

LA REFORMULACIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN LA LEY 40/2007: ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

Profesor Titular de la Universidad de Valencia

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Luis Enrique DE LA VILLA GIL, don Juan CALVENTE MENÉNDEZ, doña María Milagros CALVO IBARLUCEA, don Jesús MERCADER UGUINA, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don Antonio SEMPERE NAVARRO.

Extracto:

PESE a las mejoras que ha introducido la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social, en los aspectos asistenciales de protección para el supuesto de viudedad, se introducen, de forma inmediata, algunos recortes en la protección del nivel contributivo, así como, más preocupante todavía si cabe, el anuncio de todo el sistema de pensión de viudedad para los nacidos tras el 1 de enero de 1967 que anuncia el Acuerdo y que lógicamente no se recoge en la ley de medidas es algo incierto, ya que no se dan pautas ni precisiones sobre el nuevo modelo y en qué sistema de los diversos existentes en Europa se va a inspirar. La idea de que la pensión de viudedad va a exigir en el futuro la prueba de la dependencia económica del causante abandonando su planteamiento asegurativo en su cuantía básica sí que está presente, sin embargo, en el Acuerdo. Podría discutirse la asistencialización de la pensión, de mantenerse por otra parte una financiación contributiva. Puede traducirse en una disminución de la protección pública y en una potenciación indirecta de los seguros privados de vida. En cualquier caso, deja toda una serie de interrogantes e incertidumbres para el posible colectivo de beneficiarios en un futuro, que quedan sin contestar.

Palabras clave: Ley 40/2007, pensión de viudedad y parejas de hecho.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Pensión de viudedad y la exigencia de convivencia.
- III. Las uniones de hecho.
 - A) La concurrencia de parejas de hecho y cónyuges no divorciados o separados.
 - B) La posible inconstitucionalidad de la remisión a la normativa autonómica.
- IV. La futura reformulación de la pensión de viudedad.
- V. Concurrencia de beneficiarios con parejas históricas.

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de una reformulación del régimen jurídico de la pensión de viudedad para, por un lado, mejorar la situación de las familias dependientes de la renta del fallecido y, por otro, adecuar la acción protectora del sistema a las nuevas realidades sociales era ya una reivindicación reiterada e insistente, especialmente en los últimos años ¹. Sin embargo, como veremos a continuación, en ambos casos, la reformulación final de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, deja mucho que desear, pese a ser una mejora del Acuerdo de 2006.

De este modo, efectivamente parece extender la pensión de viudedad a uniones de hecho, si bien, en realidad, como veremos, con requisitos adicionales, no exigibles para el supuesto de matrimonio: un mínimo de convivencia mutua, estable y notoria de cinco años o, alternativamente, tener hijos en común y un determinado nivel de dependencia económica que varía en función de que haya hijos comunes o no. Además, cabría cuestionarse, como veremos, la constitucionalidad de la remisión a la normativa autonómica para la determinación del concepto de pareja de hecho, ya que podrían establecerse diferentes requisitos para acceder a la pensión, en función de la Comunidad Autónoma donde se viva.

También pasa a exigirse un mínimo de convivencia (un año) para acceder a la pensión de viudedad en determinados supuestos (muerte por enfermedad común) con la finalidad de evitar ciertos fraudes que se estaban produciendo, al utilizar el matrimonio en enfermos terminales como vía de acceder a la pensión y así de ese modo retribuir servicios de atención a enfermos terminales.

Parece positivo que se garantice en caso de nulidad, separación o divorcio al menos el 40 por 100 de la pensión al viudo/a propiamente dicho en caso de concurrencia con *ex* cónyuges o históricos, aunque debería haberse precisado también el derecho a la pensión completa en caso de que

¹ PÉREZ ALONSO, M.A., «La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social», Valencia, 2002, págs. 221 y ss., DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L., «Régimen jurídico de la pensión de viudedad», Sevilla, 2002, págs. 167 y ss., BLANCO RASERO, C., «La familia en el derecho de la Seguridad Social», Pamplona, 2003, págs. 119 y ss., PANIZO ROBLES, J.A., «La convivencia de hecho y su incidencia en las prestaciones de la Seguridad Social: una deuda de cobertura social pendiente», *Justicia Laboral*, n.º 24, 2005, págs. 62 y ss. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., «La protección social de la familia», Valencia, 2005, págs. 270 y ss.

estos no existan o no tengan derecho a pensión. Tal garantía debería operar sin condicionarse a que el vínculo con el cónyuge actual se haya producido con una cierta antelación a la fecha del hecho causante.

En cuanto a la cuantía, las pensiones de viudedad ya fueron objeto de importantes mejoras, especialmente para las pensiones mínimas a favor de beneficiarios menores de 60 años con cargas familiares. En este sentido, la disposición adicional 7.^a bis de la LGSS, incorporada por la Ley 24/1997, establece que las cuantías mínimas de viudedad para beneficiarios con menos de 60 años, en los términos que reglamentariamente se establezcan, cuando sin superar los requisitos cuantitativos de renta fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para causar derecho a los complementos a mínimos, los interesados no alcancen un determinado límite de rentas y, en atención a sus cargas familiares, se equiparán, de modo gradual y en el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, a los importes de dicha clase de pensión para los beneficiarios con edades comprendidas entre los 60 y 64 años. Por otra parte, todos los complementos por mínimos se incrementaron sensiblemente en virtud del Acuerdo de 1999 y de nuevo se han aumentado significativamente durante los ejercicios 2005 y 2006. Además, como es sabido, tras la reforma de 2001, se introdujo un complemento asistencial a la pensión de viudedad que incrementa todavía más, de forma notable, la cuantía en los casos de rentas más bajas. Sin embargo, la pensión de viudedad para menores de 60 años seguía estableciendo diferentes cuantías para las personas con cargas familiares o sin cargas familiares. La cuantía con cargas familiares era igual a la pensión de viudedad para las edades comprendidas entre los 60 y 64 años, sin embargo, se presentaba sensiblemente inferior en el caso de no ostentar cargas familiares.

Ahora, con la entrada en vigor de la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social, se acaba por culminar los objetivos de la mentada disposición adicional 7.^a bis, en cuanto al aumento de las pensiones de viudedad de menores de 60 años en ciertas circunstancias de carencia de rentas, cargas familiares y ahora también discapacidad del propio beneficiario, en un grado igual o superior al 65 por 100, que se equipara a la existencia de cargas familiares ². De tal modo que, aun cuando no ha habido una derogación expresa de la referida disposición adicional 7.^a, estas circunstancias, unidas al hecho, como se verá, del posible aumento de la cuantía de la pensión hasta el 70 por 100, precisamente en tales supuestos de situaciones de necesidad de rentas y cargas, hace pensar en una sustitución ya con carácter general y una derogación tácita del referido precepto.

No obstante, en estos casos, al tratarse de una persona dependiente, deberá quedar protegida por la Ley de Dependencia (39/2006), que deberá articular una protección integral, bien a través de ayudas directas que aumenten la propia pensión, siendo compatible con esta última, a modo de lo que ocurre con el complemento por gran invalidez y con ayudas indirectas, reducciones fiscales y bonificaciones a la Seguridad Social, a efectos de poder contratar los servicios de terceros que cuiden de ellos.

Asimismo, se prevé un complemento por mínimos especial, durante los próximos cuatro años en aquellos casos en que el pensionista de viudedad sea una unidad económica unipersonal y tenga

² Así, la disposición adicional 1.^a de la ley, a efectos de la percepción de los correspondientes complementos a mínimos por viudedad, para beneficiarios menores de 60 años, equipara a la existencia de cargas familiares, la acreditación de una discapacidad igual o superior al 65 por 100.

que hacer frente al mantenimiento de un hogar (disp. adic. 24.^a). No se precisa con claridad si son idénticos los conceptos de unidad familiar unipersonal y de unidad económica unipersonal. En el primer caso, se trataría claramente de una unidad personal de convivencia constituida por una sola persona, mientras que en el segundo cabría que aun conviviendo varias personas solo hubiera una única fuente de ingresos. Parece que lo decisivo debe ser que solo haya una fuente de ingresos que se considere insuficiente para el mantenimiento del propio pensionista y que no haya otros familiares, pues ya se prevén otros complementos en caso de cónyuges a cargo del pensionista. Sin embargo, también podría estar haciendo referencia a unidades familiares unipersonales con hijos a cargo que dependan económicamente y no aporten ingresos. Así pues, parece claro que el precepto está haciendo referencia a unidades familiares unipersonales desde el punto de vista de su consideración económica, pero no queda claro si deben estar compuestas por una sola persona.

No obstante, pese a la mejora de esta forma de la protección asistencial, con la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, se introducen, de forma inmediata, algunos recortes en la protección del nivel contributivo, así como, más preocupante todavía si cabe, el anuncio de todo el sistema de pensión de viudedad para los nacidos tras el 1 de enero de 1967 que anuncia el Acuerdo y que lógicamente no se recoge en la ley de medidas es algo incierto, ya que no se dan pautas ni precisiones sobre el nuevo modelo y en qué sistema de los diversos existentes en Europa se va a inspirar. La idea de que la pensión de viudedad va a exigir en el futuro la prueba de la dependencia económica del causante abandonando su planteamiento asegurativo en su cuantía básica sí que está presente, sin embargo, en el Acuerdo. Podría discutirse la asistencialización de la pensión, de mantenerse por otra parte una financiación contributiva. Puede traducirse en una disminución de la protección pública y en una potenciación indirecta de los seguros privados de vida. En cualquier caso, deja toda una serie de interrogantes e incertidumbres para el posible colectivo de beneficiarios en un futuro, que quedan sin contestar.

II. PENSIÓN DE VIUDEDAD Y LA EXIGENCIA DE CONVIVENCIA

De este modo, en primer lugar y en cuanto a los recortes inmediatos en la acción protectora del nivel contributivo, hasta la actualidad, el beneficiario de la pensión de viudedad era únicamente el cónyuge superviviente, de conformidad con el artículo 174 de la LGSS. De tal forma que el vínculo matrimonial, como veremos, se alzaba en *condicio sine qua non* para tener derecho a la misma. Sin embargo, una vez acreditado el vínculo matrimonial, ya no se exigía ningún otro condicionamiento de edad, hijos a cargo, una mínima duración del propio matrimonio, ni siquiera la convivencia habitual que se eliminó como requisito con la entrada en vigor de la Ley 30/1981 y solo se exigía para generar derecho a la porción o porcentaje correspondiente de los cónyuges históricos, pero no al cónyuge superviviente.

En este punto la reforma incide en primer lugar en los requisitos para ser beneficiario. Así, conforme a la anterior redacción del artículo 174 de la LGSS, no se exigía que el vínculo matrimonial tuviera una duración mínima, sino era suficiente el hecho de su existencia. En la actualidad, en caso de matrimonio, para acceder a la pensión de viudedad, en los supuestos de fallecimiento del causante por enfermedad común, se requerirá un período previo de vínculo conyugal de un año o la existencia de hijos en común con derecho a pensión de orfandad o, de forma alternativa, que se acre-

dite un período de convivencia con el causante anterior a la fecha de celebración del matrimonio, en los mismos términos establecidos para las parejas de hecho que, sumado a la duración del matrimonio, supere los dos años.

De no acreditarse ese período y ante la ausencia de hijos en común, se concederá una pensión temporal con una duración de dos años.

La exigencia de un año de matrimonio en caso de fallecimiento del causante por enfermedad común se argumenta en la reforma como una medida de racionalización que trata de impedir las pensiones de viudedad para los matrimonios de conveniencia entre personas mayores y jóvenes. Es evidente que el propósito de la reforma en este punto es evitar que aquellas personas que tuvieran una enfermedad terminal y sabiendo que está relativamente próxima su muerte, se casen con otra, con el único objetivo de que esta última genere derecho a una pensión de viudedad. Sin embargo, también era obvio que esta medida, conforme se articulaba en el Proyecto, podía dejar extramuros de la protección a situaciones de necesidad reales, en contra de la previsión del artículo 41 de la CE. No era nada descabellado pensar en personas que pudieran desarrollar una enfermedad mortal una vez hubieran contraído matrimonio y tal enfermedad produjera su desenlace mortal antes de haber transcurrido un plazo de dos años, como se exigía en el texto anterior. Lo cual, además, evidentemente, imposibilitaba o hacía extremadamente difícil que se cumpliera el condicionante alternativo de haber tenido hijos. Aun así, con la literalidad de la redacción del Proyecto, tales supuestos quedaban excluidos de una pensión de viudedad vitalicia, incluso probando la dependencia total o *cuasi* absoluta de los rendimientos del causante fallecido. Por ello, ahora, la exigencia de convivencia matrimonial se reduce a un año y más importante todavía, únicamente, en aquellos supuestos en que la enfermedad sea anterior a la fecha de constitución del propio matrimonio. Asimismo, ya no es necesario como requisito alternativo que los hijos tuvieran derecho a la pensión de orfandad. Condicionante, este último, que aparecía en el texto del Proyecto y que ahora, en la redacción definitiva, ha desaparecido. De tal forma que será suficiente, de no reunir el año de convivencia matrimonial, cuando así se exige, haber tenido no obstante hijos en común. Lo cual evidentemente también amplía más el posible colectivo de beneficiarios, al incluir los que tengan hijos mayores de edad o menores, pero con rentas del trabajo superiores a los límites legales para causar derecho a orfandad, etc.

De este modo en la práctica, lo que era un recorte de envergadura del posible colectivo de beneficiarios, se queda en algo más bien simbólico. Esto es, causante que fallece por enfermedad común, contraída con anterioridad a la fecha del matrimonio, siempre que este no hubiera durado más de un año y que no hubieran tenido hijos en común el causante y el beneficiario de la pensión de viudedad y que tampoco acredite un período de convivencia con el causante anterior a la fecha de celebración del matrimonio que, sumado al tiempo del matrimonio, supere los dos años.

En cualquier caso, resulta criticable esta prestación si la finalidad del requisito de que el matrimonio haya tenido una duración de un año es precisamente la de atajar el fraude. En efecto, pues, de darse o presumirse, no tendría sentido ni siquiera la concesión de un subsidio o prestación temporal cuando el fallecimiento del causante derive de una enfermedad común preexistente, no sobrevenida. Es posible que el legislador entienda que no en todos los supuestos, necesariamente, se dará el fraude. Sin embargo, en este caso, no se entiende por qué se articula la prestación temporal y no simplemente el mecanismo del fraude de ley. En cuanto al régimen jurídico de la prestación o subsidio

temporal, solo se establece que la cuantía será igual a la pensión de viudedad, pero nada más. Así, cabe cuestionarse acerca de la aplicación o no del régimen jurídico de la propia pensión de viudedad, puesto que el artículo 174.4 de la LGSS hace referencia a todos los supuestos a los que se refiere el presente artículo y no al artículo 174 bis, que establece la prestación temporal.

III. LAS UNIONES DE HECHO

El beneficiario del derecho a la pensión de viudedad era únicamente el cónyuge supérstite, con independencia de su sexo. De tal forma que era imprescindible haber contraído matrimonio con anterioridad al hecho causante, en cualquiera de las modalidades reguladas en el Código Civil, no bastando, en consecuencia, la mera convivencia *more uxorio*³, ni siquiera cuando existía consentimiento presunto o propósito de contraer matrimonio⁴. Sin que ello supusiera una discriminación desde la perspectiva del artículo 14 de la CE, ya que tal exigencia no está privada de justificación objetiva y razonable, al no tratarse de situaciones equivalentes, siendo posible que el legislador deduzca consecuencias distintas, con base en el artículo 32 de la CE, que encuentra su fundamento en la propia institución del matrimonio que genera un conjunto de derechos y obligaciones jurídicas que no se producen en las uniones de hecho.

De ahí que, aun cuando, desde la perspectiva del artículo 41 de la CE, las uniones de hecho no deben quedar desprotegidas por el régimen público de Seguridad Social, tal protección no debe por qué prestarse necesariamente a través de la pensión de viudedad⁵ y apunta como posible solución a la Ley 26/1990, de 20 diciembre, por la cual se establecen las pensiones no contributivas.

Ahora bien, ya existían excepciones legales como la que se produjo con la aplicación de la disposición adicional 10.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que concedió una ficción matrimonial a aquellas parejas de hecho que no pudieron divorciarse del cónyuge de un matrimonio anterior, ni contraer nuevas nupcias o bien porque el causante falleció con anterioridad a la entrada en vigor de la denominada Ley del divorcio, o bien, con posterioridad pero sin que hubiera dado tiempo para legalizar la situación, siempre que no hubiera existido negligencia en tramitar el divorcio y/o contraer nuevas nupcias. Por su parte, los Tribunales también habían ampliado el supuesto de hecho de la ley, en virtud de una interpretación proclive a una real protección jurídica de los derechos, soslayando los rigorismos injustos de la normativa, adaptando el derecho a la situación de hecho y no a la inversa. Esto es, a través de una interpretación flexibilizadora y humanizadora. De tal forma, aplicaban la mentada ficción en aquellos casos en que, aun quedando probada la voluntad y firme propósito de contraer matrimonio, no se pudo celebrar el matrimonio por otras circunstancias personales que dificultaron extraordinariamente dicha posibilidad. Así, por ejemplo, por impedimentos físicos que aque-

³ SSTC de 15-11-1990, RTC 1990/184, n.º rec. 1419/1988; 14-02-1991, RTC 1991/29, n.º rec. 986/1987 y 28-02-1994, RTC 1994/66, n.º rec. 1714/1992 y SSTS de 20-05-1992, RJ 3580, n.º rec. 1418/1991; 29-05-1992, RJ 3636, n.º rec. 534/1991 y 10-11-1992, RJ 8673, n.º rec. 2971/1992, ni siquiera cuando existía consentimiento presunto o propósito de contraer matrimonio.

⁴ STS unif. doctrina de 19-11-1998, RJ 10008, n.º rec. 53/1998.

⁵ SSTC 14-02-1991, RTC 1991/38, n.º rec. 391/1990; 28-02-1994, RTC 1994/66, n.º rec. 1714/1992 y 17-09-2001, RTC 2001/180, n.º rec. 1434/1998.

jaban al causante ⁶, por fallecimiento del causante en un accidente laboral antes de poder celebrar el matrimonio ⁷, las penosidades propias de una grave y larga enfermedad que finalmente le provocó la muerte al causante, la situación clínica del causante que estaba en coma y lo impedía ⁸, la convivencia del causante con un transexual, habiéndose ya iniciado los trámites para su inscripción en el registro como mujer antes de que se produjera el fallecimiento del causante ⁹.

No obstante, por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha establecido que la legislación que exigiera el requisito de matrimonio previo para causar derecho a la pensión de viudedad, sería contraria al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ¹⁰, en la cual admite la posibilidad de que un transexual tenga derecho a beneficiarse de una pensión de viudedad sin que exista matrimonio previo.

Ahora con la reforma se abre las puertas a las parejas de hecho, pero con varios condicionantes. En primer lugar, se especifica que se exigirá un período de convivencia mutuo, estable y notorio, que finalmente se concreta en un plazo mínimo de cinco años. Obviamente, lo ideal, desde la perspectiva de la igualdad, hubiera sido la exigencia del mismo período que en los supuestos de matrimonio, esto es, dos años. Sin embargo, no solo se establece un plazo más amplio de convivencia, sino que además, a diferencia del vínculo matrimonial donde únicamente se exige en caso de muerte por enfermedad común, en el supuesto de las parejas de hecho se alza como condicionante con indiferencia de la causa de la muerte. De tal forma que se establecerán requisitos diferentes de tiempo de residencia para causar derecho a la pensión de viudedad en los casos de matrimonio y en los supuestos de parejas de hecho. Sin mencionar la dificultad añadida que tendrán, en muchos casos, las parejas de hecho para determinar dicho período de residencia, debido a la disparidad de la normativa reguladora de las distintas Comunidades Autónomas en esta materia o incluso la propia inexistencia de la misma ¹¹. Sin embargo, la diferenciación de trato no se queda en la articulación de períodos de convivencia distintos, más amplios y generales para las parejas de hecho, sino en la introducción de requisitos adicionales, no exigidos en el caso de matrimonio. Concretamente, en la necesidad de que los ingresos del supérstite, durante el año natural anterior, no alcancen el 50 por 100 de la suma de los propios, de existir, y de los del causante habidos en el mismo período. Cuando no existan hijos comunes, este porcentaje es del 25 por 100. Alternativamente, también se reconoce ahora en la Ley 40/2007, novedad respecto del Acuerdo y Proyecto, el derecho a la pensión cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del SMI, tanto en el momento del hecho causante, como durante el período de su percepción. Este límite se incrementa en 0,5 veces la cuantía del SMI por cada hijo común, aquí sí condicionado a que además tengan derecho a la pensión de orfandad. A estos efectos, se consideran 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.

⁶ STS de 11-10-1986, RJ 5441.

⁷ STSJ de Cataluña de 29-11-2006.

⁸ STSJ de Canarias/Las Palmas de 11-07-1989 AS 13170.

⁹ STSJ de Canarias/Las Palmas de 7-11-2003 AS 3635

¹⁰ STJCE 2004/5 de 7-01-2004.

¹¹ PANIZO ROBLES, J.A., «El Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (Comentario de urgencia (II))», *Tribuna Social*, n.º 191, pág. 17.

Se utilizan así dos criterios, uno, el de la relación de ingresos entre los convivientes de acuerdo con la idea de la descompensación económica que justifica la protección y, otro, la carencia de rentas, lo que supone la introducción de elementos asistenciales.

Todo esto, en definitiva, es condicionar el cobro de la pensión a la dependencia, casi absoluta, de la pareja superviviente de las rentas del causante, incluso cuando existan hijos. De tal forma, que en estos casos la pensión no sigue la lógica del nivel contributivo, requisitos de afiliación, alta, situación asimilada al alta y, en su caso, período de carencia, sino que se introducen condicionantes propios del nivel asistencial. Esto ya ocurre en el nivel contributivo, así en la prestación contributiva por desempleo se hace depender la cuantía de las cargas familiares y con la reforma del 2001, a través del Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, se introdujo, asimismo, la asistencialización de la pensión de viudedad, condicionando la cuantía igualmente a los requisitos de carencia económica y cargas familiares. Sin embargo, es obvio que, aun cuando en estos últimos casos penetran en el nivel contributivo principios propios del nivel asistencial, es únicamente a efectos de determinar la cuantía o el abono, si se prefiere, de un complemento asistencial adicional a la cuantía básica, pero nunca para establecer el propio acceso o derecho a la pensión. No obstante, esto último es lo que ocurre con la pensión de viudedad de las parejas de hecho. En consecuencia, es evidente que en contra de la pompa de las declaraciones del Acuerdo, lejos de articularse una pensión contributiva de viudedad para este colectivo, lo que se ha creado es una pensión asistencial de viudedad¹², en la cual, como se ha podido comprobar, además, los requisitos de acceso son muy duros, debiendo derivarse de una situación de pobreza extrema.

Pero es más, en el caso de que se acceda a la pensión por la vía de tener ingresos inferiores a 1,5 veces el SMI vigente en cada momento, cabe recordar que no es solo un condicionante de acceso al derecho, sino de mantenimiento del mismo. De tal forma que si a posteriori una vez causada la pensión se superan las rentas, será causa de dejar de abonar la misma. Sin embargo, como dice el propio precepto, se debe interpretar la exigencia de rentas en los términos establecidos para los complementos a mínimos y, aun cuando no lo diga expresamente el precepto, creemos que también se podrían extrapolar las reglas previstas, por analogía, para este requisito en sede del nivel asistencial de protección por desempleo. Al respecto, es especialmente significativo que el sobrepasar puntualmente o de forma esporádica, un mes por ejemplo, el referido nivel de ingresos, no debe ser una causa automática de extinción de la pensión. De tal forma que pensamos que se deberá tomar como referencia el ejercicio económico correspondiente, al igual que se hace con las rentas irregulares. Solo si la cuantía total de las rentas del ejercicio en cuestión superan el umbral de 1,5 veces el SMI, que aun cuando no se diga nada expresamente, entendemos que también deberá ser en cómputo anual, será causa de dejar de abonar la pensión. De nuevo, aunque no diga nada el precepto, entendemos que tiene obligación el percceptor de comunicar dicha circunstancia al INSS y de lo contrario, este último podrá reclamarle lo indebidamente percibido desde el momento en que dejó de reunir el requisito de rentas. Sin embargo, del mismo modo y como se puede observar, hemos tenido especial empeño en no utilizar la palabra causa de extinción de la pensión, ya que tampoco la utiliza explícitamente el legislador. Por ello, entendemos que el dejar de reunir los requisitos de carencia de rentas se debe entender como una causa de suspensión de la prestación. De tal forma que si, en un momento posterior, las rentas del beneficiario, vuelven a bajar por debajo del umbral marcado, de nuevo generaría derecho a la pensión de viudedad. Al igual que ocurre con este requisito en el nivel asistencial de protección por desempleo, pero sin estar limitado en el tiempo en este caso.

¹² En este mismo sentido, SALA FRANCO, S. ROQUETA BUI, R., LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E., «La Ley de medidas en materia de Seguridad Social», Valencia, 2008, pág. 110.

Además para aquellas parejas de hecho que hubieran fallecido con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, la disposición adicional 3.^a prevé, con carácter excepcional, que se podrá reconocer derecho a la pensión vitalicia de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, concurren las siguientes circunstancias:

- Que a la muerte del causante, reuniendo este los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 de la LGSS Social, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.
- Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida con el causante durante, al menos, los seis años inmediatamente anteriores al fallecimiento de este.
- Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.
- Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

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 como fecha de efectos económicos la del día primero de 2007.

De esta forma, se amplía el posible colectivo de beneficiarios de la pensión, para aquellas parejas de hecho que hubieran fallecido con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, al reducirse la exigencia de convivencia de 15 años, como establecía el Proyecto, a seis años, como determina ahora el texto definitivo.

Se deja de esta forma una puerta abierta para otorgar pensiones a aquellos supuestos en que no se pudo causar derecho por impedirlo la normativa anterior. Lo que permitirá, además, volver a solicitar la pensión en aquellos casos en que se había denegado por vía judicial, al no reconocer la jurisprudencia, como se ha visto, el derecho para las parejas de hecho.

Se exige un año más de convivencia que en el supuesto común y tener obligatoriamente hijos en común. Si bien es verdad que no se requiere dependencia económica, sin embargo, no se tiene derecho a la pensión de viudedad si el beneficiario tuviera ya reconocido derecho a otra pensión contributiva de la Seguridad Social, cuando, por regla general, la pensión de viudedad, como se sabe, es compatible con las pensiones contributivas, incluido ahora las del SOVI.

Se establece un plazo de caducidad especial. De este modo, si se solicita con posterioridad a los 12 meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, no es que se tenga derecho con la pérdida de los días de retraso de la solicitud, sino que ni siquiera se accede a la pensión. Se trata de un plazo muy perentorio, poco justificable si tenemos en cuenta el carácter imprescriptible de las prestaciones de muerte y supervivencia. Una vez reconocida, sus efectos económicos son retroactivos al 1 de enero de 2007.

A) La concurrencia de parejas de hecho y cónyuges no divorciados o separados.

Sin embargo, así las cosas, resulta evidente que pese a ser parejas de hecho, quedarán fuera del ámbito de protección de la nueva pensión de viudedad aquellas que, pese a estar constituidas con análoga relación de afectividad a la conyugal, uno o ambos de sus componentes se hallen impedidos para contraer matrimonio o tengan un vínculo matrimonial con otra persona, pese a que ya no convivan con ella. Obviamente, esto es traer a colación o extrapolar los requisitos para contraer matrimonio a otra institución, como son las parejas de hecho, pese a que luego la protección no sea la misma, precisamente alegando que es legítimo tratar o proteger de forma distinta, situaciones distintas. Esto es, para lo que conviene sí que se equiparan las parejas de hecho con el matrimonio, pero para lo que no conviene, no. De esta forma, aun cuando en términos jurídicos no se justifique la equiparación en ningún caso, sin embargo, resulta evidente que el supuesto de las personas que se encuentren impedidas para contraer matrimonio, queda excluido por las posibles repercusiones sociales, morales o religiosas que pueda entrañar. Todavía es reciente el sonado caso de los hermanos de Alemania que reclamaban sus derechos sociales. No obstante, en el segundo caso, es una medida puramente económica, de ahorro en pensiones. Ya que quedarán fuera del ámbito de protección de la nueva pensión de viudedad y desprotegidos, aquellos supuestos, que por otro lado son frecuentes en la práctica, en los que el causante, formalmente sigue casado, puesto que no se ha separado o divorciado legalmente, sin embargo, convive con otra persona e incluso ha tenido hijos con esta última. En estos casos, no se puede justificar en términos jurídicos, que pese a reunir los requisitos para tener derecho a la pensión de viudedad, por convivencia, bien por cargas familiares, bien por dependencia económica o ambos, la pareja de hecho se quede desamparada sin pensión porque el causante seguía casado y por lo tanto solo tiene derecho a la pensión el cónyuge superviviente, por el solo hecho de serlo, sin tener que probar dependencia económica, con la única excusa de evitar pagar dos pensiones.

El reconocimiento del derecho a pensión en el caso de parejas de hecho ha venido a modificar las causas de extinción de la pensión. Así ahora, no solo extingue la pensión el hecho de contraer nuevas nupcias, sino también la constitución de parejas de hecho. Ahora bien, se debe seguir entendiendo aplicable la jurisprudencia que declara que la convivencia *more uxorio*, sin más, no es causa de extinción de la pensión (STC 125/2003). Así, aun cuando haya convivencia, si no da lugar a la constitución formal de una unión de hecho en los términos que ahora se establece, no será causa de extinción de la pensión.

B) La posible inconstitucionalidad de la remisión a la normativa autonómica.

El artículo 174.3 *in fine* de la LGSS establece ahora que se considerará pareja de hecho 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 resi-

dencia 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.

Sin embargo, a continuación se dice que en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito 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.

De este modo, incluso en estos casos, resulta meridiano que para tener derecho a la nueva pensión, el requisito de convivencia previa deberá ser necesariamente el establecido en el artículo 174.3 de la LGSS, esto es, cinco años, con independencia de que todas las leyes autonómicas vigentes sobre uniones de hecho establecen períodos sensiblemente inferiores, entre 12 meses y dos años, o incluso algunas, como es el caso de la Comunidad de Cataluña, permitan cumplir este requisito de forma alternativa, por la existencia de hijos en común.

Sin embargo, extramuros del requisito de convivencia, parece que los demás requisitos que deban reunir las parejas de hecho para tener derecho a la nueva pensión, sí que pueden venir determinados en las correspondientes leyes autonómicas, al remitir a estas la propia consideración de pareja de hecho, esto es, el concepto o definición, así como su acreditación.

Si analizamos las leyes autonómicas de uniones de hecho en vigor en la actualidad¹³, es fácilmente observable que casi todas excluyen de la definición a aquellas personas que tengan un vínculo matrimonial en vigor o fueran ya pareja de hecho con otra persona; parientes en línea recta o colateral, variando en este último caso el grado del segundo, al tercero, dependiendo de las Comunidades. De tal forma que, en la práctica, coincidirían los requisitos establecidos por las Comunidades Autónomas, con los establecidos en el artículo 174 de la LGSS, a efectos de la definición de unión de hecho, pues incluso en el supuesto de parentesco en línea colateral, donde como hemos visto algunas Comunidades Autónomas fijan el impedimento en el segundo grado, aun cuando el Código Civil, por regla general, habla del tercer grado, no hay que olvidar que es dispensable.

¹³ Aragón.

Ley 6/1999, de 26 de marzo.

Artículo 3. Existencia de pareja estable no casada.

1. Se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituir la mediante escritura pública.
2. Podrá acreditarse la existencia de pareja estable no casada y el transcurso de los dos años de referencia, si no existiera escritura pública, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especialmente, a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia.

Artículo 4. Requisitos de capacidad.

No podrán constituir una pareja estable no casada de las reguladas en la presente ley:

- a) Los que estén ligados con vínculo matrimonial.
- b) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- c) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado.
- d) Los que formen pareja estable con otra persona.

Baleares**Ley 18/2001, de 19 de diciembre.****Artículo 2.** *Capacidad y requisitos personales.*

1. Pueden constituir pareja estable a los efectos de esta ley los mayores de edad y los menores emancipados. No obstante, no pueden constituir pareja estable:

- a) Los que estén ligados por vínculos matrimoniales.
- b) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- c) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.
- d) Los que formen pareja estable con otra persona, inscrita y formalizada debidamente.

2. Para poder acogerse a esta ley, como mínimo uno de los dos miembros ha de tener la vecindad civil en las Illes Balears y se exige la sumisión expresa de ambos al régimen establecido por esta.

Artículo 3. *Inexistencia de parentesco.*

La formación de una pareja estable no genera ninguna relación de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro.

Cataluña**Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja.****Artículo 1.** *La unión estable heterosexual.*

1. Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en él se establece. Como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña.

2. No es necesario el transcurso del período mencionado cuando tengan descendencia común, pero sí que es preciso el requisito de la convivencia.

3. En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de dos años.

Galicia**Ley 10/2007, de 28 de junio.****Artículo único.**

Se da una nueva redacción a la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, con el siguiente texto:

Disposición adicional tercera

1. A los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges.

2. Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio.

No pueden constituir parejas de hecho:

- a) *Los familiares en línea recta por consanguinidad o adopción.*
- b) *Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.*
- c) *Los que estén ligados por matrimonio o formen pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona.*

Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.**Artículo 1.** *Ámbito de aplicación.*

1. La presente ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

2. Esta ley únicamente será de aplicación a aquellas uniones de hecho en las que, al menos, uno de los miembros se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad de Madrid.

Artículo 2. Requisitos personales.

1. No pueden constituir una unión de hecho de acuerdo con la normativa de la presente ley:
 - a) Los menores de edad no emancipados y las personas afectadas por una deficiencia o anomalía psíquica que no les permita prestar su consentimiento a la unión válidamente.
 - b) Las personas ligadas por el vínculo del matrimonio no separadas judicialmente.
 - c) Las personas que forman una unión estable con otra persona.
 - d) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
 - e) Los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del tercer grado.
2. No podrá pactarse la constitución de una pareja estable no casada con carácter temporal ni someterse a condición.

Artículo 3. Acreditación.

1. Las uniones a que se refiere la presente ley producirán sus efectos desde la fecha de la inscripción en el Registro de las Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, previa acreditación de los requisitos a que se refiere el artículo 1 en expediente contradictorio ante el encargado del Registro.
2. Reglamentariamente se regulará tal expediente contradictorio. En todo caso, la previa convivencia libre, pública, notoria e ininterrumpida en relación de afectividad, habrá de acreditarse mediante dos testigos mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles.
3. La existencia de la unión de hecho se acreditará mediante certificación del encargado del Registro.

Navarra**Ley 6/2000, de 3 de julio.****Artículo 2. Concepto de pareja estable.**

1. A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.
2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público. En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de un año.
3. Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra.

Artículo 3. Acreditación.

La existencia de pareja estable y el transcurso del año de convivencia podrán acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

País Vasco**Ley 2/2003, de 7 de mayo.****Artículo 2. Concepto de pareja de hecho y ámbito de aplicación.**

1. A los efectos de la aplicación de esta ley, se considera pareja de hecho a la resultante de la unión libre de dos personas, mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no sean parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral y que se encuentren ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o distinto sexo. Asimismo, ambos miembros de la pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o por pareja de hecho.
2. Las disposiciones de la presente ley serán de aplicación a las parejas de hecho constituidas en los términos del artículo 3 y siguientes de la ley. A tal efecto, podrán inscribirse aquellas parejas de hecho en las que al menos uno de sus integrantes tenga su vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sin distinguir, en el caso de la otra parte, su nacionalidad.

Artículo 3. Constitución y acreditación.

1. La inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que se creará al efecto, tendrá carácter constitutivo, de modo que a las no inscritas no les será aplicable la presente ley.

Sin embargo, incluso en este punto, si analizamos detenidamente la Ley de la Comunidad de Madrid, podemos ver cómo entre los supuestos excluidos habla literalmente de «Las personas ligadas por el vínculo del matrimonio *no separadas judicialmente*». De tal forma que, en sentido contrario, cabe entender que sí pueden formar unión de hecho las personas separadas, aun cuando legalmente no se haya disuelto el vínculo matrimonial. Esto, obviamente, sería un supuesto contrario a lo dispuesto en el artículo 174.3 de la LGSS, que exige que no exista impedimento legal para el matrimonio.

En cuanto a los modos de acreditar la convivencia, en las distintas leyes autonómicas podemos encontrar diversas formas que van desde la fórmula más flexible que hace referencia a «cualquier medio de prueba admitido en derecho» u otras que concretan algo más el medio de prueba, así, por ejemplo, la exigencia de acta notarial, documento judicial, escritura pública o dos testigos mayores de edad, hasta la necesaria inscripción, bien en registros municipales, bien en los correspondientes registros de las Comunidades Autónomas de uniones de hecho.

Sin entrar ahora en la polémica de qué Comunidades Autónomas pueden legislar en materia de Derecho Civil, por desbordar el objetivo del presente artículo ¹⁴, incluso aun cuando se partiera de la

2. La constitución de la pareja objeto de la presente regulación, así como el contenido jurídico patrimonial de la relación, se acreditará mediante certificación expedida por el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

3. Las inscripciones practicadas en los registros municipales de aquellas localidades que cuenten con ellos tendrán el mismo efecto constitutivo, siempre y cuando al practicar dicha inscripción se hayan observado los requisitos establecidos en la presente ley, lo que deberá ser verificado por el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Valencia

Ley 1/2001, de 6 de abril.

Artículo 2. *Requisitos personales.*

1. No pueden constituir una unión de hecho de acuerdo con la normativa de la presente ley:

- a) Los menores de edad, no emancipados.
- b) Las personas ligadas por el vínculo del matrimonio.
- c) Las personas que forman una unión estable con otra persona o que tengan constituida una unión de hecho inscrita con otra persona.
- d) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- e) Los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del tercer grado.

2. No podrá pactarse la constitución de una unión de hecho con carácter temporal ni someterse a condición.

Artículo 3. *Acreditación.*

1. Las uniones a que se refiere la presente ley se constituirán a través de la inscripción en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana, previa acreditación de los requisitos a que se refiere el artículo 1 en expediente contradictorio ante el encargado del registro.

2. Reglamentariamente se regulará tal expediente contradictorio. En todo caso, la previa convivencia libre, pública, notoria e ininterrumpida, en relación de afectividad, habrá de acreditarse mediante dos testigos mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

3. La existencia de la unión de hecho se acreditará mediante certificación del encargado del registro.

¹⁴ Como se sabe, la Constitución de 1978, en su artículo 149, apartado 1, regla 8.ª, otorgó a las Comunidades Autónomas que se constituyesen a su amparo la potestad para la conservación, modificación y desarrollo de sus propios derechos civiles, forales o especiales, «allí donde existan». Esta coetilla se había llegado a interpretar, en un primer momento, de tal forma que únicamente podrían legislar en materia de Derecho Civil aquellas Comunidades que no solo asumiesen tal competencia en su respectivo Estatuto, sino que contasen además con una Compilación de Derecho Civil propio al entrar en vigor la Constitución.

premisa que la regulación, en este punto, de aquellas Comunidades Autónomas que, tradicionalmente han tenido un Derecho Civil propio, no difiere en la práctica de la nueva regulación del artículo 174.3 de la LGSS; una cosa es que la nueva habilitación del legislador no tenga ninguna repercusión práctica y otra, muy distinta, a mi parecer, es que no nos cuestionemos la legitimidad o incluso constitucionalidad de esta remisión a las leyes autonómicas en este punto. En efecto, pues aquí no se trata de la legitimidad para que estas Comunidades legislen en materia de Derecho Civil, sino del hecho de hacer depender una prestación de la Seguridad Social de los requisitos que dicte cada Comunidad Autónoma. En efecto, a mi modo de ver, en los términos que está planteada ahora la remisión a la legislación autonómica por el artículo 174.3 *in fine*, no sería nada descabellado pensar que en un futuro inmediato se podría plantear una cuestión de inconstitucionalidad contra el mismo, al entenderlo como posible deslegalización del concepto de unión de hecho y su remisión a favor de su fijación por las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, a efectos de causar derecho a una pensión de la Seguridad Social; cuando estas no tienen competencia en esta materia. Como es sabido por todos, el artículo 149.1.17 de la CE establece que es competencia exclusiva del Estado la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social. Debiendo entenderse como básico todo lo relativo a requisitos, cuantía y alcance de las prestaciones, acción protectora y régimen jurídico de las prestaciones. Lo contrario, obviamente, iría en contra de los principios de universalidad, unidad, solidaridad y, muy especialmente, igualdad, al depender el derecho de una prestación de la Seguridad Social de posibles requisitos distintos en cada Comunidad Autónoma con Derecho Civil propio. De tal modo que, a mi juicio, habría que entender que el criterio determinante para causar derecho a la pensión, esto es lo que se considera como pareja de hecho, deberá ser el que define el artículo 174.3 de la LGSS, sin que pueda ser modificado por la legislación autonómica, que en esta materia no puede incidir. Las Comunidades Autónomas, a lo sumo, y en todo caso, si entendemos que la nueva prestación tiene un carácter asistencial o no contributivo, lo cual, aun cuando no deja de ser discutible, parecería razonable al depender de requisitos de convivencia y, muy especialmente de carencia de rentas, podría mejorar y complementar la cuantía de la pensión¹⁵.

IV. LA FUTURA REFORMULACIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

Además, para los nacidos con posterioridad a 1 de enero de 1967, la ley anuncia que se establecerán, previa la realización de un estudio en el marco de la Comisión no Permanente de valoración de los resultados del Pacto de Toledo, reglas para la reformulación de la pensión de viudedad que, a su vez, serán objeto de negociación en el marco del diálogo social.

Por lo tanto, se augura que la fórmula establecida ahora para las parejas de hecho podría extrapolarse en los próximos años, de forma general, extendiéndola a todos los beneficiarios de la pensión de viudedad, modificando así definitivamente su régimen jurídico y su carácter contributivo. En este

No obstante, el TC, en su Sentencia 121/1992, de 28 de septiembre, llegó a flexibilizar algo más esta tesis, al entender que la existencia anterior a la Constitución de un Derecho Civil propio, como requisito *sine qua non* para que una Comunidad pudiese legislar en esta materia, se podía cumplir por la vía secundaria de la costumbre. Así pues, se estaría legitimado para legislar y regular aquellas instituciones de Derecho Civil que aún mantuviesen una vigencia consuetudinaria.

¹⁵ Artículo 38.4 de la LGSS, tras la redacción dada por la Ley 4/2005, de 22 de abril, y STC 239/2002, de 11 de diciembre.

sentido, el Acuerdo ya establecía que teniendo en cuenta la realidad social existente en nuestro país en la actualidad, con la finalidad de mejorar la situación de las familias que dependen de las rentas del fallecido y adecuar la acción protectora del sistema a las nuevas realidades sociales, en primer lugar, la pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes: matrimonio; parejas de hecho, siempre que tuviesen hijos en común con derecho a pensión de orfandad y/o existiese dependencia económica del sobreviviente respecto del causante de la pensión; o personas divorciadas receptoras de las pensiones previstas en el Código Civil.

De tal modo que el modelo que se ha introducido ahora para las parejas de hecho parece ser una especie de globo sonda o lanzadera del futuro régimen jurídico que se quiere instaurar para la pensión de viudedad. Así, en efecto, se establece que para los nacidos con posterioridad a 1 de enero de 1967 se establecerán, previa la realización de un estudio, en el marco de la Comisión no Permanente de valoración de los resultados del Pacto de Toledo, reglas para la reformulación de la pensión de viudedad que, a su vez, serán objeto de negociación en el marco del diálogo social.

No obstante, a nadie se le escapa que ello supondría a la vez abrir un debate más general extrapolable a todas las pensiones del nivel contributivo. Así, del mismo modo, nos podríamos preguntar ¿por qué el sistema público debe pagar automáticamente una pensión de jubilación, por ejemplo, a alguien que llegue a los 65 años con un patrimonio propio autosuficiente? De este modo, lo que se cuestionaría ya de forma genérica, es la conveniencia de seguir manteniendo un sistema o nivel contributivo y si no sería más beneficioso, favorable y justo, ante un problema de recursos insuficientes, articular una protección asistencial condicionada a rentas, esto es, proteger situaciones de necesidad reales y verdaderas, tal como predica el artículo 41 de la CE ¹⁶. En cualquier caso, esto ya será un debate futuro.

Volviendo a la reforma actual de la pensión de viudedad, lo primero que cabe señalar en este sentido es que para que la pensión cumpla la función que le atribuye la exposición de motivos, esto es, de renta de sustitución, será necesario que la cuantía de la pensión se equipare a la renta que se ha tenido en cuenta para su cálculo y no como en la actualidad, donde se sitúa, de forma general, en el 52 por 100. Siendo, como se ha destacado con anterioridad, los requisitos para acceder al complemento asistencial hasta el 70 por 100 muy severos, debiendo encontrarse el beneficiario en una situación de pobreza límite ¹⁷.

¹⁶ Si bien, como señalan algunos autores, en este supuesto se debería cuestionar asimismo la conveniencia de seguir manteniendo una financiación contributiva, pues, de lo contrario, se puede traducir en una disminución de la protección pública y una incentiación indirecta de los seguros privados. Véase, LÓPEZ GANDÍA, J., «El Acuerdo de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social...», *op. cit.*, pág. 240.

¹⁷ Así, en primer lugar, el pensionista deberá tener cargas familiares. Se entiende que existen cargas familiares cuando: Conviva con hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos. A estos efectos, se considera que existe incapacidad cuando acredite una minusvalía igual o superior al 33 por 100. A este respecto, cabe recordar ahora el alcance de la asimilación entre minusvalía e incapacidad permanente a que se refiere la Ley 51/2003, de 2 de diciembre. En efecto, su Capítulo I, relativo a las disposiciones generales sobre objeto, titulares de los derechos y principios que la inspiran, se detiene en la definición de una serie de conceptos cuya explicación considera imprescindible en aras de garantizar una adecuada interpretación de la norma. Entre ellos, ahora, nos interesa el artículo 1.2, que delimita las personas que tienen la consideración de discapacitados, incluyendo en tal concepto aquellas que tengan reconocido

Por ello, en primer lugar, para cumplir de una forma verídica el principio que dice buscar el texto de la norma, esto es, la sustitución de rentas, lo primero que debería hacerse es introducir la aplicación del SMI como cuantía mínima garantizada de la pensión, al igual que se utiliza como parámetro para el cálculo del límite de rentas. Así, la pensión mínima debería estar en función de lo cotizado, es decir, de la base mínima, que no puede ser inferior al SMI. Cabe recordar además que, cuantitativamente, las pensiones de viudedad brindan una protección de género, esto es, que más del 93 por 100 de las pensiones se abonan a mujeres y, en muchas ocasiones, efectivamente, son su único o más importante fuente de ingresos y su única relación posible con la Seguridad Social. Es decir, su única posibilidad de acceder a una prestación pública, debido a que, desgraciadamente, siguen siendo ellas las que asumen las cargas de dependencia. De tal forma que acceden a una protección de segunda clase, por así decirlo, indirectamente, a través de una pensión que causa su cónyuge o pareja y con cuantías ínfimas. Con lo cual se discrimina a aquellas mujeres que se han visto atrapadas en la cadena de situaciones de dependencia a las cuales les aboca la sociedad tradicional¹⁸. Precisamente por ello, una posible solución para estos supuestos concretos debe venir obligatoriamente de la mano de la Ley de Dependencia que debe reconocer, valorar y retribuir la labor incommensurable que supone la carga de dichas situaciones de dependencia y la compensación por no poder acceder al mercado laboral o hacerlo bajo modalidades de contratación precarias que luego tienen su reflejo en una peor protección social. De tal forma que, a mi modo de ver, la futura renta, prestación económica que la Ley de Dependencia articule para este colectivo de mujeres, tras la necesaria formación, en su caso, de las beneficiarias, que deberá prestarse gratuitamente, probablemente a través de cursos de formación del Servicio Público de Empleo correspondiente, debe ser en todo caso compatible con la cuantía básica de pensión de viudedad, esto es, el 52 por 100, al igual que en la actualidad esta última lo es con cualquier tipo de renta del trabajo y no hay que olvidar que el cuidado de los dependientes también es un trabajo muy valioso.

un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, a las que asimila, a su vez, a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez, sin necesidad de someterse a reconocimiento alguno, ni exigirse una declaración individualizada de tal condición por el órgano funcionalmente competente. Sino simplemente por ministerio de la ley (Resolución de 13 de enero de 2004 y STSJ de Cantabria de 06-02-2006).

Los rendimientos de la unidad familiar, incluido el propio pensionista dividido entre el número de miembros que la componen, no superen, en cómputo anual el 75% del SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias.

Que la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos entendiéndose que se cumple este requisito cuando el importe anual de la pensión, incluido el complemento a mínimos que pudiera corresponder, sea igual o superior al 50 por 100 del total de los ingresos del pensionista en cómputo anual.

Que los rendimientos anuales del pensionista por todos los conceptos no superen la cuantía resultante de sumar al límite que, en cada ejercicio económico, esté previsto para el reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas, el importe anual que, en cada ejercicio económico corresponda a la pensión mínima de viudedad en función de la edad del pensionista.

A partir de 1 de enero de 2008, el límite de ingresos es de 15.380,85 euros anuales (8.619,24 + 6.761,61).

La pensión de viudedad, en cómputo anual, más los rendimientos anuales del pensionista no pueden exceder el límite de ingresos del párrafo anterior. En caso contrario se reducirá la cuantía de la pensión de viudedad a fin de no superar dicho límite. Los tres requisitos exigidos deben concurrir simultáneamente. La pérdida de uno de ellos motivará la aplicación del porcentaje del 52 por 100 con efectos desde el día 1 del mes siguiente a aquel en que deje de concurrir dicho requisito.

¹⁸ LÓPEZ LÓPEZ, J., «Pensión de viudedad y dependencia económica: Un análisis de las reformas desde el punto de vista del género», en *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Albacete, 2005, pág. 114.

V. CONCURRENCIA DE BENEFICIARIOS CON PAREJAS HISTÓRICAS

Por su parte, en aquellos supuestos en que exista más de un cónyuge superviviente, porque el causante se hubiera vuelto a casar, siempre que no hubieran contraído nuevo matrimonio, para determinar el porcentaje de la pensión correspondiente a los cónyuges históricos, se aplica el tiempo proporcional de convivencia con el causante (no es computable el período de vínculo sin convivencia). Dicha proporción o porcentaje, así calculada, se restará de la cuantía total de la pensión y el remanente será el importe resultante al cual tendrá derecho el cónyuge superviviente que estaba casado con el causante en el momento de su fallecimiento ¹⁹.

No hay concurrencia entre la pensión de viudedad y la nueva prestación temporal, sino que son autónomas e independientes, pues el artículo 174.2 de la LGSS habla de que se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión y de que resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente, que no es el de la prestación temporal.

Se propone ahora mejorar al cónyuge superviviente que convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, frente a los posibles cónyuges históricos que, en su caso, pudieran existir, con la introducción de dos medidas de restricción para el acceso a la pensión respecto de estos últimos. La primera y de mayor incidencia en cuanto a la situación anterior, es que ya no bastará el hecho de ser cónyuge histórico del causante, sino que ahora, además, será necesario la constatación de una dependencia económica, acreditada por la existencia de pensión compensatoria, a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, que quede extinguida por el fallecimiento del causante ²⁰.

Algunos autores entienden que el derecho se puede extender asimismo a los supuestos de nulidad, ya que, aun cuando no hay pensión compensatoria, el cónyuge de buena fe sí tiene derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal. De este modo la indemnización, al igual que la pensión, podría calificarse de compensatoria, ya que para su determinación el Código Civil efectúa una remisión al artículo 97, que enumera las circunstancias que se tienen en cuenta para fijar el derecho a la pensión compensatoria. Este artículo, por su parte, establece que la compensación en caso de desequilibrio económico podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o por sentencia ²¹. Sin embargo, a mi modo de ver, creo que el artículo 174.2 es tajante en este sentido, pues exige, para que el cónyuge histórico tenga derecho a concurrir, que la pensión compensatoria se hubiera extinguido con la muerte del causante y es evidente que una indemnización a tanto alzado no cumple este requisito. Por lo tanto, solo en el caso de que el cónyuge histórico no hubiera contraído nuevas nupcias y en el momento del fallecimiento del causante viniera percibiendo una pensión indefinida o temporal pero que aun no se hubiera agotado, sino que precisamente se extingue con la muerte del causante, habrá derecho a concurrir en la pensión de viudedad.

¹⁹ Artículo 174.2 de la LGSS y SSTs de 21-03-1995, RJ 2171, n.º rec. 1712/1993; 10-04-1995, RJ 3032, n.º rec. 1809/1993; 10-11-1999, RJ 9501, n.º rec. 4698/1998; 17-07-2000, RJ 9643, n.º rec. 67/2000 y 27-01-2004, RJ 849, n.º rec. 3610/2002.

²⁰ PANIZO ROBLES, J.A., *op. cit.*, pág. 145.

²¹ SALA FRANCO, S. ROQUETA BUJ, R., LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E., «La Ley de medidas en materia de Seguridad Social», Valencia, 2008, pág. 117.

En segundo lugar, aun cuando existe un cónyuge supérstite económicamente dependiente del causante, de la forma que hemos descrito, ahora se le garantiza, en cualquier caso, con independencia del tiempo de convivencia de unos y otros con el causante, el 40 por 100 como mínimo de la porción o porcentaje de la pensión de viudedad a prorratear entre todos los beneficiarios. Esto es, aun cuando se mantiene la regla de determinación de la cuantía de la pensión en función del tiempo de convivencia conyugal ²², si tras la aplicación de dicha operación el porcentaje resultante al cónyuge supérstite resultara inferior al 40 por 100 de la pensión, se le garantiza no obstante este mínimo.

El 40 por 100 mínimo también es aplicable a quien conviva con el causante en el momento de su fallecimiento como pareja de hecho y resulte beneficiario de la pensión de viudedad en los términos establecidos. No se extiende el derecho, sin embargo, a quien fuera pareja de hecho del causante. El artículo 174.2 de la LGSS se refiere siempre a separación o divorcio y la disolución de parejas de hecho no se equipara a divorcio o separación. Por lo que las uniones de hecho históricas no se tomarán en cuenta para el acceso a la pensión, ni a efectos de la concurrencia de beneficiarios, sino únicamente la pareja de hecho debidamente constituida en el momento del hecho causante, si reúne los requisitos señalados.

Además, a mi modo de ver, como el 40 por 100 se impone como garantía mínima de subsistencia para el cónyuge supérstite, en caso de fallecimiento de este último, entiendo que no debe aplicarse la regla general, esto es, que su pensión no acrecerá el derecho del cónyuge histórico, que mantendrá la cuantía inicial de la pensión (SSTS de 14 y 23 de julio de 1999, 17 y 24 de enero, 6 de marzo y 5 de abril de 2000), puesto que ya no tendría fundamento. De tal modo que entiendo que en tales supuestos, el cónyuge histórico deberá recuperar, si fuera mayor, el porcentaje real de su pensión, en función al tiempo de convivencia real con el causante, que se le había aminorado por la aplicación de la garantía del 40 por 100 al cónyuge supérstite, ahora fallecido.

Esto es muy criticable y, a mi modo de ver, sería deseable, de nuevo en aras del principio de no discriminación, la aplicación del mismo régimen jurídico que se fija para los casos de disolución del vínculo matrimonial. En efecto, pues el supuesto de hecho en ambos casos es el mismo y debería, por tanto, una vez reconocida la pensión de viudedad a las parejas de hecho, quedar cubierta la posible situación de necesidad de las parejas de hecho históricas, por así llamarlas, muy especialmente cuando existan hijos en común.

²² PANIZO ROBLES, J.A., *op. cit.*, pág. 145.