaciones esporádicas, ni las familiares o de amistad. En el supuesto de que los miembros de la pareja residan en domicilios separados en ciertos periodos de tiempo, si ambos están empadronados en el mismo lugar, se mantendrá la pensión. En cuanto a los impedimentos son los mismos ya expuestos para el matrimonio⁷⁸.

La acreditación se llevará a cabo mediante cualquier certificación donde conste la inscripción en los registros de la Comunidad Autónoma correspondiente, así como por los documentos públicos donde quede constancia, como un acta de notoriedad, declaración responsable de ambas partes, documento judicial o el testimonio de dos

⁷⁷ GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa María. La pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial. Reformas normativas y últimos criterios jurisprudenciales. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Cit. Pág. 197 a 240.

⁷⁸ Véase 4.1.2 Acreditación de la condición de viudo o viuda. Pág. 25 y 26.

testigos mayores de edad. Es importante destacar el pronunciamiento que ha hecho el Tribunal Supremo recientemente, respecto a una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el que ha declarado que basta con que la pareja de hecho se encuentre inscrita en un registro local, sin ser necesaria su inscripción en el registro de la Comunidad Autónoma a la que pertenecen. Igualmente, para acceder a la pensión, es necesario acreditar que la certificación o el documento público se expidieron dos años antes del fallecimiento del causante.

Esta regulación suscitó muchas dudas respecto a qué documentos se consideran que tienen valor acreditativo y cuáles no. De modo que el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse sobre ello, dejando claro que ni el testamento⁷⁹, ni el libro de familia⁸⁰, o un acta de notoriedad⁸¹ se consideran documentos acreditativos de dicha pensión⁸².

Ha sido criticado el tratamiento desigual entre las parejas matrimoniales y no matrimoniales, pues en el caso de las parejas de hecho solo tiene derecho a pensión la pareja superviviente, excluyéndose la concurrencia de beneficiarios, que si es posible en las uniones matrimoniales. De este modo, en el caso de que una pareja de hecho de larga duración haya roto antes de producirse el fallecimiento, no tendrá derecho a pensión de viudedad la ex pareja superviviente, no planteándose ni siquiera la posibilidad de adquirir una parte proporcional al periodo convivido, independientemente de que llevasen juntos gran parte de su vida. Si el sujeto causante después de la ruptura contrae matrimonio o constituye una pareja de hecho con otra persona, el único beneficiario sería este último. Dejando desprotegida a aquella persona con la que constituyó anteriormente una pareja de hecho, situación que considero que no dista de la concurrencia de beneficiarios, y que por tanto necesita una regulación similar.

Diferente es el trato en el caso de que el sujeto causante estuviese divorciado, y en el momento del fallecimiento constituyese una pareja de hecho con otra persona, pues la pareja superviviente tendrá derecho a un 40 por ciento de la cuantía de la pensión y el ex cónyuge a una parte en función del tiempo convivido. Si no se hubiesen cumplido los

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 1082/2013 de 26 de noviembre de 2013.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 6398/2011 de 3 de mayo de 2011.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo 905/2015 de 9 de febrero de 2015.

⁸² FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. 2015, número 3. Pág. 237 a 250. ISSN: 2282- 2313.

cinco años de convivencia exigidos por el legislador, el ex cónyuge divorciado recibirá la pensión por completo, hecho que muestra otro indicio de desamparo a una persona sin tener en cuenta su posición económica⁸³.

Una vez cumplidos los requisitos de alta y cotización exigidos en el artículo 219 LGSS, tendrá derecho a pensión de viudedad el que forme una pareja de hecho con el causante en el momento del fallecimiento y acredite que sus ingresos durante el año anterior no alcanzaron el 50 por ciento de sus ingresos sumados a los del cónyuge causante en el mismo periodo de tiempo. En el caso de que no hubiese hijos comunes será el 25 por ciento, no el cincuenta.

También se tendrá derecho a dicha pensión cuando los ingresos del sobreviviente sean inferiores a 1.5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento que tiene lugar el fallecimiento, esta situación debe mantenerse durante el periodo de percepción de la prestación. El límite indicado se incrementará en 0.5 veces por cada hijo con derecho a la pensión por orfandad. En el momento en que el perceptor supere esta cantidad perderá la pensión, entendiéndose que se mantiene la posibilidad de recuperarla si vuelve a obtener ingresos por debajo de la cantidad establecida.

Por ingresos se entenderán tanto los rendimientos del trabajo y de capital así como los patrimoniales⁸⁴.

En el primer supuesto, a diferencia del segundo, no se exige que se mantengan los ingresos inferiores durante la percepción de la pensión, lo que parece incongruente, pues si la causa por la que se exige que no se supere el 50 por ciento de los ingresos de ambos, es precisamente acreditar la situación de necesidad en la que se queda la pareja superviviente, si durante la percepción consigue superar esta cantidad, se entiende que ya no se encuentra en un estado de desequilibrio económico y que por ello ya no necesita esta ayuda.

El artículo 221 LGSS es otro ejemplo de desigualdad entre las uniones matrimoniales y las uniones de hecho, imponiendo más condiciones a los miembros de las parejas de hecho para acceder a la pensión. Llama la atención que en las uniones de hecho para

⁸³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes. *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*. Cit. Pág. 52, 53, 54, 55 y 56.

⁸⁴ Página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Fecha de consulta: 07 de abril de 2017.

poder percibir la pensión de viudedad se exige que la pareja superviviente no sobrepase una determinada cantidad de ingresos, o que no llegue a la cantidad anual indicada como salario mínimo interprofesional, mientras que en las uniones matrimoniales no se indica ninguna cantidad mínima ni máxima para poder acceder a ésta. Está dando a entender que la unión de hecho es menos válida que el matrimonio, o que es una unión peor y que por ello se imponen medidas más restrictivas. Lo que supone una contrariedad a las medidas que se están llevando a cabo con el fin de equiparar estas uniones a los matrimonios, siendo claro ejemplo la DA tercera de la Ley 40/2007.

Esta disposición lo que establece es que dicha ley tiene efectos retroactivos en determinadas circunstancias, y que desde el 1 de enero de 2008 la pareja de hecho tiene la misma consideración que el matrimonio en cuanto a la percepción de la prestación por viudedad, aunque con ciertas matizaciones. Por consiguiente, constituye otra reminiscencia de discriminación, vulnerando el artículo 14 de la Constitución Española, el hecho de no considerar parejas de hecho a las parejas anteriores a esta fecha salvo si cumplen estos requisitos, y la pregunta es: ¿qué diferencia a una pareja de hecho actual de una anterior a esta fecha? Solo que el número de parejas de este tipo era menor, por lo que esta ley debería tener efectos retroactivos sin condiciones, para evitar tratos discriminatorios por razón de una fecha.

Por otro lado, aunque se trata de equiparar los matrimonios con estas uniones extramatrimoniales, se siguen poniendo trabas. Deberían tratarse del mismo modo y no dar ninguna preferencia, en este caso a los matrimonios, pues existe el mismo derecho a constituir cualquiera de las dos uniones, solo debería diferir el modo de registrarse o acreditarlo. Cuestión que ya ha sido comentada por algunos autores: *“No concurre ninguna razón de protección social que justifique la exigencia de distintos o mayores requisitos a las parejas de hecho que a los casados, ya que, una vez equiparadas las situaciones, sus condiciones determinantes deberán ser idénticas para obtener la protección de supervivencia, cualquiera que sea el supuesto o modo de convivencia personal o familiar que cada cual haya elegido previamente”*⁸⁵. *“Sigue quedando patente una cierta desconfianza del legislador hacia estas uniones y su posible creación*

⁸⁵ DE CASTRO MEJUTO, Luis Fernando. A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. 2008, número 12. Pág. 239 a 246. ISSN: 1138-039X.

fraudulenta a los efectos de beneficiarse de la pensión⁸⁶”. Y “Teniendo la pensión de viudedad la misma finalidad para ambas instituciones, sin embargo, para que la pareja de hecho pueda ser beneficiaria se le exige un requisito económico inexistente para el caso de matrimonio, con lo cual, induce a pensar en que, con ello, se está tratando de limitar el coste económico derivado del reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho”⁸⁷.

Antes esta distinción podría encontrar su justificación en que para disolver el matrimonio era necesario argumentar cuáles eran los motivos y para extinguir la pareja de hecho no, pero actualmente tras la Ley 15/2005, ya no es necesario indicar los motivos en ninguno de los casos, basta con la voluntad de uno de los cónyuges para poner fin al matrimonio⁸⁸. El argumento que puede encontrarse para que no exista el mismo trato es la de prevenir los matrimonios por conveniencia, puesto que es más fácil la formalización de la pareja de hecho, que contraer matrimonio, por el que hay que pasar controles más rudos, así es el ejemplo de los matrimonios por conveniencia para facilitar la nacionalidad española a extranjeros.

Las circunstancias para que concurra la retroactividad dispuesta en la Ley 40/2007, son las siguientes:

- a) Que en el momento de la muerte del causante no se haya podido obtener el derecho a la pensión, aun concurriendo los requisitos de alta y cotización.
- b) Que el beneficiario acredite que hubo convivencia ininterrumpida al menos los seis años anteriores.
- c) Que hubieran tenido hijos comunes, independientemente de que hayan recibido pensión por orfandad.

⁸⁶ MANEIRO VELAZQUEZ, Yolanda. La acreditación del vínculo y de la convivencia more uxorio en las parejas de hecho: una aproximación jurisprudencia. *Actualidad laboral*. 2013, número 5. Pág. 3 y 4. ISSN: 0213-7097.

⁸⁷ POQUET CATALÁ, Raquel. El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 2013, número 119. Pág. 157 a 190. ISSN: 0213-0750.

⁸⁸ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 141.

La ley no establece límite para la edad de los hijos, lo que supone que pueden estar independizados y que no generen más gastos a la familia. Así, este requisito se exige para demostrar que hubo una relación afectiva duradera, hecho que en la actualidad está mermando. Dejando desprotegidos a los que han constituido una relación duradera y no han tenido hijos por no ser fértiles⁸⁹.

d) Que el beneficiario no tenga derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

e) Que la solicitud se presente en el plazo de 12 meses improrrogables desde la entrada en vigor de la ley.

La pensión reconocida tendrá efectos desde el día primero del mes siguiente al de la solicitud⁹⁰.

Considero que es necesaria una regulación que acabe con las diferencias que surgen entre las uniones matrimoniales y extramatrimoniales⁹¹. Pues aunque los Tribunales se aferran a la idea de que no existe tal discriminación⁹², alegando que *“la exigencia adicional económica a la que se refiere el precepto no hace sino intentar conseguir la legítima finalidad de que solo tengan acceso a esta prestación quienes tengan una cierta dependencia económica con el causante de la misma, requisito que se aviene con la naturaleza misma de esta prestación que recupera el carácter de esta pensión como renta de sustitución”*⁹³ la realidad es que es más difícil acceder a una pensión de viudedad siendo pareja de hecho que habiendo mediado matrimonio⁹⁴.

4.3.1 La pareja de hecho entre personas del mismo sexo.

⁸⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes. *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*. Cit. Pág. 60.

⁹⁰ Página web del Boletín Oficial del Estado. Fecha de consulta: 07 de abril de 2017.

⁹¹ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 145.

⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2014 de 7 de abril de 2014. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 1622/2016 de 30 de septiembre de 2016.

⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2014 de 5 de mayo de 2014.

⁹⁴ MONEREO PÉREZ, José Luis. MORENO VIDA, M^a Nieves. FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio. DE LA CASA QUESADA, Susana. CABALLERO PÉREZ, M^a José. *Pensiones, desempleo y previsión social complementaria. Nueva revista española de Derecho del Trabajo*. 2017, número 197. Pág. 190 y 191. ISSN: 2444-3476.

Actualmente las parejas de hecho del mismo sexo pueden acceder a la pensión de viudedad en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales, pues el artículo 221 LGSS no hace mención al sexo de la pareja. El problema se plantea con aquellas parejas homosexuales anteriores a la Ley 40/2007.

Dicha ley permite aplicar con carácter retroactivo el derecho a la pensión de viudedad para las parejas de hecho, siempre que cumplan una serie de requisitos. Lo cierto es que la ley no hace distinción entre homosexuales y heterosexuales, pero uno de los requisitos exigidos es la existencia de hijos comunes, hecho que resulta imposible para las parejas homosexuales. Salvo que por hijos entendiéndose también los hijos acogidos y adoptados, ya que estos pueden adoptar desde la ley 13/2005 al equiparar las uniones heterosexuales a las homosexuales. El dilema que se presentaba es que en esta ley solo se refería a los casados, no a las parejas de hecho. Y llevar a cabo el proceso de adopción era bastante complicado⁹⁵.

El primer magistrado que presentó una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por esta cuestión, indicaba que la ley se debe centrar en la existencia de dependencia económica que causa la muerte del causante al sujeto supérstite y no en la existencia de hijos comunes, argumentando que los hijos tienen su propia protección. Esta alusión da lugar a errores, porque el hecho de que mencione la exigencia de hijos comunes tiene como finalidad acreditar la existencia de una relación real y de afectividad, no como una ayuda para el hijo huérfano. Ya que no menciona si los hijos deben seguir a cargo de los padres en el momento del fallecimiento.

Algunos autores indican que “*el principio esencial de la seguridad social es allegar medios para la subsistencia de quienes dependieron del causante y no puedan atender a la subsistencia propia*”⁹⁶. Y otros que: “*para el legislador la protección por muerte se monta sobre dos tipos de intereses: el interés familiar y el interés del beneficiario a la*

⁹⁵ CHANO REGAÑA, Lorena. El derecho a pensión de viudedad del supérstite de una unión de hecho homosexual. *Anuario de la Facultad de Derecho*. 2014, número 31. Pág. 125 a 137. ISSN: 0213-988X.

⁹⁶ ALONSO OLEA, Manuel. *Instituciones de Seguridad Social*. Segunda edición. Editorial civitas, 1967. Pág. 137 y 138.

satisfacción de unas necesidades que el trabajador venía cubriendo y que, por su muerte, quedan inatendidas”⁹⁷.

Es decir, que lo importante del precepto de la DA tercera es reparar los daños económicos causados con la muerte del sujeto, y no proteger a los hijos⁹⁸.

Finalmente este requisito ha sido declarado inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad y de prohibición de discriminación regulado en el artículo 14 de la Constitución Española, pues de este modo las parejas homosexuales no optaban a poder obtener esta pensión⁹⁹. Además en la misma sentencia indica el citado Tribunal que dicho requisito no solo es discriminatorio para las parejas del mismo sexo, sino también para aquellas parejas heterosexuales infértiles.

5. Cuantía de la pensión.

La cuantía de la pensión de viudedad se recoge fundamentalmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, y se calcula mediante la aplicación de un tipo a una base reguladora. Es una pensión periódica y no a tanto alzado, de modo que se percibe mensualmente y de manera vitalicia, salvo que concurran circunstancias que extingan la pensión.

5.1 Base reguladora de la pensión.

Para calcular la base reguladora, el artículo 228 LGSS diferencia dos supuestos, dependiendo de si se trata de un fallecimiento por contingencias comunes o contingencias profesionales, cuya definición ya he explicado¹⁰⁰.

5.1.1 En caso de fallecimiento por contingencias comunes.

Si el fallecimiento se produce por enfermedad o accidente común, la base reguladora será el resultado de dividir entre 28 la suma de las bases de cotización por contingencias comunes correspondientes a un periodo ininterrumpido de 24 meses.

⁹⁷ ALMANSA PASTOR, José Manuel. La protección por muerte en la Seguridad Social española. *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, 1969, número 2. Pág. 309 a 320. ISSN: 0034-964X.

⁹⁸ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 133 a 144.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2013 de 14 de febrero de 2013.

¹⁰⁰ Véase 2.2 Existencia de un periodo mínimo de cotización. Pág. 18.

A partir del 1 de enero de 2010, el periodo de los 24 meses será elegido por el beneficiario de la prestación, dentro de los 15 años anteriores al mes previo al del hecho causante o a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, en virtud de lo indicado en el Real Decreto 1795/2003, que transcribe lo expuesto en el artículo 7 del Decreto 1646/ 1972¹⁰¹.

Si no tiene cotizaciones en los 15 años anteriores al fallecimiento, se tomarán como referencia los dos años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, con las revaloraciones correspondientes hasta el hecho causante¹⁰².

Antes de que la Circular 3/1998, de 10 de marzo del Instituto Nacional de la Seguridad Social, fuese derogada por la Ley 4/2003, de 8 de septiembre, el periodo que se tomaba en consideración para calcular la base reguladora eran 7 años y no 15.

La justificación de por qué se toman como referencia 15 años y no otro periodo, se encuentra en “la doctrina del paréntesis” creada por la jurisprudencia en el año 2000, cuyo fin es retrotraer el cumplimiento de una carencia al tiempo en que existió una obligación de cotizar, no teniendo en cuenta los periodos en que no existió dicha obligación, lo que se pretende con ello es facilitar el acceso a la pensión, pues la norma deja claro que los periodos deben ser ininterrumpidos¹⁰³.

5.1.2 En caso de fallecimiento por contingencias profesionales.

En este supuesto la base reguladora se calcula sobre los salarios del año anterior al hecho causante.

Cuando el causante fallece por accidente de trabajo o por enfermedad profesional la base reguladora será el cociente que resulte de dividir por doce los sumandos establecidos en el artículo 9 de la Orden 13 de febrero de 1967, y en el capítulo V del Decreto de 22 de junio de 1956, siendo los siguientes:

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo 530/ 2013 de 18 de diciembre de 2013.

¹⁰² TARANCÓN PÉREZ Encarnación, ROMERO RODENAS María José. *Manual de prestaciones básicas del régimen general de la seguridad social*. Cit. Pág. 207.

¹⁰³ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 158 y 160.

- 1) Sueldo y antigüedad diarios del trabajador en la fecha del accidente o de la baja por enfermedad profesional multiplicado por los 365 días del año.
- 2) Gratificaciones o pagas extraordinarias computables, que serán incluidas en su importe total anual.
- 3) El cociente de dividir los pluses, retribuciones, complementos y horas extraordinarias percibidas en el año anterior al accidente, por el número de días trabajados en ese periodo. El resultado se multiplicará por 237, salvo que el número de días laborales en la actividad sea menor, en cuyo caso se aplicará el multiplicador que corresponda¹⁰⁴.

En el caso de que el causante estuviese trabajando a tiempo parcial, el salario diario será el que resulte de dividir entre 7 o 30, en función de las horas trabajadas. Si el trabajador fuese fijo discontinuo, el salario diario será el obtenido de dividir los días trabajados hasta la fecha del fallecimiento. El resultado obtenido, se multiplicará por la cantidad que resulte de aplicar a 1826 el número proporcional existente entre la jornada habitual y la del contrato, y esta cantidad se dividirá entre 12, para obtener la base reguladora mensual.

Si el salario es por unidad de obra, los conceptos antes mencionados se dividirán entre los días trabajados y se multiplica por 273. Si el salario es por unidad de obra y unidad de tiempo, la remuneración se obtiene sumando el salario por unidad de tiempo al salario por unidad de obra¹⁰⁵.

5.1.3 En caso de pensionista de jubilación o incapacidad.

Si el causante tuviese condición de pensionista de una de estas dos prestaciones, la base reguladora de la pensión de viudedad será la misma que se utilizó para calcular la pensión de jubilación o incapacidad permanente, con independencia de que la muerte sea por contingencias comunes o profesionales. Sin que se compute el incremento de la pensión que se concede a los grandes inválidos, ya que es un complemento destinado a que el inválido pueda resarcir a la persona que se encarga de él¹⁰⁶. A la cuantía se le

¹⁰⁴ TARANCÓN PÉREZ Encarnación, ROMERO RODENAS María José. *Manual de prestaciones básicas del régimen general de la seguridad social*. Cit. Pág. 207 y 208.

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 163 y 164.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 3732/1995 de 23 de diciembre de 1994.

aplicarán las mejoras y revalorizaciones que hayan sufrido las prestaciones que estuviese disfrutando el sujeto desde la fecha del hecho causante de la pensión de la que deriven, en virtud de lo regulado en el artículo 7.3 del Real Decreto 1646/1972, redactado en el Real Decreto 1795/2003¹⁰⁷.

En relación a la jubilación, si el fallecimiento se produce durante el disfrute de una jubilación flexible, la prestación por viudedad se calculará a opción de los beneficiarios desde la situación de activo o de pensionista del causante.

En el supuesto de que el causante se hubiese jubilado anticipadamente como causa de haberse acogido a un plan de reconversión industrial y teniendo derecho a la actualización de su base reguladora como si hubiese estado en activo, se deberán actualizar las bases correspondientes.

Si el causante estaba jubilado parcialmente en el momento del fallecimiento, para calcular la base reguladora se han de tener en cuenta las bases de cotización correspondientes al periodo de trabajo parcial incrementadas un 100% si se hubiese simultaneado con un contrato de relevo. Si no hubiese un contrato de relevo simultáneo, el beneficiario puede elegir entre las bases de cotización llevadas a cabo durante la jubilación parcial, o que se calcule teniendo en cuenta las bases utilizadas en la fecha en que se reconoció la jubilación parcial o entre aquellas que se utilizaron en el momento de dejar de utilizarse el incremento del 100%, aplicando las revalorizaciones correspondientes.

Si el causante fuera pensionista por incapacidad permanente total y la disfrutase de manera simultánea al trabajo, la base se calculará en la forma ordinaria, indicada arriba, y teniendo en cuenta la causa del fallecimiento.

También plantea problemas el caso en el que el sujeto causante fallece durante el momento en que estuviese tramitando la declaración de incapacidad. Ante esta situación, un sector de la doctrina está a favor de considerar al sujeto causante como inválido, y por tanto de calcular la pensión atendiendo a la base reguladora de la pensión por incapacidad, pues el hecho de que falleciese antes de la declaración de invalidez, no supone que el sujeto no se encontrase inválido, y que por tanto no tuviese derecho a

¹⁰⁷ TARANCÓN PÉREZ Encarnación, ROMERO RODENAS María José. *Manual de prestaciones básicas del régimen general de la seguridad social*. Cit. Pág. 208.

dicha pensión¹⁰⁸. En cambio, el Tribunal Supremo ha establecido que lo que hay que tener en cuenta es la condición que se tiene en el momento del fallecimiento, de tal modo que si no se ha declarado inválido, no lo es, aunque se estuviese tramitando la declaración de invalidez¹⁰⁹, alegando que los familiares, que son los que van a recibir la pensión de viudedad, en el momento del fallecimiento han estado conviviendo con un trabajador y no con un pensionista por invalidez¹¹⁰.

En lo relativo a la incapacidad temporal, existen discrepancias respecto al hecho de si se debe sumar a la base reguladora de la pensión percibida por incapacidad la cuantía de la base reguladora del trabajo en el caso de que el causante en el momento de fallecimiento estuviese trabajando. La ley no especifica nada sobre esto, por lo que la Dirección General de la Seguridad Social interpreta que se deben sumar ambas bases, aplicándoles el tope máximo indicado en la Orden Ministerial. En cambio, la jurisprudencia rechaza la acumulación de las dos cantidades, entendiendo que solo se debe tener en cuenta la cantidad correspondiente al salario¹¹¹.

5.1.4 En caso de pluriempleo y pluriactividad.

A efectos del artículo 7.4 párrafo 2º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social, se entiende por pluriempleo: *“la situación del trabajador por cuenta ajena que preste sus servicios profesionales a dos o más empresarios distintos y en actividades que den lugar a su alta obligatoria en un mismo Régimen de la Seguridad Social.”*

Si el sujeto se encuentra en situación de pluriempleo, se determinará la base reguladora atendiendo al resultado de la acumulación de las bases de cotización de cada empleo realizado, teniendo como límite el tope máximo de cotización establecido en la Ley de

¹⁰⁸ GARCÍA VALVERDE, María Dolores. La cuantía de la pensión de viudedad. Complementos por mínimos y derecho de acrecimiento. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Primera edición. Granada: Editorial Comares, 2013. Pág. 169 a 196. ISBN: 978-84-9045-030-7.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 1999/2064 de 5 de marzo de 1999.

¹¹⁰ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 147.

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo 4292/1994 de 21 de mayo de 1994, y Sentencia del Tribunal Supremo 6558/1994 de 12 de julio de 1994.

Presupuestos Generales del Estado. Para calcular el tope máximo, se distribuirá esta cantidad entre los sujetos que tienen obligación de cotizar en proporción a las retribuciones correspondientes a cada una de las empresas en que preste sus servicios el trabajador. Esta cantidad no puede ser mayor a la retribución percibida por el mismo.

En cuanto al tope mínimo, se obtendrá del prorrateo entre todas las empresas en las que existe obligación de cotizar en proporción a las retribuciones percibidas. En caso de que el trabajador perteneciese a diferentes categorías profesionales, se tomará en cuenta la de mayor cuantía.

Si el trabajador goza de alguna exclusión a la hora de cotizar en cualquiera de las empresas, la distribución de los topes solo se realizará para cotizar por contingencias comunes ya establecidas.

La misma norma en su artículo 7.4, párrafo 2º define lo que es pluriactividad: *“la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del Sistema de la Seguridad Social”*¹¹².

Cuando el trabajador se encuentre en situación de pluriactividad para poder acceder a la pensión de viudedad simplemente deberá acreditar los requisitos generales, pues rige la compatibilidad de prestaciones. En el caso de no cumplir los requisitos exigidos de modo general, causa derecho a la pensión en el régimen anterior en el que si haya cumplido los requisitos solicitados. En último caso, si no reúne ninguna de las condiciones, se suman todas las cotizaciones y la pensión se obtiene por el régimen en el que haya el mayor número de cotizaciones, siempre que no se superpongan. En caso contrario las cotizaciones cuentan como una sola.

En el supuesto en que se haya cotizado a la vez en dos regímenes, la pluriactividad dará derecho a dos pensiones siempre que se cumplan los requisitos de los dos regímenes por separado. En cambio si se ha cotizado en varios regímenes y en ninguno de ellos se cause derecho a la pensión, se podrán sumar dichas cotizaciones para acceder a una

¹¹² Página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Fecha de consulta: 28 de mayo de 2017.

pensión únicamente, sin que la suma de las bases sea superior a la legalmente establecida¹¹³.

5.1.5 Fallecimiento a causa de acto terrorista.

Las pensiones extraordinarias originadas por acto terrorista encuentran su regulación en el artículo 61 LGSS, además de en el Real Decreto 851/1992 de 10 de julio por el que se regulan determinadas pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo, de la Ley 32/1999 de 8 de octubre de solidaridad con las víctimas del terrorismo. La Ley 29/2011, de 22 de septiembre de Reconocimiento y Protección integral a las Víctimas del Terrorismo, y el Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre. En las que se establece lo siguiente en relación a la pensión de viudedad:

Si el fallecido estaba en alta la base reguladora será la que resulte de multiplicar la última base de cotización mensual por 12 y dividida por 14.

Si no estaba en alta o situación asimilada, se aplica la misma regla, pero tomando como referencia la base mínima de cotización del Régimen General para mayores de 18 años.

Si el causante tenía condición de pensionista, la base a tener en cuenta será la de la pensión que estuviese percibiendo actualizada conforme al IPC.

La cuantía consistirá en el 200% del resultado de aplicar a la base reguladora el 52%, teniendo en cuenta que la pensión mínima será el triple del IPREM correspondiente a cada año. En el supuesto de que hubiese varios beneficiarios, recibirán la cuantía a partes iguales. Si además de cónyuge supérstite hay hijos, corresponderá una mitad al cónyuge y la otra a los hijos¹¹⁴.

5.1.6 Causante exonerado de cotizar.

Se refiere al supuesto del trabajador mayor de 65 años que continúa trabajando con contrato indefinido, habiendo cotizado más de 35 años.

Para conocer la base reguladora se tomarán en cuenta las bases que hubiese cotizado el sujeto causante correspondientes a la actividad y empresa donde esta exonerado de

¹¹³ Página web de Javier Sagardoy sobre información laboral. Fecha de consulta: 28 de mayo de 2017.

¹¹⁴ Página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Fecha de consulta: 28 de mayo de 2017.

cotizar, salvo que sea superior a las bases de cotización del año anterior incrementadas por el porcentaje de variación del IPC.

Si no existen se tendrán en cuenta las anteriores a la exoneración. Si éstas se desconocen, se tomarán en consideración las del primer año que se conozcan, añadiendo la variación correspondiente al año correspondiente al del periodo de exoneración de cuotas¹¹⁵.

5.2 Porcentaje a aplicar sobre la base reguladora.

Con carácter general el importe de la pensión se calcula aplicando a la base reguladora un porcentaje del 52%, según lo dispuesto en el artículo 31.1 del Real Decreto 3158/1966 redactado en el Real Decreto 1795/2003.

A partir de 2019, para aquellas personas mayores de 65 años, sin derecho a otra pensión pública, sin rentas o ingresos superiores al límite de ingresos establecido anualmente se aplicaría un incremento del 1% hasta alcanzar el 60% en un plazo de 8 años¹¹⁶.

Cuando la pensión de viudedad sea la única fuente de ingresos del pensionista, o constituya la fuente principal y no supere los límites establecidos, si el pensionista tiene cargas familiares, el porcentaje será del 70%. Debiéndose mantener los requisitos durante el periodo en que se recibe la prestación. En el caso de que alguno de los requisitos se pierda se aplicará el 52%, que surtirá efectos desde el primer día del mes siguiente a aquel en que dejase de concurrir uno de los requisitos exigidos. Se trata de una situación de suspensión de modo que si vuelven a reunirse los requisitos se volverá a aplicar el 70%. De este modo, los beneficiarios de la pensión deben acreditar ante la Entidad Gestora las variaciones que se produzcan, en el plazo de 30 días desde que se conoció dicha variación ya sea económica o de otra índole. Este porcentaje se introdujo con la Ley 24/2001, planteándose un problema acerca de si aquellos que solicitasen la prestación con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley tendrían acceso a ese beneficio en caso de encontrarse en ese supuesto. Pues de lo contrario se encontrarían en una situación desigual, por el mero de hecho de haber solicitado la pensión en otra

¹¹⁵ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 177, 178 y 228.

¹¹⁶ TARANCÓN PÉREZ Encarnación, ROMERO RODENAS María José. *Manual de prestaciones básicas del régimen general de la seguridad social*. Cit. Pág. 208, 209 y 210.

época. Finalmente se estableció que tendrán derecho a ese porcentaje todos aquellos que acrediten estar en esa situación, independientemente del año de solicitud, con una retroactividad de tres meses siempre que se solicitase antes del 31 de marzo de 2002¹¹⁷.

Por cargas familiares se entiende la convivencia con hijos menores de 26 años, mayores de edad incapacitados, con discapacidad igual o superior al 33%. O menores acogidos cuando los rendimientos de la familia, divididos entre el número de miembros, no superen el 75% del salario mínimo interprofesional excluyendo las pagas extraordinarias.

Respecto a los hijos menores de edad el Tribunal Supremo ha entendido que no deben ser necesariamente hijos comunes, sino que también se refiere a los hijos propios del beneficiario siempre y cuando no exista progenitor con obligación y posibilidad de prestarle alimentos¹¹⁸.

Respecto a la cuestión de que la pensión sea la única o la principal fuente de ingresos, se entiende que se produce esta situación cuando la cuantía anual de la pensión consista al menos en el 50% del total de los ingresos del pensionista. Los rendimientos anuales del pensionista tampoco deben superar el cociente que resulte de sumar al límite previsto para los complementos por mínimos de las pensiones contributivas el importe mínimo anual de la pensión de viudedad por cargas familiares¹¹⁹.

Para el caso en que el beneficiario sea pensionista de más de una pensión de viudedad, se sumarán las cuantías de todas las pensiones debiendo constituir el 50% o más de los ingresos totales del beneficiario. Si el beneficiario no percibe la pensión en cuantía íntegra por haber más beneficiarios, existen dos posturas, por un lado los que están a favor de valorar la pensión correspondiente a cada uno de los beneficiarios, o valorar la pensión una vez aplicado el porcentaje correspondiente en función al tiempo convivido con el fallecido.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 187, 188 y 228.

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 2009/115 de 2 de octubre de 2008.

¹¹⁹ TARANCÓN PÉREZ Encarnación, ROMERO RODENAS María José. *Manual de prestaciones básicas del régimen general de la seguridad social*. Cit. Pág. 209 y 210.

Respecto al supuesto en que el beneficiario tiene reconocida la pensión de viudedad por una institución extranjera, se sumará a la pensión española la cuantía de la pensión extranjera, para que represente como mínimo el 50% de los ingresos del pensionista¹²⁰.

Los rendimientos computables a estos efectos serán tanto los rendimientos de trabajo, como los de capital, así como los de naturaleza prestacional, tomándose como valor el del ejercicio anterior a aquel en que deba aplicarse el 70%. Los rendimientos se computan en su valor íntegro, salvo los ingresos derivados de actividades empresariales o por cuenta propia que se computarán netos. Sin embargo la Ley de Presupuestos Generales de Estado de 2010, en su artículo 48.1.4º establece una excepción respecto a los ingresos que provengan de cantidades a tanto alzado o los pagos abonados con carácter compensatorio a pensionistas españoles, en función de los acuerdos celebrados entre España y Reino Unido. Si la pensión excede del 70% aplicable, se reducirá la cuantía hasta llegar a dicho límite.

En el caso de que la muerte sea por contingencias comunes, el porcentaje se puede ver incrementado de un 30 a un 50%¹²¹.

5.3 Cuantía mínima y máxima de la pensión de viudedad.

La Ley de Presupuestos Generales del Estado indica anualmente la cuantía mínima de la pensión de viudedad. Dicha cuantía se determina en función de la edad y las cargas familiares del beneficiario. Estos mínimos, operarán cuando los ingresos del solicitante del año anterior no superen el límite indicado en la ley. Así, en 2017 se fijaron los siguientes mínimos en el Real Decreto de revalorización de las pensiones:

Para el titular con cargas familiares, ya definidas anteriormente¹²², la cuantía anual de 10326,40€; para el titular con 65 años o con discapacidad superior al 65% la cuantía de

¹²⁰ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 182 y 183.

¹²¹ MONEREO PÉREZ José Luis, MOLINA NAVARRETE Cristóbal, QUESADA SEGURA Rosa. *Manual de seguridad social*. Cit. Pág. 397.

¹²² Véase 5.2 Porcentaje a aplicar sobre la base reguladora. Pág. 60.

8927,80€; el titular entre 60 y 64 años 8351€ y para el titular con menos de 60 años 6760,60€¹²³.

Si los ingresos del beneficiario son menores al mínimo indicado en la ley mencionada, éste tendrá derecho a percibir un complemento por mínimos¹²⁴.

En el supuesto de concurrencia de beneficiarios la doctrina del Tribunal Supremo¹²⁵ ha indicado que se aplicará el mismo límite a la totalidad de la prestación y no a la partición que le corresponda a cada beneficiario¹²⁶.

En lo que respecta al máximo de la cuantía establece el artículo 229.1 LGSS que: *“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 artículo 161.2, 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 58”*.

Este límite se utiliza también en los supuestos en que el beneficiario tenga derecho a varias pensiones. De tal manera que se suman los importes de cada pensión, y en el caso de que se excedan se reducirán en la cuantía correspondiente hasta llegar al límite indicado.

Puede darse el caso de que en un primer momento la Entidad Gestora no conozca la cuantía de todas las pensiones, en este caso se adjudicarán de manera provisional. Si una vez conocidos todos los importes se sobrepasan del límite indicado, se reducirán hasta llegar al límite máximo. Si una vez determinada la cuantía, los importes de las pensiones cambian, con posterioridad se llevará a cabo una revisión, teniendo efectos la nueva cuantía desde el primer día del mes siguiente en que se produjo la alteración.

¹²³ MONEREO PÉREZ José Luis, MOLINA NAVARRETE Cristóbal, QUESADA SEGURA Rosa. *Manual de seguridad social*. Cit. Pág. 397.

¹²⁴ Véase 5.3.2 Complementos por mínimos. Pág. 64 y 65.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2008.

¹²⁶ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 212 y 213.

Este límite no se aplica a las pensiones que se perciban como consecuencia de un acto de terrorismo.

Dicho límite se deberá mantener durante el periodo de percepción de la pensión, y aunque la pensión este sometida a posibles revalorizaciones no se podrá sobrepasar¹²⁷.

Es importante destacar que a las cantidades referidas hay que aplicarles la correspondiente retención tributaria, de modo que no se reciben estas cantidades en su totalidad, sino una cantidad menor. Es cierto que son varias las prestaciones que están exentas de tributar, como es el auxilio por defunción, pero la pensión de viudedad no se encuentra dentro de este conjunto¹²⁸.

5.3.1 Revalorizaciones.

Partiendo de que la finalidad de la pensión de viudedad es hacer frente a los supuestos de necesidad que se producen tras el fallecimiento, es importante que la cantidad percibida se ajuste a las circunstancias existentes en cada momento, por ello la cuantía establecida en concepto de pensión será objeto de revalorizaciones, de modo que se garantice una correspondencia entre la cuantía de la pensión y la situación en ese momento.

La revalorización se lleva a cabo en función del IPC, al comienzo de cada año. Cuando el IPC acumulado referido al periodo entre noviembre del año anterior y noviembre del año actual fuera superior a la cantidad aplicada, se procederá a la actualización que corresponda, recibiendo el beneficiario antes del 1 de abril la liquidación por la diferencia. Si se da el supuesto contrario, no es necesario devolver las cantidades percibidas de más. El importe revalorizado siempre se someterá a los máximos indicados para cada año, y se aplicará desde el 31 de diciembre del año anterior, salvo

¹²⁷ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 207 y 208.

¹²⁸ BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María. La pensión de viudedad y orfandad: una realidad pendiente de cambio. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. 2007, número 21. Pág. 56 a 63. ISSN: 1575-3379.

los complementos por mínimos, el recargo de prestaciones, las percepciones por rentas temporales por cargas familiares¹²⁹.

La revalorización prevista para el año 2017, será del 0,25% según lo previsto por el Real Decreto 746/2016, sobre revalorización y complementos de pensiones de Clases Pasivas y sobre revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2017.

5.3.2 Complementos por mínimos.

Una vez indicados los mínimos que se deben respetar a la hora de calcular la cuantía de la pensión, puede darse el caso en que la cuantía no llegue a esta cantidad impuesta por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. En ese caso, se impondrá un complemento por mínimos, para respetar dicha imposición declarada por la ley, que tendrá carácter variable.

“Su razón de ser radica en garantizar a los perceptores unos ingresos de carácter claramente asistencial¹³⁰”; es decir la finalidad de estos complementos es garantizar a los beneficiarios de la pensión una percepción mínima atendiendo a sus ingresos totales, que se entiende como mínimo necesaria para sobrevivir.

El Tribunal Supremo ha declarado que los ingresos que se van a tomar en cuenta serán los del mismo año en que se aplicaron los complementos, constituyendo una presunción *iuris tantum* de que quién no llegaba al mínimo impuesto el año anterior, continuará necesitando dicho complemento, pero como he dicho es *iuris tantum*, lo que implica que se puede probar lo contrario mediante la declaración de rentas e ingresos que se debe realizar antes del 1 de marzo de cada ejercicio ante la Entidad Gestora, indicando además cualquier cambio en el estado civil¹³¹.

¹²⁹ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 213 y 214.

¹³⁰ ALONSO OLEA, Manuel. Sobre la tendencia al carácter asistencial de la protección de la viudedad. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, número 39. Pág. 16 a 18. ISSN: 1137-5868.

¹³¹ Sentencia del Tribunal Supremo 7189/2000 de 18 de julio del 2000. Sentencia del Tribunal Supremo 8350/2000 de 30 de septiembre del 2000.

En el caso de concurrencia de beneficiarios, la jurisprudencia ha establecido que se tendrá en cuenta la cantidad obtenida en su conjunto, y no la parte proporcional correspondiente a cada beneficiario.

Todo esto constituye una manifestación del principio de solidaridad de los activos frente a los pasivos, de modo que se imponen mayores sacrificios a quienes se encuentran en buena posición económica, respecto a quienes no perciban rentas de capital o de trabajo, o pese a percibir las no lleguen al mínimo. Gracias a este sacrificio se pueden complementar las cuantías de las pensiones de aquellos que no llegan a esta cantidad¹³².

Las rentas que se van a computar para conocer los ingresos del favorecido serán los rendimientos del trabajo en su valor neto, las plusvalías y ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que se obtengan del montante económico del patrimonio aplicando un 50% en función del tipo de interés legal del dinero, quedando exenta la vivienda habitual del pensionista y los bienes integrados en las rentas computadas¹³³.

Tampoco se tendrán en cuenta los ingresos del año anterior que no se van a mantener durante el año en curso, ni las prestaciones por hijo a cargo¹³⁴.

Deja claro el artículo 59 de la Ley General de la Seguridad Social que estos complementos no están sometidos a revalorizaciones y que son incompatibles con la percepción de los rendimientos que he indicado en el párrafo anterior, siempre y cuando la suma de todas ellas, sin incluir la cantidad complementaria, exceda el límite impuesto por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

5.4 Incremento de la pensión de viudedad para las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados.

Con motivo de la DF segunda de la Ley 48/2015 de 29 de Octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, se reconoce un complemento de pensión a las

¹³² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes. *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*. Cit. Pág. 66 y 67.

¹³³ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 154 y 155.

¹³⁴ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 209 y 210.

mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y que a su vez sean beneficiarias de una pensión por parte de la Seguridad Social.

Esta pensión tiene carácter público contributivo y consistirá en un importe que será el resultado de aplicar a la cuantía inicial un porcentaje dependiendo del número de hijos:

- a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.
- b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento.
- c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.

Para determinar la cuantía solo se tienen en cuenta los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al fallecimiento, planteándose un problema respecto a los hijos concebidos pero no nacidos en el momento del hecho causante. Parecería razonable que estos hijos se tomaran en cuenta a la hora de proporcionar dicho complemento, pues va a constituir otra carga para el beneficiario, si la pensión tiene como objetivo garantizar a éste una posición de vida cuanto menos digna. Tampoco indica si los hijos deben ser del fallecido, o también se tienen en cuenta los privativos de la beneficiaria. Aplicando lo expuesto por la doctrina, que aunque se encuentra dividida sobre esta materia, parece predominar la idea de incluir los hijos exclusivos de la beneficiaria¹³⁵, se tendrían que tener en cuenta también los hijos privativos del cónyuge superviviente, pues se trata de un gasto al que la beneficiaria debe hacer frente, y que ya existía antes del momento del fallecimiento, si lo que se pretende con este incremento es no dejarla desamparada, y que el hecho del fallecimiento no modifique lo más mínimo su situación.

En el caso de que la cuantía de la pensión supere la cuantía íntegra mensual fijada por la Ley de Presupuestos Generales anualmente sin aplicar el complemento, la suma de la pensión y la del complemento no podrá ser mayor a la cuantía que resulte de la suma de la cantidad fijada más el 50% de la cuantía del complemento asignado. Si la pensión alcanza el límite indicado en la Ley de Presupuestos Generales correspondiente a ese año aplicando la mitad del complemento, la beneficiaria tendrá derecho a percibir la otra mitad que exceda del límite fijado.

Cuando la pensión fijada no alcance el límite mencionado, se reconocerá esa cuantía sumando el complemento por hijo.

¹³⁵ Véase 2.2 Existencia de un periodo mínimo de cotización. Pág. 18 y 19.

No se otorgará el complemento por maternidad cuando la beneficiaria goce de jubilación anticipada por su propia voluntad, así como tampoco quien disfrute de la jubilación parcial hasta que adquiera la jubilación total. Pues parecería excesivo que la cónyuge superviviente se lucrara de este incremento habiendo optado de manera voluntaria a otra pensión, pudiendo obtener ingresos a través de un trabajo, ya que se encontraría en edad de trabajar.

En el caso de que haya concurrencia de pensiones, el complemento por maternidad solo se concederá a una de las pensiones, de modo que complementará de manera preferente a la pensión que sea más favorable, en caso de que no se dé esta circunstancia, si concurre una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, el complemento se aplicará a la de jubilación. En cuanto a los límites de la pensión son iguales que en el caso de que solo concurriese una pensión.

El derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización¹³⁶.

Este complemento es otro reflejo de la discriminación que reviste nuestra pensión de viudedad. Pues deja claro que se destina para las mujeres únicamente. Lo que no parece sensato, pues tanto un hombre como una mujer que se quedan viudos y con cargas familiares de este tipo, necesitan dicho complemento por los gastos que conlleva tener hijos. El hecho de ser hombre o mujer no implica que pueda hacer frente a esta situación mejor o peor, además son varias las parejas en las que no hay un miembro del sexo femenino, y por ello ¿no tendrían derecho a esta ayuda?, lo que se debería tener en cuenta en estos casos son los ingresos de la familia, y no el género de la persona superviviente. Se produce así un atentado contra la Directiva Europea 79/7 cuyo fin no es otro que eliminar progresivamente los beneficios en materia de cuidado familiar otorgados a las mujeres. Existen autores que ya han comentado esta situación, oponiéndose a este complemento: *“el hecho de que el ordenamiento español pretenda incorporar ex novo una medida como el complemento de pensiones exclusivamente*

¹³⁶ Página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Fecha de consulta: 29 de abril de 2017.

*para mujeres, cuando ya han transcurrido 37 años desde la aprobación de la Directiva en la que se reclamaba su progresiva revisión y eliminación resulta preocupante*¹³⁷.

6. Dinámica de la pensión de viudedad.

6.1 Nacimiento.

Una vez que tiene lugar el fallecimiento, hecho causante de la prestación, el beneficiario podrá solicitar la pensión, siempre que tanto el sujeto causante¹³⁸, como el beneficiario¹³⁹, cumplan con los requisitos exigidos para cada supuesto.

El derecho a la pensión de viudedad es imprescriptible y vitalicio¹⁴⁰, de modo que puede solicitarse en cualquier momento. Si la solicitud se lleva a cabo dentro de los tres meses posteriores al hecho causante, los efectos económicos se retrotraerán hasta los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. No obstante, si se solicita más allá de los tres meses consecutivos al fallecimiento, el derecho nacerá a partir de la solicitud.

Cuestión que también ha sido debatida, pues apoyándose en el hecho de que dicha pensión es imprescriptible, se pretende que los efectos comiencen siempre desde el día posterior al fallecimiento, independientemente del momento en que se solicite. Pues si el derecho a pedirla en cualquier momento es una realidad, no se entiende por qué los efectos solo se retrotraen al momento del fallecimiento si se solicita en los tres primeros meses, siendo el perjuicio sufrido el mismo. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esto dejando claro que hay que atenerse a lo dispuesto en el artículo 230 LGSS¹⁴¹, ya que así lo ha querido el legislador¹⁴².

¹³⁷ BALLESTER PASTOR, María Amparo. El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea. *Lex social: revista de los derechos sociales*. 2016, número 1. Pág. 72 a 93. ISSN: 2174-6419.

¹³⁸ Véase 2. Requisitos que ha de cumplir el sujeto causante de la prestación. Pág. 13 a 22.

¹³⁹ Véase 4. Beneficiarios. Pág. 24 a 52.

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 6003/2003 de 12 de mayo de 2003.

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo 5976/2016 de 24 de noviembre de 2016.

¹⁴² MONEREO PÉREZ, José Luis. MORENO VIDA, M^a Nieves. FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio. DE LA CASA QUESADA, Susana. CABALLERO PÉREZ, M^a José. Pensiones, desempleo y previsión social complementaria. Cit. Pág. 194.

Todo esto supone otra excepción a la regla general que consiste en la prescripción de cinco años, que rige en el derecho de la Seguridad Social, regulada en el artículo 53 LGSS.

El hecho de que sea vitalicia consiste en que no goza de un plazo especial de duración, se mantiene hasta que se produzca una de las causas de extinción, salvo la prestación temporal de viudedad¹⁴³.

En los casos en que la causa que genera la prestación sea la desaparición del sujeto causante en un accidente, ésta se deberá solicitar en un plazo de 180 días desde la declaración del fallecimiento (90 días después del accidente), surtiendo efectos desde la fecha del accidente.

Esta regulación parece la más acertada, pues volviendo al fin social que subyace bajo esta prestación, lo más lógico es que una vez declarado el fallecimiento, el pago se retrotraiga al momento del accidente, pues es desde ese momento desde el cual el beneficiario se encuentra en situación de insuficiencia, no desde que se declara el fallecimiento, pues ya ha transcurrido un largo periodo de tiempo. Respecto a que el derecho a solicitarla no se genere hasta el momento de la declaración del fallecimiento y no desde el accidente, considero que es lo más oportuno ya que hay que tener en cuenta que durante la desaparición el sujeto puede aparecer, sin embargo, cuando finalmente se declara fallecido es porque ha pasado un tiempo considerable que presume su muerte.

Si el causante ha desaparecido en circunstancias desconocidas, la solicitud se llevará a cabo al igual que en el procedimiento ordinario, en el plazo de 3 meses desde la declaración de fallecimiento, surtiendo efectos desde la fecha en que se presume que se produjo el hecho causante¹⁴⁴.

En lo que se refiere al plazo, no se entiende por qué en el caso de fallecimiento y declaración de fallecimiento por circunstancias desconocidas existe un plazo de 3 meses para solicitar la prestación, mientras que desde la declaración del fallecimiento se otorga

¹⁴³ MONEREO PÉREZ José Luis, MOLINA NAVARRETE Cristóbal, QUESADA SEGURA Rosa. *Manual de seguridad social*. Cit. Pág. 402.

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 226 y 227.

un plazo de 6 meses. Podría encontrar su fundamento en la espera de que el presunto fallecido pudiese aparecer, pues se conocen los hechos que causaron la desaparición.

En el supuesto en que el supérstite solicita la pensión de viudedad y se le deniega, decidiendo no recurrir y solicitándola por segunda vez. Si en la segunda solicitud se admite, se presenta el problema de conocer qué fecha se tiene que tomar en cuenta a efectos de determinar la retroactividad de tres meses de la que dispone la pensión, si la fecha de la primera solicitud que se denegó o aquella en que se admitió el derecho a percibir la prestación¹⁴⁵. El tribunal Supremo ha establecido que la fecha a tener en cuenta es la primera, apoyándose en que la resolución denegatoria carecía de fundamentos y que no estaba adecuadamente emitida, de lo contrario no se hubiese admitido posteriormente¹⁴⁶.

6.2 Devengo y responsables del pago de la pensión.

Será el Instituto Nacional de la Seguridad Social el encargado de reconocer el derecho a la pensión, mientras que el pago de dicha cantidad le corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social¹⁴⁷.

La pensión de viudedad es de devengo periódico, lo que quiere decir que se percibirá por mensualidades, habiendo dos pagas extraordinarias que se abonarán en junio y noviembre. Siendo el importe de todas las mensualidades homogéneo. Si la causa que genera la pensión son contingencias profesionales las pagas extraordinarias ya se encontrarán incluidas en las pagas ordinarias. El devengo de la pensión no tiene la obligación de comenzar el primer día del mes, lo que supone que si la pensión se comienza a percibir un día distinto al primero, se abonará la cantidad proporcional a los días del mes que quedan. Si se da una de las causas de extinción la cantidad correspondiente al mes en que se produce la baja también se aportará.

Son varios los responsables de abonar la pensión, dependiendo del caso. Cuando la muerte se deba a contingencias comunes le corresponderá a la Entidad Gestora de la

¹⁴⁵ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 157.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1894/2008 de 28 de noviembre de 2007.

¹⁴⁷ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 156 y 157.

Seguridad Social, si se debe a contingencias profesionales le corresponderá a la Entidad Gestora de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En lo que se refiere a la diferencia que se otorga entre el 52 y el 70% en determinados supuestos será responsable también la Entidad Gestora¹⁴⁸.

6.3 Extinción.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967 la pensión de viudedad se extingue por una serie de causas que han ido cambiando según ha transcurrido el tiempo. Pues antes existían causas diferentes como era la causa de observar una conducta deshonesto o inmoral, suprimida tras la aprobación de la Constitución Española. Las causas de extinción en vigor son:

a) El hecho de que el cónyuge viudo contraiga nuevas nupcias cualquiera que sea su forma¹⁴⁹:

Es necesario que la celebración del nuevo matrimonio quede acreditada mediante la correspondiente inscripción en el registro¹⁵⁰ y formalizado en un documento público¹⁵¹.

Esta causa encuentra su justificación en que en el momento en que el beneficiario contrae nuevas nupcias pierde la condición de viudo. Además de que la situación de necesidad en la que se basa la pensión se soluciona gracias a los recursos del nuevo cónyuge.

Existen excepciones a este hecho, se puede mantener la pensión pese a contraer un nuevo matrimonio cuando se den los siguientes requisitos: que el cónyuge viudo sea mayor de 61 años o menor con pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez o minusvalía igual o superior al 65%. Que la pensión de viudedad sea la principal o la única fuente de ingresos. Se entiende que se produce dicha situación cuando el importe anual de la pensión represente como mínimo el 75% de los ingresos entendiendo por tales, tanto los rendimientos de capital como las prestaciones, incluyendo los complementos por mínimos del año anterior al hecho causante. También

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 229, 230 y 231.

¹⁴⁹ Véase 4.1.3 Las formas del matrimonio. Pág. 26 a 29.

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2004 de 15 de noviembre de 2004.

¹⁵¹ Véase 4.1.2 Acreditación de la condición de viudo o viuda. Pág. 25 y 26.

será computable el 70% de la pensión de viudedad, en los casos en que se aplique¹⁵². Y por último, que el matrimonio tenga unos ingresos anuales, incluida la pensión, que no superen dos veces el importe anual del salario mínimo interprofesional establecido en cada momento. En el caso de que se superase esta cifra, el legislador da la posibilidad de reducir esta cantidad para respetar esta última condición y poder acceder a la prestación. No cabe duda que en el caso de que el beneficiario obtuviese una pensión de viudedad por este segundo matrimonio, la pensión que estaba percibiendo se extinguirá. Esta excepción se reguló con motivo de que los ancianos, sobre todo en las residencias, comenzaban una vida en común con otros, y no podían celebrar un nuevo matrimonio o pareja de hecho, pues perdían la pensión, siendo ésta su único medio de vida. Por ello se consideró que era necesaria esta regulación, de modo que se ajustase más a la realidad¹⁵³.

Según lo establecido en la Circular 4/2003 del Instituto Nacional de la Seguridad Social, cuando uno de los requisitos mencionados deje de cumplirse durante la percepción de la pensión, ésta no se extingue sino que se suspende, de tal modo que si vuelve a concurrir dicho requisito volverá a recibir la pensión desde el primer día del mes siguiente a la solicitud. Esto puede parecer injusto, pues si una persona no cumple con uno de los requisitos desde el primer momento no tendrá acceso a la pensión ni aunque posteriormente reúna todos los requisitos. De modo que para equiparar las dos situaciones, y dar un tratamiento equitativo lo más correcto sería que una vez se deje de cumplir alguno de los requisitos se extinga la pensión, no se suspenda.

En caso de que el beneficiario fuese un ex cónyuge por mediar divorcio o separación judicial, el daño económico que se pretende reparar con la pensión es la pérdida de la pensión compensatoria, como ya he dicho¹⁵⁴. De modo que estas personas están limitadas a percibir la pensión en función de si están cobrando la pensión compensatoria o no, mientras que en el supuesto del cónyuge viudo no se exige acreditar ningún requisito económico sino que la situación de necesidad se presume por el mero hecho de producirse la muerte, considerado por muchos discriminatorio. Esto supone que para

¹⁵² RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 248.

¹⁵³ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 248.

¹⁵⁴ Véase 4.2 Ex cónyuge por divorcio, separación o nulidad. Pág. 36 a 45.

algunos autores¹⁵⁵ la no percepción de la pensión compensatoria, ya sea porque nunca se generó o porque una vez adquirida concurre una causa que la extingue distinta a la muerte del beneficiario, sea considerada como una causa de extinción de la pensión, pues no genera el derecho a cobrarla¹⁵⁶. Mientras que otros no la toman en cuenta, pues una determinada situación no puede ser causa de extinción de la pensión cuando ni siquiera ha nacido dicha prestación. La jurisprudencia ha entendido que la inexistencia de pensión compensatoria en el momento del fallecimiento no puede conllevar a la extinción de la pensión de viudedad, ya que se tratan de pensiones diferentes¹⁵⁷.

Si el ex cónyuge es por nulidad del matrimonio, al igual que los ex cónyuges por separación y divorcio el abono de la pensión está supeditado a la percepción de una indemnización por los daños causados con motivo del matrimonio¹⁵⁸, de modo que si no la hay, tampoco se generará el derecho a la prestación de viudedad. En este caso existe una especialidad, si el matrimonio que extingue la pensión de viudedad es declarado nulo posteriormente, el beneficiario tiene derecho a volver a percibir la pensión en la misma cuantía, pues vuelve a adquirir la condición de viudo¹⁵⁹. Circunstancia que se ha discutido por la doctrina alegando que aunque el matrimonio nulo se considera que no ha existido, si que produce ciertos efectos, como es el derecho a la pensión de viudedad.

Lo que lleva a pensar que *“tal posibilidad de rehabilitación de la pensión de viudedad parece limitada al concreto supuesto en que se declara la nulidad del nuevo matrimonio que había dado lugar a la extinción de la pensión.”*¹⁶⁰

¹⁵⁵ ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. Las causas extintivas de la pensión de viudedad. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Primera edición. Granada: Editorial Comares, 2013. ISBN: 978-84-9045-030-7. Pág. 241 a 268.

¹⁵⁶ ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. Las causas extintivas de la pensión de viudedad. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Cit. Pág. 241 a 268.

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Asturias 1995/275 de 17 de noviembre de 1995. Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Extremadura 2000/4238 de 15 de septiembre del 2000.

¹⁵⁸ Véase 4.2 Ex cónyuge por divorcio, separación o nulidad. Pág. 36 a 45.

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 8332/2000 de 28 de julio de 2000.

¹⁶⁰ ARUFE VARELA, Alberto. Nulidad de matrimonio y rehabilitación de pensión de viudedad previamente extinguida (a propósito de una STSUD de 28 de julio de 2000). *Anuario da facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. 2002, número 6. Pág. 855 a 860. ISSN: 1138-039X.

De tal modo que se está tratando de manera discriminatoria a los divorciados, pues éstos no tienen derecho a recuperar la pensión de viudedad que perdieron con el matrimonio, entendiendo que una vez divorciados se encuentran en la misma situación que una persona cuyo matrimonio ha sido declarado nulo. Todo esto lleva a pensar que si la pensión se puede reactivar nos encontraríamos ante un supuesto de suspensión y no de extinción, pero la doctrina indica que de tratarse de un supuesto de suspensión el legislador lo hubiese dejado claro y no lo hubiese incluido dentro de las causas de extinción¹⁶¹.

En el caso de que hubiese concurrencia de beneficiarios y uno de los ex cónyuges viese su pensión extinguida, como regla general la pensión de los demás se vería aumentada proporcionalmente al tiempo convivido con el causante. Pero en el caso de que fuese el cónyuge quien viese extinguida su pensión, establece la jurisprudencia que los ex cónyuges no tienen derecho a este acrecimiento. Otra más de las manifestaciones de desigualdad que presenta esta pensión. Esto se debe a que se considera que tiene mejor derecho a la prestación el cónyuge que el ex cónyuge, y ello se refleja en la reserva del 40% de la pensión que se hace a éste, frente a un porcentaje inferior para los demás.

Lo más lógico es que el acrecimiento se lleve a cabo de oficio, pues los beneficiarios puede que no se conozcan entre ellos, o en caso de conocerse no sepan de sus circunstancias.

b) Que el cónyuge viudo constituya una pareja de hecho con otra persona.

Aquí se produce una equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho, considerándose ambas causas de extinción, teniendo en cuenta que la formación de una pareja de hecho como causa de extinción se aplica solo a las pensiones de viudedad causadas a partir del 1 de enero de 2008.

Del mismo modo, la constitución de una pareja de hecho debe ser acreditada, no sirviendo únicamente la convivencia de la pareja. En un principio existía una corriente jurisprudencial que defendía que la convivencia era motivo de extinción de la pensión de los separados y divorciados, mientras que los cónyuges supervivientes en ese caso mantendrían su derecho. Esto se debe a que la condición de viudo realmente recae en el

¹⁶¹ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 159 y 160.

cónyuge, entendiéndose que tiene mayor derecho a generar la pensión y que se encuentra en una situación mayor de carencia. Finalmente el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional este precepto por la discriminación que conllevaba sin aparente justificación, pues lo único que diferenciaba a estas personas era su estado civil. Además, la simple convivencia de una pareja no demuestra su relación, sino que es la inscripción como pareja de hecho la que constata esta situación, todo esto tuvo como consecuencia que actualmente no sea una razón para extinguir el derecho a la pensión¹⁶². Pero esta declaración de inconstitucionalidad contrajo varios problemas, pues eran varias las pensiones que se vieron extinguidas a causa de ese artículo.

De modo que las sentencias que declaran extinguida la pensión a causa de la convivencia solo pueden ser revisadas si no eran sentencias firmes, o no concurriese circunstancia alguna que impidiese la revisión, o de haberla que sucediese dentro de los 5 años posteriores a la extinción y siempre que la revisión de ésta no perjudique el derecho adquirido por un tercero. Si se cumplen estos requisitos la pensión se reconocerá de nuevo desde la fecha en que se hubiese estimado la primera solicitud, o en la fecha en que se extinguió la pensión. Si hubiese mediado sentencia firme poniendo fin a la pensión, el Tribunal Constitucional declara que no podrá renacer la pensión, pues se trata de una situación consolidada y se vulneraría el principio de cosa juzgada fundamental en nuestro derecho. La seguridad jurídica vería movidos sus cimientos, pues las situaciones afianzadas, comenzarían a carecer de tal consideración. Por ello el Tribunal Supremo se pronunció declarando que en estos casos, podría revisarse la sentencia firme siempre que fuese en contra de una norma con rango de ley o cuando la resolución fuese otra distinta a una sentencia.

La extinción tendrá lugar siempre que la constitución de la pareja de hecho se lleve a cabo de tal modo que dé derecho a percibir otra pensión de viudedad en caso de fallecimiento del cónyuge, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente. Si se dan las circunstancias que permiten el mantenimiento de la pensión, ésta se mantendrá¹⁶³.

¹⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional 125/2003 de 19 de junio.

¹⁶³ ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. Las causas extintivas de la pensión de viudedad. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Cit. Pág. 241 a 268.

c) La declaración de culpabilidad por sentencia firme en la muerte del causante:

La DA primera de la Ley Orgánica 1/2004 también regula esta causa. De tal modo que si el cónyuge viudo es condenado por sentencia firme por haber llevado a cabo un delito doloso de homicidio o lesiones al cónyuge causante, el beneficiario perderá el derecho a la prestación. Salvo que hubiese reconciliación con la víctima, cuando se trata de un delito de lesiones. Esto encuentra su fundamento en que no se puede premiar al autor de un delito con una prestación por la comisión de ese delito. La Orden Ministerial también deja claro que el delito debe ser doloso, por lo que no encuentran cabida los delitos imprudentes, así como los ocurridos por fuerza mayor, ya que lo que se pretende paliar es el beneficio que el autor pretende obtener con el delito.

Lo que no deja claro es si el delito debe haberse producido, o basta con que haya habido proposición, provocación o conspiración. Lo más correcto parece ser que los actos preparatorios punibles también sean considerados a efectos de terminar con el derecho a la prestación, ya que la finalidad es la misma, el hecho de que no se haya producido el resultado, que en este caso es la muerte o las lesiones, no exime de que no hubiese intención de llevarlas a cabo. Es también destacable el hecho de que aunque la ley se refiere al condenado como autor, se presume que también incluye al beneficiario como participante en el delito, pues el propósito es el mismo¹⁶⁴.

Especial consideración tiene cuando el cónyuge supérstite ha inducido al suicidio al causante, en este caso es necesario demostrar que los actos llevados a cabo por el beneficiario han provocado el suicidio, no se da este supuesto cuando el suicida ya ha decidido anteriormente quitarse la vida. O bien, que el beneficiario haya cooperado en el suicidio, de tal modo que sin su intervención no se haya podido realizar, o incluso que no solo coopere, sino que realice el propio acto de matar. En este caso, hay que diferenciar si el homicidio se ha llevado a cabo como un acto de piedad o humanitario, para que el cónyuge deje de sufrir a petición de éste, o con dolo para lucrarse por la muerte. En este caso el legislador ha establecido que en el caso de la eutanasia, se

¹⁶⁴ ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. Las causas extintivas de la pensión de viudedad. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Cit. Pág. 241 a 268.

impondrá una sanción, pero no se extinguirá la pensión, pues el ánimo con que se realizó el acto de matar no es fraudulento, sino un acto de solidaridad con el prójimo¹⁶⁵.

Hay que destacar que la Orden Ministerial a la hora de enumerar las causas hace referencia al beneficiario que causara la muerte o lesiones al causante, independientemente de que fuese hombre o mujer, mientras que la Ley Orgánica 1/2004 se centra en la violencia de género, de modo que se presenta una incongruencia entre las dos leyes. Lo acertado es que se refiera tanto a hombres como mujeres, pues no sería lógico que una persona por su género disfrutara de una pensión habiendo cometido un delito.

En este caso, un sector de la doctrina aboga por la suspensión cautelar de la pensión, mientras que otro deja claro que una vez que el beneficiario es condenado por tales delitos no tiene acceso a la pensión. El ordenamiento considera que se trata de una causa de extinción, entendiéndose que es lo más acorde con el objetivo pretendido¹⁶⁶.

d) Por fallecimiento del beneficiario:

Si hay concurrencia de beneficiarios y la causa de extinción se debe al fallecimiento del cónyuge supérstite, llama la atención que la parte que corresponde a éste no incrementa la de los demás, sino que acrece la cuantía de otras prestaciones por muerte y supervivencia que estén percibiendo los demás familiares, como puede ser la pensión de orfandad que reciban los hijos. La explicación que encuentro a esto, es que se otorga a los familiares a modo de compensación por la pérdida sufrida, pues a los demás beneficiarios no les supone ningún esfuerzo ni sufrimiento dicha pérdida. Esto lleva a preguntarnos si realmente se trata de una causa de extinción, pues si la cuantía se sigue aportando, en este caso a otro beneficiario, realmente no se ha extinguido el derecho. La doctrina mantiene que es una causa de extinción, pues la cantidad que se cobra se integra dentro de otra prestación, de modo que ya no estamos ante una pensión de viudedad, sino ante una prestación de otra naturaleza.

¹⁶⁵ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 252 y 253.

¹⁶⁶ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 232 y 233.

Es importante mencionar que la Orden Ministerial no indica como causa de extinción la reaparición del desaparecido declarado fallecido, cualquiera que fuesen las circunstancias. Lo más correcto es que la reaparición sea considerada una causa más de extinción de la pensión, pues queda claro que no se ha producido el hecho causante. En este supuesto se realiza una matización respecto a la devolución de las cantidades percibidas en concepto de pensión. Así, el supuesto beneficiario deberá devolver la cuantía obtenida de manera general, salvo que la desaparición tuviese como causa un accidente sea o no de trabajo y no hubiese mediado dolo ni fraude por parte del desaparecido, que en este caso se dejará de cobrar la pensión pero no será necesario reintegrar las cantidades recibidas¹⁶⁷.

7. Régimen de incompatibilidades.

Es importante comenzar destacando que la pensión de viudedad es una de las pensiones con mayor compatibilidad, pues el artículo 223.1 LGSS reza así: “*La pensión de viudedad será compatible con cualesquiera rentas de trabajo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 221.*” De modo que es compatible tanto con el trabajo, como con prestaciones contributivas, como la de jubilación o incapacidad permanente a las que el cónyuge supérstite tuviese derecho, en virtud de lo establecido en el artículo 10.1 de la Orden Ministerial de la Seguridad Social de 13 de febrero de 1967.

La compatibilidad se extiende a las rentas sustitutorias del salario, como son la incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo o lactancia, así como el desempleo, también a las indemnizaciones a tanto alzado por incapacidad permanente parcial y a las prestaciones familiares por nacimiento, adopción o acogimiento múltiple de hijos o a partir del tercero. Además de ser compatible con la propia pensión de viudedad, siempre que las cotizaciones acreditadas se superpongan al menos 15 años, lo será con la indemnización especial a tanto alzado y con el auxilio por defunción.

¹⁶⁷ ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. Las causas extintivas de la pensión de viudedad. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Cit. Pág. 241 a 268.

Mencionar también que las prestaciones privadas previstas en los planes de pensiones, y aquellas que las Comunidades Autónomas puedan regular, son también compatibles¹⁶⁸.

Cuando un mismo causante dé lugar a diversas prestaciones por muerte y supervivencia la suma de todas ellas no podrá exceder del importe de la base reguladora que corresponda en función de las cotizaciones efectuadas por el causante, esta limitación se aplicará únicamente en el señalamiento inicial de las pensiones pero no afectará a las revalorizaciones periódicas que procedan¹⁶⁹.

Por último, a diferencia de otras pensiones, también será compatible con la pensión de Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez. En un primer momento eran incompatibles, de tal modo que en el momento en que el beneficiario de la pensión SOVI, adquiría la pensión de viudedad perdía la anterior. Esta situación cambió, tras la Ley 9/2005 de 6 de junio fundamentándose en que no se perdía una renta sino dos, las rentas que aportaba el fallecido antes de su muerte y la de la pensión SOVI. Si la pensión lo que trata de conseguir es que el sobreviviente se encuentre en la misma situación que estaba antes del fallecimiento, es necesario mantener la pensión SOVI, pues de lo contrario no se conseguiría el fin pretendido, seguiría en una posición peor a la anterior.

Respecto a esto, el legislador ha establecido un límite cuantitativo, de tal manera que la suma de ambas pensiones no puede superar el doble del importe de la pensión mínima de viudedad para los beneficiarios de 65 años o más establecida para cada año, si esto sucede la pensión del SOVI se minorará hasta alcanzar el límite establecido¹⁷⁰.

Todo esto, constituye una excepción a la regla general de la Seguridad Social, que es la incompatibilidad de las pensiones. Imponiendo que en caso de tener derecho a dos pensiones, se debe elegir entre una pensión u otra, elección que no es irrevocable, salvo que la ley lo indique expresamente. Pues en el caso de que cambiasen las circunstancias podría serle de más utilidad la pensión no elegida, y denegárselo iría contra la finalidad social de la pensión.

¹⁶⁸ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 235, 236, 237 y 238.

¹⁶⁹ Página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Fecha de consulta: 30 de abril de 2017.

¹⁷⁰ GARCÍA VALVERDE, María Dolores. La cuantía de la pensión de viudedad. Complementos por mínimos y derecho de acrecimiento. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Cit. Pág. 169 a 196.

Esto no supone que no tenga incompatibilidades, que las tiene. Esta pensión es incompatible con el reconocimiento de otra pensión de viudedad durante el mismo periodo, en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas se superpongan al menos 15 años, como ya mencioné más arriba. Pues en el momento en que el beneficiario contrae matrimonio o constituya una pareja de hecho se extingue el derecho a dicha prestación. Aunque esto no siempre sucede así, es el caso del matrimonio que es declarado nulo, el cónyuge que ha visto su pensión extinguida por este matrimonio tiene derecho a volver a percibir la pensión de viudedad, ya que adquiere de nuevo la condición de viudo.

De modo que se llega a la conclusión de que *“sí hay compatibilidad entre la percepción previa de una pensión de viudedad y el reconocimiento posterior de una pensión en favor de familiares al mismo beneficiario. Lo que resulta incompatible es la simultánea percepción de ambas, no el reconocimiento del derecho y la consecuente opción posterior por la de mejor contenido”*¹⁷¹.

También será incompatible con las prestaciones no contributivas, como el subsidio a favor de familiares, pues si lo fuera daría lugar a un exceso de rentas.

Respecto de la prestación temporal de viudedad resulta lógica su incompatibilidad, pues ésta se otorga cuando no se tiene acceso a la pensión de viudedad.

En cuanto a la pensión de orfandad, no es posible la concurrencia de ésta con la pensión de viudedad, pues en el momento en que el huérfano contrae matrimonio, la pierde. Lo que si admite el legislador es la posibilidad de que el cónyuge viudo perciba la pensión de viudedad y su hijo la pensión por orfandad al mismo tiempo. Y que el huérfano cobre la parte de viudedad.

Tampoco se otorga esa posibilidad en los supuestos especiales en que el beneficiario es pensionista de una pensión por incapacidad permanente en grado absoluto o gran invalidez del Régimen Especial de la Minería del Carbón, o cuando está percibiendo una pensión de viudedad extraordinaria por acto terrorista, en estos casos, podrá elegir entre la pensión que más le convenga.

¹⁷¹ GETE CASTRILLO, Pedro. Compatibilidad en la pensión de viudedad en nuestro sistema de Seguridad Social. Algunas ideas para un debate necesario. *Foro de Seguridad Social*. 2001, número 3. Pág. 9 a 15. ISSN: 1578-4193.

Hay que mencionar también en este apartado la pensión compensatoria que se exige para obtener la pensión de viudedad en los supuestos de separación o divorcio¹⁷². La regla general es que ésta se extingue en el momento en que el causante fallece, si excepcionalmente se diese el caso contrario, el beneficiario deberá elegir entre la pensión de viudedad o la compensatoria, no siendo compatibles tampoco¹⁷³.

8. Prestación temporal de viudedad.

Para no dejar desamparadas a aquellas personas cuyo cónyuge ha fallecido, pero no cumplen con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de viudedad porque la duración del matrimonio no llegó a cumplir un año o porque no haya hijos comunes, la Ley 40/2007 ha introducido la prestación temporal de viudedad. Siempre que se cumplan los requisitos del artículo 219 LGS. De modo que el cónyuge superviviente tendrá derecho a una prestación de viudedad por el periodo de dos años, en la misma cuantía que si tuviese derecho a una pensión de viudedad ordinaria¹⁷⁴.

Respecto a esta prestación existe una discriminación y es que no existe prestación temporal de viudedad para las parejas de hecho. Lo cual es incomprensible, pues fue la propia Ley 40/2007 la que introdujo la pensión de viudedad para las parejas de hecho. Esto lleva a plantearnos, si lo que se pretende con esta ley es equiparar los matrimonios con las parejas de hecho, ¿por qué no da esta opción a este tipo de uniones? la explicación que encuentro a esto, es que existe una idea de que esta prestación se otorga a modo de “privilegio” a aquellos que han contraído matrimonio, pues se entiende que es una unión más fuerte y más válida, esto se fortalece al ver que para la pareja de hecho se ponen más impedimentos a la hora de acceder a la pensión¹⁷⁵.

Surge el problema de saber si el beneficiario tiene derecho a la prestación temporal con independencia del momento en que se presente la solicitud, al igual que la pensión de viudedad o en cambio es necesario que la solicitud se presente en el momento del

¹⁷² Véase 4.2 Ex cónyuge por divorcio, separación o nulidad. Pág. 36 a 41.

¹⁷³ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 238 a 242.

¹⁷⁴ TARANCÓN PÉREZ Encarnación, ROMERO RODENAS María José. *Manual de prestaciones básicas del régimen general de la seguridad social*. Cit. Pág. 212.

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 153.

fallecimiento, de manera que si han pasado tres meses desde la muerte ya no se podrá percibir por completo la prestación. La realidad es que este derecho, al igual que el derecho a la pensión de viudedad, carece de prescripción, pero el reconocimiento tiene una retroactividad de tres meses desde la solitud. Por lo tanto si no se solicita en estos tres meses tras el hecho causante, perderá los tres meses correspondientes a la retroactividad y los días que pasen desde los tres meses posteriores a la defunción¹⁷⁶.

En caso de concurrencia de prestaciones por muerte y supervivencia se plantea si los límites establecidos para la base reguladora de la pensión de viudedad operan aquí y si también hay reparto proporcional, nada se regula sobre esto en relación a la pensión de viudedad, lo que deja entrever que sobre esta prestación existe una regulación muy parca. Aplicando analógicamente lo dispuesto para la pensión de viudedad serán compatibles, ya que no tienen la misma naturaleza. Obviamente no será compatible con la pensión de viudedad, pues si cumple con los requisitos exigidos para obtenerla no generara dicha prestación. Se cuestiona si pueden trasladarse las causas de extinción de la pensión de viudedad a la prestación temporal, la ley no establece nada sobre esto, y como se trata de una limitación de derechos parece indicar que no, pues si ya la prestación dura solamente dos años, aplicando estas causas el periodo de percepción se verá reducido y no se conseguirá el objetivo que es sobrellevar el estado de insuficiencia en que se encuentra el beneficiario. Tampoco se tendrá acceso a ésta cuando se dé una de las causas de extinción de la pensión vitalicia, pues queda claro que estas causas extinguen todo tipo de derecho, entendiéndose que la situación de necesidad que se quiere paliar no se mantiene¹⁷⁷. Esta prestación se caracteriza por su finalidad solidaria, pues pretende que aquellas personas que por razones ajenas a su voluntad no se vean desamparadas y sin derecho a ninguna retribución, como puede ser que el hecho de que el sujeto causante haya sufrido una enfermedad, y no haya podido completar los periodos de cotización exigidos. Entiende que estas personas no se merecen quedar excluidas de la pensión, pero también que al no cumplir los requisitos, sería injusto que percibiesen dicha cuantía en las mismas condiciones que aquellos que sí cumplen todos los requisitos, por ello se otorga temporalmente.

¹⁷⁶ DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Cit. Pág. 158 y 159.

¹⁷⁷ RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Cit. Pág. 221 y 256.

CONCLUSIONES:

Una vez realizada la investigación sobre esta pensión cabe extraer las siguientes conclusiones:

1.- Se trata de una prestación que ha sufrido muchos cambios a largo del tiempo, intentando ajustarse a la realidad social existente en cada momento. En un principio se creó con la idea de ayudar a las mujeres que quedaban viudas, ya que nuestra sociedad era un claro ejemplo en que predominaba el patriarcado. A medida que evoluciona la sociedad, se van modificando las normas, pues cambia el concepto de beneficiario, de modo que se entiende que no son las mujeres las únicas que se encuentran en estado de necesidad, sino que también pueden estarlo los hombres, pues estas pueden ser perfectamente la principal fuente de ingresos en una familia, regulando también la posibilidad de que las parejas estén formadas por miembros del mismo sexo. Actualmente ha habido varios cambios, pero no se adapta totalmente a la realidad social, lo que conlleva una necesaria e inminente reforma, pues son muchos los supuestos en que no se encuentra actualizada, sobre todo en lo que se refiere a las nuevas uniones que han surgido recientemente.

Además es importante tener en cuenta las desigualdades que surgen respecto a este tema, ya que no son pocas las veces en las que menciono la infracción del artículo 14 de la Constitución Española.

2.- La siguiente conclusión que se extrae del tema es que existen aún demasiados interrogantes acerca de esta pensión que deben ser resueltos por el legislador con la mayor claridad, sobre todo aquellos temas relacionados con las parejas homosexuales, la violencia de género o las parejas de hecho, cuya regulación está en constante cambio. Aunque la pensión de viudedad es conocida, no lo son tanto los requisitos necesarios para acceder a ella, como es el requisito de percibir una pensión compensatoria en caso de que hubiese mediado divorcio o separación con el sujeto causante; o el hecho de recibir una indemnización en caso de nulidad. Tampoco se conocen los complementos a los que tienen derecho las mujeres por el hecho de haber tenido hijos con el sujeto causante, por lo que es necesaria una regulación más clara, pues aunque existen amplias normas acerca de ello, el acceso a la información se dificulta, pues se encuentra muy dispersa.

Otro dato importante es que las exigencias cambian en función de los años en que acontecieron los hechos, de manera que es necesario tener un gran control sobre esta materia, sobre todo en cuanto a fechas, pues dependiendo de ello se aplicará una norma u otra.

3.- Volviendo a la extensa regulación que contiene nuestro ordenamiento sobre dicha prestación, ya que hace referencia a las posibles situaciones que se puedan dar, da a entender que se encuentra muy controlada, y que se encuentran muy estudiados y tasados los requisitos exigidos que varían en función del estado en que se encuentre el beneficiario y del sujeto causante, como son el periodo cotizado, la existencia de hijos en aquellos casos en que es necesario, la acreditación de la celebración del matrimonio así como de la constitución de la pareja de hecho, el hecho de acreditar un número de años de convivencia etc. Lo que da una idea de que no se otorga al libre arbitrio sino que al exigir tantos requisitos y condiciones lo que pretende es evitar todo tipo de fraude y estafa, como es el caso de los matrimonios de conveniencia.

4.- Se llega a la conclusión también de que lo que pretende el Estado es ayudar a todas las personas que se encuentran en situación de carencia. Como no todos han contribuido del mismo modo, para no generar desigualdades y que el sistema se sostenga, pues de lo contrario sería inviable económicamente para las arcas públicas, se crea una pensión temporal para aquellas personas que no cumplen con los requisitos generales que se exigen, pues ello no quiere decir que no se encuentren en un estado desfavorable.

BIBLIOGRAFÍA:

ALLUEVA AZNAR, Laura. GINÉS FABRELLAS, Anna. La dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2015, número 1. ISSN: 1698-739X.

ALMANSA PASTOR, José Manuel. La protección por muerte en la Seguridad Social española. *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, 1969, número 2. ISSN: 0034-964X.

ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. Las causas extintivas de la pensión de viudedad. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Primera edición. Granada: Editorial Comares, 2013. ISBN: 978-84-9045-030-7.

ALONSO OLEA, Manuel. *Instituciones de Seguridad Social*. Segunda edición. Editorial civitas, 1967.

ALONSO OLEA, Manuel. Sobre la tendencia al carácter asistencial de la protección de la viudedad. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, número 39. ISSN: 1137-5868.

ALVAREZ CORTÉS, Juan Carlos. Sobre los nuevos requisitos de la pensión de viudedad por enfermedad común: antigüedad del matrimonio y convivencia more uxorio antes del deceso. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 2011, número 109. ISSN: 0213-0750.

ARUFE VARELA, Alberto. Nulidad de matrimonio y rehabilitación de pensión de viudedad previamente extinguida (a propósito de una STSUD de 28 de julio de 2000). *Anuario da facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. 2002, número 6. ISSN: 1138-039X.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen. FERNÁNDEZ ORRICO, Javier. FERNÁNDEZ PRATS, Celia. GARCÍA NINET, Ignacio. GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo. GOERLICH PESET, José María. GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración. LÓPEZ GANDÍA, Juan. MIÑARRO YANINI, Margarita. RAMOS MORAGUES, Francisco. DE VICENTE PACHÉS, Fernando. VICENTE PALACIO, Arantzazu. VIQUEIRA PÉREZ, Carmen. *La reforma de la Seguridad Social*. Primera edición. Editorial Tirant lo Blanch, 2009. ISBN: 978-84-9876-385-0.

BALLESTER PASTOR, María Amparo. El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea. *Lex social: revista de los derechos sociales*. 2016, número 1. ISSN: 2174-6419.

BERENGUER ALBALADEJO, Cristina. El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el “matrimonio gitano”. *Derecho privado y Constitución*. 2010, número 24. ISSN: 1133- 8768.

BLASCO RASERO, Cristina. La aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de los beneficiarios de la pensión de viudedad. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 2013, número 121. ISSN: 0213-0750.

BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María. La pensión de viudedad y orfandad: una realidad pendiente de cambio. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. 2007, número 21. ISSN: 1575-3379.

CHANO REGAÑA, Lorena. El derecho a pensión de viudedad del supérstite de una unión de hecho homosexual. *Anuario de la Facultad de Derecho*. 2014, número 31. ISSN: 0213-988X.

DE CASTRO MEJUTO, Luis Fernando. A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. 2008, número 12. ISSN: 1138-039X.

DESDENTADO BONETE, Aurelio. *Acción protectora. Régimen jurídico, garantías. Responsabilidades en materia de prestaciones*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Primera edición. Editorial Bomarzo, 2009. ISBN: 978-84-96721-94-4.

DÍAZ AZNARTE, María Teresa. Multiculturalismo y pensión de viudedad. El reconocimiento de la pensión a las distintas beneficiarias supervivientes de matrimonios polígamos. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Primera edición. Granada: Editorial Comares, 2013. ISBN: 978-84-9045-030-7.

FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. 2015, número 3. ISSN: 2282- 2313.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes. *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*. Tirant lo Blanch, Valencia 2011. ISBN: 978-84-9004-222-9.

GARCÍA NINET, José Ignacio. Comentarios breves al Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social. *Revista General de trabajo y Seguridad Social*. 2006, número 12. ISSN: 1696-9626.

GARCÍA VALVERDE, María Dolores. La cuantía de la pensión de viudedad. Complementos por mínimos y derecho de acrecimiento. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Primera edición. Granada: Editorial Comares, 2013. ISBN: 978-84-9045-030-7.

GETE CASTRILLO, Pedro. Compatibilidad en la pensión de viudedad en nuestro sistema de Seguridad Social. Algunas ideas para un debate necesario. *Foro de Seguridad Social*. 2001, número 3. ISSN: 1578-4193.

GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa María. La pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial. Reformas normativas y últimos criterios jurisprudenciales. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Primera edición. Granada: Editorial Comares, 2013. ISBN: 978-84-9045-030-7.

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen. Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio: interpretación del artículo 174 tras la reforma de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. 2008, número 23. ISSN: 1575-3379.

MANEIRO VELAZQUEZ, Yolanda. La acreditación del vínculo y de la convivencia more uxorio en las parejas de hecho: una aproximación jurisprudencia. *Actualidad laboral*. 2013, número 5. ISSN: 0213-7097.

MONEREO PÉREZ José Luis. MOLINA NAVARRETE Cristóbal, QUESADA SEGURA Rosa. *Manual de seguridad social*. Decimosegunda edición 2016. Editorial Tecnos. ISBN 978-84-309-6993-7.

MONEREO PÉREZ, José Luis. MORENO VIDA, M^a Nieves. FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio. DE LA CASA QUESADA, Susana. CABALLERO PÉREZ, M^a José.

Pensiones, desempleo y previsión social complementaria. *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*. 2017, número 197. ISSN: 2444-3476.

MONEREO PÉREZ, José Luis. RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. Género y Seguridad Social. La Seguridad Social ante las víctimas de Violencia de Género. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. 2017, número 11. ISSN: 2386-7191.

MUÑOZ MOLINA, Julia. Pensión de viudedad: separación matrimonial. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 2008, número 93. ISSN: 0213-0750.

Página web de Javier Sagardoy sobre información laboral.

Página web del Boletín Oficial del Estado.

Página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

POQUET CATALÁ, Raquel. El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. 2013, número 119. ISSN: 0213-0750.

RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo. *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*. Primera edición. Editorial Laborum, 2009. ISBN: 978-84-92602-11-7.

SOTO MOYA, Mercedes. Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad. *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*. 2016, número 3. ISSN: 2444-3220.

TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique. La pensión compensatoria como requisito de acceso a la pensión de viudedad. *Actualidad jurídica iberoamericana*. 2016, número 5. ISSN: 2386-4567.

TARANCÓN PÉREZ Encarnación, ROMERO RODENAS María José. *Manual de prestaciones básicas del régimen general de la seguridad social*. Tercera edición 2016. Editorial Bomarzo. ISBN 978-84-16608-13-3.

VIDA FERNÁNDEZ, Raquel. Pensión de viudedad y violencia de género. Análisis crítico de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Primera edición. Granada: Editorial Comares, 2013. ISBN: 978-84-9045-030-7.

VIQUEIRA PÉREZ, Carmen. La situación protegida en la pensión de viudedad derivada de pareja de hecho. *Actualidad laboral*. 2008, número 18. ISSN: 0213-7097.

ANEXO 5

AUTORIZACIÓN PARA LA REVISIÓN Y PREVENCIÓN DE PLAGIO EN TRABAJO FIN DE GRADO/MÁSTER

Datos del alumno y del trabajo
Nombre y apellidos: Lara Prieto Chamorro.
DNI: 09816621-Z
E-mail: lpriec00@estudiantes.unileon.es
Grado: Derecho.
Título/Tema del Trabajo proyectado: La pensión de viudedad en el Derecho español.
Tutor: Henar Álvarez Cuesta.

El alumno firmante autoriza al Profesor Tutor de su Trabajo Fin de Grado/Máster a cargar la copia digital de sus diversas versiones en la plataforma electrónica Turnitin, herramienta informática para la revisión del trabajo de los estudiantes, la detección de citas incorrectas y la prevención del plagio en su redacción (*OriginalityCheck*[®]).

En León, a 27 de junio de 2017.

Fdo. Lara Prieto Chamorro.