

LAS PRESTACIONES DE MUERTE Y SUPERVIVENCIA A PARTIR DE LA LEY 40/2007, DE 4 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

M.^ª de los Reyes Martínez Barroso

Catedrática de Escuela Universitaria del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

En el presente ensayo se estudian las modificaciones operadas en las prestaciones de muerte y supervivencia por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, a partir de la realidad social existente en nuestro país en la actualidad, «con la finalidad de mejorar la situación de las familias que dependen de las rentas del fallecido», pues el marco de fondo que tradicionalmente ha servido para ordenar esta materia tiene como núcleo central una determinada concepción de la familia, en parte anacrónica, pese al esfuerzo modernizador de algunas reformas y del parecer de los Tribunales. Con la pretensión de futuro de proceder a una reformulación global de la pensión de viudedad, dirigida a que recupere su objetivo de prestación sustitutiva de rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante, en este momento la atención del legislador se ha parado en el acceso a la cobertura de aquellas personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes, en el momento del fallecimiento del causante. Se han modificado las condiciones de acceso a la pensión de viudedad en caso de matrimonio (fundamentalmente en los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante esté ocasionado por una enfermedad común no sobrevenida con posterioridad a la celebración del vínculo y no existan hijos comunes, en los cuales se exige un período reducido

María de los Reyes Martínez Barroso

de convivencia matrimonial y, de no acreditarse el mismo, se concederá una novedosa prestación temporal de viudedad. Se supedita el acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria a que alude el artículo 97 del Código Civil. En caso de concurrencia de beneficiarios se garantiza un importe mínimo a la pensión devengada por el cónyuge o conviviente superviviente en los supuestos de separación y divorcio o, en fin, cabe la posibilidad de que la suma de las pensiones de orfandad y de viudedad pueda rebasar el importe de la base reguladora del causante cuando el porcentaje aplicable para el cálculo de la pensión de viudedad sea del 70%, con el fin de que la aplicación de este último no vaya en detrimento de la cuantía de las pensiones de orfandad. Sin olvidar que la equiparación de las parejas de hecho a las matrimoniales lleva a extender el tratamiento seguido para la viudedad también con respecto al obsoleto auxilio por defunción y a las indemnizaciones a tanto alzado en caso de muerte derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA PENSIÓN DE VIUEDAD.
 - 2.1. La finalidad institucional de la pensión de viudedad. Luces y sombras.
 - 2.2. ¿Pensión vitalicia o subsidio temporal?
 - 2.3. Matrimonio homosexual y pensión de viudedad.
 - 2.4. Configuración normativa del derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio.
 - 2.5. Cuantía.
 - 2.6. La extinción o pérdida de efectos de la pensión de viudedad por la convivencia *more uxorio*.
 - 2.7. El esperado reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho.
3. LA PENSIÓN DE ORFANDAD.
4. APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO.

Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la Ley 40/2007

Listado de abreviaturas:

AA.VV.	Autores varios.	MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
AESS	Asociación Española de Salud y Seguridad Social.	núm.	número.
AL	Revista Actualidad Laboral.	p./pp.	página/s.
art./arts.	artículo/s.	<i>REDT</i>	Revista Española de Derecho del Trabajo.
AS	Revista Aranzadi Social.	RD	Real Decreto.
CC	Código Civil.	RD-Ley	Real Decreto-Ley.
CC.OO.	Sindicato Comisiones Obreras.	<i>RDS</i>	Revista de Derecho Social.
CE	Constitución española.	RETA	Régimen Especial de Seguridad Social de trabajadores autónomos.
CES	Consejo Económico y Social.	RJ	Aranzadi (Repertorio de Jurisprudencia del TS).
cit.	citado.	<i>RL</i>	Revista Relaciones Laborales.
D.	Decreto.	<i>RMTAS</i>	Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
<i>DL</i>	Revista Documentación Laboral.	<i>RTSS (CEF)</i>	Revista de Trabajo y Seguridad Social. Estudios Financieros.
ed.	edición.	ss.	siguientes.
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.	STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.	<i>TL</i>	Revista Temas Laborales.
IPREM	Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples.	<i>TS</i>	Revista Tribuna Social.
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.	vid.	véase.
		vol.	volumen.

1. INTRODUCCIÓN

Bajo el sombrío y equívoco enunciado de «muerte y supervivencia», regula el Capítulo VIII LGSS (arts. 171 a 179) una rama de la acción protectora tan compleja en su estructura como obsoleta, normativa y socialmente, hasta la aprobación de la norma objeto de comentario ⁽¹⁾. De un modo sencillo, por prestaciones de «muerte y supervivencia» cabe entender aquellas técnicas o medidas de protección dineraria que pretenden proteger frente a las situaciones de necesidad económica derivadas para personas dependientes de otra persona —sujeto causante— cuando, habiendo cotizado previamente al sistema ⁽²⁾, fallece y deja a éstas en una situación de presunta o real desprotección. La heterogeneidad de hechos y sujetos implicados determina la ambigüedad y complejidad de la regulación, al punto de que en numerosas ocasiones el legislador parece más preocupado por atender a la compensación del «daño económico» que provoca el fallecimiento que por atender a las reales situaciones de necesidad generadas por el fallecimiento.

Al hallarse englobadas en la genérica categoría de prestaciones por muerte y supervivencia (art. 171 LGSS), viudedad y orfandad —únicas afectadas en esta ocasión por el legislador— presentan múltiples puntos comunes (una y otra protegen frente a una misma contingencia; los requisitos exigidos para su acceso son objeto de tratamiento común; incluso ambas pensiones —aun-

1. Unas primeras reflexiones en BARREIRO GONZÁLEZ, G. y MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: «La pensión de viudedad a debate», *AL*, núm. 20, 2006, pp. 2418-2438, y «La reforma de la pensión de viudedad. A propósito del Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006 y otros temas pendientes», *Revista Práctica mensual Social* (Francis Lefebvre), núm. 125, 2007, pp. 46-51.

2. Como con acierto ha expresado la doctrina, son contributivas, pero más compensatorias que sustitutivas. VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, p. 353.

María de los Reyes Martínez Barroso

que la segunda en realidad es un subsidio— comparten módulo de fijación, esto es, base reguladora y su gestión en buena medida resulta similar). La divergencia fundamental entre una y otra prestación se halla en los concretos familiares objeto de protección en cada caso y beneficiarios de las mismas pues, en el primer caso, se trata del cónyuge —o ex cónyuges del difunto (art. 174.2 LGSS), ahora también el conviviente supérstite— y en el segundo, de cada uno de los hijos, «*cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación*» (art. 175 LGSS). Por ello, un destacado punto de conexión entre viudedad y orfandad consiste en su frecuente concurrencia, al generar el óbito de un mismo causante ambos tipos de prestaciones.

Los datos estadísticos más recientes ponen de manifiesto que la cobertura correspondiente a la viudedad beneficia más a las mujeres que a los hombres ⁽³⁾, y ello, no sólo por la mayor supervivencia de aquéllas, sino también por el menor porcentaje de mujeres trabajadoras que, en consecuencia, pueden causar la prestación en favor de sus parejas. Sin entrar en el análisis de las causas de la menor presencia femenina en la población activa (dedicación al hogar, tardía incorporación al mercado de trabajo, mayor incidencia del paro...), ni de la evolución de la tendencia, conviene, sin embargo, destacar que las modificaciones operadas en las prestaciones de muerte y supervivencia a través de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, van a tener en cuenta «*la realidad social existente en nuestro país en la actualidad con la finalidad de mejorar la situación de las familias que dependen de las rentas del fallecido*» ⁽⁴⁾, pues no debe olvidarse que el marco de fondo que tradicionalmente ha servido para ordenar esta materia tiene como núcleo central una determinada concepción de la familia, en parte anacrónica, pese al esfuerzo modernizador de algunas reformas y del parecer de los Tribunales.

El punto de partida hay que situarlo en la disposición adicional 54.^a de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el

3. Las cifras disponibles sobre distribución por sexo confirman que constituye una prestación fuertemente feminizada. En agosto de 2007 sólo el 6,74% de los beneficiarios de pensiones de viudedad son varones, a la vez que la información disponible sobre cuantías medias reflejan la existencia de un sesgo en función del sexo: 396,99 euros de media para los beneficiarios varones frente a los 506,32 de las beneficiarias por idéntico concepto (datos del INSS).

4. INSS (Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica): «Informe sobre el impacto por razón de género del Anteproyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social», *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, 2007, p. 213.

Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la Ley 40/2007

año 2006, que dirigió un mandato al Gobierno para que presentara ante el Congreso de los Diputados, previa su valoración y análisis con los agentes sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de Ley, dentro de un contexto de reformulación global de la pensión de viudedad ⁽⁵⁾, dirigido a que la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante y posibilite, igualmente, el acceso a la cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes, en el momento del fallecimiento del causante ⁽⁶⁾.

El origen pactado de la reforma —entre las cuatro organizaciones estatales más representativas sin excepción, a diferencia de lo sucedido en relación con otras recientes reformas del sistema de protección social— invita a un mayor optimismo acerca de la eficacia de los objetivos perseguidos, pues la estrategia de consenso con los agentes sociales ha demostrado ser la vía más adecuada a la hora de estructurar las sucesivas modificaciones del sistema de Seguridad Social ⁽⁷⁾.

En materia de supervivencia, las mayores novedades atañen a la pensión de viudedad y, dentro de ésta, a su otorgamiento en los supuestos de parejas de hecho que, además de los requisitos actualmente establecidos para las si-

5. Previamente, en noviembre de 2005, la Secretaría de Estado de la Seguridad Social había elaborado un documento de trabajo y lo había sometido a la consideración de los agentes sociales. El documento en cuestión, titulado «Propuestas de medidas de reforma de la Seguridad Social», aborda, entre otras cuestiones, la necesaria reforma de la pensión de viudedad, abogando por recuperar «*su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de la unidad familiar: matrimonio, familias (parejas de hecho) con hijos en común que dependían en más del 50% de sus ingresos de los del causahabiente y personas divorciadas perceptoras de las pensiones previstas en el Código Civil*». Una crítica de que la concesión de la pensión se vincule a la dependencia económica del causahabiente —fijada como mínimo en un 50% de los ingresos—, pero sin cuantificar éstos, en NAVARRO ROLDÁN, R.: *Pensión de supervivencia: presente y futuro de la pensión de viudedad*, La Ley, Madrid, 2006, p. 298, quien considera que esta situación podría generar de nuevo situaciones de sobreprotección en los supuestos en que los ingresos del causahabiente fuesen elevados y los del beneficiario también, pero, en su conjunto, inferiores al 50%.

6. SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Contenido sociolaboral de la Ley de Presupuestos para 2006 y normas concordantes», AS, núm. 21, 2006, p. 35.

7. SASTRE IBARRECHE, R.: «Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad», AS, núm. 15, 2007 [BIB 2007/2157], p. 9, versión *on line*.

María de los Reyes Martínez Barroso

tuaciones de matrimonio, acrediten una convivencia estable y notoria durante el menos cinco años, así como dependencia económica del sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. La ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hace imprescindible delimitar, si bien exclusivamente a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles identificativos de dicha situación, intentando con ello una aproximación, en la medida de lo posible, a la institución matrimonial. Ello no obstante, habida cuenta la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualdad en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad.

También se introducen modificaciones en las condiciones de acceso a la pensión de viudedad en caso de matrimonio. En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante esté ocasionado por una enfermedad común no sobrevenida con posterioridad a la celebración del vínculo y no existan hijos comunes, se exige un período reducido de convivencia matrimonial y, de no acreditarse éste, se concederá una novedosa prestación temporal de viudedad. Por su parte, el acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria a que alude el art. 97 del Código Civil. Si, mediando divorcio, existiera concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, se garantiza el 40% de la base reguladora a favor del cónyuge sobreviviente o de quien, sin ser cónyuge, conviviera con el causante y cumpliera los requisitos establecidos.

Asimismo, se prevé la posibilidad de que la suma de las pensiones de orfandad y de viudedad pueda rebasar el importe de la base reguladora del causante cuando el porcentaje aplicable para el cálculo de la pensión de viudedad sea del 70% con el fin de que la aplicación de este último no vaya en detrimento de la cuantía de las pensiones de orfandad. Finalmente, la equiparación de las parejas de hecho a las matrimoniales lleva a extender el tratamiento seguido para la viudedad también con respecto al obsoleto auxilio por defunción —que el Gobierno se propone incrementar en un 50% en los próximos 5 años, a razón de un 10% anual, y a partir de ese momento actualizarlo en cada ejercicio económico con arreglo al índice de precios al consumo, ex disposición adicional 10.^a Ley 40/2007— y a las indemnizaciones a

tanto alzado en caso de muerte derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Por último, procede recordar que el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, proponía una modificación en el régimen jurídico de la pensión para los nacidos con posterioridad a 1 de enero de 1967 que implicaría diseñar un régimen jurídico diferenciado para los beneficiarios mayores o menores de 40 años, otorgando a estos últimos —frente a la pensión vitalicia actual— subsidios temporales como cobertura de la situación de necesidad, estableciendo requisitos distintos de acceso dependiendo de la edad y que serían más gravosos para los beneficiarios más jóvenes, a la vez que el grado de dependencia económica respecto del causante, las dificultades objetivas de reinserción o de reincorporación, en su caso, al mercado de trabajo y las cargas familiares, entre otros, podrían ser criterios valorables a la hora de modular dichos requisitos en función de la edad. Dicha propuesta, coherente con la inadaptación del sistema de Seguridad Social a una situación sociológica y familiar muy diferente de la existente en los años sesenta, no deja de resultar «*muy polémica por su propia naturaleza restrictiva y por la alteración que introduce en los esquemas tan largo tiempo arrastrados en la protección de la viudedad en España*»⁽⁸⁾, por lo cual, en ese proceso de «*reformulación global*» o de «*reforma integral*» —en los términos utilizados por la disposición adicional 25.^a de la Ley 40/2007, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo— de la protección social derivada de la viudedad⁽⁹⁾ habrá que tener presentes algunos riesgos ya materializados en otros momentos reformistas habidos en el pasado (como la aparición en cualquier momento del fantasma de la «*alarma social*» ante la alta sensibilidad social y ecos de la ideología y visiones religiosas que en el suelo patrio provoca todo lo que roza con instituciones tales como la familia⁽¹⁰⁾ y

8. SASTRE IBARRECHE, R.: «Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad», cit., p. 17.

9. Que no se acomete en su integridad en este momento sino que se pospone a la realización de un ulterior estudio, en el marco de la Comisión no permanente de valoración de los resultados del Pacto de Toledo, reservándose para los nacidos con posterioridad a «*1 de enero de 1967*».

10. Sobre el particular, GONZÁLEZ DE PUJANA, B.: «Aspectos actuales de la pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social y su conexión con el Derecho de familia», *RL*, 2002, t. I, pp. 1606 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J.: «La incidencia de la institución familiar sobre la legislación laboral», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., dir. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 1370 y ss., o LÓPEZ TERRADA, E.: *El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

María de los Reyes Martínez Barroso

el matrimonio —en los que se enmarca la viudez—) y no restar protagonismo y contenidos a la «protección familiar»⁽¹¹⁾, con la que estrechamente debiera relacionarse la reformada protección de supervivencia, incluso potenciándose se ésta más que aquélla⁽¹²⁾.

2. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

2.1. LA FINALIDAD INSTITUCIONAL DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. LUCES Y SOMBRAS

Los riesgos inherentes al modo en que está regulada la pensión de viudedad⁽¹³⁾, mezclando planos patrimoniales, civiles y de protección so-

11. Ampliamente sobre el tema FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R.: Las prestaciones familiares en el sistema de protección social, Bomarzo, Albacete, 2007.

12. Pues la finalidad y sentido protector de ambas se desenvuelven en un contexto muy similar, si no idéntico: el de favorecer y proteger a la infancia y juventud, por definición dependientes y necesitados en el núcleo familiar. GETE CASTRILLO, P.: «Controversias sobre la pensión de viudedad», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, Laborum, Murcia, 2006, pp. 312-313 y 329.

13. Merecedora de una gran atención por parte de la doctrina. Entre otros estudios que se han ocupado del tema, durante la última década, vid. GARCÍA VIÑA, J. y RIVAS VALLEJO, M.P.: *Las prestaciones de supervivencia en el Sistema de la Seguridad Social*, Cedecs, Barcelona, 1996; SASTRE IBARRECHE, R.: «Protección por muerte en el Régimen General de la Seguridad Social: la necesidad de una reforma», *TL*, núm. 39, 1996, especialmente, pp. 11 y ss.; LEONÉS SALIDO, J.M.: *Las pensiones de viudedad y orfandad*, Comares, Granada, 1998; BLASCO LAHOZ, J.F.: «La última reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia», *TS*, núms. 92-93, 1998, principalmente pp. 13 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad por razón de sexo*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 198 y ss., y «Muerte, supervivencia y protección familiar: situación actual y perspectivas de futuro», cit., pp. 62 y ss.; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La pensión de viudedad en el régimen general de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; FERRERAS ALONSO, F.: «La pensión de viudedad: elementos de reflexión», *TL*, núm. 55, 2000, pp. 123 y ss.; MARTÍNEZ SEPTIÉN, J.F.: *Manual práctico de las prestaciones por viudedad, orfandad y en favor de familiares*, Lex Nova, Valladolid, 2001; GETE CASTRILLO, P.: «Compatibilidad en la pensión de viudedad de nuestro sistema de Seguridad Social», *Foro de la Seguridad Social*, núm. 3, 2001, pp. 9 y ss.; «Controversias sobre la pensión de viudedad», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, Laborum, Madrid, 2006, pp. 275 y ss., y «Prestaciones por muerte y supervivencia: una nueva realidad social», *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, 2007, pp. 110 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas de reforma», *AS*, núm. 14, 2001, pp. 5 y ss.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Protección por muerte y supervivencia: cuestiones pendientes tras la promulgación del Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre», *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 11, 2002, pp. 5 y ss.; GÁRATE CASTRO, J.: *La reforma de las pensiones por muerte y supervivencia*, *Revista Xurídica Galega*, monografías, Santiago de Compostela, 2002; DE LA FLOR FERNÁN-

cial ⁽¹⁴⁾, cuando no incluso morales o de una determinada visión religiosa del área social a que se contrae la protección de esta contingencia llevan a dilucidar cuál es la razón de ser, la verdadera finalidad institucional de la pensión de viudedad ⁽¹⁵⁾.

Hasta la recién aprobada reforma, el régimen jurídico quedaba sujeto a dos factores: período de carencia y matrimonio, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio, partiendo de la aceptación del hecho de que ser viudo/a constituye *per se* una situación de necesidad. Así, es posible compatibilizar la pensión de viudedad con cualquier otra renta procedente o no del trabajo o con otras pensiones de la Seguridad Social, sin que el incremento del patrimonio del viudo/a afecte a la cuantía de la pensión ⁽¹⁶⁾.

DEZ, M.^º L.: *Régimen jurídico de la viudedad*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2002; DÍAZ AZNARTE, M.^º T.: *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch, Barcelona, 2003; ALONSO OLEA, M.: «Las pensiones de viudedad hoy», *TS*, núm. 154, 2003, pp. 9 y ss.; TORTUERO PLAZA, J.L.: «La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del sistema en clave continuista», *RMTAS*, núm. 44, 2003, pp. 44 y ss.; RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Comentarios a los artículos 171 a 179 de la Ley de Seguridad Social», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., dir.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003; CABEZA PEREIRO, J.: *La pensión de viudedad*, BOE, Madrid, 2004; MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, MTAS-La Ley, Madrid, 2004, pp. 8-11; NAVARRO ROLDÁN, R.: *Pensión de supervivencia: presente y futuro de la pensión de viudedad*, La Ley, Madrid, 2006, o BARREIRO GONZÁLEZ, G. y MARTÍNEZ BARROSO, M.^º R.: «La pensión de viudedad a debate», cit., pp. 2418-2438, y «La reforma de la pensión de viudedad. A propósito del Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006 y otros temas pendientes», cit., pp. 46-51.

14. Un análisis del fundamento institucional de la prestación en MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «La pensión de viudedad: ¿compensación frente a la pobreza o compensación por un daño?», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, cit., pp. 377 y ss.

15. Como con acierto ha manifestado recientemente algún autor, «¿Estamos convirtiéndola en un derecho derivado del mero hecho matrimonial? ¿La pensión de viudedad es de naturaleza patrimonial y llega a percibirse socialmente como formando parte de los gananciales? ¿Es un premio a la institución matrimonial o un pago por haber estado casado? ¿O es más bien un mecanismo de protección social que actúa sustitutoriamente conforme al régimen contributivo, cuando cesan los salarios o ingresos del causante? ¿Es, definitivamente, una asignación asistencial para personas necesitadas? ¿Cuál es la causa real a la que debe responder esta, hoy más que discutible, pensión, siendo así que sus mayoritarias protagonistas lo que más persiguen es disponer de derecho propio a pensión —jubilación— de la Seguridad Social?», GETE CASTRILLO, P.: «Situación normativa de la pensión de viudedad: ¿para cuándo el paso de un continuo manoseo a una radical revisión institucional de la contingencia de muerte y supervivencia?», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, cit., p. 51.

16. CRUZ VILLALÓN, J. y DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^º L., en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.^º N., dirs.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, p. 1605.

María de los Reyes Martínez Barroso

La protección se canalizaba monolítica y obsesivamente en torno al vínculo conyugal, además de otras consideraciones formales en torno a la previa situación de alta y período de carencia, de tal forma que del hecho de ser viudo/a se deriva, aun hoy, una presunción *iuris et de iure* de que el sujeto beneficiario se encuentra en una situación de necesidad vitalicia, que sólo se extingue cuando contrae nuevo matrimonio, salvo que cumpla ciertos requisitos asistencializadores (de edad, minusvalía e ingresos). De esta forma, en el sistema español de Seguridad Social prima, hasta la fecha, más un criterio formal que una evaluación real de la situación de necesidad ⁽¹⁷⁾, llegando a afirmar algún autor que la pensión de viudedad se configura como renta de carácter «asegurativo/resarcitorio» ⁽¹⁸⁾, cimentada en un concepto de familia tradicional fundada en el matrimonio y en la dependencia económica de la mujer con respecto al cabeza de familia, desviándose de forma flagrante de los postulados constitucionales ⁽¹⁹⁾.

Impera un estadio normativo —reforzado de modo contundente por una realidad sociológica, económica, laboral y familiar muy distinta a aquélla en que se desenvolvía la mujer al momento de la primera configuración de la pensión de viudedad e, incluso, diferente en alto grado al momento en que se generaliza la compatibilidad del disfrute de la pensión con todo trabajo o con otras pensiones devengadas por el beneficiario— en que resulta una obviedad el desfase absoluto existente entre la configuración normativa de la pensión de viudedad y la lógica que debe tener una medida racional y razonable de protección social ⁽²⁰⁾.

17. CRUZ VILLALÓN, J. y DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.ª L., en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.ª N., dirs.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, cit., p. 1576.

18. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Pensión de viudedad y divorcio», *RL*, 1995, t. I, pp. 93 y ss.

19. Sobre las diferentes teorías apuntadas por la doctrina sobre la función principal de la pensión de viudedad, MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L.: «Problemática jurídica de la nueva pensión de viudedad», en AA.VV., *La nueva pensión de viudedad*, Colex, Madrid, 1986, pp. 76-78.

20. GETE CASTRILLO, P.: «Compatibilidad en la pensión de viudedad...», cit., p. 15. Críticas similares en TORTUERO PLAZA, J.L. y PANIZO ROBLES, J.A.: «La protección por muerte y supervivencia: una ordenación ajena a la realidad social y a los valores constitucionales», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., dir. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., coord.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, cit., especialmente pp. 961 y ss., considerando que esta fosilización normativa se ha producido en tanto cualquier intento de nueva ordenación ha resultado definitivamente desestimado ante la situación de alarma social producida por los intentos de modificación del *status quo*.

La jurisprudencia más reciente ⁽²¹⁾, adhiriéndose a la doctrina que postula su carácter de medio compensatorio frente a un daño y no tanto a su finalidad tuitiva frente a una situación de necesidad, concibe la pensión de viudedad (o asimilada a viudedad si referida a un ex cónyuge superviviente) como una especie de «renta diferida» cuyo título de adquisición es la contribución de los cónyuges —bien por toda la vida en común, bien mientras dura el matrimonio— a la ayuda y socorro mutuos y a la actuación «*en interés de la familia*» a que les obliga el estado de casados (arts. 67 y 68 del Código Civil). Esto es, con las desnaturalizadas institucionalmente prestaciones de viudedad —convertidas por mor de la evolución legislativa, jurisprudencial y fáctica, en mero «*premio matrimonial*», en una técnica de protección de la institución del matrimonio— se intenta compensar «*la pérdida del auxilio implícito en la vida en común*» ⁽²²⁾.

La estructura protectora histórica de esta prestación refería a hombres inválidos y dependientes económicamente y a mujeres normalmente inactivas en la esfera laboral. En la actualidad, el impacto de la muerte del causante (sobre el viudo y la viuda trabajadores y su esfera familiar) sigue siendo el mismo en el corto plazo, la pensión sigue siendo insuficiente y alejada de las rentas participativas del causante. Sin embargo, su carácter vitalicio y su régimen de compatibilidades terminan generando una dosis de superprotección, resultado de aplicar en el presente una legislación basada en las estructuras sociales, familiares e ideológicas de un pasado muy lejano ⁽²³⁾.

La función socioeconómica que cumple hoy la pensión de viudedad no es igual a la que cumpliera en el pasado, ni lo será en el futuro próximo, habida cuenta los visibles y ocultos efectos que sobre la institución de la familia operará el

21. Por todas, STS de 26 de mayo de 2004 (RJ 5419), comentada en MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: «La convivencia *more uxorio* del ex cónyuge divorciado: ¿actúa como causa impeditiva del nacimiento del derecho a la pensión de viudedad? A propósito de la STS 26 mayo 2004», *RTSS* (CEF), núm. 266, 2005, pp. 71 y ss. Exhaustivos estudios sobre la jurisprudencia recaída sobre la pensión de viudedad en SOLÍS PRIETO, C.: «La pensión de viudedad en el siglo XXI: viejos problemas, ¿nuevas soluciones? Análisis de la jurisprudencia recaída en unificación de doctrina (2000-2005)» y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.ª: «Últimas manifestaciones jurisprudenciales sobre la pensión de viudedad», ambos en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social*, cit., pp. 441 y ss. y 389 y ss., respectivamente.

22. A que aludieran las SSTs de 14 y 23 de julio de 1999 (RJ 6803 y 7752).

23. TORTUERO PLAZA, J.L.: «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres. (Un apunte sobre su impacto en el régimen de compatibilidades)», *TS*, núm. 104, 2003, p. 73.

María de los Reyes Martínez Barroso

imparable fenómeno de la inmigración en general —y de la poligamia en particular⁽²⁴⁾—. Como anécdota mencionar que hasta ahora han llegado a los Tribunales casos en que el varón trabaja y tiene varias esposas, fallece y la pensión se reparte entre ellas⁽²⁵⁾. Pero, tarde o temprano, la situación a plantear es que «*alguna de las esposas fallezca y sea trabajadora, ¿tendrá dere-*

24. Cuando «*sus componentes —en un alto porcentaje— no participan ni remotamente de nuestra cultura, sino que la combaten, y además su crecimiento es proporcionalmente mayor que el de nuestros naturales*», por lo cual su función se verá inevitable e inexorablemente alterada. TOVILLAS ZORZANO, J.J.: Prólogo a NAVARRO ROLDÁN, R.: *Pensión de supervivencia...*, cit., p. 4. Sobre la incidencia del matrimonio polígamo en la pensión de viudedad, por todos, DÍAZ MÉNDEZ, A.: «Pensión de viudedad y formas inusuales de matrimonio», *AL*, núm. 1, 2001, pp. 233-245; MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «Reparto de la pensión de viudedad ante supuestos de poligamia», *AS*, 2002, t. IV, pp. 3331 y ss.; DE LA VILLA DE LA SERNA, S.: «Pensión de viudedad y bigamia. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 5, 2004; DEL VAL TENA, A.L.: «Poligamia y pensión de viudedad. A propósito de la extensión del concepto de beneficiario», *AL*, núm. 3, 2003, pp. 47-58; DE NO VÁZQUEZ, M.ª F.: «Poligamia y pensión de viudedad», *AL*, núm. 13, 2004, pp. 1899 y ss.; LABACA ZABALA, M.ª L.: «La familia polígama y pensión de viudedad», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 22, 2004 [BIB 2005/721]; MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «Aspectos críticos de la pensión de viudedad: Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual», *AS*, núm. 10, 2005, pp. 73 y ss.; CHACÁRTEGUI JAVEA, C.: «La pensión de viudedad ante la diversidad social y la sociedad multicultural: la poligamia y las parejas del mismo sexo como supuestos paradigmáticos», en AA.VV., *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H., y QUIRÓS HIDALGO, J.G.: *Inmigración, Religión y Trabajo en Andalucía*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2007, pp. 107 y ss., o PERICÁS SALAZAR, L.: «El matrimonio polígamo y la pensión de viudedad», *AS*, núm. 9, 2007, pp. 129 y ss.

25. En caso de bigamia, numerosas resoluciones han reconocido también como beneficiaria a la segunda esposa que hubiera actuado de buena fe, aplicando como módulo para el reparto de la pensión el habitual del tiempo de convivencia: SSTSJ de Asturias de 30 de noviembre de 2001 (4147); Madrid, de 15 de marzo de 2001 (AS 1735), 26 de diciembre de 2003 (AS 2004, 995) y 31 de mayo de 2005 (AS 1525). No en cambio si la beneficiaria actuó de mala fe, STSJ de Valencia de 15 de mayo de 2001 (RJ 277443). En caso de matrimonios polígamos, descartando la posibilidad de causar dos o más pensiones de viudedad íntegras, las diferentes soluciones aportadas por la doctrina de suplicación pasan por su denegación o concesión dependiendo de la nacionalidad de los causantes implicados y de los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social aplicables. Denegando la prestación de la segunda esposa, por considerar contraria al orden público la ley extranjera aplicable, STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003 (AS 3049) o nulo el segundo matrimonio, STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de junio de 2005 (AS 2454). Distribuyendo la pensión entre las viudas supervivientes, en atención al tiempo de convivencia, STSJ de Madrid de 29 de julio de 2002 (AS 3324) y a partes iguales, STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002 (AS 899) y de Andalucía de 30 de enero de 2003 (JUR 96144). Salvo error, hasta el momento no existe sentencia del Tribunal Supremo que unifique doctrina. En la doctrina, tajante al considerar la imposibilidad de reconocer efectos a la poligamia porque el ordenamiento jurídico patrio la contempla como delito y, por consiguiente, dicho reconocimiento atenta contra el orden público, PERICÁS SALAZAR, L.: «El matrimonio polígamo y la pensión de viudedad», cit., p. 134. Interesantes reflexiones sobre el particular en DIAGO DIAGO, M.ª P.: «Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado», *Revista Aequalitas*, núm. 6, 2001, pp. 6 y ss., o SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía», *RMTAS*, núm. 63, 2006, pp. 249 y ss.

Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la Ley 40/2007

cho su esposo a la pensión aunque esté casado con otras mujeres u hombres si llega el caso? Recuérdese que la pensión de viudedad no se tiene que extinguir siempre que el viudo/a vuelva a contraer nuevas nupcias» ⁽²⁶⁾.

Además, las objeciones a la pensión de viudedad no derivan sólo de haber prescindido en su régimen jurídico del modelo de la pensión de jubilación hasta donde fuera posible una regulación paralela, sino también de haber adoptado una concepción en exceso tradicional de la familia que no ha incorporado las alteraciones sociológicas producidas en los últimos años ⁽²⁷⁾, siendo así que fenómenos como las uniones de hecho exigían sin más demora una contemplación realista en orden a la producción de efectos asimilables a los derivados del vínculo conyugal ⁽²⁸⁾.

Precisamente al objetivo de mejorar la situación de las familias que dependen de las rentas del fallecido y de adecuar la acción protectora del sistema a las nuevas realidades sociales atendía el Acuerdo —actualmente ya tramitado como Ley— sobre medidas en materia de Seguridad Social, firmado entre el Gobierno y las organizaciones patronales y sindicales más representativas ⁽²⁹⁾, conscientes de la necesidad de que el modelo protector se adecúe a la evolución que está experimentando la sociedad española y para cuya consecución destacan el valor del diálogo social y la búsqueda de acuerdos —como ins-

26. RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «La protección a la viudedad: interrogantes, controversias y algunas respuestas», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, cit., p. 425.

27. Ampliamente sobre el particular AA.VV. (GONZÁLEZ ORTEGA, S., coord.): *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999, y MEIL LANDWERLIN, G.: «La pensión de viudedad en el contexto del cambio familiar», *Arbor: Ciencia, Pensamiento y cultura*, núm. 694, 2003, pp. 367-398.

28. DE LA VILLA GIL, L.E.: «Pensiones sociales: problemas y alternativas», en AA.VV., *Pensiones sociales: problemas y alternativas*, t. I, MTAS, Madrid, 1999, p. 13; LABACA ZABALA, M.^ª L.: «La desprotección de la familia no matrimonial por muerte y supervivencia en el sistema español de Seguridad Social: la pensión de viudedad», *La Ley*, núm. 4, 2004, pp. 1915 y ss., o SESMA BASTIDA, B.: «Extensión de la cobertura de la pensión de viudedad ante las nuevas realidades sociales: uniones de hecho y matrimonio homosexual», *AL*, núm. 6, 2005, pp. 620 y ss.

29. Un primer comentario al mismo en GARCÍA NINET, J.I.: «Acerca de lo que pretende el “Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social”», *TS*, núm. 187, 2006, pp. 5 y ss.; PANIZO ROBLES, J.A.: «Un nuevo paso en la Seguridad Social consensuada: el Acuerdo sobre Seguridad Social de 13 de julio de 2006», *RTSS (CEF)*, núms. 281-282, 2006, pp. 125 y ss., o FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «La inminente reforma de las pensiones de Seguridad Social», *RTSS (CEF)*, núm. 288, 2007, pp. 69 y ss.

María de los Reyes Martínez Barroso

trumento adecuado para el diseño y puesta en marcha de medidas eficaces en materia socioeconómica ⁽³⁰⁾—.

Resultaba evidente, por tanto, que los cambios en el sistema familiar y las exigencias de un nuevo modelo constitucional de Seguridad Social aconsejaban una revisión en profundidad de la estructura de la pensión de viudedad —que cuantitativamente ocupa el segundo puesto en importancia, tras la jubilación, en el sistema de pensiones, y únicamente ha visto afectado su régimen jurídico por leves retoques asistencialistas acordes con la subida de mínimos ⁽³¹⁾—, alumbrando una concepción global de la contingencia y un régimen jurídico de su protección acordes con la verdadera realidad social actual y con la finalidad que es propia de la Seguridad Social ⁽³²⁾, parcialmente conseguida con la aprobación de la Ley 40/2007.

A partir de tales postulados hay que replantear con claridad si lo que debe protegerse es el estado civil de viudo/a, o más bien un estado o situación de necesidad de personas dependientes, siquiera transitoriamente, en razón al desequilibrio patrimonial que, normalmente, ocasiona la muerte de un miembro del núcleo económico de convivencia. Es más, cabe cuestionar si la causa de la protección es la mera disminución de ingresos en ese núcleo de convivencia —cualquiera que sea la forma o denominación de éste— o si, por el contrario, resulta exigible que las concretas personas afectadas por la desaparición de ingresos provenientes del causante vivieran claramente a expensas de él ⁽³³⁾.

30. De acuerdo con el marco general de prioridades establecido en la Declaración para el Diálogo Social, suscrita en julio de 2004 por el Gobierno, las Organizaciones Sindicales y las Organizaciones Empresariales.

31. En esta misma línea, el reciente Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social establecía que, «a efectos de la percepción de los correspondientes complementos a mínimos por viudedad para beneficiarios menores de 60 años, la acreditación de una discapacidad igual o superior al 65 por 100 se equipará a la existencia de cargas familiares». No obstante, tal medida no se ha materializado en la práctica y el RD 1764/2007, de 28 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2008, sigue manteniendo diferentes importes para las pensiones de viudedad cuyos titulares tengas cargas familiares (8.619,24 euros/año) y para aquéllos con 65 años o discapacidad en grado igual o superior al 65% (7.399,70 euros/año).

32. GETE CASTRILLO, P.: «Situación normativa de la pensión de viudedad...», cit., p. 45.

33. GETE CASTRILLO, P.: «Controversias sobre la pensión de viudedad», cit., p. 321.

Ya la propia Exposición de Motivos de la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social del año 1997 manifestaba la conveniencia de abordar con mayor profundidad, en un futuro más o menos próximo, la reforma de algunas prestaciones y, en concreto, las de muerte y supervivencia, habiendo llegado a expresar cierto sector doctrinal, especialmente crítico, que la regulación vigente de la pensión de viudedad adolece de todos los graves defectos, lagunas y contradicciones que inevitablemente acompañan a un impreciso y vacilante método reformista ⁽³⁴⁾.

La incorporación del requisito de la situación de necesidad es el factor clave sobre el que necesariamente debe pivotar el régimen jurídico de esta prestación, pues la «dependencia económica» del supérstite —con vínculo actual, o pasado o conviviente de hecho ⁽³⁵⁾— respecto del causante debería erigirse en factor determinante de la prestación ⁽³⁶⁾, evitando de este modo tanto las situaciones de posible sobreprotección como las de infraprotección extrema.

Entre las primeras cabe incluir todo supuesto en el cual no exista una material situación de necesidad económica ocasionada directamente por el fallecimiento del causante, tal como es dable presumir en los casos del varón o mujer en cuya situación económica no repercute negativamente la muerte, cuando menos significativamente ⁽³⁷⁾, o en quien percibe la pensión de viude-

34. GONZALO GONZÁLEZ, B.: «La renovación del 'Pacto de Toledo' y el futuro de las pensiones: apunte crítico y propuestas para la reforma de la viudedad», *RL*, núm. 19, 1999, p. 45. Un estudio de las reformas operadas en los últimos años en GARCÍA MURCIA, J. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Las modificaciones en el régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia», *Información Laboral: Legislación y convenios colectivos*, núm. 20, 2002, pp. 5-16, y BLASCO LAHOZ, J.F.: «El RD 1645/2001, de 27 de diciembre: una reforma incompleta del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia», *TL*, núm. 66, 2002, pp. 233-258.

35. Ampliamente al respecto, entre muchos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad por razón de sexo*, cit., pp. 202 y ss.

36. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^ª L.: «Efectos de la convivencia extramatrimonial sobre la pensión de viudedad: la problemática aplicación de la causa de extinción "vivir maritalmente con otra persona" contenida en el artículo 101 del Código Civil», *AS*, 2003, t. II, p. 2979.

37. Cuando el beneficiario es una persona distinta del causante, del que puede estar completamente desvinculado (como puede suceder en caso de separación, de hecho o judicial, o divorcio), en algunas ocasiones no sólo no hay una situación de necesidad sino que ni siquiera se están sustituyendo rentas, reales ni potenciales, porque el beneficiario no las percibía antes del fallecimiento del causante, ni pudo llegar a percibirlos. Es el supuesto en el que ambos cónyuges trabajan, se separan, de hecho o judicialmente, sin que ninguno de ellos abone cantidad alguna al otro y posteriormente uno fallece y al otro se le reconoce una prestación de viudedad. Incluso, como con acierto ha señalado la doctrina, puede producirse un doble enriquecimiento del be-

María de los Reyes Martínez Barroso

dad no obstante su convivencia *more uxorio*, que hasta la reforma comentada no veía extinguido su derecho a pensión.

La infraprotección se detecta particularmente en el caso de la pensión compartida, por el lado del cónyuge que lo es al momento del hecho causante, ya que es él quien, presumiblemente, sufre los efectos económicos negativos derivados del fallecimiento del causante, y cuya reparación aborda la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social. También en los supuestos de concurrencia de la viudedad con varias pensiones de orfandad ⁽³⁸⁾ o, más aún, en el caso de las personas que sufren tales pérdidas materialmente, pero que, por no estar equiparado el trato de protección prestacional de las uniones de hecho a la dispensada a las uniones matrimoniales, recibían un injusto trato que por fin ha encontrado solución ⁽³⁹⁾.

En definitiva, la toma en consideración de la necesidad económica debería llevar en ciertos casos, al igual que en otras experiencias comparadas, a no reconocer derecho a pensión alguna al ex cónyuge que no dependa económicamente del causante, de modo que, la denominada por algunos «pensión de supervivencia» debería tener un doble objetivo: a) favorecer la suficiencia de la ayuda otorgada, elevando la cuantía de las prestaciones, a través de diversos niveles, en aquellos casos en los cuales el miembro de la unión —sea ésta matrimonial o no— acreditara una verdadera situación de necesidad; y b) eliminar la protección cuando el sobreviviente, teniendo en cuenta las cargas familiares, gozase de autonomía financiera.

Bien entendido que con estas reglas —propuestas unas *de lege ferenda* y otras ya aprobadas al gozar de consenso en el marco del diálogo social— no se pretende, en ningún caso, asistencializar la protección contributiva ⁽⁴⁰⁾,

beneficiario: si ambos cónyuges trabajan, se separan, uno le abona al otro una pensión compensatoria (debido a la diferencia de rentas) y posteriormente fallece el receptor de esta pensión compensatoria. En tal caso, 1.º) el cónyuge que abonaba la pensión compensatoria ya no tiene que pagarla y, 2.º) además, percibe una pensión de viudedad. MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «La pensión de viudedad: ¿compensación frente a la pobreza o compensación por un daño?», cit., p. 378.

38. Sobre el particular, ampliamente, FERNÁNDEZ PROL, F.: «Dificultades ligadas a la concurrencia de las pensiones de viudedad y orfandad», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social*, cit., pp. 333 y ss.

39. GETE CASTRILLO, P.: «Compatibilidad en la pensión de viudedad...», cit., p. 15.

40. Algunas propuestas doctrinales postulan la creación de una pensión de supervivencia «no contributiva» —cuya cuantía sería fijada anualmente de la misma forma que las demás pensiones asistenciales—, destina-

sino utilizar criterios para baremar su carácter temporal o definitivo y la duración, en su caso ⁽⁴¹⁾.

En cualquier caso, aspecto clave de la prometida reforma integral será el obligado y merecido respeto a los derechos pensionísticos ya consolidados y la correspondiente introducción de un detallado y calculado derecho transitorio para «*que no sufran en demasía las expectativas en avanzado proceso de maduración en razón al modo tradicional de convivencia que perdura en ciertos segmentos de población, ni se susciten exageradas reacciones viscerales frente al modelo de protección futura que la reforma debe perfeñar, con una gradual implantación en el tiempo, tal vez por bloques de edad*» ⁽⁴²⁾.

2.2. ¿PENSIÓN VITALICIA O SUBSIDIO TEMPORAL?

Teniendo en cuenta que la pensión de viudedad debería otorgar protección a la situación económica en la que queda el cónyuge del causante al fallecer éste, cabría plantear la posibilidad de que las pensiones en favor del cónyuge superviviente tuvieran —a diferencia de lo que ha sucedido hasta la actualidad en que la pensión se concedía con carácter vitalicio— carácter temporal o definitivo, dependiendo de la edad del beneficiario, de su situación de activo (o de las posibilidades de reincorporación al mercado de trabajo) y/o de su volumen de ingresos de cualquier naturaleza ⁽⁴³⁾.

da a quienes no pudieran acceder a la modalidad contributiva por falta de acreditación del período carencial. La creación de esta pensión tendría que venir acompañada de una reforma legislativa respecto a la tasación de las situaciones asimiladas al alta, de forma que a la prestación solamente se accediese estando en alta o en situación asimilada al alta, pero restringiendo la llamada teoría flexibilizadora y humanizadora que ha impuesto el Tribunal Supremo con respecto a las situaciones asimiladas al alta, así como un aumento del período carencial necesario para tener derecho a la prestación contributiva —en cuyo caso, a medida que aumentase el período carencial requerido se estaría desplazando al colectivo de la prestación contributiva hacia la no contributiva, de forma que su establecimiento permitiría evitar la puesta en peligro de las fuentes de financiación—. NAVARRO ROLDÁN, R.: *Pensión de supervivencia...*, cit., p. 295, y GETE CASTRILLO, P.: «Controversias sobre la pensión de viudedad», cit., p. 332.

41. TORTUERO PLAZA, J.L.: «Reflexiones sobre la Seguridad Social y su reforma: del compromiso político a la reforma legislativa», *TS*, núm. 107, 1999, p. 21.

42. GETE CASTRILLO, P.: «Controversias sobre la pensión de viudedad», cit., p. 321.

43. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Protección por muerte y supervivencia: cuestiones pendientes...», cit., p. 18.

María de los Reyes Martínez Barroso

Cierto sector doctrinal ha postulado un denominado «subsidio de supervivencia», que estaría pensado para resarcir temporalmente la pérdida de ingresos producida en la pareja, del cual podrían ser beneficiarios quienes, cumpliendo los requisitos generales, superasen el límite de rentas establecido para ser perceptor de la pensión de viudedad y cuya duración estaría en función de los ingresos ⁽⁴⁴⁾.

Actualmente, en los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común —no sobrevenida tras el vínculo conyugal—, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternatively, la existencia de hijos comunes, salvo que en la fecha de celebración del vínculo se acreditara un período de convivencia *more uxorio* con el causante que, sumado al de duración del matrimonio, alcanzara los dos años.

De no acreditarse tales requisitos, la Ley 40/2007 recepciona por vez primera la figura de la «prestación temporal» —en el Acuerdo se hablaba, de forma no muy correcta, de «pensión temporal» cuando técnicamente se trata de un subsidio— con una duración bianual, a semejanza de ciertas prestaciones a favor de familiares y en la línea de algunas propuestas de reforma hace tiempo desechadas o de algunos ordenamientos comparados ⁽⁴⁵⁾. Como con acierto ha señalado la doctrina, dicha medida implica ahondar en la tantas veces criticada diferenciación entre riesgos comunes y profesionales, a través de una fórmula con la cual se pretenden evitar los matrimonios de conveniencia ⁽⁴⁶⁾, pues no puede ser ocultada la potencial utilización fraudulenta de ciertas modalidades de matrimonio canónico —matrimonio *in articulo mortis* o el reconocimiento de efectos civiles a la declaración de nulidad matrimonial efectuada por parte de tribunales eclesiásticos y basada en causas no contenidas en la legislación civil ⁽⁴⁷⁾— a efectos de lucrar la pensión.

44. NAVARRO ROLDÁN, R.: *Pensión de supervivencia...*, cit., pp. 292 y 294. Un planteamiento parcialmente distinto en GETE CASTRILLO, P.: «Controversias sobre la pensión de viudedad», cit., p. 330.

45. Países como Suecia, Finlandia, Suiza, Noruega o Hungría exigen cinco años de matrimonio o de convivencia; Dinamarca, dos y uno Alemania, Bélgica, Portugal y Luxemburgo.

46. SASTRE IBARRECHE, R.: «Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad», cit., p. 12.

47. STS, Civil, de 23 de noviembre de 1995 (RJ 8433). A la vez que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no ha puesto impedimento a alguna de dichas situaciones a la hora de causar derecho a la pensión de viu-

En definitiva, si la muerte del causante obedece a enfermedad común preexistente al vínculo matrimonial y no se acredita, bien la duración mínima del matrimonio —en los términos vistos—, bien la existencia de hijos en común, podrá causarse derecho a esta prestación, cuya cuantía será igual a la de la hipotética pensión de viudedad que no se generó y su duración, dos años. No obstante, no se concederá este subsidio en el ámbito de la convivencia *more uxorio* no seguida de matrimonio.

2.3. MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y PENSIÓN DE VIUEDAD

En los últimos años se han producido reformas en materia legislativa que han afectado al régimen jurídico de la pensión, bien sea para adecuarla al mandato constitucional del art. 14, bien sea por los cambios legales experimentados en otras ramas del derecho (como la modificación del art. 44 del Código Civil en lo referente al derecho a contraer matrimonio entre sí a personas de igual sexo). Pero todas ellas no han supuesto una verdadera revisión de la prestación, sino únicamente modificaciones en el alcance económico de la misma o en los requisitos para acceder a la protección.

Resulta oportuno abordar, siquiera brevemente, la situación generada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio ⁽⁴⁸⁾. Como expresa su tenor literal, «*tendrá los mismos requisitos y efectos el matrimonio cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*», es decir, se está posibilitando y, por tanto, equiparando, el matrimonio entre personas hetero y homosexuales. Consecuentemente, resulta aplicable idéntico régimen jurídico de la pensión de viudedad a los cónyuges supervivientes de los matrimonios homosexuales. Sin entrar a realizar en este momento una valoración sobre la idoneidad o no de la denominación de la nueva institución ⁽⁴⁹⁾, lo cierto es que su regu-

dedad, STS de 28 de julio de 2000 (RJ 8332) y de 29 de mayo de 2001 (RJ 5456). Sobre el particular, interesantes reflexiones en SEOANE GARCÍA, A.: «Pensión de viudedad y matrimonios irregulares», *RDS*, núm. 27, 2004, pp. 143-144.

48. BOE 2 de julio de 2005.

49. Sobre el particular, entre otros, LÓPEZ AGUILAR, J.F.: «Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho civil en materia matrimonial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, 2005,

María de los Reyes Martínez Barroso

lación normativa supone un gran acierto al permitir dar amparo, desde el punto de vista de la pensión de viudedad, a una situación que carecía de tal ⁽⁵⁰⁾. Desde una perspectiva constitucional, la orientación sexual debe ser abordada a partir del principio de igualdad y de los derechos y libertades reconocidos en la Carta Magna, de manera que si a los homosexuales se les posibilita acceder al matrimonio quedan colocados en un plano de igualdad jurídica que les permitirá causar o lucrar la pensión de viudedad.

Parece claro, por tanto, que las parejas homosexuales que contraigan matrimonio —y ahora también las parejas de hecho ⁽⁵¹⁾— podrán acceder a la pensión de viudedad, habiendo abordado ya la Ley 40/2007, de Medidas en materia de Seguridad Social, el espinoso tema de qué sucederá con las parejas de hecho en las que haya fallecido uno de sus miembros y no hayan podido contraer matrimonio porque la legislación no se lo permitía ⁽⁵²⁾. En concreto, la disposición adicional 3.^a reconoce el derecho a la pensión de viudedad «*con carácter excepcional*», aunque el fallecimiento del causante hubiera tenido lugar antes de la entrada en vigor de la reforma prevista, reuniendo cuatro requisitos concurrentes (1. No haber podido causar derecho a pensión de viudedad; 2. Convivencia ininterrumpida durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste; 3. Que medien hijos comu-

pp. 1-5, o LÓPEZ TENA, A.: «Reformas civiles: el matrimonio entre personas del mismo sexo, separación y divorcio», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, 2005, pp. 8-9.

50. Sobre los posibles efectos de la modificación, SESMA BASTIDA, B.: «Extensión de la cobertura de la pensión de viudedad ante las nuevas realidades sociales: uniones de hecho y matrimonio homosexual», cit., pp. 620-630.

51. Sobre el particular, entre otros, vid. NAVARRO ROLDÁN, R.: «Uniones extramatrimoniales y Seguridad Social: especial referencia a la pensión de viudedad», *Revista Técnico Laboral*, vol. XVIII, núm. 67, 1996, pp. 93 y ss., o AA.VV.: *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial (Consejo General del Poder Judicial), Madrid, 2003.

52. Postulando tal idea, NAVARRO ROLDÁN, R.: *Pensión de supervivencia. Presente y futuro de la pensión de viudedad*, cit., p. 133; BLASCO RASERO, C.: *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 137 y ss.; CABEZA PEREIRO, J.: *La pensión de viudedad*, cit., p. 16; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Seguridad Social y protección familiar», *RMTAS*, núm. 59, 2005, p. 45; GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: «Pensión de viudedad y la nueva Ley de matrimonios homosexuales», *RL*, núm. 3, 2006, p. 22, o «El derecho transitorio en la pensión de viudedad de los homosexuales», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social...*, cit., pp. 457 y ss. De interés general para estas cuestiones, QUINTERO LIMA, M.^a G.: *Derecho Transitorio de Seguridad Social, La Ley/Instituto de Seguridad Social «Juan Luis Vives»*, Madrid, 2006.

Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la Ley 40/2007

nes —aunque hayan fallecido, también habrá que entender—, y 4. Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social), corrigiendo así situaciones verdaderamente preocupantes y, con seguridad, injustas, fruto de la rígida aplicación jurisprudencial del requisito del vínculo conyugal para el acceso a la pensión de viudedad. Dicha posibilidad queda sujeta, no obstante, a una importante previsión en materia de plazos para la tramitación de las solicitudes, que deberán presentarse *«en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley»*, tratando así de evitar problemas similares a los que, en su día, generó la regla 2.^a de la disposición adicional 10.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

Con anterioridad a esta solución legal, algunos pronunciamientos recientes habían comenzado a reconocer el acceso a la pensión de viudedad al conviviente supérstite que no había podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación vigente, al entender que es posible aplicar análogicamente la disposición adicional 10.^a de la Ley 30/1981 ⁽⁵³⁾, llegando a tal conclusión en virtud de una aplicación retroactiva de la norma o de una interpretación flexibilizadora de los requisitos de la LGSS para el reconocimiento de la pensión ⁽⁵⁴⁾, de modo similar a lo ocurrido en aquellos supuestos en que uno de los integrantes de la pareja era transexual y el fallecimiento se había produci-

53. En la doctrina, GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: «Pensión de viudedad y la nueva Ley de matrimonios homosexuales», *RL*, núm. 3, 2006, pp. 21-23.

54. Con anterioridad a la aprobación de la Ley 13/2005, la STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2005 (AS 1896) había denegado la pensión de viudedad al miembro de una pareja de hecho homosexual que no pudo contraer matrimonio, indicando expresamente que corresponde al legislador establecer el posible acceso a la pensión de viudedad mediante disposición expresa y, en tanto la misma no se produzca, se ha de aplicar la legislación vigente. Recientemente, tras la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que permite la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo y hace posible el acceso a la pensión de viudedad de los viudos, viudas y excónyuges de matrimonios homosexuales, las SSJS núm. 33 de Madrid de 14 de noviembre de 2005 (AS 2006/964) o núm. 3 de Palma de Mallorca de 26 de enero de 2006 (AS 581) otorgan la pensión de viudedad a personas que convivían con otra sin contraer matrimonio por impedimento legal, considerando el último pronunciamiento que *«ninguna razón convincente existe para hacer de mejor derecho, en relación con las prestaciones de viudedad, a las parejas heterosexuales a la entrada en vigor de la Ley del Divorcio, que a las parejas homosexuales a la entrada en vigor de la Ley 13/2005. Y si entonces se tuvo en cuenta la imposibilidad de los heterosexuales de sustanciar el vínculo por impedimento legal antes de la muerte del causante, lo mismo debe predicarse respecto de los homosexuales tras la entrada en vigor de la Ley que les equipara a los heterosexuales a efectos del matrimonio»*. En idéntico sentido, SJS núm. 1 de Arrecife de 28 de junio de 2006.

María de los Reyes Martínez Barroso

do antes de celebrar el matrimonio, a falta de sentencia firme confirmatoria del cambio de sexo ⁽⁵⁵⁾.

No obstante, según cierto sector doctrinal, la solución acertada era la contraria ⁽⁵⁶⁾. El legislador muestra cierto empeño en señalar la equiparación del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo con el matrimonio contraído por personas de sexo distinto y es indudable que esa equiparación ha de evidenciarse en el hecho de que el matrimonio produzca unos únicos efectos con independencia de cual sea el sexo de sus integrantes, «*pero nada más (y nada menos)*», sin que esa equiparación pueda alcanzar a previsiones que, en puridad, no puede decirse que formen parte del régimen jurídico del matrimonio y que, además, como es sabido, fueron establecidas con un claro y confesado carácter transitorio y provisional ⁽⁵⁷⁾. A partir de esta interpretación, algún pronunciamiento ha entendido que no es de aplicación la excepción prevista en la disposición adicional 10.^a de la Ley 30/1981, ya que las parejas del mismo sexo no tenían posibilidad alguna de acceder a la institución del matrimonio antes de la Ley 13/2005, de forma que su unión o convivencia no era el resultado de que uno de ellos no pudiera casarse, sino que la constitución de esa pareja o unidad de convivencia no era aceptada legalmente para configurar el matrimonio ⁽⁵⁸⁾.

55. STSJ de Canarias de 7 de noviembre de 2003 (AS 3635), comentada por FERREIRO REGUEIRO, C.: «Pensión de viudedad a favor de un transexual que no pudo contraer matrimonio con el fallecido por falta de sentencia firme declaratoria del cambio de sexo», AS, 2003, t. V, pp. 472 y ss., o SJS núm. 3 de Palma de Mallorca de 26 de enero de 2006 (AS 1256).

56. «Ni su redacción original, ni su naturaleza formal como disposición adicional, ni la alusión a criterios "humanizadores" en la aplicación del ordenamiento de la Seguridad Social, ni el principio de igualdad» justifican la aplicación de tal disposición. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Sobre el reconocimiento de la pensión de viudedad a los supervivientes de parejas del mismo sexo que no han formalizado su matrimonio antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social...*, cit., p. 477.

57. Considerando que no existe la justificación necesaria para arbitrar una medida tan excepcional como la de incluir una cláusula de alcance retroactivo que permita el acceso a la pensión de viudedad a los convivientes que no pudieron contraer matrimonio con el sujeto causante por fallecer éste antes de producirse la entrada en vigor de la Ley 13/2005, VIQUEIRA PÉREZ, C.: «Pensión de viudedad y matrimonio homosexual. A propósito de la sentencia del JS núm. 33 Madrid de 14 de noviembre de 2005», *AL*, núm. 14, 2006, pp. 1714 y ss.

58. STSJ de Madrid de 18 de septiembre de 2006 (AS 3427), revocando la pronunciada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de 14 de noviembre de 2005 (AS 2006/964), al entender que con carácter general no se puede entender que el legislador, en la Ley 13/2005 haya querido amparar las uniones de parejas del mismo sexo en las que un miembro de la misma falleció antes de su promulgación y, en consecuencia, la convi-

Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la Ley 40/2007

Por lo demás, al producirse la plena equiparación con la nueva legislación, ya es posible asistir a situaciones de crisis matrimonial derivadas de dichas uniones a las que, obviamente, habrá de dar idéntico tratamiento, por lo cual un único causante podrá generar varias pensiones de viudedad a favor de personas de diferente sexo.

2.4. CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD EN LOS SUPUESTOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

El sujeto beneficiario del derecho a la pensión de viudedad es el cónyuge superviviente varón o mujer y ahora también el conviviente de hecho. Para su determinación es conveniente atender a las diferentes situaciones que pueden darse desde el punto de vista de los estados civiles: continuidad del matrimonio válidamente contraído —sin que goce de tal consideración el celebrado según los usos y costumbres gitanas⁽⁵⁹⁾, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el celebrado por el rito de la Iglesia Evangélica de Filadelfia⁽⁶⁰⁾—, separación o divorcio y nulidad matrimonial a la que habrá que añadir la cada vez más real posibilidad de matrimonios múltiples y simultáneos, por parte de personas que procedan de culturas en las que es legal la poligamia prohibida en España.

En un sistema de Seguridad Social con fuertes connotaciones contributivas, las situaciones de separación y divorcio pueden tener graves repercusiones sobre la situación del ex cónyuge o cónyuge viudo/a. Las consecuencias que

vencia se encontraba ya extinguida, como tampoco se puede afirmar que esa falta de protección vulnere el art. 14 CE. En idéntico sentido, SSTSJ de Madrid de 15 de marzo y 31 de mayo de 2007 (JUR 214881 y 252779).

59. SSTSJ de Cataluña de 7 de octubre de 1999 (AS 4205) y 12 de diciembre de 2002 (AS 2003, 422) y de Madrid de 7 de noviembre de 2002 (AS 3376) y 10 de octubre de 2003 (Rec. 860/2003). La reciente STCo 69/2007, de 16 de abril (RTC 2007/69) —comentada por ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad», AS, núm. 10, 2007, prestando especial atención al voto particular— viene a reforzar la línea interpretativa de la doctrina de suplicación, considerando que no vulnera el derecho de no discriminación por razón de raza o condición social la denegación de la pensión de viudedad a una mujer casada con el causante sólo de acuerdo con los usos o costumbres gitanos.

60. Habiendo de distinguirse entre la plena producción de efectos civiles —cosa que no sucede en los supuestos de matrimonios no inscritos— y la generación de efectos «prestacionales» frente al INSS, como reconoce la STS de 15 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 2170).

María de los Reyes Martínez Barroso

estas situaciones provocan a efectos de Seguridad Social fueron tratadas por el legislador español en la disposición adicional 10.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, denominada Ley del Divorcio. Dicha disposición normativa ha sido enérgicamente criticada por la doctrina ⁽⁶¹⁾, fundamentalmente por su carácter oscuro, ambiguo y provisional, por sus imprecisiones técnicas y por su inadecuación al sistema de Seguridad Social, ya que la solución normativa de la norma civil se basa en un sistema típicamente contributivo, mientras que el sistema interno de Seguridad Social, aunque influido por los principios contributivos del modelo germánico, parte de planteamientos distintos, concretamente en la pensión de viudedad, que hasta la entrada en vigor de la Ley del Divorcio se fundaba principalmente en el vínculo matrimonial y en la convivencia —y dependencia económica— de los beneficiarios con el sujeto causante ⁽⁶²⁾.

Tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981, aunque el estado civil continúa siendo el eje determinante para la obtención de pensiones de viudedad, se incide de forma decisiva en los requisitos necesarios para su atribución, pues aunque no se suprime el requisito del vínculo matrimonial, se crea un nuevo concepto de vínculo al asimilar las situaciones de ruptura matrimonial, esto es, separación y divorcio, al concepto de viudo/a, de tal forma que no se va a exigir que el vínculo sea actual, en el momento en que se produce el hecho causante, sino que haya existido en algún momento antes del fallecimiento ⁽⁶³⁾

61. Ampliamente al respecto, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Divorcio vincular y derecho a pensión de viudedad (Comentario a la STCT de 17 de septiembre de 1980)», *JSSS*, 1981, t. II, pp. 287 y ss., y «Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, cit., pp. 8-11; RODRÍGUEZ SANTOS, B.: «La pensión de viudedad tras la legalización del divorcio», *AL*, 1985, t. II, pp. 1031 y ss.; GOERLICH PESET, J.M.^á: «La protección por viudedad en los supuestos de separación y divorcio», *RL*, 1988, t. II, pp. 492 y ss.; GALA DURÁN, C.: «El derecho a la pensión de viudedad en los casos de nulidad, separación y divorcio: La nueva regulación del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social», *AS*, núm. 9, 1998, pp. 249 y ss., o DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^á L.: «Efectos de la convivencia extramatrimonial sobre la pensión de viudedad: la problemática aplicación de la causa de extinción “vivir maritalmente con otra persona” contenida en el art. 101 del Código Civil», cit., pp. 2971 y ss.

62. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^á L.: «Efectos de la convivencia extramatrimonial sobre la pensión de viudedad: la problemática aplicación de la causa de extinción “vivir maritalmente con otra persona” contenida en el artículo 101 del Código Civil», cit., pp. 2971 y ss.

63. Interesantísimas al respecto las reflexiones de CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: «El matrimonio como “presupuesto” del derecho a la pensión de viudedad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, cit., pp. 35 y ss.

y, por lo tanto, puede accederse a la pensión de viudedad desde dos situaciones distintas: el matrimonio y la situación de separación o divorcio.

Es decir, se produce una extensión del derecho a la pensión, manteniéndose la relación jurídica entre el excónyuge supérstite y el sujeto causante, y generándose derecho a pensión tanto para el excónyuge como para el/la viudo/a en proporción al tiempo convivido.

Hasta la recién aprobada reforma operada por la Ley 40/2007, el ex cónyuge que no participaba de las rentas del causante se convertía en partícipe de la pensión de viudedad con carácter vitalicio, «a modo de beneficiario de una lotería en la que no tenía participaciones, o de premio por los años que soportó al causante»⁽⁶⁴⁾. Sin embargo, tal condición no era gratuita, sino que se le exigía una especie de fidelidad originaria (para el acceso a la pensión) y mantenida (para la pervivencia de ésta) a la memoria del causante, cristalizada en imposibilidad de contraer nuevo matrimonio o de convivir *more uxorio*, si bien tras la STCo 125/2003, de 19 de junio, ya era posible semejante convivencia, con lo cual la fidelidad se había llevado a parámetros simplemente formales⁽⁶⁵⁾.

En las páginas que siguen se analizan las consecuencias jurídicas que se derivan de la convivencia a modo de matrimonio (*more uxorio*) sobre el derecho a pensión de muerte y supervivencia, en concreto pensión de viudedad, del excónyuge que estuvo unido con el causante por vínculo matrimonial posteriormente disuelto. Más concretamente, se trata de determinar si una convivencia *more uxorio* anterior al fallecimiento del causante de la pensión impide adquirir el derecho a la pensión del excónyuge divorciado sobreviviente reconocido en el art. 174.2 LGSS.

En su redacción actual, el art. 174 LGSS, regulador de la pensión de viudedad del Régimen General de la Seguridad Social (y la pensión de viudedad de los

64. TORTUERO PLAZA, J.L.: «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres. (Un apunte sobre su impacto en el régimen de compatibilidades)», cit., p. 72.

65. Ampliamente sobre el tema, MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: «La pensión de viudedad: incongruencias en la operatividad del efecto extintivo de la convivencia marital en los supuestos de separación y divorcio», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad financiera*, cit., pp. 361 y ss., o GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial: un motivo más para una necesaria reforma del art. 174 LGSS (Comentario a la STS 4.ª de 26 de mayo de 2004)», *RL*, núm. 1, 2005, pp. 651 y ss.

María de los Reyes Martínez Barroso

Regímenes Especiales que a él remiten), se encuentra estructurado en cuatro apartados, que aluden sucesivamente a los requisitos de la pensión de viudedad del cónyuge sobreviviente (apartado 1), a la pensión de viudedad en los supuestos de separación o divorcio y de nulidad matrimonial (apartado 2), al derecho a la pensión de viudedad de quien se encuentre unido al causante en el momento de su fallecimiento «*formando una pareja de hecho*» (apartado 3) y a la pérdida de los derechos derivados de los apartados anteriores (apartado 4).

El párrafo primero del art. 174.2 LGSS regula la pensión de viudedad en los supuestos de ruptura matrimonial en los siguientes términos: «*En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos..., sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho*».

Es, por lo tanto, la existencia del estado de viudez el requisito que debe reunir el cónyuge superviviente, potencial beneficiario de la mencionada pensión, lo cual implica la demostración de su anterior matrimonio válidamente celebrado ⁽⁶⁶⁾. Ahora bien, a partir de la Ley 30/1981, de 7 de julio, el requisito del vínculo matrimonial ha sufrido profundas vicisitudes produciéndose una relativización de éste, ya que, por un lado, puede verse alterado por la influencia que ejercen las situaciones de separación y divorcio en el alcance de la protección y régimen jurídico de la prestación de viudedad y, por otro, se va a reconocer el derecho a la pensión a quienes hubieran mantenido una convivencia marital con el causante y no hayan podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación anterior.

El párrafo transcrito de la LGSS tiene su origen normativo en la disposición adicional 10.^ª de la Ley 30/1981 ⁽⁶⁷⁾, norma que, por su escasa claridad, dio lu-

66. CRUZ VILLALÓN, J. y DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^ª L., en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.^ª N.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, cit., p. 1597.

67. La disposición adicional 10.^ª de la Ley 30/1981 reguló, «*con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación*», los derechos a pensión de viudedad (o situación asimilada), y en general a prestaciones por razón de fallecimiento en favor de cónyuges, ex cónyuges, ascendientes y descendientes, en las situaciones familiares creadas a partir de la admisión del divorcio en dicha Ley. En lo que concierne a la pensión de viudedad (o situación asimilada), la mencionada disposición contempla expre-

gar a multitud de interpretaciones encontradas ⁽⁶⁸⁾. Su origen legal explica posiblemente las imprecisiones y lagunas del precepto hasta su reciente reforma, pues parecía influido por el Derecho alemán, muy basado en un esquema asegurativo y en una lógica de adquisición y maduración de derechos por el transcurso del tiempo. La aceptación, en el Derecho germánico, de una titularidad de derechos de propiedad sobre las prestaciones de Seguridad Social, influye en la idea de que el cónyuge divorciado ha consolidado unos derechos a unas prestaciones futuras, que deben serle reconocidos en el momento de producirse el evento causante. El marco normativo de que parte el ordenamiento interno de Seguridad Social es bastante distinto, y por ello la regla 3.ª de la citada disposición adicional (que hace referencia a la situación en la que el causante tiene un cónyuge supérstite y uno o varios excónyuges supérstites procedentes de una separación anterior o uno o varios divorcios ⁽⁶⁹⁾) ha planteado, desde un primer momento, problemas de interpretación que la doctrina ha examinado y la jurisprudencia ha tratado de resolver y aclarar sin mucho éxito ⁽⁷⁰⁾.

El pasaje inicial del precepto identifica determinados beneficiarios de la pensión («*quien sea o haya sido cónyuge legítimo*»); el posterior expresa una causa impositiva de la adquisición del derecho (haber contraído «*nuevas nupcias o constituido una pareja de hecho*»); el siguiente indica el criterio de cálculo de la pensión reconocida («*cuantía proporcional al tiempo vivido con el cón-*

samente el reconocimiento de pensión a los convivientes de hecho «*que no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha*» (norma 2.ª), y la distribución de la pensión entre «*quien sea*» cónyuge legítimo y quien «*lo haya sido*» en proporción «*al tiempo vivido*» con el causante (norma 3.ª). Esos derechos a pensión «*quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del art. 101 del Código Civil*» (norma 5.ª, declarada inconstitucional por STC 125/2003, de 19 de junio).

68. Ampliamente al respecto, MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Divorcio vincular y derecho a pensión de viudedad (Comentario a la STCT de 17 de septiembre de 1980)», cit., pp. 287 y ss.; RODRÍGUEZ SANTOS, B.: «La pensión de viudedad tras la legalización del divorcio», cit., pp. 1031 y ss.; GOERLICH PESET, J.M.ª: «La protección por viudedad en los supuestos de separación y divorcio», cit., pp. 492 y ss.; GALA DURÁN, C.: «El derecho a la pensión de viudedad en los casos de nulidad, separación y divorcio: La nueva regulación del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social», cit., pp. 249 y ss., o DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.ª L.: «Efectos de la convivencia extramatrimonial sobre la pensión de viudedad: la problemática aplicación de la causa de extinción “vivir maritalmente con otra persona” contenida en el art. 101 del Código Civil», cit., pp. 2971 y ss.

69. GÓMEZ MUÑOZ, J.M., en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., dir.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 1127.

70. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Pensión de viudedad y divorcio», cit., p. 96.

María de los Reyes Martínez Barroso

yuge fallecido»); y el último incluye lo que parece ser una cláusula de cierre sobre determinadas causas impeditivas de adquisición del referido derecho a la pensión de viudedad (la condición de acreedor de «*la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil*»). Como es sabido, este último precepto otorga el derecho a una compensación al cónyuge al que la separación o el divorcio ocasione «*un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio*». Dicha compensación se traduce, bien en una pensión temporal o por tiempo indefinido, bien en una prestación única, de acuerdo con lo previsto en el convenio regulador o en la sentencia.

La finalidad de la disposición social es que, sean cuales sean las causas de la separación matrimonial o de la disolución del matrimonio, éste genera de manera mecánica un derecho expectante a una eventual pensión de viudedad (o asimilada a viudedad) ⁽⁷¹⁾ que sólo se desvanece cuando el ex cónyuge contrae nuevas nupcias, constituye pareja de hecho o bien carece de pensión compensatoria.

Cuando se devenga o materializa a la muerte del causante, el contenido del derecho expectante o en curso de adquisición del ex cónyuge divorciado (o del cónyuge separado) no equivale a la pensión de viudedad íntegra sino a una pensión proporcional al tiempo vivido con el ex cónyuge (o cónyuge separado) fallecido, que afecta igualmente al complemento por mínimos ⁽⁷²⁾. Para la jurisprudencia, el derecho a la pensión de viudedad que ostenta el cónyuge superviviente es un derecho pleno, con independencia de que concorra con el del

71. La STS de 26 de mayo de 2004 (RJ 5419) insiste en la idea de que no cabe hablar en rigor de «*pensión de viudedad*» respecto de la percibida por el ex cónyuge divorciado en virtud del art. 174.2 LGSS, puesto que dicho beneficiario, desde el momento en que dejó de ser cónyuge, ya no puede ser viudo o viuda; en este caso habría que hablar más bien de «*pensión asimilada a la de viudedad*». Una situación es la del viudo o viuda propiamente dichos («*quien sea*» cónyuge en el momento del fallecimiento) y otra situación distinta es la del ex cónyuge divorciado (quien «*haya sido*» cónyuge del fallecido pero ya no lo es en el momento del fallecimiento por disolución mediante divorcio del vínculo conyugal). Sólo en el primer caso nos encontramos con la «*viudedad*» en el sentido que la expresión tiene tanto en el lenguaje ordinario (Diccionario RAE, primera acepción de viudo/a: «*persona a la que se le ha muerto su cónyuge y no ha vuelto a casarse*»), como en el propio lenguaje del legislador (arts. 834, 837 y 838 CC: «*cónyuge que al morir su consorte*», «*cónyuge sobreviviente*») como, en fin, en la opinión generalizada de la doctrina científica. Cuestión, en definitiva, que no es irrelevante en derecho en cuanto que destaca dos situaciones distintas que pueden ser reguladas por el legislador de manera distinta.

72. Entre otras, SSTS de 20 de mayo, 22 de octubre y 19 de diciembre de 2002 (RJ 6797, 1905 y 2350).

divorciado. Ahora bien, la cuantía de la pensión del primero sufre la merma de la cantidad proporcional asignada al ex cónyuge ⁽⁷³⁾. La misma operación habrá de efectuarse en los supuestos de inexistencia de cónyuge viudo actual —y presencia de un solo ex cónyuge beneficiario— o en los casos en que la convivencia es reanudada por reconciliación tras la separación ⁽⁷⁴⁾.

No obstante, cuando se produzca una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose en todo caso el 40% —ya no el 50%, como proponía el Acuerdo— a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad.

Por último, en caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el art. 98 del Código Civil —teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, los acuerdos entre los cónyuges, la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las posibilidades de acceso a un empleo o la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal—, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos legalmente exigidos. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar de aplicación en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios.

2.5. CUANTÍA

Una clara paradoja sobre la que se articula toda la regulación de la pensión de viudedad, atendida en las últimas reformas pero de modo insuficiente, es la ex-

73. En esta operación, y a efectos de concretar la parte de pensión que corresponde al cónyuge supérstite, la STS de 27 de enero de 2004 (RJ 849) no considera una circunstancia relevante la convivencia de hecho anterior al matrimonio.

74. STS de 20 de enero de 2004 (RJ 1935). Sobre la base de la necesaria publicidad y seguridad jurídica, la jurisprudencia viene insistiendo en la ineficacia frente a la entidad gestora de posteriores reconciliaciones no comunicadas al Juzgado, SSTS de 23 de febrero de 2005 (RJ 2364) y 28 de febrero de 2006 (RJ 595).

María de los Reyes Martínez Barroso

traordinaria facilidad con que se recoge la posibilidad de devengar una protección dentro del sistema —acceso a la condición de beneficiario— frente a la escasez —en términos de directa proporcionalidad— del nivel de protección, puesto que las cuantías difícilmente alcanzan un nivel mínimo de dignidad. Por lo general, las reformas legales buscan una mejora del nivel de protección, esto es, de la cuantía de las prestaciones sin afectar al modelo regulador. Así sucedió con la Ley 24/1997, y su norma de desarrollo, el RD 1647/1997, modificado por el RD 4/1998, sobre revalorización de pensiones, y por el RD 1465/2001; y así viene sucediendo con el intento actualizador de las sucesivas LPGE, en el marco de una política de revalorizaciones por encima de la media ⁽⁷⁵⁾, sin que pertenezcan al sistema los incrementos que pueda experimentar por los denominados complementos autonómicos (STCo 239/2002).

Ex RD 1795/2003, de 26 de diciembre, se elevó el porcentaje del 52 al 70%, pero sólo para aquellos casos en que existan cargas familiares y la pensión sea la fuente principal de ingresos ⁽⁷⁶⁾. En una primera aproximación a la reforma de los porcentajes aplicables a la pensión de viudedad podría sostenerse que ha tratado de modificarse, en parte, la naturaleza de esta prestación a través de la concesión de una mayor protección a los beneficiarios con necesidades económicas superiores ⁽⁷⁷⁾. La prestación estaría sufriendo una es-

75. VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, cit., p. 340.

76. En concreto, el importe alcanza dicho porcentaje si se reúnen tres requisitos añadidos, como son que la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos del pensionista, primero; que dichos ingresos, en segundo lugar, no superen la cuantía resultante de añadir al límite previsto en cada ejercicio económico para el reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas el importe anual establecido para la pensión mínima de viudedad, de acuerdo con la edad del pensionista y, por último, que existan cargas familiares, debiendo tenerse en cuenta, además, que la suma de la cuantía anual de la pensión más los rendimientos anuales percibidos por el interesado no puede superar el límite de ingresos mencionado. Este cambio puede suponer trasladar al nivel contributivo un cálculo, no siempre fácil, de la prestación que tenga en cuenta los factores asistenciales citados (rentas y cargas) sin que cambie la financiación de la pensión, que sigue formando parte del segmento contributivo. LÓPEZ GANDÍA, J.: «El Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo», *RDS*, núm. 14, 2001, pp. 44 y 45.

77. Sobre los requisitos para acceder al 70% de la base reguladora de la pensión de viudedad, GÁRATE CASTRO, J.: «La reforma de las prestaciones de muerte y supervivencia a partir del acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social», *TS*, núm. 137, 2002, pp. 7 y ss.; BLASCO LAHOZ, J.F.: «El RD 1645/2001, de 2 de diciembre: una reforma incompleta del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia», cit., pp. 233 y ss.; ALONSO OLEA, M.: «Sobre la tendencia al carácter asistencial de la pro-

pecie de asistencialización que estaría indicando un cambio de tendencia en su naturaleza. Sin embargo, esta primera deducción parece que queda desvirtuada en un posterior estudio empírico de los efectos reales de los cambios normativos producidos ⁽⁷⁸⁾.

El hecho de que el importe conjunto de la pensión de viudedad y de las de orfandad estuviera topado en un 100% de la base reguladora impedía en ocasiones el efecto real del incremento de la cuantía de la pensión de viudedad a un 70%, cuando el beneficiario soportaba cargas familiares considerables —en concreto, un número de hijos a cargo superior a dos—. Dicho en otros términos, con este límite de naturaleza contributiva se estaba impidiendo que, en ocasiones, se consiguiera atender convenientemente a los viudos con rentas más bajas, pues si la familia está compuesta por varios hijos, este aumento absorbe parte de la cuantía que en concepto de orfandad percibirían estos últimos ⁽⁷⁹⁾. En el supuesto de que el viudo/a tenga a su cargo tres o más hijos con derecho a pensión de orfandad, las modificaciones incluidas por dicha reforma sólo conseguirían una redistribución de las cantidades que reciben en concepto de pensión los distintos miembros de un mismo núcleo familiar. Por tanto, si se quería haber alcanzado realmente la asistencialización de la pensión de viudedad habría que haber eliminado el tope del conjunto de las pensiones de viudedad y orfandad —como el Acuerdo propuso ⁽⁸⁰⁾ y ahora materializa la Ley— cuando la situación económica de la familia así lo hubiera requerido ⁽⁸¹⁾. Actualmente, el nuevo art. 179.4 LGSS establece que el límite

tección de la viudedad», *RMTAS*, núm. 39, 2002, p. 19, o BLASCO RASERO, C.: *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, cit., p. 144.

78. Excelentemente planteado por BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.^ª: «Sobre la discutida tendencia a la asistencialidad de la pensión de viudedad», *TS*, núm. 174, 2005, pp. 17 y ss.

79. Hasta la recién comentada reforma, si existían varios huérfanos con derecho al beneficio, la prestación podía verse reducida hasta una cuantía insignificante. LOPEZ GANDÍA, J.: *Las reformas legislativas en materia de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 88 y ss.

80. En este sentido, el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social ya establecía que «la atribución del porcentaje del 70 por 100 en la pensión de viudedad, en los supuestos de menores rentas, no irá en detrimento de la cuantía de la pensión de orfandad».

81. BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.^ª: «Sobre la discutida tendencia a la asistencialidad de la pensión de viudedad», cit., p. 21, propone hacer la ficción de que el viudo recibe la cuantía general de la pensión de viudedad, es decir, 52% de la base reguladora, para aplicar el tope máximo conjunto de esta prestación y las de orfandad que se originen por el mismo causante, con independencia de que después se le conceda el 70% por el hecho de carecer de rentas y tener familiares a su cargo.

María de los Reyes Martínez Barroso

podrá ser rebasado en caso de concurrencia de varias de orfandad con una pensión de viudedad cuando el porcentaje a aplicar a la correspondiente base reguladora para el cálculo de esta última sea del 70%, «*si bien, en ningún caso, la suma de las pensiones de orfandad podrá superar el 48% de la base reguladora que corresponda*».

Con un claro afán asistencializador, el RD 1764/2007, de 28 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2008 presta especial atención a la pensión de viudedad para beneficiarios con cargas familiares, cuyo importe se equipara a la cuantía de las pensiones de jubilación para beneficiarios con edad menor a los 65 años con cónyuge a cargo ⁽⁸²⁾.

Por último, en el contexto de la mejora de las pensiones de menor cuantía a favor de las unidades familiares unipersonales, la disposición adicional 24.^a de la Ley 40/2007 prevé que los perceptores de pensiones de viudedad —al igual que aquéllos que lo son de las contributivas de jubilación e incapacidad permanente— que formen una unidad económica unipersonal y tengan que hacer frente con su pensión al mantenimiento de un hogar, experimentarán durante los próximos cuatro años subidas adicionales de su complemento para mínimos, que les permitan alcanzar en ese período los niveles de renta mínimos necesarios para el sostenimiento de su hogar ⁽⁸³⁾.

2.6. LA EXTINCIÓN O PÉRDIDA DE EFECTOS DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD POR LA CONVIVENCIA MORE UXORIO

El art. 11 de la Orden de 13 de febrero 1967 no alude para nada a la posterior convivencia marital como causa enervante del percibo de la pensión, procediendo invocar en este caso el conocido principio conforme al cual no cabe

82. Las cuantías mínimas de las pensiones de viudedad para el año 2008 ascienden a 8.619,24 euros para el titular con cargas familiares, reduciéndose a 7.399,70 euros en caso de que el titular tenga 65 años o discapacidad en grado igual o superior al 65%; 6.895 euros para aquellos titulares con edad comprendida entre 60 y 64 años y, por último, 5.502,28 euros para titulares con menos de 60 años de edad.

83. Teniendo en cuenta para la adopción de esta medida los ingresos de que disponga el pensionista, así como el patrimonio, excluida su vivienda habitual.

interpretar extensivamente las normas restrictivas de los derechos de los beneficiarios de la Seguridad Social. Por el contrario, no se ha reputado discriminatoria la previsión legal que anuda a la celebración de un posterior matrimonio la pérdida de la pensión, *«pues en este caso, se recupera legalmente la obligación alimentaria y teóricamente se genera la expectativa a obtener, en su día, la protección de la contingencia de una nueva viudedad»*, lo que no acontecería en la convivencia extramatrimonial ⁽⁸⁴⁾.

Los supuestos en que por mandato del antiguo art. 174.3 LGSS se extinguían o quedaban sin efecto los derechos a pensión de viudedad del ex cónyuge divorciado o del cónyuge separado se determinaban mediante reenvío a un precepto legal regulador del cese de la pensión *«civil»* que, de acuerdo con el art. 97 CC, se puede fijar *«en la resolución judicial»* de separación o divorcio en favor del cónyuge separado o del ex cónyuge divorciado *«cuando la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio»*. En concreto, son tres las situaciones o supuestos de hecho, indicados en el art. 101 CC, de extinción de la pensión *«civil»*, que el legislador había ordenado aplicar también, por remisión, a la pensión social de viudedad derivada de una situación previa de nulidad matrimonial o divorcio: 1) *«el cese de la causa que lo motivó»* (el derecho a pensión); 2) *«contraer el acreedor (de la pensión) nuevo matrimonio»*; 3) *«vivir (el acreedor de la pensión) maritalmente (es decir, a modo de matrimonio o more uxorio) con otra persona»*.

El mandato, por remisión, de extender a las posibles futuras pensiones sociales de viudedad, que son por hipótesis pensiones *mortis causa*, los motivos de pérdida del derecho previstos para las eventuales pensiones civiles de divorcio o separación legal, que son por hipótesis pensiones *inter vivos* causadas en favor del excónyuge divorciado (o del cónyuge separado), suscita ciertos *«problemas de ajuste»* ⁽⁸⁵⁾, que han de resolverse con los instrumentos de la interpretación jurídica.

84. SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Las prestaciones por muerte y supervivencia en la unificación de doctrina», *TS*, núm. 154, 2003, p. 56.

85. En terminología de la STS de 26 de mayo de 2004 (RJ 5419).

María de los Reyes Martínez Barroso

Uno de estos problemas, referente al primer supuesto de extinción de la pensión, consiste en que la pensión social de viudedad es en principio «*vitalicia*» (art. 174.1 LGSS), por lo que no se encuentra para ella una situación homóloga a la que puede motivar «*el cese de la causa*» de la pensión «*civil*» en favor del excónyuge divorciado o del cónyuge separado, pensión que es en principio temporal, en cuanto depende de que subsista el desequilibrio económico en relación con la posición matrimonial anterior que la ha originado ⁽⁸⁶⁾.

Otros posibles problemas interpretativos del mandato de remisión legal, directamente relacionados con la cuestión analizada, son «*los que derivan de la extrapolación de una consecuencia prevista para una pensión civil ya devengada a una pensión social expectante de devengo futuro*».

Para afrontar estos posibles problemas interpretativos, y concretamente el de si la convivencia *more uxorio* impide desde que se produce el nacimiento del derecho a la pensión del ex cónyuge divorciado, malogrando tanto el derecho ya adquirido como el derecho expectante o en curso de adquisición, el Tribunal Supremo ha venido analizando la incidencia que puede tener en la determinación de los preceptos legales aplicables la sentencia del Tribunal Constitucional 125/2003, de 19 de junio ⁽⁸⁷⁾, que ha declarado la inconstitucionalidad de la norma 5.^a de la disposición adicional 10.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas del matrimonio y del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación o divorcio. Y el núcleo esencial del

86. A pesar de la remisión realizada por el art. 174.2 LGSS al art. 101 del Código Civil, esta causa de extinción permanecía inaplicada y prácticamente inédita al juicio de los Tribunales, señalando que «*el hecho de que la recurrente fuera privada por sentencia firme de la pensión compensatoria por desequilibrio económico en aplicación estricta del artículo 101 del Código Civil, no puede suponer una condena que impida el nacimiento de una prestación futura de Seguridad Social que solamente puede quedar condicionada a la acreditación de los requisitos constitutivos, o extintivos, en su caso, en el momento del hecho causante*», STSJ de Asturias de 17 de noviembre de 1995 (AS 4275); en el mismo sentido STSJ del País Vasco de 9 de diciembre de 1998 (AS 7497). Ampliamente al respecto, DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^a L.: *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, cit., pp. 269 y ss.

87. RTC 2003, 125, en relación con la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco por considerar que le planteaba dudas de constitucionalidad la regla 5.^a de la disposición adicional 10.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Concretamente, la problemática que se debatía consistía en dilucidar si la convivencia extramatrimonial del titular de una pensión de viudedad vulnera el principio de igualdad ante la ley, ya que esta causa de extinción supone un tratamiento discriminatorio carente de justificación objetiva en relación con el viudo/a con matrimonio constante hasta la fecha del fallecimiento del causante.

hilo argumental en el que la mayoría de los miembros del Alto Tribunal basan su decisión es la consideración de que el «*matrimonio y la convivencia extra-matrimonial no son situaciones equivalentes*», y ello porque el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional.

El Tribunal Constitucional ha entendido ⁽⁸⁸⁾ que esta disparidad de tratamiento de la convivencia *more uxorio*, aplicable como causa de extinción de la pensión de viudedad únicamente respecto de los cónyuges supervivientes al causante en caso de separación o divorcio pero no así respecto al cónyuge viudo que convivía con aquél al tiempo de su matrimonio, infringe el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación consagrado en el art. 14 CE, al instituir (en relación con lo dispuesto en el art. 160 LGSS) un doble sistema de extinción por causas ajenas a la propia esencia de la pensión de viudedad, lo que le lleva a declarar inconstitucional la norma 5.^a de la disposición adicional 10.^a de la Ley 30/1981, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el art. 101 del CC de «*vivir maritalmente con otra persona*».

El matrimonio o la convivencia *more uxorio* del divorciado beneficiario de la pensión, realmente, no es causa de extinción, sino de pérdida de la pensión que le correspondiera. En efecto, y conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, el titular de la pensión es el viudo o la viuda y de la cuantía de la misma se deduce, con destino al divorciado/a, la parte que corresponda al tiempo de convivencia del primer matrimonio. Pues bien, en la medida en que el titular de la pensión es el cónyuge supérstite, la deducción a favor del divorciado/a desaparece cuando éste/a la pierde por las causas vistas, de lo que deriva que la pérdida de la parte de pensión del divorciado/a acrecienta la pensión del titular y, por tanto, no hay extinción. Parece existir un deseo oculto de que el titular de la pensión se constituya en controlador de la situación fáctica del divorciado/a, en la medida en que detectada y denunciada su convivencia silenciosa, provocaría la pérdida de la pensión en beneficio del viudo/a ⁽⁸⁹⁾.

88. Con el voto disidente de seis de sus magistrados, entre los que se halla el propio ponente de la sentencia, Sr. Conde Martín de Hijas.

89. TORTUERO PLAZA, J.L.: «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres. Un apunte sobre su impacto en el régimen de incompatibilidades», cit., p. 78.

María de los Reyes Martínez Barroso

La situación tras la declaración de inconstitucionalidad referida era la siguiente: la convivencia marital con otra persona llevada a cabo por los beneficiarios de la pensión de viudedad, sea cual sea su condición (cónyuge superviviente, divorciado/a, separado/a) no es causa de extinción de la pensión de viudedad que perciban.

La no aplicación de la causa extintiva acuñada con toda lógica por el art. 101 del Código Civil a cualquiera de los beneficiarios de la pensión de viudedad producía, en cualquier caso, efectos poco razonables, pues la Seguridad Social debía continuar en el pago de la pensión de viudedad cuando los beneficiarios convivían *more uxorio* y, sin embargo, el Código Civil libera al cónyuge separado o divorciado del pago de la pensión a que se refiere el art. 97 del mismo texto legal cuando se produce la misma situación. La interpretación constitucional ha producido, además, un efecto adicional: liberar al cónyuge superviviente de la desagradable función de controlar la moralidad del divorciado/a, pero con ello ha perdido la posibilidad de que la convivencia marital del separado/a, divorciado/a, acreciente su pensión de viudedad ⁽⁹⁰⁾.

Con anterioridad a tal fallo, y a pesar de la claridad del precepto de la LGSS en el cual no se establecía de forma general la extinción de la pensión por convivencia marital, la Circular de la Subdirección General de Gestión del INSS de 15 de noviembre de 1984, partiendo de una aplicación analógica de las causas de extinción de la pensión compensatoria, asimilaba la situación de convivencia marital a la de contraer nuevas nupcias. En esta línea, algunos Tribunales llegaron a aceptar la tesis del INSS y por ende a admitir que la convivencia extramatrimonial extinguía la pensión de viudedad en todo caso ⁽⁹¹⁾, si bien lo opción predominante fue la de defender que no es posible realizar una interpretación extensiva de ninguna norma que restrinja o recorte los derechos de los beneficiarios de la Seguridad Social ⁽⁹²⁾. Sin embargo, lo más re-

90. TORTUERO PLAZA, J.L.: «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres», cit., p. 79.

91. SSTSJ de Madrid de 17 de diciembre de 1990 (AS 3921); de Asturias de 17 de septiembre de 1992 (AS 4149) o de la Comunidad Valenciana de 30 de junio de 1993 (AS 3088).

92. SSTSJ de Baleares de 7 de febrero de 1990 (AS 2558); de Andalucía/Granada de 18 de septiembre de 1990 (AS 2817) y de 15 de enero y 8 de octubre de 1991 (AS 458 y 5723). Esta doctrina fue plenamente ratificada por el Tribunal Supremo, rechazando la aplicación extensiva del artículo 101 del Código Civil pues restringe o recorta los derechos de los beneficiarios de la Seguridad Social, STS de 14 de abril de 1994 (RJ 3239)

probable es que durante años se ha otorgado un trato radicalmente opuesto a beneficiarios de una misma pensión de viudedad, ante situaciones idénticas de convivencia *more uxorio*, en razón exclusivamente de que se tratara de separados, divorciados o matrimonios anulados de una parte, o de que quien devenga pensión de viudedad lo sea por matrimonio no anulado, separado o divorciado, de otra. Es decir, la convivencia *more uxorio* de pensionistas de viudedad ocasionaba efectos extintivos de la pensión en los primeros, pero no en los segundos ⁽⁹³⁾.

Volviendo al análisis de los preceptos legales, a simple vista cabe apreciar una notable similitud entre la regulación «provisional» de la disposición adicional 10.^a de la Ley 30/1981 y la regulación con mayor propósito de estabilidad contenida en el art. 174 LGSS. Una y otra conciben la pensión de viudedad como una renta devengada en favor de los cónyuges por la ayuda mutua y la aportación al interés de la familia. Una y otra declaran que esta renta se mantiene para el ex cónyuge divorciado (o para el cónyuge separado) con independencia de las causas determinantes del divorcio (o la separación). Una y otra aceptan el criterio de proporcionalidad al tiempo de convivencia para fijar el contenido del derecho. Y una y otra, tal como han sido interpretadas por la jurisprudencia, dan lugar al reparto de la pensión de viudedad entre pensionistas concurrentes adoptando para tal distribución el propio criterio de proporcionalidad al tiempo de convivencia.

La norma 5.^a de la disposición adicional 10.^a de la Ley 30/1981 ha sido declarada inconstitucional por la citada STC 125/2003, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código Civil de

y 17 de junio de 1994 (RJ 5446). Igualmente el Tribunal Constitucional en su sentencia 124/1994, de 25 de abril, se manifiesta recalcando con firmeza la excepcionalidad de la disposición adicional 10.^a de la Ley 30/1981, y el alcance restringido del art. 101 CC, que sólo regula el derecho a las pensiones de Seguridad Social de los sujetos incluidos en el ámbito de la Ley 30/1981.

93. De ahí que algún autor haya llegado a expresar que «*de ese modo el cúmulo de sinsentidos, contradicciones, hipocresías y despropósitos sociales propiciados por semejante discriminación normativa —o cuando menos aplicativo en sede administrativa y judicial— rayaba en la hilaridad y, desde luego, no podía por menos que distorsionar la percepción social de una protección social necesitada de radical revisión*». GETE CASTRILLO, P: «Situación normativa de la pensión de viudedad: ¿para cuándo el paso de un continuo manoseo a una radical revisión institucional de la contingencia de muerte y supervivencia?», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, cit., p. 50.

María de los Reyes Martínez Barroso

«*vivir maritalmente con otra persona*», por lo cual, aunque los asuntos enjuiciados y los preceptos aplicados no son exactamente los mismos, tal declaración de inconstitucionalidad ha de ser considerada como premisa en la interpretación del actual art. 174 LGSS, por la sencilla razón de que el tenor literal de la citada norma 5.^a es virtualmente idéntico al del art. 174.2 LGSS.

Como muy bien argumenta la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, puede pensarse, en verdad, que su vinculación a la jurisprudencia constitucional establecida en la STC 125/2003 no es automática, en cuanto que lo resuelto en esta última no es, como en el caso objeto de litigio, la adquisición de la pensión (asimilada) de viudedad por parte de conviviente *more uxorio* que dejó de serlo por fallecimiento de su pareja (actual art. 174.2 LGSS), sino el mantenimiento o conservación de pensión (asimilada) de viudedad por parte de quien ya había adquirido la pensión y luego cambia su régimen de vida conviviendo a modo de matrimonio con otra persona. También es verdad que, como se cuida de destacar el propio Tribunal Constitucional, la declaración de inconstitucionalidad de la sentencia 125/2003 se limita a la norma 5.^a de la disposición adicional 10.^a de la Ley 30/1981, que era la aplicable al caso, y no al art. 174 LGSS.

A raíz de tal pronunciamiento, la Circular 4/2003, de 8 septiembre, del INSS, en su instrucción 16.3, «Supuestos de separación, divorcio o nulidad», disponía que *«cuando se trate de pensiones percibidas por quien, en su momento, fue cónyuge del causante, habiendo mediado previamente divorcio, separación o nulidad, la pensión se extinguirá por las previsiones del art. 101 del Código Civil, salvo en lo que se refiere a la convivencia marital del pensionista con otra persona, ya que dicha causa no produce la extinción de la citada pensión, en aplicación de los criterios contenidos en la sentencia del Tribunal Constitucional 125/2003, de 19 junio»*.

Por fin la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, viene a poner claridad a todo este periplo interpretativo declarando expresamente que *«en los casos de separación o de divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos... sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho»*. A partir de su entrada en vigor el 1 de enero de 2008, el derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que,

Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la Ley 40/2007

siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante. Por último, el nuevo art. 174.4 LGSS ya señala expresamente que el derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario «*contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho*», sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente, que permiten su mantenimiento siempre que el pensionista reúna las condiciones de edad, incapacidad, minusvalía y «*pobreza*» exigidas.

2.7. EL ESPERADO RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD A LAS PAREJAS DE HECHO

La Ley 40/2007 ha ampliado el círculo de posibles beneficiarios de prestaciones por muerte también a los miembros de las parejas de hecho, si bien de una forma limitada a la vista de los requerimientos exigidos. Como con acierto ha venido postulando la doctrina, «*no afrontar la cuestión del reconocimiento jurídico de las uniones de hecho a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social supone posponer sine die la solución de un problema que, no por complejo, es menos urgente a tenor de su hondo calado social*»⁽⁹⁴⁾. Como no podía ser de otro modo, sobre esta cuestión incidía ya el mencionado Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, al considerar que la pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstites: matrimonio⁽⁹⁵⁾; parejas

94. Un excelente análisis es el que brindan ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Los principios de organización de las pensiones públicas», en AA.VV., *Pensiones sociales: problemas y alternativas*, cit., p. 185; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «Reconocimiento de la pensión de viudedad y uniones extramatrimoniales», en AA.VV., *Libro Homenaje a J. García Abellán*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1995, pp. 49 y ss., o PANIZO ROBLES, J.A.: «La convivencia de hecho y su incidencia en las prestaciones de la Seguridad Social: una deuda de cobertura pendiente», *Justicia Laboral*, núm. 24, 2005, pp. 11 y ss.

95. En caso de matrimonio, para acceder a la pensión de viudedad, en los supuestos de fallecimiento del causante por enfermedad común, el Acuerdo establecía que «*se requerirá un período previo de vínculo conyugal de dos años —ahora uno— o la existencia de hijos en común con derecho a pensión de orfandad. De no acreditarse ese período y ante la ausencia de hijos con derecho a pensión de orfandad, se concederá una pensión temporal con una duración equivalente al período acreditado de convivencia matrimonial*».

María de los Reyes Martínez Barroso

de hecho, siempre que tuviesen hijos en común con derecho a pensión de orfandad y/o existiese dependencia económica del sobreviviente respecto del causante de la pensión ⁽⁹⁶⁾ —además de acreditar convivencia «*mutua, estable y notoria, durante un período amplio a determinar...*»—; o personas divorciadas perceptoras de las pensiones previstas en el Código Civil.

Éste sería uno de los puntos singulares en que la adaptación del sistema de protección social a la realidad resulta clave para su legitimación, entendiéndose que no resulta aceptable socialmente mantener exclusivamente la tutela para cónyuges y excónyuges, con independencia de su nivel de rentas, mientras se desprotege a nuevas realidades familiares, cuantitativamente importantes además, ya que vendrían a constituir cerca del 6% de las parejas ⁽⁹⁷⁾.

No está claro que esa recuperación de la pensión de viudedad como renta sustitutiva se haya plasmado con claridad en todos los supuestos. Desde luego, no en el caso de existencia de matrimonio, en cambio, por lo que se refiere a las parejas de hecho, el nuevo art. 174.3 LGSS considera beneficiario de la pensión al supérstite dentro de una pareja de hecho cuando, supuestos los requisitos genéricos de alta y cotización por parte del causante, existiera una dependencia económica articulada de manera distinta según existan o no hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

En cualquier caso, la aceptación de trato igual para las uniones de hecho ⁽⁹⁸⁾ debe ir precedida del hallazgo de soluciones para sus dificultades puramente aplicativas (organizativas y administrativas); es decir, de métodos para poder comprobar y controlar la existencia de relaciones duraderas de dependencia

96. En caso de existencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad el Acuerdo establecía que se precisará dependencia económica del conviviente sobreviviente, en más del 50% de sus ingresos, de los del causahabiente. En los supuestos de inexistencia de hijos comunes, se exigirá dependencia económica en más del 75% de los ingresos. No obstante, cuando no se acceda a la pensión de viudedad debido al período de convivencia o a la falta de dependencia económica y existiesen hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, el importe que hubiera correspondido a la pensión de viudedad acrecerá aquélla.

97. SASTRE IBARRECHE, R.: «Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad», cit., p. 12.

98. A diferencia de lo que ocurre en la actualidad, en que existen importantes diferencias en cuanto a obligaciones y derechos. En este sentido vid. LANDA ZAPIRAÍN, J.P.: «Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo. Su significado en el derecho español de la Seguridad Social», REDT, núm. 55, 1992, pp. 689 y ss.

Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la Ley 40/2007

y convivencia económica que, como es sabido, condicionan ideal y genéricamente la acción protectora de los sistemas de Seguridad Social orientada a los beneficiarios de las personas aseguradas ⁽⁹⁹⁾. Una vez que —si bien parcialmente— se han equiparado ambas parejas —matrimoniales y no matrimoniales— resulta obvio que para que las últimas causen efectos jurídicos en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social en general, y de la pensión de viudedad en particular, se deben exigir determinados requisitos para el reconocimiento de una pareja estable (convivencia mínima, inscripción en registros, hijos comunes, etc.), en cuyo caso la acreditación de tal condición a través de las diversas legislaciones autonómicas podría jugar un papel fundamental en el reconocimiento de tales derechos.

La reciente Ley 40/2007 parece que quiere zanjar esta cuestión, especificando que se considera pareja de hecho «*la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los Registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante*» ⁽¹⁰⁰⁾.

A partir de esta premisa, cumplidos los requisitos de alta y cotización exigidos, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encuentre unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, siempre que acredite que «*sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios con los del causante*»

99. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Protección por muerte y supervivencia: Cuestiones pendientes...», cit., pp. 11-12.

100. Redacción del párrafo 4.º del apartado 3 del art. 174 LGSS, otorgada por la Ley 40/2007.

María de los Reyes Martínez Barroso

habidos en el mismo período», si bien dicho porcentaje será del 25% en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente —considerando como tales los rendimientos de trabajo y de capital, así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones— resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante ⁽¹⁰¹⁾ —requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación como durante el período de su percepción—. Dicho límite se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a pensión de orfandad, que conviva con el sobreviviente.

Finalmente, la equiparación de las parejas de hecho a las matrimoniales lleva a extender el tratamiento seguido para la viudedad también con respecto al auxilio por defunción y a las indemnizaciones a tanto alzado en caso de muerte derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

El fallecimiento del causante da derecho a la percepción inmediata de un auxilio por defunción —de ridícula cuantía— para hacer frente a los gastos de sepelio a quien los haya soportado, presumiendo ahora la norma que salvo prueba en contrario, dichos gastos han sido satisfechos, y por el siguiente orden, por el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho, hijos y parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente. La falta de actualización de dicha prestación desde el momento de su creación provoca que sólo teóricamente alcance a compensar el exceso de gasto —sepelio o incineración— por el fallecimiento, lo cual ha movido al legislador a prometer que se incrementará en un 50% en los próximos 5 años, a razón de un 10% anual, y a partir de ese momento se actualizará en cada ejercicio económico con arreglo al índice de precios al consumo, ex disposición adicional 10.^a Ley

101. El salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 20 euros/día o 600 euros/mes, según que esté fijado por días o por meses ex art. 1 del RD 1763/2007, de 28 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2008.

Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la Ley 40/2007

40/2007. No obstante, el debate sobre la conveniencia de mantener o no esta prestación, en primer lugar, y sobre su suficiencia, en segundo término, parece que no va a poder ser alterado por el hecho de pasar dicha cuantía de 30 a 45 euros en el horizonte de un lustro ⁽¹⁰²⁾.

Por su parte, en el caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el cónyuge superviviente y ahora también el sobreviviente de una pareja de hecho —en los términos regulados en el apartado 3 del art. 174 LGSS— y los huérfanos tendrán derecho a la indemnización a tanto alzado, de cuantía uniforme, reglamentariamente desarrollada. La cuantía difiere en relación con el supérstite. Si es el cónyuge o conviviente de hecho, asciende a seis mensualidades de la base reguladora de su pensión de viudedad, reduciéndose a un mes sólo en el caso de los hijos huérfanos. A su vez, la existencia de varios beneficiarios, por separación o divorcio, daría lugar a la regla del nuevo reparto proporcional prevista en el art. 174 LGSS para la pensión de viudedad, mientras que la inexistencia de cónyuge —o del derecho a la pensión de viudedad— determinaría el reparto a partes iguales entre los huérfanos del sujeto causante (art. 29 OM de 13 de febrero de 1967).

3. LA PENSIÓN DE ORFANDAD

La supervivencia de los hijos genera el derecho a una pensión de orfandad, independiente de la de viudedad, cuando al fallecimiento del causante el beneficiario cumplierse determinados requisitos subjetivos —básicamente ser menor de edad o estar incapacitado para el trabajo— y siempre que en el momento del fallecimiento el causante reuniese los requisitos formales y contributivos exigidos.

El estado de necesidad que se tiende a subvenir es la protección de los hijos menores o dependientes, y por ello viene condicionada a la tenencia de una edad determinada por parte del beneficiario —ser menor de dieciocho años— o estar incapacitado para el trabajo. Debe tenerse en cuenta, sin em-

102. SASTRE IBARRECHE, R.: «Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad», cit., p. 13.

María de los Reyes Martínez Barroso

bargo, que tras la modificación introducida por la Ley 24/2001, la edad del beneficiario se amplía hasta los 22 o los 24 años si no sobrevive ninguno de los padres —y tras la Ley 40/2007 si el huérfano presenta una discapacidad en un grado igual o superior al 33%—, siempre que en el momento del fallecimiento del causante no ejerza trabajo por cuenta propia o ajena o, ejerciéndolo, sus ingresos no superen en cómputo anual el 75% del salario mínimo. En el caso de orfandad absoluta, si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera veinticuatro años durante el transcurso del año escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes siguiente del inicio del siguiente curso académico (art. 175.2, modificado por la disposición adicional 48.seis de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre).

A los hijos naturales, ya sean éstos matrimoniales o extramatrimoniales, y a los adoptivos, sin exigencia de período mínimo de adopción, deben añadirse los que el cónyuge sobreviviente hubiera llevado al matrimonio, con independencia de la naturaleza de su filiación, cuando además concurren las siguientes circunstancias: que el matrimonio se hubiera celebrado con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante, que conviviera con el causante y a sus expensas, y que no tuviese derecho a otra pensión de la Seguridad Social ni quedaran familiares con obligación de prestación de alimentos según la legislación civil (art. 9.3 RD 1647/1997).

Si bien la situación de desprotección de los hijos parece más evidente que la del cónyuge supérstite —por su edad y previsible dependencia económica del fallecido— el legislador opta por concederles una pensión mucho menor que la de viudedad, por un importe de tan sólo el 20% de la base reguladora —frente a un 52 o un 70% de ésta—. Tal opción legislativa obedece, una vez más, a una concepción clásica —y hoy parcial⁽¹⁰³⁾— de la familia —únicamente conformada por los hijos comunes de progenitores a su vez unidos por vínculo matrimonial indisoluble—, de tal modo que la pensión de viudedad habría irremediablemente de subvenir no sólo a las necesidades del cónyuge supervi-

103. FERNÁNDEZ PROL, F.: «Dificultades ligadas a la concurrencia de las pensiones de viudedad y de orfandad», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, cit., pp. 334-335.

viente, sino también a las del núcleo familiar en su conjunto, y por lo tanto, a las de los hijos comunes con el fallecido ⁽¹⁰⁴⁾.

El reconocimiento de nuevos modelos de familia —uniones de hecho, núcleos monoparentales, familias integradas por hijos fruto de anteriores matrimonios o uniones de los nuevos cónyuges...— abre una primera brecha al razonamiento anterior, pues caben hoy múltiples supuestos en que la pensión de viudedad no va a revertir en la unidad familiar en que se integran los huérfanos del causante, por lo que éstos tan sólo se beneficiarán de una pensión de orfandad por sí misma de escasa cuantía pero incluso susceptible de reducción, hasta la fecha, cuando el importe total de las pensiones reconocidas a todos los hijos sumado al de la viudedad superaba el 100% de la base reguladora.

La Ley 40/2007 no acomete una reforma que aborde una mejora de la pensión de orfandad en sí misma, si bien anuncia suaves retoques que impiden que por causas externas se vea ésta perjudicada. En concreto, la disposición adicional 5.ª de la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social prevé, con carácter general, que «*las prestaciones a percibir por los huérfanos se otorgarán en régimen de igualdad cualquiera que sea su filiación*» ⁽¹⁰⁵⁾, a la vez que hace referencia a algunos aspectos relacionados con la pensión de viudedad, como es la independencia del porcentaje aplicable a la base reguladora respecto a la pensión de viudedad por menores rentas («*la atribución del 70% en la pensión de viudedad, en los supuestos de menores rentas, no irá en detrimento de la cuantía de las pensiones de orfandad*»). El Acuerdo de 13 de julio de 2006 establecía además una medida —no materializada finalmente en el texto de la Ley 40/2007— referente a un supuesto de acrecimiento de la pensión de viudedad en los supuestos de parejas de hecho («*cuando no se acceda a la pensión de viudedad debido al período de convivencia o a la falta de dependencia económica, y existiesen hijos comunes con derecho a pensión de*

104. Parfraseando a DÍAZ AZNARTE, M.ª T., «*lo que ha pretendido el legislador es atribuir al pensionista de viudedad... las rentas económicas de la unidad familiar*», *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, cit., p. 171.

105. A este respecto el Consejo Económico y Social ha dictaminado que «*dada su importancia, sería oportuno que se modificara el art. 175 LGSS, recogándose expresamente el régimen de igualdad en la regulación de estas prestaciones*». Dictamen 1/07 del Consejo Económico y Social, sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social, p. 8.

María de los Reyes Martínez Barroso

orfandad, el importe que hubiera correspondido a la pensión de viudedad acrecerá aquella»).

Para comprender el significado de la primera medida es preciso recordar que la suma de las cuantías de las pensiones por muerte y supervivencia hasta la reforma comentada no podía exceder del importe de la base reguladora correspondiente (antiguo art. 179.4 LGSS). Esto es, el límite de todas las pensiones (viudedad, orfandad y en favor de otros familiares) generadas por el mismo sujeto causante constituía la propia base reguladora desde la que se calculaban todas las pensiones, lo cual podía suponer que no se percibieran todas en su totalidad por exceder, en su conjunto, la cuantía de la base, por lo cual se hacía necesario establecer el orden de preferencia existente entre las pensiones.

Esto es, hechos absolutamente ajenos a los titulares de las pensiones de orfandad —o incluso fruto de decisiones alcanzadas de modo independiente por el cónyuge supérstite— podían provocar repercusiones de gran calado sobre éstas; lo cual, dicho sea de paso, resulta particularmente injusto en el supuesto de que los hijos del causante —titulares de las pensiones de orfandad minoradas— no lo fueran del cónyuge supérstite ⁽¹⁰⁶⁾. Sobre este último no recae una obligación de atender al cuidado de los hijos del fallecido y, sin embargo, su conducta —optando, por ejemplo, hasta la reforma comentada, por una posterior convivencia marital y no por un matrimonio con el objeto de no perder la pensión de viudedad— podía determinar una minoración de las prestaciones de orfandad correspondientes a aquéllos.

La consecuencia principal de la nueva norma que ha hecho efectiva la medida supone, en términos generales, que *«el límite establecido podrá ser rebasado en caso de concurrencia de varias pensiones de orfandad con una pensión de viudedad cuando el porcentaje a aplicar a la correspondiente base reguladora para el cálculo de esta última sea del 70%, si bien, en ningún caso, la suma de las pensiones de orfandad podrá superar el 48% de la base reguladora que corresponda»* (redacción dada al apartado 4 del art. 179 LGSS por la Ley 40/2007) ⁽¹⁰⁷⁾.

106. CABEZA PEREIRO, J.: *La pensión de viudedad...*, cit., p. 66.

107. A este respecto, vid. PANIZO ROBLES, J.A.: «Un nuevo paso en la Seguridad Social consensuada: el Acuerdo sobre Seguridad Social de 13 de julio de 2006», cit., p. 147.

La segunda cuestión, de particular relevancia en el marco de este estudio, consiste en dilucidar la procedencia del reconocimiento del derecho a acrecer a los huérfanos nacidos en el marco de uniones no matrimoniales, bien en el caso de fallecimiento de los dos progenitores, bien en el supuesto de muerte de tan sólo uno de ellos. Incluso en el primer supuesto —fallecimiento del padre y de la madre no vinculados previamente por matrimonio—, habida cuenta el no reconocimiento previo de la pensión de viudedad a la pareja inicialmente supérstite, se plantean serias dudas respecto de un eventual derecho a acrecer del huérfano absoluto en caso de posterior fallecimiento de aquélla. Como con acierto ha precisado la doctrina, la situación de hecho de tal huérfano absoluto —al margen de la naturaleza legal de su filiación— es idéntica a la de aquél nacido en el marco de un matrimonio cuyo derecho a acrecer contempla expresamente el art. 17.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967 ⁽¹⁰⁸⁾. Por ello, para evitar dispensar un trato diverso a hijos matrimoniales y extramatrimoniales —incurriendo por consiguiente en una discriminación vetada por la CE—, y a partir de una interpretación teleológica de la norma, cabría abogar por el reconocimiento del citado derecho a acrecer, aun cuando inicialmente no fuese objeto de reconocimiento la pensión de viudedad cuya adición a la de orfandad se defiende ⁽¹⁰⁹⁾.

En cualquier caso, el razonamiento apuntado viene a superar una doctrina judicial unificada en contrario ⁽¹¹⁰⁾, según la cual, el derecho a acrecer de los huérfanos queda supeditado al previo reconocimiento al cónyuge fallecido de una pensión de viudedad, a su vez condicionada por la existencia de un vínculo matrimonial previo, resultando igualmente criticable la propia normativa que da pie a la referida posición jurisprudencial. Por un lado, la configuración de las prestaciones de muerte y supervivencia como emolumentos complementarios que habrían de revertir en todo caso en la misma unidad fa-

108. Vid. BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Pensión de orfandad de un menor hijo de padres unidos *more uxorio*. No acumulación del 45 por ciento de la pensión de viudedad inexistente a la pensión de orfandad que se percibe», *La Ley*, 1995, t. IV, p. 1134, criticando la doctrina unificada por el Tribunal Supremo.

109. FERNÁNDEZ PROL, F.: «Dificultades ligadas a la concurrencia de las pensiones de viudedad y de orfandad», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, cit., p. 339.

110. Entre otras, SSTS de 23 de febrero, 5 de abril y 21 de junio de 1994 (RJ 5343, 6834 y 7726) o 31 de enero y 10 de julio de 1995 (RJ 530 y 5489).

María de los Reyes Martínez Barroso

miliar ⁽¹¹¹⁾ —integrada por el cónyuge supérstite y los hijos comunes de éste y del fallecido—; y, en segundo término, por la propia sujeción —entonces— del derecho a la pensión de viudedad al requisito de existencia de un vínculo matrimonial previo que, dada la interconexión existente entre viudedad y orfandad, se convertía asimismo, indirectamente, respecto del derecho a acrecer, en requisito de esta última ⁽¹¹²⁾. A partir de tal interpretación, si bien la pareja sobreviviente no percibirá la pensión, al menos los hijos comunes podrán disfrutar de una pensión de orfandad incrementada con la cuantía de la pensión de viudedad que hubiera correspondido a uno de los progenitores.

Se vendría así a equiparar —si prospera de futuro tal medida consensuada, pues la Ley 40/2007 no la recoge expresamente— esta situación con la orfandad absoluta, en el sentido de que si, con carácter general, la cuantía de la pensión de orfandad es, para cada huérfano, del 20% de la base reguladora del causante, calculada, de acuerdo con las normas establecidas para la pensión de viudedad, tal porcentaje se incrementará con la pensión de viudedad, cuando a la muerte del causante no quede cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge supérstite, con derecho a pensión de viudedad, falleciese estando en el disfrute de ésta (art. 17.2 Orden de 13 de febrero de 1967).

En realidad esta interpretación supondría una mejora de la pensión de orfandad refrendada por la STCo 154/2006, de 22 de mayo, resolviendo favorablemente un recurso de amparo en el cual se dilucidaba si el hijo de una pareja de hecho tiene derecho a percibir la indemnización por muerte derivada de accidente de trabajo que hubiera correspondido al cónyuge de existir éste ⁽¹¹³⁾. El Alto Tribunal concede la prestación que denegaron los Tribunales ordinarios, porque tales decisiones discriminan a los hijos extramatrimoniales y lesionan el mandato constitucional sobre protección integral de los hijos, con independencia de la filiación.

111. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Pensiones de orfandad*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 162, o RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 88

112. Proponiendo la desvinculación de las pensiones de viudedad y orfandad, FERNÁNDEZ PROL, F.: «Dificultades ligadas a la concurrencia de las pensiones de viudedad y de orfandad», en AA.VV. (AESSE), *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, cit., pp. 342 y ss.

113. RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «El huérfano simple asimilado al huérfano absoluto ¿una equiparación acertada? Comentario a la STC 154/2006, de 22 de mayo», AS, núm. 13, 2006, pp. 51 y ss.

Por último, el Acuerdo sobre medidas en materia de protección social proponía la mejora progresiva de la pensión mínima de orfandad, en el caso de beneficiarios menores de 18 años y con una discapacidad igual o superior al 65%, que ha sido llevada a la práctica por el RD 1578/2006, de 22 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2007. La mejora ha consistido en equiparar su importe a la cuantía de las pensiones no contributivas, que ascendió en 2007 a 4.374,02 euros año ⁽¹¹⁴⁾, y para el año 2008 alcanza la cuantía de 4.687,48 euros —incrementándose en 5.502,28 euros/año en caso de orfandad absoluta, distribuidos entre todos los beneficiarios—. Como colofón, la disposición adicional 5.^a de la Ley 40/2007 hace un mandato al Gobierno para que en los próximos ejercicios económicos adopte las medidas necesarias para que la cuantía mínima de la pensión de orfandad alcance, al menos, el 33% de la cuantía del IPREM.

4. APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

AA.VV.: *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

AA.VV. (GONZÁLEZ ORTEGA, S., coord.): *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid, 1999.

ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Los principios de organización de las pensiones públicas», en AA.VV., *Pensiones sociales: problemas y alternativas*, t. I, MTAS, Madrid, 1999.

ALONSO OLEA, M.: «Sobre la tendencia al carácter asistencial de la protección de la viudedad», *RMTAS*, núm. 39, 2002.

114. No obstante, como bien afirma la doctrina, al mejorar la situación de los menores de 18 años con discapacidad del 65% por la vía de la pensión mínima de orfandad, en lugar de hacerlo por la de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, se provoca una cierta disfunción de esta última, pues cuando el huérfano cumpla 18 años —o los 22 o 24 si cumple los requisitos exigidos— se le extinguirá la pensión y deberá, si desea seguir percibiendo una prestación económica por su minusvalía, acudir a la puerta de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con minusvalía superior al 65%, de menor exigencia, al no exigirse un límite de rentas, y también de menor cuantía anual. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «La inminente reforma de las pensiones de Seguridad Social», cit., p. 107.

María de los Reyes Martínez Barroso

- «Las pensiones de viudedad hoy», *TS*, núm. 154, 2003.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad», *AS*, núm. 10, 2007.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Pensión de orfandad de un menor hijo de padres unidos *more uxorio*. No acumulación del 45 por ciento de la pensión de viudedad inexistente a la pensión de orfandad que se percibe», *La Ley*, 1995, t. IV.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G. y MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: «La pensión de viudedad a debate», *AL*, núm. 20, 2006.
- «La reforma de la pensión de viudedad. A propósito del Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006 y otros temas pendientes», *Revista Práctica mensual Social* (Francis Lefebvre), núm. 125, 2007.
- BLASCO LAHOZ, J.F.: «La última reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia», *TS*, núms. 92-93, 1998.
- «El RD 1645/2001, de 27 de diciembre: una reforma incompleta del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia», *TL*, núm. 66, 2002.
- BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J., y MOMPALER CARRASCO, M.^a A.: *Curso de Seguridad Social*, 14.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- BLASCO RASERO, C.: *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Las prestaciones familiares en el sistema de Seguridad Social*, BOE, Madrid, 2005.
- «Sobre la discutida tendencia a la asistencialidad de la pensión de viudedad», *TS*, núm. 174, 2005.
- «Últimas manifestaciones jurisprudenciales sobre la pensión de viudedad», en AA.VV. (AESSE), *La economía de la Seguridad Social. Viabilidad y sostenibilidad del sistema*, Laborum, Murcia, 2006.
- CABEZA PEREIRO, J.: *La pensión de viudedad*, BOE, Madrid, 2004.
- CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: «El matrimonio como “presupuesto” del derecho a la pensión de viudedad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las

Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la Ley 40/2007

- Comunidades Europeas», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, MTAS-La Ley, Madrid, 2004.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas de reforma», *AS*, núm. 14, 2001.
- CHACÁRTEGUI JAVEA, C.: «La pensión de viudedad ante la diversidad social y la sociedad multicultural: la poligamia y las parejas del mismo sexo como supuestos paradigmáticos», en AA.VV., *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «La incidencia de la institución familiar sobre la legislación laboral», en AA.VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.
- CRUZ VILLALÓN, J. y DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^ª L., en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.^ª N., dirs.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.
- DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^ª L.: *Régimen jurídico de la viudedad*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2002.
- «Efectos de la convivencia extramatrimonial sobre la pensión de viudedad: la problemática aplicación de la causa de extinción “vivir maritalmente con otra persona” contenida en el artículo 101 del Código Civil», *AS*, 2003, t. II.
- DE LA VILLA DE LA SERNA, S.: «Pensión de viudedad y bigamia. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2003», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 5, 2004.
- DE LA VILLA GIL, L.E.: «Pensiones sociales: problemas y alternativas», en AA.VV., *Pensiones sociales: problemas y alternativas*, t. I, MTAS, Madrid, 1999.
- DE NO VÁZQUEZ, M.^ª F.: «Poligamia y pensión de viudedad», *AL*, núm. 13, 2004.
- DEL VAL TENA, A.L.: «Poligamia y pensión de viudedad. A propósito de la extensión del concepto de beneficiario», *AL*, núm. 3, 2003.
- DIAGO DIAGO, M.^ª P.: «Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado», *Revista Aequalitas*, núm. 6, 2001.

María de los Reyes Martínez Barroso

- DÍAZ AZNARTE, M.^a I.: *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch, Barcelona, 2003.
- DÍAZ MÉNDEZ, A.: «Pensión de viudedad y formas inusuales de matrimonio», *AL*, núm. 1, 2001.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, La Ley, Madrid, 1999.
- «Muerte, supervivencia y protección familiar: situación actual y perspectivas de futuro», *AS*, núm. 5, 2000.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: *Las prestaciones familiares en el sistema de protección social*, Bomarzo, Albacete, 2007.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H., y QUIRÓS HIDALGO, J.G.: *Inmigración, Religión y Trabajo en Andalucía*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2007.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «La inminente reforma de las pensiones de Seguridad Social», *RTSS (CEF)*, núm. 288, 2007.
- FERNÁNDEZ PROL, F.: «Dificultades ligadas a la concurrencia de las pensiones de viudedad y orfandad», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, Laborum, Murcia, 2006.
- FERREIRO REGUEIRO, C.: «Pensión de viudedad a favor de un transexual que no pudo contraer matrimonio con el fallecido por falta de sentencia firme declaratoria del cambio de sexo», *AS*, 2003, T. V.
- FERRERAS ALONSO, F.: «La pensión de viudedad: elementos de reflexión», *TL*, núm. 55, 2000.
- GALA DURÁN, C.: «El derecho a la pensión de viudedad en los casos de nulidad, separación y divorcio: La nueva regulación del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social», *AS*, núm. 9, 1998.
- GÁRATE CASTRO, J.: «La reforma de las prestaciones de muerte y supervivencia a partir del acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social», *TS*, núm. 137, 2002.

Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la Ley 40/2007

- «La reforma de las pensiones por muerte y supervivencia», *Revista Jurídica Galega*, monografías, 2002.
- GARCÍA MURCIA, J. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Las modificaciones en el régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia», *Información Laboral: Legislación y convenios colectivos*, núm. 20, 2002.
- GARCÍA NINET, J.I.: «Acerca de lo que pretende el “Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social”», *TS*, núm. 187, 2006.
- GARCÍA VIÑA, J. y RIVAS VALLEJO, M.P.: *Las prestaciones de supervivencia en el sistema de la Seguridad Social*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- GETE CASTRILLO, P.: «Compatibilidad en la pensión de viudedad de nuestro sistema de Seguridad Social», *Foro de la Seguridad Social*, núm. 3, 2001.
- «Situación normativa de la pensión de viudedad: ¿para cuándo el paso de un continuo manoseo a una radical revisión institucional de la contingencia de muerte y supervivencia?», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, MTAS-La Ley, Madrid, 2004.
- «Controversias sobre la pensión de viudedad», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, Laborum, Murcia, 2006.
- «Prestaciones por muerte y supervivencia: una nueva realidad social», *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, 2007.
- GOERLICH PESET, J.M.³: «La protección por viudedad en los supuestos de separación y divorcio», *RL*, 1988, t. II.
- GÓMEZ MUÑOZ, J.M., en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., dir.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- GONZÁLEZ DE PUJANA, B.: «Aspectos actuales de la pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social y su conexión con el Derecho de familia», *RL*, 2002, t. I.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Problemática aseguradora de la familia», en AA.VV., *Los retos de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2005.
- «Seguridad Social y protección familiar», *RMTAS*, núm. 59, 2005.

María de los Reyes Martínez Barroso

- GONZALO GONZÁLEZ, B.: «La renovación del “Pacto de Toledo” y el futuro de las pensiones: apunte crítico y propuestas para la reforma de la viudedad», *RL*, núm. 19, 1999.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: «Pensión de viudedad y la nueva Ley de matrimonios homosexuales», *RL*, núm. 3, 2006.
- «El derecho transitorio en la pensión de viudedad de los homosexuales», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, Laborum, Murcia, 2006.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial: un motivo más para una necesaria reforma del art. 174 LGSS (Comentario a la STS 4.ª de 26 de mayo de 2004)», *RL*, núm. 1, 2005.
- «Sobre el reconocimiento de la pensión de viudedad a los supervivientes de parejas del mismo sexo que no han formalizado su matrimonio antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social, Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, Laborum, Murcia, 2006.
- INSS (SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA): «Informe sobre el impacto por razón de género del Anteproyecto de Ley de Medidas en materia de Seguridad Social», *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, 2007.
- LABACA ZABALA, M.ª L.: «La desprotección de la familia no matrimonial por muerte y supervivencia en el sistema español de Seguridad Social: la pensión de viudedad», *La Ley*, núm. 4, 2004.
- «La familia polígama y pensión de viudedad», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 22, 2004 [BIB 2005/721].
- LANDA ZAPIRAÍN, J.P.: «Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo. Su significado en el derecho español de la Seguridad Social», *REDT*, núm. 55, 1992.
- LEONÉS SALIDO, J.M.: *Las pensiones de viudedad y orfandad*, Comares, Granada, 1998.
- LÓPEZ AGUILAR, J.F.: «Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho civil en materia matrimonial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, 2005.

- LÓPEZ GANDÍA, J.: «El Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo», *RDS*, núm. 14, 2001.
- *Las reformas legislativas en materia de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- LÓPEZ TENA, A.: «Reformas civiles: el matrimonio entre personas del mismo sexo, separación y divorcio», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, 2005.
- LÓPEZ TERRADA, E.: *El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «Reparto de la pensión de viudedad ante supuestos de poligamia», *AS*, 2002, t. IV.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «Reconocimiento de la pensión de viudedad y uniones extramatrimoniales», en AA.VV., *Libro Homenaje a J. García Abeillán*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1995.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: «La convivencia *more uxorio* del ex cónyuge divorciado: ¿actúa como causa impeditiva del nacimiento del derecho a la pensión de viudedad? A propósito de la STS 26 mayo 2004», *RTSS (CEF)*, núm. 266, 2005.
- «La pensión de viudedad: incongruencias en la operatividad del efecto extintivo de la convivencia marital en los supuestos de separación y divorcio», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, Laborum, Murcia, 2006.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L.: «Problemática jurídica de la nueva pensión de viudedad», en AA.VV., *La nueva pensión de viudedad*, Colex, Madrid, 1986.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Divorcio vincular y derecho a pensión de viudedad (Comentario a la STCT de 17 de septiembre de 1980)», *JSSS*, 1981, t. II.
- «Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, MTAS-La Ley, Madrid, 2004.

María de los Reyes Martínez Barroso

- MARTÍNEZ GIRÓN, J.; ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *De-
recho de la Seguridad Social*, Netbiblo, A Coruña, 2005.
- MARTÍNEZ SEPTIÉN, J.F.: *Manual práctico de las prestaciones por viudedad,
orfandad y en favor de familiares*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- MEIL LANDWERLIN, G.: «La pensión de viudedad en el contexto del cambio
familiar», *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, núm. 694, 2003.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Pensiones de orfandad*, Marcial Pons, Madrid,
1999.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «Aspectos críticos de la pensión de viudedad:
Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual», *AS*, núm. 10,
2005.
- «La pensión de viudedad: ¿compensación frente a la pobreza o compen-
sación por un daño?», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad
Social, Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, Laborum, Murcia, 2006.
- NAVARRO ROLDÁN, R.: «Uniones extramatrimoniales y Seguridad Social:
especial referencia a la pensión de viudedad», *Revista Técnico Laboral*,
vol. XVIII, núm. 67, 1996.
- *Pensión de supervivencia: presente y futuro de la pensión de viudedad*, La
Ley, Madrid, 2006.
- PANIZO ROBLES, J.A.: «La convivencia de hecho y su incidencia en las pres-
taciones de la Seguridad Social: una deuda de cobertura pendiente», *Jus-
ticia Laboral*, núm. 24, 2005.
- «Un nuevo paso en la Seguridad Social consensuada: el Acuerdo sobre
Seguridad Social de 13 de julio de 2006», *RTSS (CEF)*, núm. 288, 2007.
- PÉREZ ALONSO, M.A.: *La pensión de viudedad en el régimen general de la
Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- PÉREZ DEL RÍO, T.: «El concepto de familia y su protección en la reforma de
la Seguridad Social», en AA.VV., *II Jornadas Universitarias andaluzas de
Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985.
- «La Ley 39/1999, de conciliación de las responsabilidades familiares y pro-
fesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», *TL*, núm. 52,
1999.

Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la Ley 40/2007

- PERICÁS SALAZAR, L.: «El matrimonio poligámico y la pensión de viudedad», *AS*, núm. 9, 2007.
- QUINTERO LIMA, G.: *Derecho Transitorio de Seguridad Social*, La Ley/Instituto de Seguridad Social «Juan Luis Vives», Madrid, 2006.
- RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Protección por muerte y supervivencia: cuestiones pendientes tras la promulgación del Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre», *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 11, 2002.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Comentarios a los artículos 171 a 179 de la Ley de Seguridad Social», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., dir.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003.
- «La protección a la viudedad: interrogantes, controversias y algunas respuestas», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, Laborum, Murcia, 2006.
- «El huérfano simple asimilado al huérfano absoluto ¿una equiparación acertada?, Comentario a la STC 154/2006, de 22 de mayo», *AS*, núm. 13, 2006.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Pensión de viudedad y divorcio», *RL*, 1995, t. I.
- RODRÍGUEZ SANTOS, B.: «La pensión de viudedad tras la legalización del divorcio», *AL*, 1985, t. II.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía», *RMTAS*, núm. 63, 2006.
- SASTRE IBARRECHE, R.: «Protección por muerte en el Régimen General de la Seguridad Social: la necesidad de una reforma», *TL*, núm. 39, 1996.
- «Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad», *AS*, núm. 15, 2007.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Contenido sociolaboral de la Ley de Presupuestos para 2006 y normas concordantes», *AS*, núm. 21, 2006.

María de los Reyes Martínez Barroso

- SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Las prestaciones por muerte y supervivencia en la unificación de doctrina», *TS*, núm. 154, 2003.
- SEOANE GARCÍA, A.: «Pensión de viudedad y matrimonios irregulares», *RDS*, núm. 27, 2004.
- SESMA BASTIDA, B.: «Extensión de la cobertura de la pensión de viudedad ante las nuevas realidades sociales: uniones de hecho y matrimonio homosexual», *AL*, núm. 6, 2005.
- SOLÍS PRIETO, C.: «La pensión de viudedad en el siglo XXI: viejos problemas, ¿nuevas soluciones? Análisis de la jurisprudencia recaída en unificación de doctrina (2000-2005)», en AA.VV. (AESSS), *La economía de la Seguridad Social, Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, Laborum, Murcia, 2006.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: «Reflexiones sobre la Seguridad Social y su reforma: del compromiso político a la reforma legislativa», *TS*, núm. 107, 1999.
- «La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del sistema en clave continuista», *RMTAS*, núm. 44, 2003.
- «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobres. (Un apunte sobre su impacto en el régimen de compatibilidades)», *TS*, núm. 104, 2003.
- TORTUERO PLAZA, J.L. y PANIZO ROBLES, J.A.: «La protección por muerte y supervivencia: una ordenación ajena a la realidad social y a los valores constitucionales», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., dir. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., coord.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.
- TOVILLAS ZORZANO, J.J.: Prólogo a NAVARRO ROLDÁN, R.: *Pensión de supervivencia: presente y futuro de la pensión de viudedad*, La Ley, Madrid, 2006.
- VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C., y QUE-SADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2008.
- VIQUEIRA PÉREZ, C.: «Pensión de viudedad y matrimonio homosexual. A propósito de la sentencia del JS núm. 33 Madrid de 14 de noviembre de 2005», *AL*, núm. 14, 2006.