

ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO

MARÍA DEL MAR ALARCÓN CASTELLANO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Universidad Europea de Madrid*

Extracto:

LA Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, reconoció a las parejas de hecho el derecho a la pensión de viudedad. Dicho reconocimiento no supone, sin embargo, la equiparación de su régimen jurídico con el previsto para el matrimonio. Existen importantes diferencias en cuestiones tales como los requisitos de acceso o el tratamiento de la crisis de la pareja. Por otro lado, ante la ausencia de una Ley estatal de parejas de hecho, el legislador ha elaborado una definición propia y ha previsto una determinada forma, especialmente rígida, de acreditar esta situación. Finalmente, la ley se remite a los registros autonómicos y municipales e, incluso, a la legislación autonómica de parejas de hecho, lo que exige un estudio del estado de la cuestión y obliga a reflexionar sobre la constitucionalidad de dicha remisión, en la medida en que provocará desigualdades entre los distintos territorios.

Palabras clave: prestaciones de la Seguridad Social, pensión de viudedad, parejas de hecho y principio de igualdad de trato.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Requisitos para lucrar pensión de viudedad.
 - 1. Requisitos de la pareja de hecho.
 - 2. Requisitos del sujeto causante.
 - 3. Requisitos del conviviente-beneficiario: la dependencia económica o la situación de necesidad.
- III. Cuantía de la pensión de viudedad. Mejora del porcentaje de la pensión de viudedad del conviviente de hecho en el caso de separación, nulidad o divorcio del sujeto causante.
- IV. Extinción de la pensión de viudedad.
- V. Aplicación de la ley a los hechos causantes producidos antes de su entrada en vigor.
- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social –en adelante LMSS–, llevó a cabo una profunda reforma de la pensión de viudedad, hasta el punto de que se puede hablar de una «reformulación» de la prestación¹. Entre otras novedades importantes, quizá lo más destacable sea la extensión del ámbito subjetivo de los beneficiarios hacia las uniones de hecho².

De esta forma, se ha dado un paso más en el reconocimiento de efectos jurídicos a la convivencia no matrimonial, que se inserta dentro de un proceso iniciado años atrás por otras leyes estatales (ley de adopción, ley de técnicas de reproducción asistida, ley de arrendamientos urbanos, etc.) y autonómicas que han venido extendiendo a las parejas de hecho, derechos tradicionalmente reservados al matrimonio.

El Preámbulo de la ley, sin embargo, reconoce que «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». En consecuencia, como se verá a lo largo de este comentario, no se ha producido una total equiparación con el régimen aplicable a los matrimonios, existiendo importantes diferencias en cuestiones tales como los requisitos de acceso (se añade la exigencia de un período mínimo de convivencia de cinco años y un determinado nivel de dependencia económica) o el tratamiento de la crisis de la pareja.

¹ Vid. en este sentido OJEDA AVILÉS, A., «La reformulación de la pensión de viudedad», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, núm. extra 74, págs. 333-342.

² Sobre las parejas de hecho, vid. AA.VV., «Las uniones estables de pareja», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2003; ALONSO PÉREZ, J.I., «El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea. Análisis y Sinopsis de las leyes autonómicas en vigor», *Bosch Civil*, 2007; NAVARRO ROLDÁN, R., *Pensión de supervivencia. Presente y futuro de la pensión de viudedad*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 133-146; AA.VV. (HERREROS LÓPEZ, J.M., dir.), *Efectos de la equiparación de las Parejas de Hecho al matrimonio en materia de inmigración*, Universidad Europea de Madrid, 2008.

Por último, conviene advertir que no todas las parejas de hecho existentes en la actualidad o que se constituyan en el futuro tendrán acceso a la pensión. Ante la ausencia de una ley estatal de parejas de hecho, la LMSS ha elaborado una definición propia y ha previsto una determinada forma de acreditar esta realidad, que son especialmente rígidas. Por otro lado, la remisión a los registros autonómicos y municipales e, incluso, a la legislación autonómica de parejas de hecho, va a provocar desigualdades entre los distintos territorios, lo que lleva a plantearnos si esta remisión es constitucional.

En la actualidad, 12 comunidades autónomas han legislado en materia de parejas de hecho³: Andalucía⁴, Aragón⁵, Asturias⁶, Islas Canarias⁷, Islas Baleares⁸, Cantabria⁹, Cataluña¹⁰, Extremadura¹¹, Madrid¹², Navarra¹³, País Vasco¹⁴ y Comunidad Valenciana¹⁵. Galicia, pese a no tener una ley específica en la materia, ha equiparado las relaciones maritales mantenidas con vocación de permanencia al matrimonio mediante la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil¹⁶; disposición adicional que fue reformada por la Ley 10/2007, de 28 de junio¹⁷.

Castilla-La Mancha¹⁸, Castilla y León¹⁹, Ceuta²⁰ y Melilla²¹, pese a no tener legislación sobre parejas de hecho, sí han creado registros autonómicos.

³ Sobre los principales rasgos característicos de las normativas autonómicas en materia de parejas de hecho, puede verse ALONSO PÉREZ, J.I., «El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea...», *op. cit.*, págs. 68-72; AA.VV. (HERREROS LÓPEZ, J.M., dir.), *Efectos de la equiparación de las Parejas de Hecho...*, *op. cit.*, págs. 70-136.

⁴ Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.

⁵ Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no casadas.

⁶ Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables.

⁷ Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias.

⁸ Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables.

⁹ Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

¹⁰ Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja; Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Parejas, y de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, en materia de adopción y tutela.

¹¹ Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho.

¹² Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

¹³ Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las Parejas Estables.

¹⁴ Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho.

¹⁵ Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las Uniones de Hecho.

¹⁶ Publicada en el Diario Oficial de Galicia, núm. 124, de 29 de junio de 2006.

¹⁷ Publicada en el BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 2007.

¹⁸ Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y régimen de funcionamiento del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, desarrollado por la Orden de 8 de septiembre de 2000, de la Consejería de Administraciones Públicas.

¹⁹ Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento.

²⁰ Acuerdo del Pleno de 11 de abril de 1997 por medio del cual se crea el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Ceuta.

²¹ Decreto n.º 34, de 30 de enero de 2008, por el que se regula el Reglamento regulador del Registro de Parejas de Hecho de la Ciudad Autónoma de Melilla.

II. REQUISITOS PARA LUCRAR PENSIÓN DE VIUDEDAD

1. Requisitos de la pareja de hecho.

a) Concepto de pareja de hecho.

A efectos de la pensión de viudedad, el nuevo artículo 174.3, cuarto párrafo, del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) define la «pareja de hecho» como aquella «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». Por consiguiente, a la luz de la Ley 40/2007 son requisitos de la definición los siguientes:

- Existencia de una relación de afectividad análoga a la conyugal.
- Inexistencia de impedimentos para contraer matrimonio.
- Inexistencia de vínculo matrimonial con otra persona.
- Convivencia estable y notoria que, además, debe tener dos características: ser inmediatamente anterior al fallecimiento del causante y tener una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.
- Acreditación de la convivencia mediante el empadronamiento.

Esta definición de «pareja de hecho» se mueve en la línea de la mayoría de las legislaciones autonómicas que han regulado esta materia. Recoge, además, algunos elementos que se habían considerado esenciales por la doctrina civilista para apreciar la existencia de una pareja de hecho.

La referencia a que la convivencia no matrimonial se sustente en una relación de afectividad análoga a la conyugal supone que el legislador ha optado exclusivamente por el modelo de «unión civil o registrada» o «pareja de hecho estable», apoyado en la convivencia *more uxorio*. Quiere ello decir que se excluye el modelo de convivencia de la «unión asistencial o solidaria», existente solo en Cataluña, donde lo que prima es el interés de sus componentes en prestarse ayuda mutua, para mejorar sus propias condiciones de vida²². Además, desde el momento en que nuestro Código Civil reconoce el derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales, desaparecen las dudas acer-

²² La Ley 19/1998, de 28 de diciembre, las define como: una relación de convivencia «de dos o más personas en una misma vivienda habitual que, sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, tanto si la distribución es igual como desigual y tanto si la carga económica solo es asumida por alguno, como si lo es por alguno de los convivientes y la del trabajo por el otro u otros» (art. 1).

ca de la posibilidad de incluir dentro de la expresión «relación de afectividad análoga a la conyugal» a las parejas de hecho del mismo sexo ²³.

La exigencia de ausencia de impedimentos para contraer matrimonio nos remite a los artículos 44 a 48 del Código Civil. A sensu contrario supone que en los miembros de la pareja de hecho deben concurrir los siguientes requisitos:

- No estar incapacitados judicialmente.
- Ser mayores de edad o menores emancipados ²⁴.
- No tener parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción ni ser colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. En este sentido, existe una contradicción absoluta con las normas autonómicas que se conforman con prohibir la constitución de pareja de hecho solo hasta el segundo grado ²⁵.
- No haber sido condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.
- Inexistencia de vínculo matrimonial, lo que supone que ambos miembros de la pareja deben ser solteros, viudos, divorciados o tener anulado el matrimonio. A diferencia de algunas leyes autonómicas que admiten la constitución de parejas de hecho cuando exista una separación judicial (Extremadura, Canarias y Madrid), la exigencia de que no exista vínculo matrimonial excluye esta posibilidad a los efectos de acceder a la pensión de viudedad.

La referencia a que los convivientes de hecho no tengan un vínculo matrimonial resulta innecesaria desde el momento en que si uno de ellos o ambos estuvieran casados, nos encontraríamos en presencia de uno de los impedimentos para contraer matrimonio. Llama la atención que, a diferencia de las normas autonómicas, el legislador se refiera solo a la inexistencia de un matrimonio y no exija que ninguno de ellos esté ya ligado por una relación de pareja estable con otra persona. Quizá ello obedezca al hecho de que, aun cuando en el plano puramente formal, en un supuesto como el planteado, efectivamente existirían de forma simultánea dos parejas de hecho, lo cierto es que respecto de una de ellas no podría demostrarse el hecho de la convivencia ininterrumpida inmediatamente anterior al fallecimiento.

Interesa recordar que el impedimento de tercer grado y el de edad a partir de los 14 años, son dispensables por el Juez de Primera Instancia. Resulta discutible si, tratándose de parejas de hecho, cabría también la dispensa. Un sector de la doctrina así lo defiende, ya que no se entiende por qué si

²³ En este sentido, ya la STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2005 (Rec. 2986/2004) reconoció el derecho a la asistencia sanitaria en un caso de pareja del mismo sexo. Consideró que, aunque el INSS entendiera que tal derecho no podía ser objeto de extensión al no poder hablarse de convivencia con carácter marital, no puede olvidarse que existen Autonomías que tomando conciencia de la existencia de uniones de hecho paramatrimoniales, heterosexuales y homosexuales, las integran en su entorno y las regulan para establecer una serie de derechos derivados de las mismas, por lo que no aceptar tal realidad supone pretender la aplicación de las normas dictadas para el desarrollo de la convivencia social al margen de la misma.

²⁴ Admite la capacidad para constituir una pareja de hecho a los menores emancipados, MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho, análisis de las relaciones económicas y sus derechos*, Editorial Aranzadi, 2005, pág. 44.

²⁵ Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña (para parejas heterosexuales), Navarra, País Vasco, Melilla.

hubieran podido contraer matrimonio, con la debida dispensa, se les iba a negar la pensión de viudedad como pareja de hecho ²⁶. Nos inclinamos, sin embargo, por la interpretación contraria, toda vez que estamos ante realidades que se constituyen de forma distinta ²⁷.

b) La exigencia de una convivencia previa de cinco años.

Desde una perspectiva objetiva, y solo a efectos de la pensión de viudedad, se requiere que los convivientes de hecho acrediten una convivencia que debe reunir las siguientes características: estabilidad, notoriedad y continuidad durante un período mínimo de cinco años. En este sentido, la LMSS se aparta totalmente de algunas normas autonómicas que, o bien no exigen este requisito (Andalucía, País Vasco, Islas Baleares, Ceuta, Castilla-La Mancha, Galicia), o bien, aun exigiéndolo, se conforman con un período sensiblemente inferior, de 12 meses (Asturias, Canarias, Cantabria, Extremadura, Madrid, Navarra, Valencia, Melilla) o dos años (Aragón, Cataluña para parejas heterosexuales).

Este es uno de los puntos en los que el régimen de la pensión de viudedad de las parejas de hecho difiere del previsto para el matrimonio, ya que para estos últimos solo se exige un período mínimo de convivencia previa de dos años si antes del matrimonio el fallecido padecía una enfermedad común y aquel no había alcanzado una duración mínima de un año ²⁸. E, incluso, para este caso se devenga una prestación temporal de viudedad (art. 174 bis TRLGSS ²⁹).

Podría existir una justificación a esta diferencia, ya que la convivencia se configura como elemento esencial de la definición de la pareja de hecho, hasta el punto que, como ha señalado la doctrina civilista, «no es posible apreciar su existencia cuando falta la convivencia» ³⁰. En esto radica su diferencia con el matrimonio. En esta institución normalmente los cónyuges conviven, lo que además forma parte de los deberes que surgen de ella (art. del 68 Código Civil); pero, aunque pueda existir un incumplimiento de dichas obligaciones, el matrimonio subsiste, debido a su constitución formal, aunque no haya convivencia. «La unión libre, en cambio, no es pensable sin convivencia» ³¹.

²⁶ GARCÍA-ATANCE, J.M., «La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social», *Aranzadi Social*, núm. 6, 2008, WestlawES, BIB 2008/1180, págs. 10 y 11; TOSCANI GIMÉNEZ, D., «La reformulación de la pensión de viudedad en la Ley 40/2007: algunas reflexiones críticas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 302, 2008, pág. 76.

²⁷ De esta opinión es PÉREZ ALONSO, M.A., «Actualizaciones de la pensión de viudedad. Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social», TOL1.224.592 ©www.tirantonline.com, pág. 4. Para AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (*Uniones de hecho, una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre Parejas de Hecho*, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 96) esta opción «no parece posible, al menos en principio (aunque podría darse el caso de acudir al Juez solicitando dispensa), pues no existe tramitación de expediente previo alguno».

²⁸ Artículo 174.1, tercer párrafo, del TRLGSS: «En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años».

²⁹ Critica esta diferencia de trato entre el matrimonio y las parejas de hecho GARCÍA-ATANCE, J.M., «La pensión de viudedad...», *op. cit.*, pág. 9.

³⁰ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Uniones de hecho...*, *op. cit.*, pág. 67.

³¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., «Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», *Centenario del Código Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Tomo I, Madrid, 1990, pág. 1.067.

La convivencia requiere una cierta voluntad de permanencia y de estabilidad que, según ha señalado la doctrina, puede manifestarse «*tácitamente* en el transcurso de un plazo de tiempo, *presuntamente* en el nacimiento de un hijo, o *expresamente* mediante una declaración "seria" formalizada en escritura pública»³² o mediante inscripción en un Registro. Las diversas normas autonómicas que han reconocido ciertos efectos jurídicos a las parejas de hecho presumen la estabilidad de la relación a través de una o de las dos primeras vías. Además, algunas de ellas no exigen el requisito de convivencia cuando las partes manifiestan su voluntad de constituir una pareja de hecho mediante el otorgamiento de escritura pública o la inscripción en el Registro (Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Cataluña –para parejas heterosexuales–, Extremadura, Galicia, Islas Baleares, Navarra, Ceuta). En este sentido, el artículo 174.3 del TRLGSS es muy restrictivo, pues no exime del requisito de convivencia ni siquiera en este caso.

Puede resultar reiterativa la ley cuando dice que la convivencia de la pareja de hecho debe ser «estable» y al mismo tiempo exige que la convivencia sea «ininterrumpida». Si la convivencia se interrumpe es precisamente porque no es estable o viceversa, si fuera estable no se interrumpiría. En este sentido, parece que el legislador ha querido recoger la opinión doctrinal que excluía las relaciones esporádicas, intermitentes o circunstanciales (convivencia en vacaciones, de fines de semana...³³).

A estos efectos nos podemos plantear la relevancia de que uno de los convivientes por motivos laborales tenga forzosamente que residir en otros domicilios distintos al familiar durante largos períodos de tiempo. Esta es una circunstancia que se da con demasiada frecuencia cuando uno de los convivientes presta sus servicios profesionales para una empresa multinacional, por ejemplo, y se ve obligado a viajar a distintos países para desempeñar su actividad laboral permaneciendo alejado del hogar familiar durante varios meses. En estos casos, cuando hay una justificación objetiva, si continúan ambos convivientes empadronados juntos en el mismo domicilio, creemos que estas ausencias no serán motivo suficiente para denegar la pensión de viudedad³⁴.

Más difícil resulta determinar qué quiere decir el legislador con el término «notoriedad». Parece que es un plus que se exige a la convivencia ininterrumpida y estable, de otra manera, no tiene sentido que se exija expresamente. En referencia a este requisito, la STS de 18 de mayo de 1992 señala que la notoriedad: «... debe practicarse de forma externa y pública con acreditadas acciones conjuntas de los interesados...». La manera de acreditar la notoriedad de la convivencia de una pareja en determinadas circunstancias puede ser una cuestión controvertida. ¿Y si no hay notoriedad realmente?, es decir, nos planteamos qué ocurrirá en los supuestos ya descritos donde uno de los convivientes debe permanecer por motivos laborales alejado del domicilio familiar durante extensos períodos de tiempo. O, en aquellos casos en no existe notoriedad porque, por ejemplo, uno de los convivientes realiza su actividad

³² LÓPEZ BURNIOL, J.J., («La Ley Catalana de Uniones estables de pareja», citado por AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Uniones de hecho...*, op. cit., pág. 68, nota 49), habla de estas tres formas de determinar la estabilidad, haciendo referencia a la ley catalana.

³³ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Uniones de hecho...*, op. cit., pág. 67.

³⁴ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., (Ibidem, pág. 68), también es de la opinión de que «una separación temporal de la pareja debida a motivos familiares, laborales, etc., no puede servir para entender rota la relación de cara a posibles efectos jurídicos». Vid. también MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho...*, op. cit., pág. 34; SAMPEDRO CORRAL, M., «Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, pág. 110; GARCÍA-ATANCE, J.M., «La pensión de viudedad...», op. cit., pág. 9.

laboral en período nocturno o durante los fines de semana, por lo que la vida social de ambos convivientes se ve reducida drásticamente. Nuevamente, creemos que no existirá mayor problema, siempre y cuando se comparta un domicilio común, elemento que, por otro lado, permite el nacimiento de la convivencia³⁵. De cualquier manera, en los próximos años, la práctica administrativa y las resoluciones judiciales nos darán la pauta de la solución a las cuestiones planteadas y a otras de semejante tenor.

Respecto de la duración de la convivencia, un sector de la doctrina civilista propuso, precisamente, el plazo de cinco años para acreditar «la seriedad y el empeño de realización personal en ese modelo de vida», y ello porque era el plazo más largo de los que se exigía antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, para acceder al divorcio (art. 86 del Código Civil³⁶). En la práctica se plantean problemas de ajuste entre la exigencia de que la convivencia alcance una duración de cinco años para que la unión produzca efectos jurídicos a efectos de la pensión de viudedad y la imposibilidad de poder constituir una pareja de hecho antes de los 18 o, si se admite, de los 16 años. Lo más lógico sería entender que el cómputo de los cinco años empieza a contar desde que se accede a dichas edades, de forma que nadie podría solicitar una pensión de viudedad antes de los 23 ó 21 años.

Respecto del cómputo de los cinco años, interesa destacar que el fenómeno de la convivencia mientras se tramitan los procesos de divorcio, separación o nulidad no es infrecuente, y de hecho es tenido en cuenta en algunas normas autonómicas (Asturias, Canarias, Cantabria, Extremadura, Madrid, Navarra) para alcanzar la duración mínima de la convivencia exigida (lo que en la práctica provoca que en muchos casos no exista ningún lapso de tiempo entre la unión matrimonial y la de pareja). A efectos de acceso a la pensión de viudedad, y ante el silencio del artículo 174.3 del TRLGSS, en un principio parece que no será tenido en cuenta el período de convivencia de hecho que coexistió con un vínculo matrimonial todavía en vigor para acreditar los cinco años. Creemos, sin embargo, que todo parece depender de si la inexistencia de vínculo matrimonial se exige solo en el momento de constituir formalmente la pareja de hecho (cuando se inscribe en el Registro o se declara la voluntad de constitución mediante documento público) o si se exige ya cuando se inicia la convivencia. Salvo mejor opinión, parece que la interpretación más adecuada es la primera, pues lo que interesa al legislador, cuando exige un período de convivencia de cinco años, es que quede demostrada la estabilidad de la relación. En su favor podría argumentarse que cuando el artículo 174.2 del TRLGSS regula los supuestos de concurrencia de beneficiarios en caso de separación o divorcio, señala que esta será reconocida en cuantía proporcional «al tiempo vivido» por cada uno de ellos con el causante garantizándose, en todo caso, el 40 por 100 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. Así pues, es un dato fáctico, la convivencia, y no una situación jurídica –la duración del matrimonio– lo que nuevamente se tiene en cuenta para acreditar la concurrencia de requisitos para acceder a la pensión³⁷.

³⁵ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Uniones de hecho...*, *op. cit.*, pág. 67; MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho...*, *op. cit.*, págs. 33-34.

³⁶ ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 67.

³⁷ Como señala GARCÍA ATANCE, J.M., («La pensión de viudedad...»), *op. cit.*, pág. 4) la mención al «tiempo vivido» debe interpretarse en el sentido de que ha perdido vigencia la interpretación del Tribunal Supremo que atribuía los períodos sin convivencia a quien tuviera la condición de cónyuge en el momento del fallecimiento. La cuantía de la pensión no depende de la duración del matrimonio, sino de la convivencia con el causante. Cita en este sentido a LÓPEZ TERRADA, E., en

El último de los requisitos exigidos por la ley apunta al carácter inmediato de la convivencia en relación al fallecimiento del causante. En efecto, para lucrar pensión de viudedad, se exige a la pareja de hecho que haya estado conviviendo «de hecho» durante cinco años al menos y con carácter inmediato al fallecimiento de la pareja ³⁸.

De esta manera, y en sentido contrario, se excluye del acceso a la pensión de viudedad a la pareja de hecho de larga duración que haya roto su convivencia antes del fallecimiento de uno de los convivientes. En este caso, incluso si la pareja de hecho se hubiera terminado literalmente un día antes del fallecimiento del conviviente, ya no se generaría derecho a pensión de viudedad aunque hubieran convivido 30 años ininterrumpidamente. No ha previsto el legislador una pensión de viudedad reducida ³⁹ para los convivientes de hecho que hayan terminado su relación con carácter previo a la muerte del causante. Sin embargo, cuando ha habido matrimonio si se tiene derecho a la pensión de viudedad, en proporción al tiempo de convivencia con el causante, aunque posteriormente dicho matrimonio se disolviera. Este es otro de los puntos que separa la regulación de las parejas de hecho de la de los convivientes de hecho a la luz de la regulación contenida en la LMSS.

En el caso de que tras la disolución de la pareja de hecho, el sujeto causante hubiese contraído matrimonio con otra persona o hubiera formalizado otra pareja de hecho, tampoco se aplica una regla semejante al caso de crisis matrimonial con concurrencia de beneficiarios previsto en el artículo 174.2 de la LGSS. La pensión corresponde por entero al cónyuge supérstite sin que se proceda al reparto con la anterior pareja de hecho en proporción al tiempo de convivencia, y ello con independencia de que por aplicación de las normas autonómicas de parejas de hecho tuvieran reconocida una pensión compensatoria ⁴⁰. Sin embargo, si el matrimonio fue previo, y posteriormente se constituye pareja de hecho con el fallecido que reúna los requisitos del artículo 174.3 del TRLGSS, el miembro de la pareja de hecho supérstite tiene garantizado el 40 por 100 de la pensión de viudedad. La cuantía de la pensión de viudedad de los demás beneficiarios será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, respetando siempre el 40 por 100 como mínimo de la pensión para el conviviente o el viudo/a (último párrafo del art. 174.2 de la LGSS tras la LMSS). Si la pareja de hecho constituida con posterioridad a la disolución del matrimonio no alcanzara los cinco años de convivencia, quien tendrá derecho a la pensión completa de viudedad será, en caso de separación y divorcio, el ex cónyuge, siempre que fueran acreedores de la pensión compensatoria del artículo 97 del

SALA FRANCO, T., ROQUETA BUI, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E., *La Ley de Medidas en materia de Seguridad Social de 2007*, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 115.

³⁸ Se deberán cumplir también el resto de los requisitos que en orden a la convivencia exige en el artículo 174.3 del TRLGSS tras la nueva redacción del artículo 5.3 de la LMSS.

³⁹ Esto es, en proporción al tiempo convivido con el causante.

⁴⁰ La STS de 5 de julio de 2001 reconoció el derecho a pensión compensatoria en el caso de pareja de hecho. Algunas leyes de parejas de hecho de Autonomías con Derecho foral propio prevén pensiones periódicas o compensaciones económicas para el miembro de la pareja que necesite atender adecuadamente su sustento o para el miembro de la pareja que sin retribución o con retribución insuficiente haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, si se ha generado una situación de desigualdad. Así, los artículos 5.4 y 5.5 de la ley navarra; los artículos 13 y 14 de la ley catalana (para parejas heterosexuales) y 22 (parejas homosexuales); el artículo 7 de la ley aragonesa; el artículo 6 de la ley vasca; el artículo 9 de la ley balear. Algunas comunidades autónomas sin Derecho civil propio permiten que las partes pacten compensaciones económicas cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico: el artículo 4.2 de la ley madrileña; el artículo 4 de la ley valenciana; el artículo 5 de la ley asturiana y el artículo 10 de la ley andaluza.

Código Civil y esta quedara extinguida por el fallecimiento del causante (art. 174.2⁴¹) o en caso de nulidad, el ex cónyuge en proporción al tiempo de convivencia.

c) La acreditación de la pareja de hecho y de la convivencia.

Por otra parte, no solo se exige la convivencia de la pareja de hecho con las características que acabamos de mencionar, sino que, lógicamente, se debe poder acreditar formalmente tanto la convivencia como la constitución de la pareja de hecho para poder lucrar pensión de viudedad. Se trata, pues, de requisitos acumulativos⁴².

En este sentido, parece que la «convivencia» de cinco años exigida por el artículo 174.3 del TRLGSS solo puede acreditarse mediante el correspondiente certificado de empadronamiento. La forma verbal empleada por el legislador «acreditará», parece indicar, efectivamente su carácter imperativo⁴³. Ello implica que ambos deben estar empadronados en el mismo domicilio. El legislador parece excluir otros medios de prueba admitidos por las leyes autonómicas, tales como el acta de notoriedad (Aragón), documento judicial (Aragón), declaración responsable de ambas partes (Cantabria), testimonio de dos testigos mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles (Madrid, Valencia, Melilla), o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho (Asturias, Cataluña, Extremadura, Navarra).

Si los miembros de la pareja han cambiado de residencia común a lo largo de los años, deberán aportar los sucesivos empadronamientos. Es decir, no será suficiente con presentar el último empadronamiento que acredite, por ejemplo, una convivencia de dos años anteriores al fallecimiento, y demostrar los restantes mediante otros medios de prueba⁴⁴.

La existencia de «pareja de hecho», por su parte, se puede acreditar de dos maneras:

- O bien mediante la certificación de la inscripción de «pareja de hecho» en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o en los Ayuntamientos «del lugar de residencia»⁴⁵. El legislador parece exigir no cualquier inscripción registral sino

⁴¹ PANIZO ROBLES, J.A. («La reforma de la Seguridad Social. Comentarios a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 298, enero, 2008, pág. 70) entiende que en caso de divorcio o separación si el causante no contrajo nuevo matrimonio ni constituyó pareja de hecho tendrá derecho a la pensión completa.

⁴² A diferencia de lo que ocurre en el supuesto excepcional regulado en el artículo 174.1.3 cuando el fallecimiento del causante es provocado por enfermedad común no sobrevenida tras el matrimonio y no hay hijos comunes. En este caso, se exige para lucrar la pensión de viudedad que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación, como mínimo, al fallecimiento. Sin embargo, «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». La STSJ de Aragón de 9 de diciembre de 2008 (Rec. 898/2008) entiende que en estos casos es suficiente con acreditar, mediante el certificado de empadronamiento, el hecho de la convivencia, sin que sea necesario, además, aportar la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho.

⁴³ SAMPEDRO CORRAL, M., «Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007...», *op. cit.*, pág. 111.

⁴⁴ GARCÍA-ATANCE, J.M., «La pensión de viudedad...», *op. cit.*, pág. 10.

⁴⁵ Debe advertirse que no en todas las Comunidades Autónomas existen registros autonómicos. En la actualidad, 13 Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla cuentan con ellos. Se da la circunstancia de que en algunas Comunidades Autónomas, como la de Madrid, junto al registro autonómico, se han creado registros municipales, que extienden su ámbito de acción exclusivamente al municipio correspondiente. En Andalucía, sin embargo, los registros municipales actúan como órganos descentralizados del registro autonómico. Cuatro Comunidades Autónomas (Cataluña,

aquella que se efectuó en el lugar donde tuvieran su residencia ambos miembros de la pareja en el momento del fallecimiento, lo que obliga a estos a efectuar diversas inscripciones registrales según vayan cambiando el lugar de residencia.

- O bien mediante un documento público en el que conste la constitución de dicha «pareja de hecho».

Para evitar el fraude, el legislador exige que el documento que se utilice para acreditar la existencia de pareja de hecho (inscripción o documento público) se formalice necesariamente «con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante».

Así pues, existen dos plazos: uno relativo a la convivencia estable e ininterrumpida que, como mínimo, debe ser de cinco años y otro relativo al momento de la inscripción u otorgamiento de documento público que debe realizarse, por lo menos, dos años antes del fallecimiento del causante.

Conviene insistir en que la prueba recae tanto sobre las características de la convivencia como sobre la constitución de la pareja de hecho. Es decir, no es suficiente con presentar el certificado del correspondiente Registro, pues los requisitos exigidos a las parejas de hecho por las leyes autonómicas y las normativas municipales no coinciden exactamente con la definición del artículo 174.3 del TRLGSS (en cuanto a los impedimentos de parentesco, período mínimo de convivencia...). Veámoslo con el ejemplo de una pareja inscrita en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad de Madrid cuya ley exige un período previo de convivencia de 12 meses. Si se inscriben en el año 2008, tras un año de convivencia y teniendo en cuenta que la inscripción debe haber tenido lugar dos años antes del fallecimiento, si este tuviera lugar en el 2010, en el momento de solicitar la pensión de viudedad lo único que acredita el hecho de la inscripción es que han transcurrido tres años de convivencia. Por otro lado, será necesario que se investigue si, pese a la inscripción o el otorgamiento de escritura pública de constitución de la pareja, concurren los requisitos exigidos en el TRLGSS para acceder a la pensión de jubilación. Por ejemplo, será necesario comprobar si no concurre el requisito de parentesco en línea colateral hasta el tercer grado, dado que la mayoría de las leyes autonómicas sitúan este impedimento solo hasta el segundo grado; habrá que comprobar, asimismo, si los miembros de la pareja no están unidos con vínculo matrimonial con otra persona, ya que, como hemos visto, tres Comunidades Autónomas permiten constituir parejas de hecho a quienes se encuentran separados judicialmente.

d) La confusa y posiblemente inconstitucional remisión a la legislación en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

Si los convivientes de hecho residen en alguna de las Comunidades Autónomas «con Derecho civil propio», el artículo 174.3, quinto párrafo, del TRLGSS establece que, «cumpliéndose el requi-

Navarra, Murcia y La Rioja) carecen de registro autonómico, pese a existir en algunos casos, como el catalán o el navarro, leyes autonómicas de parejas de hecho. En estas Comunidades solo existen registros municipales en aquellas entidades locales que decidieron crearlos; registros cuyos efectos se extienden exclusivamente al ámbito territorial municipal. Un caso especial es el navarro, ya que su legislación prevé en la disposición adicional única que «El Gobierno de Navarra y los Ayuntamientos podrán crear Registros de Parejas Estables para facilitar, a través de su inscripción voluntaria, la prueba de su constitución». En la actualidad, no existe registro autonómico sino solo municipales que, según parece, pueden acreditar la existencia de parejas de hecho a los efectos de la ley autonómica.

sito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica»⁴⁶.

La referencia al «Derecho civil propio» de las Comunidades Autónomas es sumamente imprecisa, siendo dos las posibles interpretaciones a las que se presta el texto legal. En primer lugar, el legislador podría estar refiriéndose a las Comunidades Autónomas con Derecho foral propio, esto es, País Vasco, Navarra, Cataluña, Aragón, Galicia y Comunidad Valenciana. Todas ellas han legislado sobre parejas de hecho, recordándose en los respectivos Preámbulos que la Comunidad Autónoma tiene atribuida competencia en materia civil (ley catalana, balear, vasca, aragonesa). En segundo lugar, sería también razonable interpretar que la remisión ha de entenderse hecha a la legislación elaborada por todas las Comunidades Autónomas que han legislado sobre parejas de hecho y no solo por las comunidades «históricas» o de «Derecho foral»⁴⁷. Si se atiende al origen legal de este precepto, la interpretación más adecuada es la primera. En este sentido, recuerda GARCÍA-ATANCE que «el Proyecto de ley de medidas en materia de Seguridad Social no preveía que el artículo 174.3 del TRLGSS tuviera ningún párrafo más. Sin embargo, una enmienda del grupo parlamentario catalán presentada en el Congreso (también presentó una enmienda a este precepto el grupo parlamentario de Esquerra Republicana), que fue objeto de una mejora técnica en el Senado, fue incorporada al texto, lo que añadió un nuevo párrafo quinto» con el contenido que conocemos. La justificación de la enmienda de Convergencia i Unió consistía en «adaptar el texto del Proyecto de ley a la competencia exclusiva en Derecho civil que tienen algunas Comunidades Autónomas». Parece claro, pues, que la intención del legislador era establecer un régimen distinto para las Comunidades Autónomas que habían asumido en sus Estatutos competencias en materia civil. Estas podrán definir la pareja de hecho de forma distinta y establecer una forma propia de acreditación, diferente a la señalada por el artículo 174 del TRLGSS. En el resto de las Comunidades Autónomas la existencia de registros facilitará el registro a que se refiere el párrafo cuarto de dicho precepto, pero se registrarán por el régimen general⁴⁸.

La aplicación de la normativa autonómica introducirá en unos casos una mayor flexibilidad que la ley estatal, al permitir aquella cualquier medio de prueba admitido en Derecho (por ejemplo, en el caso de las leyes catalana –para las parejas heterosexuales–⁴⁹, aragonesa⁵⁰ y navarra⁵¹), pero en otros casos puede suponer una solución más rígida si prevé con carácter obligatorio la inscripción en el Registro correspondiente (como en el caso de la ley valenciana⁵² o la vasca⁵³). En el absurdo y ateniéndonos al tenor literal de la ley, sería posible defender el acceso a la pensión de viudedad de

⁴⁶ Sobre los rasgos comunes de las diferentes normativas autonómicas, *vid.* RODRÍGUEZ INIESTA, *La viudedad en el sistema español de Seguridad Social*, Laborum, 2006, págs. 235-237. Un análisis de la multiplicidad de las legislaciones autonómicas en esta materia en PANIZO ROBLES, J.A., «Convivencia de hecho y su incidencia en las prestaciones de la Seguridad Social: una deuda de cobertura social pendiente (con ocasión de la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio)», *Justicia Laboral*, núm. 24, noviembre de 2005.

⁴⁷ SAMPEDRO CORRAL, M., «Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007...», *op. cit.*, pág. 112.

⁴⁸ GARCÍA-ATANCE, J.M., «La pensión de viudedad...», *op. cit.*, págs. 13 y 14.

⁴⁹ Artículo 2 de la ley catalana. Tratándose de parejas homosexuales solo se permite la acreditación mediante escritura pública.

⁵⁰ Artículo 3.2 de la ley aragonesa.

⁵¹ Artículo 3 de la ley navarra.

⁵² Artículo 3 de la ley valenciana.

⁵³ Artículo 3.2 de la ley vasca.

las «uniones convivenciales de ayuda mutua» existentes en Cataluña, dado que el artículo 174.3 remite a la legislación autonómica la propia definición de pareja de hecho y esta podría no exigir una relación de afectividad análoga a la conyugal. Se trataría, sin embargo, de una interpretación errónea, ya que la Comunidad Autónoma catalana distingue perfectamente dos realidades, la unión asistencial de ayuda mutua y las parejas de hecho, regulándolas en leyes diferentes; por otro lado, se ha argumentado que «la mención a una pareja, en el contexto de un precepto que está regulando la pensión de viudedad, parece que debería interpretarse en el sentido de que se trata de dos personas unidas por una relación de afectividad análoga a la conyugal. Lo contrario llevaría a la desnaturalización de esta pensión y a la quiebra del principio de igualdad ante la ley»⁵⁴.

Aunque el artículo 174.3, párrafo quinto, del TRLGSS aplica la legislación específica de las Comunidades Autónomas solo para acreditar la existencia de la pareja de hecho y guarda silencio respecto a la forma de acreditar la convivencia, entendemos que también se aplicarán las especialidades de las distintas normas autonómicas en orden a este punto, toda vez que en ellas la forma de acreditar la convivencia forma parte de un trámite más amplio que es la acreditación de la constitución de la pareja de hecho.

Resulta criticable la imprecisión de que adolece la ley cuando exige que las respectivas leyes autonómicas cumplan «el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior». ¿Se conforma con exigir la convivencia, con independencia de la duración que fije cada Comunidad, excluyendo únicamente aquellos casos en los que la ley autonómica exime de este requisito (ley aragonesa⁵⁵, navarra⁵⁶ y catalana⁵⁷)? o ¿exige en todo caso una convivencia y que esta alcance cinco años? La mayoría de la doctrina defiende la segunda interpretación⁵⁸.

En cualquier caso, la diversidad de requisitos exigidos para apreciar la existencia de la pareja de hecho y la forma de acreditarla va a dar lugar a que los requisitos de acceso a la pensión de viudedad puedan ser más rígidos en unas Comunidades Autónomas que en otras. Es esto algo que resulta criticable, y dudosamente constitucional, teniendo en cuenta que estamos en presencia de una prestación contributiva de la Seguridad Social, reconocida por el INSS, cuyos requisitos deberían ser iguales en todo el territorio español⁵⁹.

2. Requisitos del sujeto causante.

Las condiciones que debe reunir el sujeto causante de la pensión de viudedad están recogidas en los tres primeros párrafos del apartado 1 del artículo 174 del TRLGSS que permanecen

⁵⁴ GARCÍA-ATANCE, J.M., «La pensión de viudedad...», *op. cit.*, pág. 20.

⁵⁵ Artículo 3.1 de la ley aragonesa.

⁵⁶ Artículo 2.2 de la ley navarra.

⁵⁷ Artículo 1 de la ley catalana.

⁵⁸ De esta opinión es la mayoría de la doctrina, que entiende que en todas las Comunidades Autónomas se exigirá para lucrar la pensión de viudedad una convivencia de cinco años. *Vid.* SAMPEDRO CORRAL, M., «Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007...», *op. cit.*, pág. 111; GARCÍA-ATANCE, J.M., «La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007...», *op. cit.*, pág. 13; TOSCANI GIMÉNEZ, D., «La reformulación de la pensión de viudedad...», *op. cit.*, pág. 76.

⁵⁹ *Vid.* GARCÍA-ATANCE, J.M., «La pensión de viudedad...», *op. cit.*, pág. 19; de esta opinión es también TOSCANI GIMÉNEZ, D., «La reformulación de la pensión de viudedad...», *op. cit.*, pág. 80.

inalterados tras la reforma. Por consiguiente, se sigue exigiendo al sujeto causante que se encuentre en alta ⁶⁰ o en situación asimilada al alta ⁶¹ en el momento del fallecimiento y que hubiera completado, en el supuesto de que el fallecimiento se hubiera debido a enfermedad común, un período de cotización de 500 días como mínimo, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento.

Se mantiene también el cómputo del período mínimo de cotización en los cinco años anteriores a la fecha en la que cesó la obligación de cotizar, en el supuesto de que el sujeto causante hubiera fallecido desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar.

Cuando el sujeto causante no estuviera ni en alta, ni en situación asimilada al alta en el momento de su muerte, también podrá generar pensión de viudedad cuando hubiera completado un período mínimo de cotización de 15 años con anterioridad a su fallecimiento.

Se mantiene también la no exigencia de período mínimo de cotización en los supuestos en los que el sujeto causante fallezca, o bien, por accidente laboral o común, o bien, por enfermedad profesional.

3. Requisitos del conviviente-beneficiario: la dependencia económica o la situación de necesidad.

A diferencia de la pensión de viudedad reconocida a los matrimonios, la ley solo reconoce este derecho a las uniones de hecho si el superviviente demuestra una situación de dependencia económica o una situación de necesidad, lo que ha llevado a un sector de la doctrina a decir que estamos en presencia de una prestación asistencial, no contributiva ⁶². A la luz de la reforma ⁶³, resulta evidente que los requisitos exigidos por el conviviente de hecho que pretenda lucrar la pensión de viudedad tienen un contenido económico básicamente. De esta manera, el conviviente sobreviviente que quiera lucrar pensión de viudedad deberá acreditar que sus ingresos durante el año natural anterior no llegaron al 50 por 100 de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período siempre que hubiera habido hijos comunes con derecho a pensión de orfandad ⁶⁴. En caso contrario (si no hubieran existido hijos comunes con derecho a pensión de orfandad) el porcentaje anterior se rebaja al 25 por 100.

La ley toma como referencia el año natural anterior, porque las declaraciones fiscales permiten conocer los ingresos del año fiscal anterior al fallecimiento ⁶⁵.

⁶⁰ NAVARRO ROLDÁN, R. *Pensión de supervivencia. Presente y futuro de la pensión de viudedad*, La Ley, 2006, págs. 60 a 63.

⁶¹ SEMPERE NAVARRO, A.V., y BARRIOS BAUDOR, G.L., «La situación de alta o asimilada y el acceso a la prestaciones de la Seguridad Social», *Aranzadi Social*, núm. 8, 1998; NAVARRO ROLDÁN, R., *Pensión de supervivencia...*, *op. cit.*, págs. 63-79.

⁶² TOSCANI GIMÉNEZ, D., «La reformulación de la pensión de viudedad...», *op. cit.*, pág. 73.

⁶³ Artículo 174.3 del TRLGSS (tras la redacción dada a este artículo por el art. Cinco.tres LMSS).

⁶⁴ Señala GARCÍA-ATANCE, J.M. («La pensión de viudedad...», *op. cit.*, pág. 7) que la exigencia de que los ingresos no alcancen el 50 por 100 del total necesariamente excluye a uno de los miembros de la pareja. Pone el siguiente ejemplo: «si uno de los convivientes aporta el 40 por 100 de los ingresos, eso significa que el otro aporta el 60 por 100. Lo que supone que si fallece aquel este no tendrá derecho a pensión de viudedad, puesto que su aportación económica a la pareja de hecho era mayoritaria (salvo que tenga derecho a pensión de viudedad por concurrir la situación de necesidad prevista en el párrafo siguiente del art. 174.3 de la LGSS)».

⁶⁵ GARCÍA-ATANCE, J.M., «La pensión de viudedad...», *op. cit.*, pág. 7.

La doctrina ha advertido sobre la conflictividad judicial que va a generar la exigencia del requisito de dependencia económica y la forma de acreditarla, y ello porque diversas circunstancias –situación de desempleo, excedencia por cuidado de hijo, por ejemplo– pueden conllevar que no se perciban retribuciones temporalmente. De esta forma, aunque en el momento del fallecimiento exista esa situación de dependencia, la declaración fiscal del año natural anterior revelaría una situación totalmente distinta. Por ello, se ha considerado razonable suavizar este requisito cuando se acrediten cambios de circunstancias en el año del fallecimiento del causante ⁶⁶.

En los supuestos en los que el conviviente superviviente no cumpla los requisitos mencionados en cuanto a los ingresos económicos que acabamos de apuntar puede, no obstante, lucrar pensión de viudedad si acredita la situación de estado de necesidad. En ese sentido, en el mismo artículo 174.3 del TRLGSS se establece que la entidad gestora reconocerá el derecho a la 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» ⁶⁷. Cuando existan hijos comunes con derecho a pensión de orfandad que convivan con el sobreviviente, el límite descrito se debe incrementar en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común con derecho a la mencionada pensión.

Como acabamos de decir, la carencia de ingresos que debe acreditar el conviviente sobreviviente debe mantenerse tanto en el momento de la concesión de la pensión de viudedad como durante todo el tiempo que dure su percepción que, como ya sabemos, puede ser vitalicia, si el beneficiario de la misma no incurre en ninguna de las causas de extinción de dicha pensión. Dado que la ley no incluye entre las causas de extinción de la pensión de viudedad, la superación del límite de ingresos, debe considerarse que actúa como causa de suspensión. De esta forma, si con posterioridad el solicitante vuelve a sufrir una merma considerable de sus ingresos, podrá volver a reclamar la pensión ⁶⁸.

La exigencia de dependencia o de necesidad económica para acceder a la pensión de viudedad, cuando se trata de una pareja de hecho y no de matrimonio, ha sido criticada por la doctrina. Pese a que el legislador justifica la desigualdad de régimen jurídico en la imposibilidad de conseguir la plena equiparación de ambas realidades, se ha considerado que dicha diferencia de trato justifica un tratamiento diferente en cuanto a los requisitos de la acreditación de la convivencia para evitar fraudes, pero no en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión, tales como la dependencia económica ⁶⁹.

⁶⁶ GARCÍA-ATANCE, J.M., «La pensión de viudedad...», *op. cit.*, pág. 8; PÉREZ ALONSO, M.A., «Actualizaciones de la pensión de viudedad...», *op. cit.*, págs. 2 y 3.

⁶⁷ A tales efectos, se deben computar «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» (último párrafo del apartado 3 del art. 174 del TRLGSS tras la última reforma).

⁶⁸ De esta opinión es la mayoría de la doctrina, *vid.* GARCÍA-ATANCE, J.M., «La pensión de viudedad...», *op. cit.*, pág. 9; TOSCANI GIMÉNEZ, D., «La reformulación de la pensión de viudedad...», *op. cit.*, pág. 73.

⁶⁹ GARCÍA-ATANCE, J.M., «La pensión de viudedad...», *op. cit.*, pág. 8.

Por otra parte, la equiparación de las parejas de hecho a las matrimoniales lleva a extender el tratamiento seguido para la viudedad al auxilio por defunción⁷⁰ y a la indemnización a tanto alzado en caso de muerte derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

III. CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. MEJORA DEL PORCENTAJE DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DEL CONVIVIENTE DE HECHO EN EL CASO DE SEPARACIÓN, NULIDAD O DIVORCIO DEL SUJETO CAUSANTE

Como regla general, la cuantía de la pensión de viudedad, antes y después de la última reforma, es de un 52 por 100 de la base reguladora⁷¹ que tuviera el sujeto causante en función de la contingencia productora de la misma⁷². Este porcentaje se elevará al 70 por 100 de la base reguladora cuando la pensión de viudedad constituye el principal o el único medio de vida del beneficiario, siempre que los ingresos del beneficiario no superen los mínimos fijados por la ley a efectos de los complementos por mínimos, y por último, siempre que existan cargas familiares.

Por otra parte, cuando hay más de un beneficiario, la pensión debe repartirse entre todos ellos en función del tiempo de convivencia con el causante. Tras la reforma, eso sí, se garantiza un 40 por 100 de la cuantía de la pensión al cónyuge o al conviviente sobreviviente.

En efecto, el artículo 174.2 del TRLGSS, redactado nuevamente por la Ley 40/2007, nos dice cuáles son las pautas a seguir cuando tras el fallecimiento del causante hubiera concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión de viudedad. En este caso, al igual que ocurría anteriormente, la pensión de viudedad se reconocerá en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante.

La novedad de la reforma en este punto radica en la incorporación de una previsión explícita para el cónyuge superviviente o para el supérstite de una pareja de hecho que estuviera conviviendo con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad conforme a las reglas del artículo 174.3 del TRLGSS. En este caso, se garantiza al cónyuge supérstite o al conviviente superviviente de una pareja de hecho el 40 por 100 de la pensión de viudedad. La cuantía de la pensión de viudedad de los demás beneficiarios será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, respetando siempre el 40 por 100 como mínimo de la pensión para el conviviente o el viudo/a (último párrafo del art. 174.2 del TRLGSS tras la LMSS).

⁷⁰ En consecuencia lógica con lo anterior, el artículo 5 de la Ley 40/2007, apartado dos, redacta nuevamente el artículo 173 relativo al auxilio por defunción que queda de la siguiente manera: «El fallecimiento del causante dará derecho a la percepción inmediata de un auxilio por defunción para hacer frente a los gastos de sepelio a quien los haya soportado. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que dichos gastos han sido satisfechos por este orden: por el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174, hijos y parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente». Sobre el auxilio por defunción *vid.* RODRÍGUEZ INIESTA, G., *La viudedad en el sistema español...*, *op. cit.*, págs. 165-178 y bibliografía allí citada.

⁷¹ Sobre la base reguladora de la pensión de viudedad *vid.* VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, 2008, págs. 346-347.

⁷² Real Decreto 1797/2003, de 26 de diciembre.

Se ha rebajado, eso sí, el porcentaje de garantía al cónyuge o conviviente sobreviviente respecto al contenido del Acuerdo. En el texto del aludido Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, el porcentaje acordado fue del 50 por 100, sin embargo, en el texto de la ley, como acabamos de apuntar, se rebaja este mismo porcentaje en 10 puntos.

Por otra parte, y a pesar de que el texto legal no recoge ningún precepto en este sentido, creemos que en el caso de concurrencia de varios beneficiarios se aplica lo dispuesto en la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, de forma que cuando se comparta la pensión de viudedad, el complemento por mínimo ⁷³ se aplicará en la misma proporción que se tuvo en cuenta para el reconocimiento de dicha pensión. Por consiguiente, tras la entrada en vigor de la LMSS continuará habiendo un solo complemento por mínimo a distribuir entre todos los beneficiarios de la pensión de viudedad en proporción al tiempo de convivencia con el causante. En este caso, se reservará el 40 por 100 del complemento por mínimo para el cónyuge o conviviente superviviente, repartiendo el 60 por 100 entre los demás beneficiarios en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, siempre y cuando al cónyuge o conviviente actual no le corresponda un porcentaje superior por el tiempo de convivencia.

En los supuestos de nulidad matrimonial, solo habrá derecho a lucrar pensión de viudedad cuando el sobreviviente tuviera derecho a la indemnización prevista en el artículo 98 del Código Civil ⁷⁴, salvo que hubiera contraído un nuevo matrimonio o hubiera formalizado una nueva pareja de hecho en los términos del artículo 174.3 del TRLGSS. En este último caso no tendría derecho a lucrar pensión. Como ya indicamos, en este caso de nulidad matrimonial, el artículo 174.2, último párrafo del TRLGSS, aclara que el beneficiario tendrá derecho a la pensión de viudedad «en proporción al tiempo que haya convivido con el causante», por consiguiente, haya contraído o no nuevo matrimonio este último (o haya o no formalizado una nueva pareja de hecho). En este caso, el beneficiario solo lucrará la parte proporcional de la pensión de viudedad en función del tiempo de convivencia.

Para finalizar, en los casos de crisis matrimoniales, cuando el fallecimiento del ex cónyuge o el conviviente de hecho se haya debido a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional, el cónyuge o conviviente actual tendrá derecho a cobrar el 40 por 100 de la indemnización a tanto alzado, y el resto de la indemnización se distribuirá entre los ex cónyuges sobrevivientes en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. No obstante, en aplicación del artículo 174.2 del TRLGSS tras la redacción de la LMSS, solo tendrán derecho a cobrar los ex cónyuges la pensión de viudedad cuando fueran acreedores de las pensiones e indemnización de los artículos 97 y 98 del Código Civil respectivamente para los casos de separación y divorcio o nulidad ⁷⁵.

⁷³ Siempre que, evidentemente, se tenga derecho a su cobro. Sobre el complemento por mínimo y su distribución, *vid.* DÍAZ AZNARTE, M.T., *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Bosch, Barcelona, 2003, págs. 115-128; RODRÍGUEZ INIESTA, G., *La viudedad en el sistema español...*, *op. cit.*, págs. 311-315.

⁷⁴ El artículo 98 del Código Civil dice que «el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97».

⁷⁵ El artículo 5, apartado siete de la LMSS, redacta el apartado 1 del artículo 177 del TRLGSS de la siguiente manera: «1. En el caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174 y los huérfanos tendrán derecho a una indemnización a tanto alzado, cuya cuantía uniforme se determinará en los Reglamentos generales de esta ley. En los supuestos de separación, divorcio o nulidad será de aplicación, en su caso, lo previsto en el apartado 2 del artículo 174».

Respecto a esta misma cuestión y, consciente el legislador de la menudencia de la cuantía del vigente auxilio por defunción, establece que la cuantía de esta prestación se incrementará en un 50 por 100 en los próximos cinco años, a razón de un 10 por 100 anual. A partir de entonces se procederá a la actualización de dicho auxilio por defunción en cada ejercicio, con arreglo al índice de precios al consumo ⁷⁶.

IV. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

Las parejas de hecho comparten con el matrimonio las causas de extinción de la pensión de viudedad. En este sentido, el artículo 174.4 del TRLGSS, tras la reforma introducida por la LMSS, establece que la pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174, «sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente» ⁷⁷.

El artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967 prevé dos causas más de extinción: el fallecimiento del beneficiario y la declaración, en sentencia firme, de culpabilidad en la muerte del causante.

Por otro lado, la referencia que se hace en el artículo 174.4 del TRLGSS al desarrollo reglamentario se produjo por el artículo 2 del Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia ⁷⁸ que dio nueva redacción al artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967 ⁷⁹. Este último admitió el mantenimiento de la pensión de viudedad, aunque se contraiga matrimonio, en los siguientes casos:

- a) Ser mayor de 61 años o menor de dicha edad, siempre que, en este último caso, tengan reconocida también una pensión de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad absoluta o de gran invalidez, o acrediten una minusvalía en un grado igual o superior al 65 por 100.
- b) Constituir la pensión o pensiones de viudedad percibidas por el pensionista la principal o única fuente de rendimientos. Se entenderá que la pensión o pensiones de viudedad constituye la principal fuente de rendimientos cuando el importe anual de la misma o de las mismas represente, como mínimo, el 75 por 100 del total de ingresos de aquel en cómputo

⁷⁶ Disposición adicional décima de la LMSS. Debemos tener en cuenta que desde 1967 tenía un importe de 30,06 a pesar del transcurso de 40 años.

⁷⁷ El apartado 4 del artículo 174 del Anteproyecto establecía que este derecho se extinguía «cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho». A juicio del CES, esta previsión debería hacer referencia a que para la consideración de la pareja de hecho se deberá atender a las condiciones registrales o documentales exigidas a estas parejas en el apartado 3 de este artículo. Crítica que ha sido introducida en la redacción definitiva del artículo 174, apartado cuatro, donde se aclara que se extinguirá la pensión cuando el beneficiario constituya una pareja de hecho en los términos del artículo 174.3 del TRLGSS. *Vid.* Dictamen CES sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social, págs. 7 y 8.

⁷⁸ BOE de 31 de diciembre.

⁷⁹ BOE de 23 de febrero.

anual. Para el cómputo del indicado porcentaje, se considerará comprendida en la cuantía de la pensión el complemento por mínimos que, en su caso, pudiera corresponder.

Se considerarán como rendimientos computables cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional. Los rendimientos indicados se tomarán en el valor percibido en el ejercicio anterior, debiendo excluirse los dejados de percibir, en su caso, como consecuencia del hecho causante de las prestaciones, así como aquellos que se pruebe que no han de ser percibidos en el ejercicio corriente.

- c) Tener el matrimonio unos ingresos anuales, de cualquier naturaleza, incluida la pensión o pensiones de viudedad, que no superen dos veces el importe, en cómputo anual, del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento. El cómputo de los ingresos se llevará a cabo aplicando las mismas reglas que estén establecidas, a efectos de la percepción de los complementos a mínimos de las pensiones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva. En los supuestos en que las cuantías de la pensión o pensiones de viudedad no superen el porcentaje señalado en el párrafo b), pero, sumadas a los demás ingresos percibidos por los dos cónyuges, sobrepasen el límite establecido en el primer párrafo de la presente letra, se procederá a la minoración de los importes de la pensión o pensiones de viudedad, a fin de no superar el límite indicado. En el caso de que exista más de una pensión de viudedad, la minoración en cada una de ellas se llevará a cabo proporcionalmente a la relación existente entre cada pensión y la suma total de todas ellas.

La nueva pensión de viudedad que pudiese generarse, como consecuencia del fallecimiento del nuevo cónyuge, será incompatible con la pensión o pensiones de viudedad que se venían percibiendo, debiendo el interesado optar por una de ellas.

Recientemente, el Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo⁸⁰, ha extendido estas excepciones, previstas inicialmente para el matrimonio, a los supuestos en que se constituya una pareja de hecho⁸¹.

V. APLICACIÓN DE LA LEY A LOS HECHOS CAUSANTES PRODUCIDOS ANTES DE SU ENTRADA EN VIGOR

Un acierto incuestionable de la reforma es la inclusión de la regulación de las situaciones en las que el fallecimiento del conviviente de hecho se hubiera producido con anterioridad a la promulgación de la LMSS. Llama la atención que la disposición adicional tercera haya optado por regular «la pensión de viudedad en supuestos especiales», en vez de «el derecho para lucrar pensión de viudedad con anterioridad a la promulgación de la ley», puesto que la única especialidad de los supuestos contemplados en la disposición adicional tercera de la LMSS apunta a que el fallecimiento del conviviente de hecho haya tenido lugar antes de la entrada en vigor de la citada norma.

⁸⁰ BOE de 21 de marzo de 2009.

⁸¹ El Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo, añade un nuevo apartado 4 al artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, en los siguientes términos:

«4. Constituir una pareja de hecho. No obstante, no se extinguirá el derecho a la pensión de viudedad cuando se den los mismos supuestos que los regulados en el apartado 1 para el mantenimiento de la pensión de viudedad en caso de matrimonio.»

Pues bien, siempre con carácter excepcional, como se ocupa de reseñar el legislador, «se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que a la muerte del causante, reuniendo este los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 del TRLGSS, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.
- b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, artículo 174.3 de la LGSS, en la redacción dada por el artículo 5 de la presente ley, con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de este.
- c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.
- d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.
- e) Para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los 12 meses siguientes a la entrada en vigor de esta ley. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición». Teniendo en cuenta que la ley entró en vigor el 1 de enero de 2008, el plazo para solicitar la prestación, que es de caducidad, ha finalizado ya.

Según lo que acabamos de apuntar, al conviviente fallecido solo se le exige que reúna en el momento del fallecimiento los requisitos exigidos por el artículo 174.1 del TRLGSS, y que hubiera tenido hijos comunes con el potencial beneficiario. Al no limitar la edad de los hijos ni exigir que estos sean beneficiarios de la pensión de orfandad, parece que lo relevante para el legislador no es si hay hijos comunes que generen una mayor demanda de ingresos en el conviviente superviviente, sino solo que en algún momento los hubiera habido, tenga la edad que tengan. De esta manera, el legislador parece llegar al convencimiento de que si ha habido hijos comunes en la pareja, ha habido una unión estable que merece la protección que la LMSS les brinda.

En este sentido, y como se ha indicado anteriormente, si bien es cierto que uno de los indicios que revela la estabilidad de una pareja puede ser la existencia de hijos comunes, existen indiscutiblemente otros que también permiten afirmar la presencia de una pareja estable como, por ejemplo, un tiempo prolongado de convivencia ininterrumpida o una relación afectiva estable que trasciende al exterior de la vida matrimonial.

De esta manera, nos podríamos preguntar si no sería discriminatoria la exigencia de haber tenido hijos comunes en relación a los convivientes cuya pareja haya fallecido con anterioridad a la LMSS, y reúna todos los requisitos que exige la disposición adicional tercera de la citada norma, excepto la existencia de hijos comunes, debido, por ejemplo, a la situación de infertilidad involuntaria de alguno de ellos. En este caso, además de haber sufrido una situación que, en algunos casos, incluso ha podido llegar a ser dramática para aquellas personas que hubieran deseado verdaderamente conver-

tirse en progenitores, la Ley 40/2007 penaliza a dichos convivientes económicamente excluyéndoles de la posibilidad de lucrar pensión de viudedad precisamente por no haber podido tener descendencia.

Con independencia de la cuestión que acabamos de comentar, del texto transcrito más arriba, llaman la atención varias cuestiones que apuntamos a continuación. Por una parte, la rebaja del período de convivencia exigido para poder ser beneficiario de la pensión. En efecto, en el Anteproyecto de ley se exigía 20 años de convivencia que finalmente han quedado en seis, menos de la mitad, por tanto, del período inicial convenido.

Resulta curioso también que no se exija la carencia de rentas por parte del conviviente superviviente, cuando precisamente el objetivo de la reforma parece ser el de proteger las situaciones de necesidad en las que queden inmersos los familiares del difunto. Sin embargo, despreciando este aparente objetivo, el legislador exige únicamente que el beneficiario no tenga reconocido derecho a otra pensión contributiva de la Seguridad Social.

El artículo 174.3 del TRLGSS, redactado nuevamente por la Ley 40/2007, es el que establece los requisitos económicos necesarios para que el conviviente superviviente pueda lucrar pensión de viudedad si no existen hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. Pues bien, cuando la disposición adicional tercera del mismo texto legal se remite al citado artículo 174.3 del TRLGSS hace referencia exclusivamente al tiempo y a la acreditación de la convivencia de los convivientes de hecho. Por consiguiente, cualquier persona que haya convivido con otra durante seis años y consiga acreditar este extremo conforme a lo dispuesto en el nuevo artículo 174.3 del TRLGSS podrá lucrar pensión de viudedad (a salvo de la inexistencia de hijos comunes) con independencia de su situación económica.

Por esta vía se pueden estar protegiendo situaciones que tras la reforma, y siguiendo el objetivo de la misma, deberían quedar fuera de la cobertura de la pensión de viudedad. En efecto, según el texto de la LMSS que estamos comentando, el conviviente que teniendo hijos comunes con el causante –aunque estos hubieran cumplido 30 años y tuvieran un trabajo que les reportara cuantiosos ingresos económicos–, quiera lucrar pensión de viudedad, lo podrá hacer aunque tenga unos ingresos propios altísimos y un patrimonio considerable, puesto que ni los ingresos, ni el patrimonio se tienen en cuenta para conceder o no la pensión vitalicia de viudedad.

Por otra parte, como hemos apuntado más arriba, el apartado 4 del mismo artículo 174 del TRLGSS redactado por la LMSS indica que «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». Entendemos perfectamente aplicable este artículo a los «supuestos especiales» contemplados en la disposición adicional tercera de la LMSS. Por lo tanto, aquellos convivientes que hayan contraído matrimonio con posterioridad al fallecimiento de su anterior conviviente de hecho, o hayan vuelto a convivir de hecho pero formalmente⁸² con otra persona, claramente no podrán ser beneficiarios de la pensión de viudedad de la pareja anterior.

Lo que sin duda merece un comentario positivo es la decisión previsor de legislador de acoger la regulación de las situaciones producidas con anterioridad a la Ley 40/2007 para intentar así evitar

⁸² Es decir, con arreglo a los requisitos dispuestos en el artículo 174.3 del TRLGSS tras la redacción dada por la Ley 40/2007.

que surjan situaciones conflictivas similares a las producidas con la admisión del matrimonio homosexual. Con anterioridad a la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio⁸³, que posibilitó el acceso al matrimonio homosexual, este no podía celebrarse porque no se admitía legalmente⁸⁴. Como con anterioridad a la promulgación de la reciente LMSS tampoco podían tener acceso a la pensión de viudedad los convivientes de hecho, las parejas homosexuales no podían lucrar pensión de viudedad por ninguna de las vías legales habilitadas al efecto.

Estos supuestos de parejas homosexuales que no pudieron contraer matrimonio porque este no se contemplaba por nuestro ordenamiento jurídico han dado lugar a diversos pronunciamientos judiciales, algunos de ellos favorables a la concesión de la pensión de viudedad utilizando por analogía el contenido de la disposición adicional décima⁸⁵ de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio⁸⁶.

Estas situaciones conflictivas son las que se intentan evitar con la incorporación de la disposición adicional tercera de la LMSS, mejorable a todas luces de contenido y forma, pero que, con buen criterio, ha decidido abordar las situaciones generadas con anterioridad de la promulgación de la citada ley⁸⁷.

VI. CONCLUSIONES

Realizada la panorámica general de la reciente reforma en materia de pensión de viudedad con relación a las parejas de hecho, podemos destacar la satisfacción con la que se ha acogido a nivel

⁸³ BOE de 2 de julio de 2005.

⁸⁴ Sobre el vínculo matrimonial entre homosexuales, *vid.* SESMA BASTIDA, B., «Extensión de la cobertura de la pensión de viudedad ante nuevas realidades sociales: uniones de hecho y matrimonio homosexual», *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2005, págs. 620-630.

⁸⁵ La SJS núm. 33 de Madrid de 14 de noviembre de 2005 y la SJS núm. 3 de Palma de Mallorca de 26 de enero de 2006 interpretan lo dispuesto para las parejas heterosexuales tras la entrada en vigor de la ley de divorcio de manera analógica a las situaciones creadas con la promulgación de la Ley 13/2005 en relación a las parejas homosexuales por hechos causantes anteriores a la entrada en vigor de la mencionada Ley 13/2005. Un comentario de la SJS núm. 33 de Madrid de 14 de noviembre de 2005 en VIQUEIRA PÉREZ, C., «Pensión de viudedad y matrimonio homosexual. A propósito de la SJS núm. 33 de Madrid de 14 de noviembre de 2005», *Actualidad Laboral*, núm. 14, 2006. Por el contrario, la STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2005 deniega la pensión de viudedad a la pareja de hecho homosexual que no pudo contraer matrimonio al fallecer su pareja con anterioridad a la Ley 13/2005. *Vid.* sobre el tema RODRÍGUEZ INIESTA, G., «La voluntad constatada de contraer matrimonio no es suficiente para lucrar pensión de viudedad: comentario a la STSJ de La Rioja de 27 de junio de 2006 (AS 2006, 2720)», *Aranzadi social*, núm. 21, 2006. Sobre este particular, resulta bastante ilustrativa la lectura de QUINTERO LIMA, M.G., «La pensión de viudedad de parejas homosexuales: (A propósito de la –discrepante– aplicación analógica de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 por los Juzgados de lo Social tras la Ley 13/2005, de 1 de julio)», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 14, 2006, págs. 319-332.

⁸⁶ Sobre el alcance de la excepción de la Ley 30/1981, *vid.* BLASCO RASERO, C., *La familia en el derecho de la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 137-139; también RODRÍGUEZ INIESTA, G., *La viudedad en el sistema español...*, *op. cit.*, págs. 217-219.

⁸⁷ La STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2008 (Rec. 188/2007) deniega la pensión de viudedad al miembro supérstite de la pareja de hecho, cuyo causante falleció antes de la entrada en vigor de la ley, por no acreditar convivencia de seis años ni existir hijos comunes.

institucional⁸⁸. Así, por ejemplo, el Consejo Económico y Social ha considerado un avance la inclusión de las parejas de hecho en la regulación de la pensión de viudedad⁸⁹.

La satisfacción institucional contrasta, sin embargo, con la decepción que se está percibiendo entre sus potenciales beneficiarios. Los medios de comunicación difundieron con rapidez la noticia relativa a la extensión de la pensión de viudedad a las parejas de hecho, haciendo creer que su régimen jurídico se había equiparado al del matrimonio. Se levantaron, así, unas expectativas que contrastan con la realidad. Muchas parejas de hecho están viendo denegada la pensión por no cumplir los duros requisitos que exige la ley. Y es que el legislador no se lo ha puesto nada fácil a los potenciales beneficiarios de la pensión de viudedad que hayan elegido el camino de la convivencia y no el del matrimonio. En efecto, resulta evidente que no se ha llegado a establecer para los supuestos de convivientes de hecho un régimen legal similar al de los cónyuges. Como se ha visto a lo largo de este estudio, los requisitos económicos que exige la LMSS a los convivientes de hecho para lucrar pensión de viudedad no se exigen a los cónyuges. En la actualidad, si fallece uno de los cónyuges, al superviviente no se le exige acreditar carencia de ingresos, ni dependencia económica del cónyuge fallecido para concederle la pensión vitalicia de viudedad, en cambio al conviviente de hecho sí se le exige, de manera que si no cumple los requisitos económicos mencionados anteriormente no lucrará pensión de viudedad. Por otro lado, el legislador no ha introducido en el supuesto de la convivencia de hecho la concesión de una prestación temporal de viudedad cuando falte algún requisito para lucrar la misma. Tampoco la crisis de la pareja de hecho ha recibido el mismo tratamiento que la crisis conyugal, quedando estas situaciones fuera del ámbito de protección de la prestación.

Resulta discutible si ambas realidades, pareja de hecho y matrimonio, son equiparables, pero creemos que, una vez que el legislador tomó la decisión de permitir el acceso de la unión extramatrimonial a la pensión de viudedad, debió hacerlo en los mismos términos que los previstos para el matrimonio. Solo estarían justificadas las diferencias formales, derivadas de la necesidad de acreditar la existencia de la «relación de afectividad análoga a la conyugal».

Por último, y teniendo en cuenta que el legislador parte de la existencia de parejas de hecho constituidas formalmente en nuestro país al amparo de la legislación autonómica, debe advertirse a los operadores jurídicos de las divergencias que se aprecian en dichas leyes en orden a la definición de la convivencia no matrimonial, los requisitos exigidos para apreciar su existencia y la forma de acreditar la misma. No sería irrazonable que en el futuro se pudiera plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre la ley, debido a las posibles desigualdades que crea en el acceso a una prestación contributiva de la Seguridad Social en función de la Comunidad Autónoma en la que se resida. Conviene insistir en que el mero hecho de ser miembro de una pareja de hecho inscrita en un registro autonómico no otorga automáticamente el acceso a la pensión de viudedad, sino que es preciso, además, ajustarse a los parámetros del artículo 174.3 del TRLGSS.

⁸⁸ GALA DURÁN considera la reforma en materia de parejas de hecho como un paso adelante aunque no exento de interrogantes y desigualdades. Vid. GALA DURÁN, C., «Una aproximación a la nueva regulación propuesta en el marco de la pensión de viudedad», *Iuslabor*, núm. 1, 2007.

⁸⁹ No obstante, a pesar de dicha satisfacción considera conveniente que el legislativo justifique debidamente en la Exposición de Motivos «la diferencia de tratamiento y requisitos establecidos en el Anteproyecto para las parejas casadas y las parejas de hecho, a fin de no suscitar dudas en torno a posibles tratamientos discriminatorios». Vid. Dictamen CES sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social, pág. 7.