

A PROPÓSITO DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD PARA LAS PAREJAS DE HECHO

Luis Fernando De Castro Mejuto

*Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia
Investigador del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidade da Coruña.*

RESUMEN:

Dos consideraciones críticas acerca de la Ley que concede la pensión de viudedad a las parejas de hecho (artículo 174 Ley General de la Seguridad Social). En concreto, si esta regulación es discriminatoria y cuál pueda ser la finalidad buscada por el legislador con la reforma.

Palabras clave: Pensión de viudedad – Parejas de hecho – Discriminación.

ABSTRACT:

Two critic considerations about the Act granting the widow's pension to unmarried partners (article 174 General Act on Social Security). Specifically, if this regulation is discriminatory and what could be the purpose sought by the legislature to reform.

Keywords: Widow's pension - Unmarried partners – Discrimination.

*A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho**

El contenido de este escrito trae causa de la reforma de la pensión de viudedad que se va a producir en España en fechas próximas¹ y que, como gran novedad, atribuye dicha prestación a las llamadas «parejas de hecho», rompiendo la tradición que enlazaba dicha pensión con el estado civil de viudedad y, por ende, con el vínculo matrimonial. La limitación temporal evidente que corresponde a esta exposición me impele a centrarme —obviando múltiples cuestiones— en dos aspectos de la reforma que considero determinantes: una, la posible existencia de una discriminación con respecto a las pensiones de viudedad clásicas, pues las condiciones impuestas a los supervivientes de la pareja desmerecen la institución y alteran profundamente su naturaleza; y otra, enlazada con la anterior, si esa minoración de derechos está avanzando una futura reforma en profundidad de la propia viudedad o simplemente es el primer paso para la total equiparación de las pensiones de viudedad clásicas y las nuevas. La respuesta a estos dos interrogantes exigen partir del futuro precepto y de su tenor literal.

Los términos en que ha sido redactado el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social se gestaron en el «Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social» firmado el 13/07/06 entre el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales y los Secretarios Generales de CCOO y de UGT, junto a los representantes de las Organizaciones Empresariales (CEOE y CEPYME). Este Acuerdo continúa la línea que se marcó el 06/05/06, cuando esos mismos interlocutores suscribieron el «Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo». El objetivo declarado de los dos es la necesidad de que nuestro modelo protector se adecúe a la evolución que está experimentando la sociedad española, marcada por el proceso de envejecimiento demográfico, la incorporación creciente de las mujeres al mercado de trabajo y el fenómeno de la inmigración, así como la aparición de nuevas realidades y demandas sociales. Se trata, en definitiva, de lograr un sistema de protección social más solidario y eficiente y, a la vez, garantizar los niveles de cobertura, teniendo en cuenta el equilibrio financiero y la competitividad de la Seguridad Social con la creación de empleo y riqueza productiva. Sin embargo, a pesar de toda esta declaración de principios y buenas intenciones, estamos —en palabras de DESDENTADO BONETE²— ante una reforma razonable, pero limitada, o si se prefiere, ante una reforma que podría dejar de ser razonable por ser tan limitada.

Así el artículo 5.3 del Proyecto de Ley³, que recoge la nueva regulación del citado artículo 174⁴, puede extractarse en los siguientes puntos: primero, se reiteran los tér-

* Texto base de la Comunicación expuesta y defendida en Oporto (Portugal) el día 24 de Noviembre de 2007, en la Facultad de Derecho de la Universidade Católica Portuguesa, en el marco de las *XIII Jornadas Luso-hispano-brasileñas de Derecho del Trabajo*.

1 Afirmación que se hizo realidad apenas unas semanas después cuando el Proyecto de Ley comentado se convirtió en la Ley 40/2007, de 04/Diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE 05/12/07).

2 Véase DESDENTADO BONETE, A., «La reforma de la Seguridad Social en 2006. Algunas reflexiones sobre el Acuerdo de 13.7.2006», en *Revista Práctica Social*, número 127, Francis Lefebvre (Madrid, 2007), págs. 31-38.

3 Véase el Boletín Oficial de las Cortes Generales del día 20/09/07, donde se recoge bajo el número A-121/000126.

4 «1.- Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que se cause aquélla desde una situación de alta o de asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de

minos de la pensión de viudedad matrimonial hasta ahora vigentes⁵, añadiéndose una cautela para prevenir matrimonios de conveniencia proteccionista –esto es, cuando el

cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización.

También tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años.

En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevinida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

2.- En los casos de separación o divorcio, con independencia de las causas que los hubieran determinado, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante.

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera 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 por ciento 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 en los términos a que se refiere el apartado siguiente.

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 artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios.

3.- Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el apartado 1 de este artículo, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones.

A efectos de lo establecido en este apartado, 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.

En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, la existencia de la pareja de hecho se acreditará conforme establezca su legislación específica.

4.- En todos los supuestos a los que se refiere el presente artículo, el derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado anterior, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente.

5 Para una visión más completa sobre ese régimen vigente, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo (A Coruña, 2005), págs. 131 y ss.

causante se casase sufriendo la enfermedad que, a la postre, va a causarle la muerte-. Segundo, se mejoran las previsiones referentes a los supuestos de separación o divorcio, de manera que la pensión se condiciona a que el superviviente hubiera sido acreedor de la pensión compensatoria del Código Civil, evitándose la paradoja de que se cobrase una pensión pública, cuando no percibía ninguna privada del causante; situación que algunos⁶ califican como *tercera modalidad de viudedad*⁷, aquella que no sustituye renta alguna dejada de percibir, sino que aumenta, gracias al fallecimiento del causante, las rentas familiares. Tercero, se regula por primera vez una pensión de viudedad a las parejas de hecho bajo una serie de condiciones contempladas en el párrafo tercero. Y cuarto, se recoge una lógica causa de extinción de la prestación: nuevas nupcias (civiles o fácticas).

Primera cuestión: ¿Es una regulación discriminatoria? Para que las parejas de hecho puedan acceder a la pensión de viudedad se precisará la constatación de dos condiciones, que –desde luego– no se exigen para los casados: por un lado, una convivencia mutua, estable y notoria durante un periodo amplio –cinco años–; y por otro lado, la existencia de dependencia económica con respecto al conviviente fallecido.

La primera de las dos condiciones implica ser pareja de hecho efectivamente, requisito obvio, pues su condición no se residencia –pese al grado de confusión terminológica que se ofrece al regularlas jurídicamente y adjudicarles consecuencias– en un estado adquirido, en un acto solemne y formal, en un contrato de familia, sino en un dato fáctico, real, constatable. Ahora bien, el ordenamiento jurídico español transforma su inicial naturaleza de realidad meramente social a otra plenamente jurídica desde el punto y hora en que exige que esa condición haya de acreditarse mediante certificación del correspondiente registro de parejas de hecho o mediante documento público en el que «conste la constitución de dicha pareja»; en otras palabras, que de todas maneras habrá que «casarse» ante el registro o ante el notario, publicitando la relación a través de un papel, de modo que se desvirtúa no sólo el carácter de la institución, sino también su origen⁸.

La segunda de las condiciones se planteaba antes: ha de existir dependencia económica con respecto al causante; y ésta se va a medir a través de dos estándares optativos (que se ven modulados de concurrir hijos comunes): uno de tipo subjetivo, que se contrae a averiguar la aportación que realizaba cada uno de los miembros de la pareja a la unidad de convivencia durante el año natural anterior al fallecimiento; y otro de tipo objetivo, que estará en función del Salario Mínimo Interprofesional vigente a la fecha del hecho causante y que, además, habrá de acreditarse anualmente.

¿Por qué sólo se exige la dependencia económica a las parejas de hecho y no para los matrimonios, si se está configurando como un elemento constitutivo de la

6 Véase MOLÍNS GARCÍA-ATANCE, J., «Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual», en *Aranzadi Social*, número 10, Thomson-Aranzadi (Pamplona, 2005) [BIB 2005\1590].

7 Junto con la que «constituye una garantía de supervivencia, con atención al nivel de renta del beneficiario y sus cargas familiares» (Pacto de Toledo); y la que garantiza el nivel de rentas de la unidad familiar cuando fallece el causante. Para este punto, véanse DÍAZ AZNARTE, M., *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch (Barcelona, 2003), págs. 91 y 92; y 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», en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, número 1, La Ley (Madrid, 2002), pág. 1606.

8 Aquéllos que quieren permanecer al margen de cualquier institución en el plano sentimental terminan encontrando trámites equivalentes –e igualmente engorrosos– a los que optan por formalizar jurídicamente su relación.

situación protegida? No concurre ninguna razón de protección social que justifique la exigencia de distintos o mayores requisitos a las parejas de hecho que a los casados, ya que, una vez equiparadas las situaciones, sus condiciones determinantes deberán ser idénticas para obtener la protección de supervivencia, cualquiera que sea el supuesto o modo de convivencia personal o familiar que cada cual haya elegido previamente.

Es cierto que desde el punto de vista de la jurisprudencia no puede afirmarse que exista discriminación alguna por regular con distintos parámetros las parejas de hecho y los matrimonios⁹. De entrada, la exclusión total de prestación no vulnera ningún derecho fundamental; no ha de olvidarse que la exigencia de matrimonio para lucrar viudedad no es inconstitucional¹⁰. Es más, la finalidad del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social «es la protección jurídica de la familia [...] que ha aconsejado al legislador fomentar el matrimonio, cimiento o refuerzo de la familia, mediante la limitación de la prestación de viudedad a quienes lo hayan contraído. En la medida en que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia” [artículo 39.1 de la Constitución Española] esta delimitación del campo de aplicación de la prestación de viudedad se atiene a los principios rectores de la política social y económica establecidos en la norma fundamental. [...]. Aparte otras consideraciones presupuestarias o de gestión, la lógica del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social es ésta: quienes han elegido libremente no asumir los deberes conyugales, procurando excluir la vinculación jurídica de ayuda mutua a que tales deberes están orientados, no tienen el mismo derecho a protección social pública en caso de fallecimiento de la pareja que quienes han constituido mediante el matrimonio una agrupación familiar reforzada para la atención de las necesidades, económicas y no económicas, de sus miembros»¹¹. Como refuerzo de ese razonamiento, se afirma que «la protección jurídica de la familia se debilita cuando resulta más desventajoso para los ciudadanos contraer matrimonio [...], que convivir *more uxorio*, modo de vida sin duda legítimo pero que es más favorable para la conservación de las opciones del individuo que para la efectividad de las responsabilidades familiares y del “interés de la familia”»¹². Por ello —en criterio de la doctrina jurisprudencial vigente—, la convivencia de hecho o «*more uxorio*» no genera en el supérstite derecho a la prestación, de viudedad del sistema público de Seguridad Social, fuera de los supuestos de imposibilidad previstos en la Disposición Adicional Décima de la Ley del Divorcio¹³. Es más, ni siquiera cuando conste la voluntad de haber contraído matrimonio, el cual no pudo celebrarse por sorprender antes la muerte al causante¹⁴.

Sin embargo, también lo es que esa doctrina se ha dictado con respecto a la denegación de la prestación y la justificación de un régimen más protector al matrimonio, aunque otros señalen como causa real la inexistencia de recursos económicos en el sis-

9 Analizando los casos más significativos del Tribunal Constitucional, en relación con parejas de hecho tanto heterosexuales como homosexuales, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Nuevas formas de familia y Derecho de Trabajo y Seguridad Social», en *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, La Ley (Madrid, 2004), págs. 7 a 15.

10 Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional números 184/1990, de 15/Noviembre; 29/1991, de 14/Febrero; 30/1991, de 14/Febrero; 31/1991, de 14/Febrero; 35/1991, de 14/Febrero; 38/1991, de 14/Febrero; 77/1991, de 11/Abril; 29/1992 de 09/Marzo; y 66/1994, de 28/Febrero.

11 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 29/06/92 (Ar. 4688).

12 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 26/05/04 —Sala General— (Ar. 5419).

13 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 29/06/92 (Ar. 4668); 10/11/93 (Ar. 8673); y 03/05/07 (R. 140/06).

14 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 19/11/98 (Ar. 10008).

tema para afrontar el pago de las mismas¹⁵. Ahora, cuando lo que se está regulando es un modelo familiar diferente, entre opciones legítimas, plantea serias dudas el que se puedan atribuir derechos disminuidos y, a la vez, mantener la plena igualdad entre ellos, salvo que obedezca a otra intención por parte del Legislador. Aspecto que me permite introducirme en lo que he calificado como segundo punto crítico de esta comunicación. Sin embargo, y no es baladí, no ha de perderse la perspectiva de que «quienes no quieren asumir obligaciones entre ellos logran que la sociedad sí las tenga con ellos»¹⁶.

Segunda cuestión: ¿A qué responde esa regulación diferenciada? En este momento, cuando se afirma el «propósito de modernización del sistema al abordar las situaciones creadas por las nuevas realidades»¹⁷, la imposición de una dependencia económica sólo puede responder –en mi opinión– a tres posibilidades: la primera sería un no confesado interés en primar el matrimonio sobre situaciones *extrasistema*; la segunda, el ánimo de crear una pensión desvalorizada –equiparable a las no contributivas–; y finalmente, un ensayo de una futura reforma. Opción esta última por la que me inclino, puesto que tiene todos los visos de adaptarse a lo que la mayoría de la doctrina considera que debe justificar la pensión de viudedad: subvenir una situación de necesidad en el supérstite. Se anuncia un cambio necesario en la regulación de las prestaciones de muerte y supervivencia, que, aunque no nos acerque a los países del entorno báltico, con su moderno sistema de intercomunicación de cuotas entre los miembros de la pareja, adapta la pensión de viudedad a la situación actual y a una sociedad evolucionada.

Cuatro aspectos reformados por el Proyecto refuerzan esta convicción: uno, el subsidio temporal de viudedad previsto en el nuevo artículo 174 bis) de la Ley General de la Seguridad Social; otro, la exigencia de un cierto periodo de convivencia para los matrimonios que se celebren a partir de la entrada en vigor de la Ley; el siguiente, la reforma en el régimen de las crisis matrimoniales; y finalmente, la introducción de una nueva causa de extinción de la pensión. Porque nada justifica desde un prisma proteccional, salvo que rijan la mencionada idea de subsistencia, que se prevea un subsidio o pensión temporal por viudedad para el supuesto de no alcanzar la vitalicia en los matrimonios; como tampoco lo hace el hecho de que se exijan dos años de convivencia para lucrar la pensión en los matrimonios de futura celebración. En el fondo, persiste el sustrato de la prestación, esto es, la situación de necesidad derivada de la pérdida de ingresos o la sustitución de rentas, que no existirá –o lo hará menos– cuando el superviviente apenas ha disfrutado del nivel económico proporcionado por su cónyuge fallecido. Aunque tampoco pudiera parecer ajena a la exigencia una cierta prevención frente a posibles fraudes (matrimonios de «conveniencia» proteccional, con cónyuge de edad muy avanzada o salud seriamente deteriorada).

Idea reforzada al condicionar también el reconocimiento del derecho a la pensión a que el cónyuge anterior percibiese del causante una pensión compensatoria de las previstas en el artículo 97 del Código Civil y que quedase extinguida con el fallecimiento. En otras palabras, e insistiendo en la línea argumental mantenida, se recupera la función de sustitución de rentas de la pensión en estos casos, acabando con la anomalía de que se perciba una pensión pública por una muerte que no produce ningún perjuicio económico al beneficiario, cuando no recibía éste cantidad alguna del causante. Por esta misma causa también se prevé en el apartado cuarto del citado precepto la extinción de la pensión de viudedad por constituir una pareja de hecho.

15 Véase FOTINOPOULOU BASURKO, O., «El reconocimiento retroactivo de la pensión de viudedad a parejas», *Aranzadi Social*, número 10, Thomson-Aranzadi (Pamplona, 2006) [BIB 2006\983].

16 Véase DESDENTADO BONETE, A., «La reforma de la Seguridad Social en 2006. Algunas reflexiones sobre el Acuerdo de 13.7.2006», *Revista Práctica Social*, número 127, cit., págs. 31-38.

17 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 20/09/07).

Regulación que establece un régimen de extinción que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han rechazado –sobre la base de la vigente normativa– para las situaciones conyugales, puesto que han mantenido: (a) la convivencia de hecho no es causa de extinción de la pensión de viudedad para los divorciados y separados, por ser inconstitucional la norma 5ª de la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981¹⁸; (b) la convivencia *more uxorio* no provoca la extinción del derecho a una pensión de viudedad causada en un anterior matrimonio¹⁹; y (c) si la convivencia *more uxorio* mencionada por remisión en la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981 debe entenderse suprimida por discriminatoria como causa de extinción de la pensión ya causada, con mayor razón habrá de entenderse no presente en el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social –para la adquisición del derecho–, que ni siquiera la menciona como causa de pérdida del derecho expectante a la adquisición de la pensión²⁰. No obstante, aunque la inconstitucionalidad se predique respecto de las parejas vinculadas por matrimonio, de todas formas el juicio no puede extenderse a las parejas *more uxorio*, porque si la pensión derivada del matrimonio se extingue –lógicamente– por nuevas nupcias, en la misma forma la debida a relación de hecho debe extinguirse con nueva relación fáctica, tal como la proyectada reforma contempla.

18 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional –Pleno– número 125/2003, de 19/Junio.

19 Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 14/04/94 (Ar. 3238); y 17/06/94 (Ar. 5446).

20 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 26/05/04 –Sala General– (Ar. 5419).