

SOBRE LOS NUEVOS REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD POR ENFERMEDAD COMÚN: ANTIGÜEDAD DEL MATRIMONIO Y CONVIVENCIA *MORE UXORIO* ANTES DEL DECESO

Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de Noviembre de 2010

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS*

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de una viuda que solicita una pensión de viudedad al INSS. Había estado conviviendo con su pareja más de 17 años, sin hijos, a pesar de lo cual no se habían inscrito en el registro de parejas de hecho. Contrajeron matrimonio 20 días antes de la muerte de unos de los cónyuges.

El INSS, tras la solicitud de la pensión de viudedad por parte de la superviviente de la pareja, resolvió, en diciembre de 2008, el reconocimiento de una prestación temporal de viudedad, por el plazo legal de 2 años.

Frente a la misma, ni el Juez de lo Social ni el Tribunal Superior de Justicia aceptaron las respectivas demanda y recurso de suplicación de la actora que entendía que lo que tenía derecho era a una pensión vitalicia de viudedad.

RESUMEN: Se recurre en casación para unificación de doctrina la Sentencia del TSJ del País Vasco de 12 de enero de 2010 por la que se negaba el derecho a pensión de viudedad a la cónyuge superviviente cuando había contraído matrimonio, que no había llegado al año de duración, y tener más de 16 años de convivencia probados.

Se interpreta el artículo 174.1 de la Ley General de Seguridad Social en relación con su tercer apartado, para determinar si la “convivencia estable y notoria” ha de ser sólo la que se haya inscrito previamente en los registros de pareja de hecho o puede ser una convivencia probada pero no oficializada ante la Administración.

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA COMO PARTE DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA
2. NOTAS SOBRE LA REFORMA DE LA LEY 40/2007 Y EN PARTICULAR DE LA PENSIÓN DE VIUEDEDAD
3. LAS MODIFICACIONES PARA EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDEDAD PARA EL SUPUESTO DE MUERTE POR ENFERMEDAD COMÚN.
4. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVIVENCIA PARA LA OBTENCIÓN DE LA PENSIÓN PARA LAS PAREJAS UNIDAS POR MATRIMONIO EN CASO DE MUERTE POR ENFERMEDAD COMÚN

1. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA COMO PARTE DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Nadie pone en duda que la familia constituye una de las instituciones centrales de nuestra sociedad y ello es porque es en el seno de la misma donde se construye la identidad individual y social de las personas.

Es por ello por lo que en la Constitución Española se le ha querido otorgar una protección específica en su art. 39.1, estableciéndose que los poderes públicos han de asegurar “la protección social, económica y jurídica de la familia”.

Ha de recordarse, no obstante, que dicho precepto se encuadra dentro de los principios rectores de la política social y económica, por lo que de conformidad con el art. 53.3 de la CE, necesitan de un desarrollo legal por parte de los poderes públicos que concrete las medidas específicas de protección establecidas para las familias y, sólo producido ese desarrollo legal, podrá reclamarse este derecho ante los Tribunales¹. En cualquier caso con el desarrollo legal se trataría de dotar a las familias de los medios necesarios para el correcto desarrollo de las funciones que socialmente desempeñan.

Esto es, será el legislador ordinario, ante la falta de concreción de la propia CE, el que tenga que fijar las medidas, acciones y objetivos concretos, y que estarán probablemente vinculados a la realidad social y económica que se viva en cada momento, que habrán de adoptarse en cada momento para que pueda cumplirse la protección que establece el art. 39 de la CE. Así pues, serán fundamentales las diversas medidas que desde los distintos “poderes públicos” (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Administraciones Locales) se lleven a cabo para conseguir este objetivo general, además

¹ Artículo 53.3 CE “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen.”

de para intentar conseguir “la pacífica y libre convivencia de los distintos modelos familiares, así como el reconocimiento de todas estas nuevas fórmulas, de acuerdo a las previsiones del art. 9.2 CE”².

El primer problema que nos encontramos es definir qué se entiende por familia, ya que no hay una definición constitucional de la misma, quizás en la precaución de los redactores de la Carta Magna de que los cambios sociales incidirían en la configuración de los distintos, y futuros, modelos de familia.

Y es que hechos como la incorporación de la mujer al trabajo, el descenso del número de matrimonios y la proliferación de las uniones de hecho o more uxorio, la introducción de nuevas culturas que permiten la poligamia, el aumento de las familias “monoparentales”, el aumento de las parejas del mismo sexo, el reconocimiento de las situaciones de adopción o acogimiento (en cualquiera de sus modalidades), etc han permitido observar la proliferación de distintos y nuevos de modelos de familia.

Además, en la CE se recogen dos preceptos diferenciados para el matrimonio y la familia, lo que nos da a entender que el matrimonio, regulado en el art. 32, no ha de suponer el único origen de la familia que ha de ser protegida, de conformidad al art. 39 CE, y que en dicho precepto tienen cabida otras muchas realidades sociales que pueden entenderse como verdaderos núcleos familiares³.

De hecho, observando la doctrina del Tribunal Constitucional, para el mismo no existe un único modelo de familia, indicándose claramente que la Constitución no sólo protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio, sino también a la familia como realidad social, “entendiendo como tal a la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable” de las personas⁴. La indefinición constitucional de la familia permite que el legislador pueda concretar la protección exigida por el art. 39.1 CE en las distintas normas de conformidad a las necesidades particulares de distintas realidades familiares específicas, por lo que el concepto de familia puede variar en las distintas normas que pretenden protegerla (civiles, administrativas, fiscales, laborales o penales).

² Morgado Panadero, P. “Las uniones extramatrimoniales ante la Seguridad Social”, *Studia Zamorensia, Segunda Etapa, Vol, VII, 2004, 377*.

³ Aunque en algún que otro momento, el Tribunal Constitucional ha confundido “las realidades matrimonial y familia”, lo cual es absolutamente normal, como indican Torres Del Moral, A. y Gómez Sánchez, Y., en “Principio de igualdad y pensiones de viudedad”, *Revista de Derecho Político nº 35, 1992, pág. 53*.

⁴ Véanse las SSTC 184/1990, 222/1992; 126/1994, por todas, la STC 47/1993 indica que “la Constitución no protege a la familia que se constituye como matrimonio, sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable de una pareja”. También, y en especial, véase el comentario que sobre las mismas realiza González Porras, J.M., en *Uniones de hecho y pensiones de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1992, pags. 15 y sigs.)

Pues bien, por lo que nos interesa, el Derecho de la Seguridad Social es una de las ramas del ordenamiento jurídico que pretende cumplir con el mandato de la protección social y económica de la familia indicado en el art. 39 de la CE. Siguiendo a AGUILERA IZQUIERDO, la protección “más directa” se lleva a cabo a través de las prestaciones familiares, donde “la carga familiar es el objeto del aseguramiento” (al menos en las no contributivas). Otras prestaciones familiares “indirectas” donde “no se trata de compensar las cargas familiares, sólo de proteger de una u otra forma a la familia”, serían las de maternidad, paternidad, riesgos durante el embarazo y durante la lactancia y prestaciones por muerte y supervivencia⁵.

Y es que, respecto de las prestaciones por muerte y supervivencia, que son las que en este momento nos interesan, las mismas tienen como fin “salvaguardar una necesidad y suplir una disminución de ingresos en perjuicio del superviviente del matrimonio por el fallecimiento del cónyuge”. Ahora bien, desde el momento en que los beneficiarios de las prestaciones por muerte y supervivencia son “miembros de la unidad familiar a los que se les exige además convivencia y dependencia económica del sujeto causante, también está dispensando, aunque sea indirectamente, un grado de protección a dicha familia”⁶.

Conectando con la indefinición del concepto de familia por parte de la Constitución, en específico ámbito de la Seguridad Social, se ha planteado qué tipo de relaciones familiares deben de proteger los poderes públicos⁷, y ha sido precisamente en materia de prestaciones de muerte y supervivencia donde el Tribunal Constitucional ha tenido que justificar la opción legislativa por un determinado modelo de familia, la basada en el matrimonio, aunque no respecto de los hijos ya que los mismos “son iguales ante la ley” independientemente de la naturaleza de su filiación.

En cualquier caso, como indicó Argüelles Blanco, la Seguridad Social debe de proteger “todo tipo de relación estable de familia”, quedando al margen el vínculo que la origine, siendo lo único relevante la existencia de una continuidad, no sólo en el tiempo, sino también en los lazos afectivos que vinculan a las partes, teniendo en cuenta que dentro de los amplios límites establecidos por la Constitución debe aplicarse en cada momento el concepto de familia que sea adecuado a la “realidad social vigente”⁸.

⁵ En “Protección social de la familia: aspectos laborales y de Seguridad Social”, Foro, Nueva época, núm. 9/2009, ISSN: 1698-5583, pág. 68 y sigs. Aunque realmente creemos que prestaciones “familiares indirectas” son en realidad todas las prestaciones económicas de la Seguridad Social, contributivas o no contributivas, ya que con las mismas viene a cubrirse carencia de rentas de las personas, que sirven de soporte necesariamente a la economía familiar en la que se integra.

⁶ Nuevamente, Aguilera Izquierdo, R, op. cit., pág. 70.

⁷ En este sentido vid. López Terrada, E. en *Uniones matrimoniales y uniones de hecho en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 19.

⁸ En *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 22 y sigs

No obstante ello, conviene retener que el TC se remite a su doctrina consolidada sobre “el amplio margen del legislador para configurar el sistema de previsión social y regular los requisitos de concesión de determinadas prestaciones (ejemplo: la pensión de viudedad) en atención a las circunstancias, prioridades, disponibilidades materiales, y las necesidades de los diversos grupos sociales”. Es decir, si las diferencias de trato se amparan en “causas y fundamentos razonables”, no serán contrarias al artículo 14 CE⁹.

2. NOTAS SOBRE LA REFORMA DE LA LEY 40/2007 Y EN PARTICULAR DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

Como se ha advertido anteriormente el modelo de familia tradicional viene experimentando importantes transformaciones en los últimos años, en la obligación de proteger a la familia que establece el art. 39.1 de la CE, los poderes públicos deben de tratar eliminar al máximo todos los obstáculos o dificultades, para que dentro del ámbito privado de cada una de ellas existan verdaderas posibilidades de elección. En este sentido, la Seguridad Social trata de proteger a la familia como institución que agrupa a distintas personas que se prestan ayuda mutua, otorgándoles prestaciones en situaciones de necesidad.

Numerosos estudios doctrinales, propuestos por sociólogos y juristas, abordan la necesidad de modulación y adaptación de los Ordenamientos jurídicos vigentes a los cambios continuos que tienen lugar en la Sociedad¹⁰. Llevadas a cabo distintas regulaciones en el Derecho de familia, desde la regulación de adopción y acogimiento hasta el matrimonio homosexual (regulado por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio) hasta las distintas regulaciones autonómicas de las parejas de hecho, quedaba por realizar modificaciones respecto de las prestaciones por muerte y supervivencia para adaptarla a las nuevas realidades familiares¹¹.

Desde su creación, las prestaciones por muerte y supervivencia han sido una de las que menos modificaciones ha sufrido, y las recibidas, en líneas generales lo han sido para mejorar la acción protectora (aumento de los porcentajes, compatibilidad con el matrimonio, elevación de la edad de los huérfanos,

⁹ Así lo indica Rojo Torrecilla, E., en “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la regulación jurídica de las parejas de hecho”, Ponencia en les XIII Jornades de Dret Catalá a Tossa, en <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/4/ert.htm>

¹⁰ Cuenca Alcaine, B., en “El marco jurídico de las uniones de hecho en España”, Noticias Jurídicas, Octubre 2010.

¹¹ Como ha indicado Ojeda Avilés, A “La pensión de supervivencia merece una reordenación porque no solo asistimos a la radical evolución de las pautas sociales, con la proliferación de las parejas de hecho, el aumento de las viudas «históricas», los matrimonios del mismo sexo, la poligamia lícita y otras situaciones impensables hace pocos años, sino también a una mutación del estereotipo de viudas que nuestra sociedad española ofrece”, en “Reformulación de la pensión de viudedad”, RMTAS n° extra 74, 2008, pág. 333.

etc). Por ello, la Recomendación 12^a del Pacto de Toledo propuso la necesidad de modificar la regulación de la protección por muerte y supervivencia “con la finalidad de obtener prestaciones adecuadas a la realidad actual”. De hecho, en el Preámbulo del Pacto de Toledo “renovado” se indicaba que “es de destacar también el propósito de modernización del sistema al abordar las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares. Todo ello en el contexto de las exigencias que se derivan de la situación sociodemográfica, de la que resaltan circunstancias tales como el envejecimiento de la población, la incorporación creciente de las mujeres al mercado de trabajo y el fenómeno de la inmigración, así como de los criterios armonizadores hacia los que se apunta en el ámbito de la Unión Europea con el objetivo de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema”.

Especialmente, era necesaria la modificación de la regulación de la pensión de viudedad ya que la DA 54^a de la Ley 30/2005, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, proclama que “una reformulación global de la pensión de viudedad”, teniendo el Gobierno que presentar, previa su valoración y análisis con los agentes sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de ley a tal efecto, que “se dirija a que la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante” y posibilite, igualmente, el acceso a las uniones de hecho. No cabe duda de que la realidad, cada vez más extendida, de convivencia familiar a través de las uniones de hecho tenía que ser atendida en este aspecto ya por el legislador¹².

De ello se ocupó la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. En la misma se adoptaron normas que afectaban a distintas prestaciones de la Seguridad Social, por lo que se refiere a las prestaciones por viudedad, de forma sintética podríamos decir que los puntos más relevantes de la reforma fueron¹³:

- Que la pensión de viudedad recuperara su carácter de renta de sustitución y, por tanto, quede reservada a aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstites¹⁴.

¹² Como indican Rodríguez Piñero, M. y Pardell Vea, “las uniones de hecho aparecen no como fenómenos marginales fuera de la ley, sino como hechos sociales relativamente frecuentes en una sociedad pluralista y tolerante, que crean una problemática social que no puede ser ignorada en un Estado social de Derecho”, en “Uniones de hecho y protección social”, en J.M. Martinell y M^a T. Areces (eds.), *Uniones de hecho*. Edicions de la Universitat de Lleida, 1998.

¹³ En este sentido, Gala Durán, C., en “Una aproximación a la nueva regulación propuesta en el marco de la pensión de viudedad”, en <http://www.upf.edu/iuslabor/012007/SeguridadSocialcarolina.pdf> en *Iuslabor* 1/2007.

¹⁴ Como indicó, por todos, González González, C, “Constituye la pensión de viudedad una de las prestaciones de la Seguridad Social más cuestionadas por no responder en la actualidad en muchos casos a la finalidad con la que surgió, que no era otra que actuar como renta sustitutiva que permitía el sostenimiento económico de la familia cuando se producía el fallecimiento del cónyuge -históricamente el marido-, cuyos ingresos constituían la única fuente de rentas familiar”, en “Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2009

- Se otorgaba la pensión de viudedad a los supuestos de parejas de hecho y también respecto del auxilio por defunción y de las indemnizaciones a tanto alzado en caso de muerte derivada de una contingencia profesional.

- Se modificaron las condiciones de acceso a la pensión de viudedad, en caso de matrimonio, cuando el fallecimiento del causante sea por enfermedad común.

- Se cambiaron las condiciones de acceso a la pensión de viudedad en el caso de las personas separadas judicialmente o divorciadas.

- Se estableció la posibilidad de que la suma de las pensiones de orfandad y de viudedad pueda rebasar el importe de la base reguladora del sujeto causante

A ellos ha de añadirse el deseo “sine die” establecido por la DA 25ª de la Ley 40/2007 de que el Gobierno elaborara un estudio, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad, por lo que aún no nos encontramos con la “reformulación” de la pensión de viudedad que también se solicita por la doctrina¹⁵.

Quizás de todas ellas, la que más ha causado impacto mediático ha sido la referida a la concesión de la pensión de viudedad a las parejas de hecho¹⁶. Debido a la conexión, aunque “indirecta”, que tiene con este comentario, vamos a realizar algunas apreciaciones respecto de la misma.

Inicialmente, el Tribunal Constitucional impuso limitaciones al reconocimiento de la pensión de viudedad para parejas no casadas ya que indicó que matrimonio y unión de hecho no era realidades equivalentes, justificando dicha diferenciación de trato en que el matrimonio viene configurado constitucionalmente como un derecho de los ciudadanos (art. 32 CE), con la consiguiente generación de derechos y deberes entre las partes, lo que no ocurría con la convivencia *more uxorio* (SSTC 45/1989 y 184/1990)¹⁷. Por todo ello, y a pesar de que las uniones de hecho podrían considerarse como familia dicha igualación “entre una y otra clase de familia no impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales” (STC 74/1997). “Por todo ello, no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE aquéllas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales... siempre, claro es, que con ello no se coarte

¹⁵ Nuevamente, Ojeda Avilés, A, op. cit.

¹⁶ Decimos que mediático ya que la reforma tiene un impacto reducido en la práctica pues se calcula que sólo se incrementen las pensiones de viudedad en sólo un 2,7%, los requisitos establecidos hacen que, a pesar de que las uniones de hecho constituyan un porcentaje “mucho mayor con relación a las uniones formalizadas en matrimonio”, se dejen fuera de estas prestaciones a todas las parejas “que no han optado por el registro, que son la mayoría”, en este sentido Lamarca I Marques, A. y Alascio Carrasco, L., “Parejas de hecho y pensión de viudedad”, *Indret*, 4/2007, disponible en: http://www.indret.com/pdf/485_es.pdf, pág. 4.

¹⁷ Véase, nuevamente, Morgado Panadero, P., op. cit., pág. 384.

ni se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que decidan convivir *more uxorio*” (STC 184/1990)¹⁸. Consecuencia lógica es que se observaron numerosas sentencias que impedían causar derecho a la pensión de viudedad a los sobrevivientes de las parejas de hecho¹⁹.

No obstante, esta última sentencia citada, la STC 184/1990, recuerda que es de configuración legal el acceso a las pensiones de viudedad, por lo que perfectamente, el legislador podría reconocer una pensión de viudedad al superviviente de una pareja de hecho.

Habiendo decidido el legislador regular el acceso a las pensiones de viudedad para las uniones de hecho, no lo ha hecho en la misma medida que para las parejas casadas. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley 40/2007, “habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de la prestación de viudedad”, por lo que la regulación de las pensiones de viudedad para los supervivientes de las parejas de hecho se aleja de la establecida para los supervivientes de una relación matrimonial.

Tan es así, que para que el superviviente de una pareja de hecho pueda acceder a la pensión de viudedad, además de acreditar una cierta dependencia económica que varía según la existencia de hijos comunes, y una doble exigencia de acreditación de la duración de la convivencia, de un lado, con el certificado de empadronamiento y, de otro, la existencia de la pareja de hecho mediante la inscripción en el registro de parejas de hecho o con el otorgamiento de documento público.

Esto es, de un lado, se exige la demostración de la convivencia ininterrumpida durante cinco años sería más que suficiente para acreditar esta “análoga relación de afectividad a la conyugal” que “conlleva también una convivencia estable y notoria, es decir una convivencia ‘*more uxorio*’ en plena vida común, cual si de verdadero matrimonio se tratase”²⁰. De otro lado, la existencia como pareja de hecho “oficializada” (registrada en oficina pública o mediante documento público) con dos años de antigüedad anteriores a la muerte del trabajador.

Parece un requisito excesivo, se trata de dos exigencias como si se tratase de dos cuestiones distintas y no lo son ya que la convivencia durante cinco

¹⁸ Por más reciente, la STC 69/2007, de 16 de abril, vuelve a reiterar que no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia.

¹⁹ Vid Blanco Pérez-Rubio, L., *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Trivium, Madrid, 1992. Alguna sentencia justificó la denegación de las pensiones de viudedad a las parejas de hecho en la “inexistencia de recursos económicos del sistema” para afrontar el pago de las mismas, (SCT 126/1994).

²⁰ Como define Sampedro Corral, M., en “Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia”, RMTAS nº 74, 2008, 109.

años, “absorbería”, a mi juicio, al otro de los requisitos ya que lo que se pretende es acreditar la estabilidad de la situación²¹. Y es que, hablar de parejas estables no casadas implica “referirnos a una situación de coexistencia diaria y con vocación de permanencia, creándose entre los convivientes unidos sentimentalmente un ámbito común de intereses y fines, dentro del núcleo común de su hogar compartido, siendo el deseo de los mismos no sujetarse a reglas preestablecidas que pudieran condicionar su libertad de elección”²².

3. LAS MODIFICACIONES PARA EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD PARA EL SUPUESTO DE MUERTE POR ENFERMEDAD COMÚN

Como se ha dicho más arriba, y por lo que nos interesa a efectos de comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2010, la Ley 40/2007 vino a establecer requisitos más rígidos para la obtención de la prestación de viudedad.

El Acuerdo de Medidas de Seguridad Social para 2006 establecía un nuevo requisito para las pensiones de viudedad de los cónyuges, cuando la muerte fuera derivada de una enfermedad común: que hubiera un vínculo matrimonial previo de dos años o que hubiera hijos en común con derecho a pensión de orfandad.

Afortunadamente para los posibles beneficiarios, la Ley 40/2007 dulcificó los citados requisitos²³, de hecho, tras mantenerse los dos periodos de carencia en orden a la obtención de la prestación de viudedad, el común de 500 días en los casos de muerte por enfermedad común en caso situación de alta o el de 15 años en casos de muerte por contingencias comunes desde situación de no alta, se establece como nuevo requisito para el caso de muerte por enfermedad común (no por accidente no laboral):

Art. 174.1 tercer párrafo: “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*

²¹ En sentido parecido, Molins García-Atance, J., “La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social”, *Aranzadi Social* núm. 6/2008, pg. 109.

²² Nuevamente, Cuenca Alcaine, B., *op. cit.*

²³ El Acuerdo de Medidas de Seguridad Social del 2006 establecía dos años de antigüedad en el matrimonio y con independencia de cuándo se originara la enfermedad. La Ley 40/2007 sólo exige un año de antigüedad, que la enfermedad fuera sobrevenida tras el vínculo conyugal y además, permite que si no se tiene esa “antigüedad matrimonial” pueda acudir al tiempo de convivencia como pareja de hecho (en tal caso, como se verá, se amplía a dos años la antigüedad exigida). Además, si hay hijos comunes no es necesario que los mismos sean beneficiarios de la pensión de orfandad, tal y como se preveía en el Acuerdo del 2006.

año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años”.

Esto es, se requiere para acceder a viudedad por una muerte por enfermedad común (anterior al momento del matrimonio) alternativamente:

- Bien que el matrimonio se hubiera celebrado, como mínimo, con un año de antelación a la fecha del fallecimiento, es una limitación de igual alcance y contenido de otras que se han establecido en el ámbito europeo y no es algo desconocido en nuestro ordenamiento²⁴. En los casos de pareja de hecho que posteriormente contrajera matrimonio, y no se hubiere llegado al año de matrimonio antes de la muerte del causante, puede suplirse esta falta si se demuestra una convivencia de dos años sumando el período de convivencia notoria como pareja de hecho más el tiempo de matrimonio.

- Bien, que existan hijos comunes²⁵; ello viene a suponer que han de tener más de un hijo²⁶ pero no es necesario que los mismos sean beneficiarios de la prestación de orfandad.

En el caso de que no se llegue a tales períodos exigidos de convivencia o de cumplimiento de los requisitos de hijos comunes, y reúna el resto de los requisitos, se crea una prestación temporal de viudedad (recogida en el catálogo de prestaciones por muerte y supervivencia del art. 171.1 –nuevo apartado c-), en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y

²⁴ Como indica Rodríguez Iniesta, G., hay que acudir al Mutualismo Laboral (Art. 82 RG Mutualismo Laboral Orden 10 de septiembre de 1954 se exigía haber contraído matrimonio con una edad inferior a los 60 años y con dos años de antelación como mínimo al momento de la muerte) o al SOVI (se exigía haber contraído matrimonio al menos 10 años antes de la fecha del fallecimiento y que hasta el mismo hubieran estado conviviendo, art. 3 Decreto Ley de 2 de septiembre de 1955) para ver un requisito similar, en “La protección por muerte y supervivencia”, en AAVV, *La reforma de las pensiones de Seguridad Social de 2007*, Dir. Cavas Martínez, Laborum, Murcia, 2007, pág. 171.

²⁵ No es dudoso que el matrimonio sin hijos también forme una familia. Postura que, por otra parte ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en STC 45/1989, de 20 de febrero, en la que se indica Que “sea cualfuer el concepto constitucionalmente adecuado de familia, no es discutible que tal concepto incluya sin duda la familia originada en el matrimonio”.

²⁶ Y por hacer una interpretación flexible, aunque no concluyente, podría entenderse cumplido este requisito suficientemente en caso de tener varios hijos pero sólo uno de ellos fuera común de la pareja. Más aún, Blasco Lahoz, J.F. y Piñero De La Fuente, A.J., indican que “...la expresión plural, ‘hijos comunes’, podría impedir, en una interpretación estricta, que la existencia de un solo hijo común hiciera aplicable la excepción. Parece todavía menos lógico que un cónyuge del fallecido, con un hijo en común, pueda verse privado de la pensión de viudedad en aplicación de la comentada regla, considerando que encaja plenamente con la contingencia de supervivencia que dice proteger el sistema de Seguridad Social, y la consideración de rentas de sustitución del propio nivel contributivo”, en *La última reforma de la Seguridad Social. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pág. 93.

con una duración de dos años. Es un modo de hacer menos “traumática” esta situación de cambio de estatus del cónyuge sobreviviente que tiene ese plazo para buscar medios económicos para poder subsistir.

En cualquier caso, los nuevos requisitos de esta pensión de viudedad para el caso de muerte por enfermedad común plantean, cuando menos varios interrogantes. Pero quizás los dos más importantes se refieran a la contingencia que provoca la muerte y la segunda a la situación de antigüedad del matrimonio o convivencia. Toda vez que este segundo vamos a verlo en el epígrafe siguiente, vamos a realizar alguna observaciones sobre la contingencia que provoca la muerte.

Se ha dicho por la doctrina que el endurecimiento de requisitos cuando la muerte deriva de una enfermedad común atiende a argumentos de tipo financiero, evitando situaciones próximas a la compra de pensiones, o para evitar situaciones de fraude con matrimonios de conveniencia, “complacencia o simulados”²⁷. Desde luego, estamos con los autores que piensan en sana lógica interpretativa, que el “fraude” no ha de presumirse²⁸ o, dicho de otro modo, que no es razonable que “se establezca una medida de este tipo que puede interpretarse como un presunción iuris et de iure de situación fraudulenta”²⁹.

No sabemos exactamente por qué se ha limitado esta exigencia de que el hecho causante derive de una enfermedad común. Sí intuimos que la exigencia de que la enfermedad común no fuese “sobreenvenida tras el vínculo conyugal” es para evitar posibles situaciones fraudulentas. Pero ¿por qué no se ha aplicado esta regla también a las enfermedades profesionales que se conocieran con anterioridad al matrimonio? “al fin y al cabo los reparos serán los mismos que para una enfermedad no profesional”³⁰.

El otro problema será la determinación del conocimiento de la enfermedad común, si el mismo era o no anterior al matrimonio ya que en más de una ocasión será difícil de determinar cuál es el origen o cuándo surge realmente una enfermedad³¹. Será la labor pericial médica la que tenga aclarar estas cuestiones ya que sin duda serán asuntos que llegarán a los Juzgados de lo Social para dirimirse en los mismos.

²⁷ En este sentido, y por todos, Llorente Álvarez, A., en “La protección por muerte y supervivencia” (i), en AAVV, *Aspectos prácticos de la Reforma de la Seguridad Social*, Dir. Mercader Uguina y Trillo García, Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 226-227.

²⁸ Como por ejemplo, Gala Durán, C, op. cit., que propone que se fortalezcan los mecanismos de control ante el fraude, pág. 3 o Llorente Álvarez, A., *ibid*, pág. 227.

²⁹ En este sentido, Blasco Lahoz, J.F. y Piñero De La Fuente, A.J., op. cit., pág. 93.

³⁰ Como indica, Rodríguez Iniesta, G., op. cit., pág. 173.

³¹ En palabras de Llorente Álvarez, A., “Desde otra perspectiva, en enfermedades de larga duración, con momento puntuales de agudización debidos a factores, en muchos supuestos, incontrolables ¿cómo serán entendidas? “exigir este requisitos a enfermos a los que podríamos denominar crónicos o con enfermedades de larga duración, a mi juicio, puede bordear la vulneración del principio de igualdad, al discriminar a los enfermos en relación con los sanos, o presumiblemente sanos, exigiendo a aquéllos más requisitos que a éstos para el nacimiento de una prestación de viudedad”, op.cit., pág. 228.

En fin, que aunque para algunos autores no “resulta descabellada” una limitación de la pensión de viudedad atendiendo bien a la edad del supérstite o bien a la demostración de una antigüedad en la convivencia³². A mi juicio, se echa de menos que en esta reforma de la pensión de viudedad no prime la situación de necesidad del supérstite, frente a otras circunstancias (como la convivencia previa) para el reconocimiento de la prestación³³, porque ello hubiera sido más coherente con la idea de reforzar el carácter de renta de sustitución para el sostenimiento de las cargas familiares de las prestaciones por viudedad. Ha de recordarse, en este sentido, que el Tribunal Constitucional en la STC 154/2006 indicó, FJ 8º, que “...no cabe hacer abstracción [...] de la repercusión que el fallecimiento tiene en las necesidades de la familia...” o en la STC 184/1990, donde establece como uno de los fines de la pensión de viudedad “...compensar frente a un daño, el cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge superstite...”.

4. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVIVENCIA PARA LA OBTENCIÓN DE LA PENSIÓN PARA LAS PAREJAS UNIDAS POR MATRIMONIO EN CASO DE MUERTE POR ENFERMEDAD COMÚN

El segundo de los problemas que llevan consigo los nuevos requisitos establecidos para acceder a las pensiones de viudedad causadas por una enfermedad común se refiere, como anteriormente se dijo, a la exigencia de una antigüedad en el matrimonio o, en su caso, en la convivencia previa al matrimonio.

La doctrina ya se había pronunciado al respecto con claridad, contundencia y acierto. LLORENTE ÁLVAREZ³⁴ ya había dicho que la convivencia que debía de acreditarse, se realizaba, de conformidad a una remisión legal, al art. 174.3 párrafo cuarto, que “tiene una difícil interpretación” por dos motivos:

- Según el párrafo cuarto de la norma, “puede parecer que la convivencia válida será aquella que se produzca entre una pareja ‘constituida con análoga de relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona’. Si ello fuera así, el tiempo de convivencia previo al matrimonio de dos personas, que manteniendo una relación de afectividad análoga a la conyugal, estaban impedidas para contraer matrimonio –por ejemplo, por estar en trámites para divorciarse- y que una vez obtenido el divorcio se casan entre sí, ese período de convivencia, decimos, no sería suficiente para que, sumado al período de convivencia matrimonial, se completarán los dos años que se necesitan, en estos supuestos, a efectos de causar la pensión de viudedad”.

³² En este sentido, Ojeda Avilés, A., op. cit., pág. 334.

³³ Así, Sampedro Corral, M., op. cit., pág. 117.

³⁴ Op. cit., pág. 230.

- De otro lado, "...no se exige que el período a sumar al de vigencia del vínculo matrimonial deba ser un período de convivencia como pareja de hecho formalizada, solamente indica que se "acreditará un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3". A mi juicio, *si la norma hubiera querido que el período de convivencia lo fuera como pareja de hecho así lo debería haber indicado específicamente*. Llegar ahora a esa conclusión por vía interpretativa, entiendo, supone una importante merma de posibles derechos, razón que debe llevar a su rechazo cuando no está prevista expresamente por el legislador. Por consiguiente, probablemente *la remisión se efectúa al primer inciso del citado párrafo cuarto... inciso en el que, por un lado, se define lo que ha de entenderse por pareja de hecho y, por otro, se califica la convivencia y se indica cómo debe acreditarse esta*. En definitiva, mi inclino por considerar que la remisión que efectúa la norma lo es a fin de exigir que la convivencia previa al matrimonio sea estable y notoria y que se acredite mediante el correspondiente certificado de empadronamiento".

Pues bien, este precepto ha producido es una serie de interpretaciones judiciales de interés, que ahora parecen querer cerrarse, con una segunda sentencia del Tribunal Supremo, sala IV, de 17 de noviembre de 2010, ponente Manuel Ramón Alarcón Caracuel, en la que se recoge un supuesto de aplicación de la prestación de viudedad para matrimonios con menos de un año de la fecha de celebración del mismo.

Así pues, lo que tiene que dilucidar el TS en el recurso de casación por unificación de doctrina, si la doctrina correcta es la del STSJ del País Vasco de 12 de enero de 2010, que es la que se recurre, o la de contraste de STSJ de Aragón de 9 de diciembre de 2008.

Esto es, si una viuda cuyo cónyuge ha fallecido a consecuencia de una enfermedad previa al matrimonio, habiendo durado éste menos de un año tendrá derecho a la pensión de viudedad o por el contrario solamente a la prestación temporal de viudedad, ya que ha de interpretarse el segundo inciso del párrafo tercero del art. 174.1 LGSS que indica que "no se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años".

En vista de que no hay hijos comunes, para este asunto que es origen de la sentencia de 17 de noviembre de 2010, la única forma de acceder a la pensión vitalicia de viudedad, tras el fallecimiento de un cónyuge a consecuencia de una enfermedad diagnosticada con anterioridad al matrimonio (que no ha llegado al año de duración) es *demostrar la convivencia de hecho anterior al matrimonio por una duración, que sumada a la duración del matrimonio sea superior a dos años*.

De hecho, en la sentencia recurrida se recoge que la convivencia de la pareja en total ha sido más de 16 años.

El precepto clave interpretativo es el art. 174.3 párrafo 4 de la LGSS “*se considerará 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.*”

Desde luego, este apartado es el “probablemente más desafortunado del precepto”, se ha dicho sobre el mismo que la técnica legislativa del precepto es “bastante defectuosa, aparentemente contradictoria y da lugar a dificultades de comprensión para el operador jurídico, al que le cuesta apreciar, de entrada, la severidad de los requisitos exigidos y el carácter extremadamente restrictivo de la norma, prácticamente un despropósito”³⁵.

El TS entiende esta remisión realizada en el tercer párrafo del art. 174.1 de la LGSS, al cuarto párrafo del art. 174.3, que basta con la acreditación de la convivencia de hecho, no siendo necesario inscripción ni formalización ninguna, puesto que la “acreditación como pareja de hecho” está establecida sólo

³⁵ Así lo indican, Lamarca I Marques, A. y Alascio Carrasco, L., op. cit, pág. 17 y continúan diciendo “... se prevé un sistema cumulativo de acreditación de la pareja de hecho sobre la base de un doble carácter, material o de hecho de la convivencia, y jurídico o formal de la constitución de la pareja. Entendido de esta manera, que no es necesariamente intuitiva, la ley exige una doble prueba de la pareja de hecho, no demasiado coherente, y absolutamente reforzada: realidad material de la convivencia y manifestación formal de querer constituir la pareja de hecho, de acuerdo con los dos medios vigentes: inscripción en un registro o escritura pública notarial. [...] Ello sólo se puede entender si consideramos que la inscripción en el registro y el otorgamiento de escritura pública cumplen únicamente el requisito de manifestación formal de la voluntad de constituir la pareja de hecho, como sucede en el matrimonio con su celebración, mientras que el certificado de empadronamiento acredita la existencia efectiva de la pareja basada en la convivencia, al margen y de forma cumulativa a las manifestaciones formales que se hayan hecho. De otro modo no puede entenderse el requisito mínimo de dos años, ya que si el certificado del registro o el otorgamiento de escritura fuesen suficientes para acreditar la existencia de la pareja sería necesario que tuviesen una antigüedad de cinco años. Podría suceder también que tanto en el registro como en la escritura pública se manifestase una antigüedad de la pareja superior a cinco años, de forma que eso podría plantear dudas en el caso de no existir el empadronamiento en una determinada vivienda.”

para los exclusivos efectos de otorgar la pensión de viudedad a uniones de hecho “pero no cuando se trata de un matrimonio, como es el caso”. Lo que ocurre es que, para evitar matrimonios de conveniencia, cuando el fallecimiento se produce por enfermedad anterior se exige o bien una duración del matrimonio de un año o bien una duración de ese matrimonio más una convivencia anterior por un total de más de dos años. Esto es, la remisión del art. 174.1 al art. 174.3 de la LGSS no se hace a la integridad del mismo, sino de forma exclusiva al primer inciso de ese párrafo cuarto.

Es doctrina que sigue a la suya propia, también, de 20 de julio de 2010, “si el derecho a la pensión en las singulares situaciones matrimoniales que se examinan [fallecimiento por enfermedad común previa al matrimonio que no hubiese alcanzado el año de duración] se sujeta a haberse acreditado *«un periodo de convivencia ... en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años»*, está claro que con tal mandato el legislador únicamente está imponiendo que se cumpla el expresamente citado requisito de la convivencia [por dos años, menos la duración que haya tenido el propio matrimonio], a justificar por el correspondiente empadronamiento [u otro singular medio de prueba, conforme a nuestras indicadas sentencias de 25/05/10 -rcud 2969/09 - y 09/06/10 -rcud 2975/09 -], sin que en forma alguna sea también exigible -para esa convivencia prematrimonial- el requisito de inscripción o escritura pública, que es propio de la pensión correspondiente a la «pareja de hecho» cuyo miembro supérstite pretende el derecho a la pensión, y cuya razón de ser [acreditamiento fehaciente del compromiso de convivencia] ya está cumplidamente atendido por el propio matrimonio posterior; porque -insistimos- el supuesto de que tratamos se encuadra en la vía matrimonial para el acceso a la prestación de viudedad.”

Parece un buen camino interpretativo ya que no sería lógica una solución restrictiva cuando el período de convivencia ha sido tan elevado, esto es, de al menos 5 años, lo que conlleva estabilidad del núcleo familiar, bastante más de lo que duran muchos de los nuevos matrimonios.