



# LA REFORMA DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIENCIA ¿UNA PRIMERA FASE PARA SU REFORMULACIÓN INTEGRAL?

MARIA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ

*Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad de Cádiz*

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Seguridad Social, Jubilación, Jubilación Parcial**

Las prestaciones por muerte y supervivencia han sido objeto de especial atención por la reforma introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social con el objetivo de acercar su obsoleto régimen jurídico a la dinámica realidad social que trata de proteger. La reforma de estas prestaciones y especialmente de la pensión de viudedad constituía una asignatura pendiente del sistema pues en anteriores reformas el legislador, pese a ser consciente de la urgente necesidad de readaptación, la había ido postergando. Son muchas las novedades que introduce la Ley 40/2007, pero, sin duda, las más significativas atañen a la pensión de viudedad, y dentro de ésta la más relevante viene constituida por la extensión de su ámbito subjetivo de protección a las parejas extramatrimoniales, que reúnan los requisitos formales, convivenciales, y acrediten cierta dependencia económica respecto del causante. Junto a esa vía, se incorporan modificaciones en los supuestos de acceso desde la situación de ruptura matrimonial con el objetivo de vincularla a la previa titularidad de la pensión civil compensatoria. De menor calado, son las alteraciones que se producen en el caso en el que el vínculo matrimonial sigue siendo la base del régimen jurídico. No se rompe, pues, con la idea de desprotección del superviviente matrimonial, sino que sobre la base del modelo familiar más clásico sigue operando la presunción de dependencia del superviviente respecto del causante.

La reforma lejos de reformular la estructura normativa de la pensión de viudedad, diseña una complicada arquitectura jurídica en el que conviven múltiples regímenes jurídicos según la situación civil desde la que accede el beneficiario, sin que encontremos justificación objetiva y razonable para el dispar tratamiento, sobre todo porque la ruptura de roles es algo fomentado por el propio Estado y que ha calado en todos los sectores de la población, con independencia de los vínculos que unen al causante con el sobreviviente.

Respecto de la pensión de orfandad, hay que subrayar la supresión parcial del requisito de carencia previa del causante para generar derecho a la misma, además de mejorar cuestiones relacionadas con el importe de la misma.

## ABSTRACT Key Words: Social Security, Death and Survival Benefits, Widow's Pension, Orphanhood

In the 40/2007 Law, from December 4<sup>th</sup> regarding Social Security, death and survival benefits are important in the reform with the aim to update the judicial regime in relation to the social dimension that refers and seeks to protect. The reform of such benefits and specially survivors' pensions to widows or widowers has been postponed over and over even if its importance cannot be denied. Today, there are many news about the 40/2007 Law but the most relevant without a doubt is the widow's or widower's pension and the consideration to protect couples living together in the state of out of wedlock. For those couples who meet formal requirement, living together, and that show some economic dependency on the pension or contributions of the deceased person. Besides, some changes are introduced in cases of broken marriages connecting to perceive a previous civil compensation benefit. Also, smaller changes concern the death benefit for those marriages, where the marriage itself, is the basis for the judicial regime. The idea of the unprotection of the survival couple remains, but based on their classical marriage model that stays the survival couple dependence in respect to the other.

The reform, far from reformulating pensions to widows or widowers law structure, designs a complex law scheme where different judicial regime are considered according to the beneficiary civil status, without an objective justification for it or reason for such treatment, most of it because the State itself promotes break-up and that has reached all population sectors, regardless of the deceased bonds to the survivors.

Regarding the orphan's pension it must be highlighted that in order to have the right to access to it, it has been abolished partially, the previous lack requirement from the deceased person. Also it has introduced some improvements related to the amount.

## ÍNDICE

1. LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA: INCOHERENCIAS ENTRE SU REGULACIÓN Y LA REALIDAD SOCIAL QUE TRATA DE PROTEGER
2. LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD
  - 2.1. La prestación derivada de matrimonio constante en el momento de fallecimiento
  - 2.2. La prestación de viudedad derivada de situaciones de crisis matrimoniales
  - 2.3. La prestación de viudedad de las parejas de hecho
3. DISTRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL SUPUESTO DE VARIOS BENEFICIARIOS CON DERECHO A PENSIÓN. LA PREFERENCIA LEGAL POR EL CÓNYUGE VIUDO
4. PRESTACIÓN TEMPORAL DE VIUEDAD
5. LA PENSIÓN EXTRAORDINARIA DE VIUEDAD RESPECTO DE LAS PAREJAS DE HECHO
6. OTRAS MEJORAS DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD
7. LA PENSIÓN DE ORFANDAD
8. AUXILIO POR DEFUNCIÓN Y LAS INDEMNIZACIONES POR RIESGOS PROFESIONALES

## 1. LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA: INCOHERENCIAS ENTRE SU REGULACIÓN Y LA REALIDAD SOCIAL QUE TRATA DE PROTEGER

Antes de abordar el estudio de la reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia, hemos considerado conveniente analizar brevemente los cimientos normativos sobre los que se asienta la pensión de viudedad, con el objetivo de subrayar cómo la evolución del modelo social ha provocado una desconexión entre su régimen jurídico y la realidad actual que trata de proteger, siendo imprescindible la reforma del marco normativo de estas prestaciones con la finalidad de acercarlas al objeto de su protección.

El régimen jurídico de estas prestaciones y más concretamente, de la pensión de viudedad, se basaba originariamente en la consideración del hombre como cabeza de familia, y sostén económico de ésta, y en una inferioridad de la mujer. La mujer se encontraba excluida del mercado de trabajo, asumiendo en exclusiva como rol social las tareas domésticas, función que era fomentada por el propio Estado. En coherencia con la estructura familiar del momento la pensión de viudedad se otorgaba a la mujer y sólo excepcionalmente al varón, (cuando se probaba la incapacitación absoluta para todo trabajo, y dependencia económica de la trabajadora fallecida) puesto que su régimen jurídico descansaba sobre la premisa básica de dependencia económica de la mujer respecto del marido, considerándose a aquélla como «persona que vive a cargo del marido», consagrando de ésta forma la desigualdad de sexos. El objetivo que perseguía la pensión de viudedad era el de subvenir la situación de necesidad real de la viuda, que dependía económicamente del causante. Por ello, en los distintos Seguros Sociales la situación de dependencia se erigía en factor determinante para la concesión de la pensión de las viudas, siendo necesario, paradójicamente, la demostración de la incapacidad de ganancia a través de los requisitos de edad, hijos, capacidad, y ello a pesar de que la mujer se encontraba en general en una situación de absoluta situación de debilidad económica.

En las últimas décadas hemos asistido a un proceso de profundos cambios en el sistema familiar. Estas transformaciones han dado lugar a una pérdida de hegemonía de la familia de corte tradicional, caracterizada como célula básica y fundamento de la sociedad y

a su sustitución por la familia nuclear, basada en la interrelación de los individuos que la componen y en la igualdad de los cónyuges. En la conformación de este nuevo modelo han influido diversos factores: piénsese en las notables modificaciones de las concepciones éticas y morales de la familia, en la progresiva generalización del trabajo femenino que cuestiona la tradicional división de roles entre cónyuges, la acentuada debilitación de los lazos conyugales a partir de la regulación del divorcio, la ampliación de los períodos de estudios de los jóvenes que incrementa los tiempos de dependencia económica; en definitiva una evolución hacia fórmulas más acordes con el desarrollo de la personalidad y de la libertad que en la actualidad no encuentran reflejo en la regulación de estas prestaciones, lo que comporta de inmediato el cuestionamiento del régimen jurídico de la pensión de viudedad, toda vez que éste se ha montado sobre las mencionadas premisas.

Sin embargo este cúmulo de modificaciones que han dado lugar a nuevos patrones sociológicos no ha motivado una respuesta normativa de reformulación de estas prestaciones en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social, de forma que la norma ha permanecido anclada en un modelo social y familiar inexistente o en fase de extinción. En efecto, estas pensiones han ido quedando al margen de las grandes reformas operadas en el resto de la pensiones en las que se introduce un mayor rigor en los elementos de carácter contributivo, lo que ha producido en cierta medida su alejamiento de la mecánica contributiva y su *asistencialización* que se pone de manifiesto en la escasa cuantía de las mismas. Precisamente, la última de las reformas legales iniciadas a partir de los Pactos de Toledo tuvo como objeto mejorar el nivel de protección sin que se viera afectado el modelo regulador.

En general las reformas se centraron en la mejora del importe de la pensión de viudedad<sup>1</sup> o aumentaron la edad del beneficiario de la pensión de orfandad<sup>2</sup>, o bien suprimieron el requisito del alta con el objeto de homogeneizar el régimen jurídico de las pensiones<sup>3</sup>. En definitiva, mejoras que en ningún caso tuvieron como meta la reformulación de la pensión. En este sentido podemos afirmar que el Derecho de la Seguridad Social, pese al dinamismo con el que se ha ido transformando la situación a proteger, ha permanecido impasible, produciéndose una superación del régimen jurídico de estas pensiones, que sólo se ha actualizado en aquellas cuestiones que presentaban mayor conflictividad e impacto social y como hemos visto afectaban a su débil protección económica. No obstante la apatía de esta rama del Derecho, el marco normativo de estas prestaciones sí se ha visto afectado, por un lado, por la consitucionalización del principio de igualdad entre sexos y entre hijos con independencia de su filiación, por otro, por las modificaciones introducidas por otros ámbitos jurídicos en los que los cambios en el modelo familiar no han pasado des-

<sup>1</sup> Artículo 9 Ley 24/1997 de 15 de julio, desarrollado por el RD 1647/1997 de 31 de octubre por el que se igualan las pensiones mínimas de viudedad de los menores de 60 años con los perceptores mayores de 60 y menores de 64. Por otro lado el RD 1465/2001 de 27 de diciembre, y RD 1795/2003 de 26 de diciembre, aumentan el tipo general aplicable que pasa de forma paulatina del 45% al 52%, tipo que podrá incrementarse hasta el 70% cuando se reúnan los requisitos de menores ingresos y cargas familiares.

<sup>2</sup> Ley 24/2001 por la que la edad del beneficiario se amplía hasta los 22 ó 24 si no sobrevive ninguno de los progenitores.

<sup>3</sup> Disposición Adicional 13.ª Ley 66/1997 de 30 de diciembre y Ley 50/1998 de 30 de diciembre que suprimen el requisito del alta siempre que el sujeto causante reúna un período de cotización de 15 años.

apercibidos, concretamente nos estamos refiriendo al Derecho Civil, cuyas reformas han sido trasladadas al TRLGSS.

Respecto de las reformas impulsadas por la CE hay que señalar, con carácter previo, que la jurisprudencia sobre la materia tiene como soporte formal el artículo 14 CE, y por tanto, la interpretación que realiza no arranca de un análisis a fondo del derecho material, sino que trata de constatar si, desde un punto de vista formal puede apreciarse o no una finalidad o un contenido presuntamente discriminatorio en el acto impugnado, pasando por tanto el derecho material a un segundo plano.

La primera de las cuestiones sobre las que tuvo que pronunciarse el Tribunal Constitucional en aplicación del principio de igualdad, fue sobre la situación de desigualdad legal en que se encontraban los cónyuges a los efectos de la pensión de viudedad, al exigirse al superstite masculino, como requisito del hecho causante, que estuviese afectado por una incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo para poder lucrar pensión de viudedad. La STC 103/1083 de 22 de noviembre declaró inconstitucional dicha distinción disponiendo el derecho del viudo a percibir la pensión de viudedad en las mismas circunstancias y condiciones que la viuda, con lo que se desvirtúa la situación a proteger, en tanto sólo es el vínculo matrimonial el requisito para causar derecho a pensión.

También en materia de pensión de orfandad, el Tribunal Constitucional, sobre la base del artículo 14 de la CE ha reconocido en su Sentencia 154/2006, de 22 de mayo, el derecho de los hijos a percibir la indemnización por fallecimiento del padre en accidente de trabajo con independencia del carácter matrimonial o extra matrimonial de los mismos.

En cuanto a las reformas operadas en el Derecho Civil, en primer lugar ha de hacerse mención a la disposición adicional 10.<sup>a</sup> de Ley 30/81 de 7 de julio por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código Civil, que a los efectos de la pensión de viudedad produce por un lado, la asimilación de las situaciones de ruptura matrimonial al concepto de viuda o viudo. De este modo, se establecen dos vías de acceso a la pensión de viudedad: el matrimonio y la situación de separación, divorcio o nulidad, debiéndose de establecer reglas de distribución de la pensión para los supuestos de supervivencia de más de un beneficiario. Y además una tercera vía de carácter transitorio, ya que la regla segunda de la citada disposición adicional, reconoce el eventual derecho a pensión del superstite de una unión de hecho que no hubiera contraído matrimonio por impedirselo la legislación vigente hasta la fecha, en la que el divorcio era inexistente. Otra de las reformas de la normativa civil con incidencia sobre estas prestaciones es la operada en el artículo 44 del CC introducida por la Ley 13/2005 de 1 de julio que equipara el matrimonio entre personas heterosexuales y homosexuales, generando éstas últimas el derecho a la pensión de viudedad con las mismas condiciones, requisitos y alcance que los matrimonios entre personas de distintos sexo y por tanto, va a resultar aplicable el régimen jurídico de la pensión de viudedad al cónyuge superstite de estos nuevos matrimonios, dado que es el estado civil el eje determinante para la obtención de dicha pensión.

Resultado de este proceso normativo en el que han concurrido distintas áreas del Derecho con principios jurídicos disímiles, es el alejamiento de estas pensiones, sobre todo de la pensión de viudedad, de la realidad social de la población que pretende proteger, además de su separación de la dinámica común del resto de las pensiones, de la propia lógica contributiva que informa esta prestación, anclándose en un modelo social inexistente en la

actualidad o en fase de extinción. No es necesario insistir en que todas estas transformaciones exigen una adaptación de la pensión de viudedad, una reformulación de la misma, que apartándose de concepciones ideológicas ya superadas, tenga en cuenta la situación actual que la pensión debe proteger. En este sentido es el propio legislador el que reconocía en la penúltima reforma del sistema de pensiones (Ley 24/1997) que quedaba pendiente, una vez más, la reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia, objetivo que a priori pretende la nueva Ley. Es en este contexto normativo y social en el que han de enmarcarse las reformas introducidas por la Ley, fruto del compromiso asumido por el Gobierno en la disposición adicional 54.<sup>a</sup> de la LPGE/2006 de presentar ante el Congreso de los Diputados, previa su valoración y análisis con los agentes sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de Ley que tiene como objetivo reformular con carácter global estas prestaciones con el objetivo de adecuarlas a la nueva realidad social. Así, el *Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social*<sup>4</sup>, tomando como referente las prioridades marcadas por el Pacto de Toledo en su renovación parlamentaria de 2003, acuerda la adopción de una serie de medidas en torno a las prestaciones por muerte y supervivencia. La novedad más relevante en torno a la pensión de viudedad consiste en extender la protección, otorgando pensión de viudedad a las parejas de hecho que acrediten una convivencia mutua, estable y notoria durante un período amplio a determinar en el desarrollo del Acuerdo. Junto a la ampliación de la protección, se establece una medida de gran significación por cuanto supone una novación en la naturaleza de la pensión señalándose que ésta debe *recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causante contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares del supérstite*. Sin embargo, pese a las expectativas creadas por el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, precedente de la actual Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (en adelante LMSS) las modificaciones operadas en el régimen jurídico de la pensión, no incorporan estas recomendaciones, y al margen del reconocimiento de la pensión a las parejas de hecho, ésta consiste en realizar meros ajustes, observándose en éstos una tendencia continuista. En primer lugar, ha desaparecido del texto de la Ley cualquier referencia al criterio de la dependencia del supérstite respecto del causante, objetivo expresado tanto en el Acuerdo como en la Exposición de Motivos del proyecto de ley<sup>5</sup>; y en segundo lugar, incluso la regulación de lo que constituye su novedad estelar, la ampliación del ámbito subjetivo de la pensión, se ha llevado a cabo con importantes limitaciones. Lo que justifica que la disposición adicional vigésima quinta de la LMSS abandone aquél propósito declarando que *el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad*. Por tanto, puede afirmarse que la reforma realizada por la LMSS se configura como un estadio intermedio anterior a la futura reformulación integral de la protección por muerte y supervivencia.

<sup>4</sup> Suscrito por el Gobierno y las dos organizaciones sindicales más representativas, UGT, y CC.OO y por la parte empresarial, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana empresa el día 13 julio de 2006.

<sup>5</sup> BOCG serie núm 126-1, de 23 de febrero de 2007.

Esbozado el contexto social y normativo y partiendo de las anteriores premisas, a continuación vamos a entrar en el análisis de las novedades introducidas por la LMSS en las prestaciones por muerte y supervivencia.

## 2. LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

La novedad más relevante de la reciente reforma consiste en otorgar derecho a pensión al sobreviviente de una pareja de hecho, extensión de la protección que constituía una de las cuestiones más debatidas del régimen jurídico de la pensión de viudedad en el ámbito jurisdiccional y doctrinal. El apartado 3 del artículo 174 de la LGSS concede *ex novo* el derecho a pensión de viudedad a *quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento formando una pareja de hecho*. Se accede, pues, al derecho a pensión desde situaciones civiles diferentes: viudedad, separación, divorcio, nulidad, y soltería. Ahora bien, esta ampliación del ámbito subjetivo de la pensión no se realiza en paridad, sino que se establecen distintos requisitos de acceso a la protección, según la situación civil de la que derive el derecho a pensión, razón por la cual vamos a estudiar cada una de estas situaciones individualmente.

Para ello y aun cuando lo más significativo de la reforma viene constituido por la extensión de la pensión a las parejas de hecho, vamos a comenzar nuestro estudio por la pensión de viudedad marimonial, seguida de la pensión causada desde la situación de ruptura matrimonial, para terminar con la nueva pensión para las parejas de hecho, con el objeto de subrayar las diferencias de protección existentes según la relación de parentesco que une al beneficiario con el causante.

### 2.1. La prestación derivada de matrimonio constante en el momento de fallecimiento

Lo primero que nos llama la atención es precisamente la ausencia casi total de modificaciones del derecho a la pensión matrimonial, que sólo tendrá que demostrar la existencia de vínculo matrimonial y sólo ante supuestos excepcionales se le exigirá la concurrencia de requisitos adicionales. Así, de acuerdo con lo previsto el artículo 174.1 TRLGSS tendrán derecho a pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzcan alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente, siempre que el causante reuniera los requisitos de carencia y alta, eximiéndose del cumplimiento de estos requisitos en los supuestos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional. En este sentido, podríamos afirmar que lo verdaderamente asombroso de la reforma es que se deja prácticamente incólume el régimen jurídico de la pensión de viudedad matrimonial, cuando era éste uno de sus objetivos iniciales, al menos así se deducía del Acuerdo, y cuando ha sido esta concepción tradicional de la familia ajena a todas las alteraciones producidas en los últimos años, la que ha merecido duras críticas doctrinales.

Junto al régimen general de acceso a la pensión de viudedad, el inciso tercero del citado artículo establece una regla especial *en los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal*, en cuyo caso se requerirá, además de la existencia de vínculo matrimonial, que éste se hubiera celebrado con un año de antelación a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. En otras palabras, no se exigirán los mencionados requisitos cuando la enfermedad del causante se hubiera producido con posterioridad a la celebración del matrimonio. Parece claro, que el establecimiento de este régimen excepcional, como la propia norma lo califica, tiene como objetivo evitar la celebración de matrimonios *in extremis* con el fin único de lucrar una pensión. Pero incluso en este supuesto, en el que la exigencia de requisitos adicionales tiene como objetivo evitar el fraude o compra-venta de pensiones, se establece una tercera vía de el acceso, de modo que en los supuestos en los que no se reúnan ninguna de las dos condiciones citadas que dan acceso automático, se suprime el requisito de duración del vínculo matrimonial, *cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, que sumados al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años*.

En este punto merece la pena hacer referencia a que, resultado del trámite parlamentario de la ley, se ha suprimido el alcance inicial de la reforma hasta reducirla al supuesto excepcional antes comentado. En efecto, en el Proyecto de Ley se exigía en los supuestos de fallecimiento por enfermedad común, un mínimo de dos años de previa relación matrimonial respecto del momento del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. De este modo, el vínculo se consideraba condición necesaria pero no suficiente para el acceso a la pensión ya que, además de matrimonio constante en la fecha del fallecimiento, era necesario que el beneficiario cumpliera una de las condiciones exigidas.

A nuestro juicio, aunque la exigencia de un mínimo de duración de la relación matrimonial respecto del momento del hecho causante, en realidad no podría calificarse como una reforma sustancial de la pensión, sí que suponía una quiebra de la conexión automática existente entre el derecho a pensión y el vínculo matrimonial, además de introducir nuevos parámetros, que podría cara a futuras reformas, ir profundizando sobre los mismos, de forma que pudiera conectarse la pensión con una determinada situación de necesidad derivada de una mayor duración del vínculo o de la exigencia de convivencia. Esto es, que esta reforma de la pensión de viudedad, al menos, pudiera ser calificada como el principio de un proceso que tuviera como meta su reformulación, es decir, como etapa de transición hasta una próxima actualización en la que definitivamente se conectara la pensión con la situación de necesidad, o incluso se adoptaran otros modelos de protección.

En suma, no se rompe con la idea de desprotección del supérstite matrimonial, sino que, sobre los esquemas más clásicos del régimen jurídico de la pensión, sigue operando la presunción legal de dependencia del supérstite respecto del causante sin que se establezca ningún requisito adicional tendente a acreditar la situación de dependencia. Lo que a estas alturas resulta difícil de justificar, sobre todo tras la ampliación de la protección que sí se conecta con la situación de dependencia y constatado la evolución hacia un modelo

familiar abierto, salvo que aceptemos que la pensión tenga por objeto proteger a la institución del matrimonio <sup>6</sup>.

## 2.2. La prestación de viudedad derivada de situaciones de crisis matrimoniales

Junto a la regulación de la pensión de viudedad constante el matrimonio, el párrafo segundo del artículo 174 se ocupa de la pensión cuando ésta tiene su origen en los casos de separación, divorcio y nulidad. Para ello, el artículo 174, siguiendo el dispar tratamiento realizado en el Código Civil a las situaciones de separación y divorcio de la regulación de la nulidad matrimonial, regula en distintos párrafos el régimen jurídico estas situaciones.

Así el artículo 174.2 TRLGSS establece que en los casos de separación y divorcio, el derecho a pensión corresponderá *a quien reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho...* Esto es, condiciona el derecho al percibo de la pensión a la existencia pasada de vínculo matrimonial del mismo modo que en el caso de la pensión con matrimonio constante a la fecha del fallecimiento.

Ahora bien, a diferencia del tratamiento otorgado a la pensión matrimonial, el legislador, además del vínculo matrimonial, establece en la nueva redacción del artículo 174.2 requisitos especiales. Estos nuevos requisitos tratan de vincular el derecho a la pensión de viudedad a la obtención de la pensión civil, con el objetivo de introducir en el régimen jurídico de la pensión de viudedad derivada de crisis matrimoniales criterios que pongan de manifiesto las relaciones económicas que mantenían los ex cónyuges antes de producirse el hecho causante, con vistas a exigir cierta dependencia económica del superviviente respecto del causante.

En primer lugar respecto de las situaciones de separación y divorcio, el citado precepto establece que *el derecho a pensión de viudedad... quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante*. En similares términos se expresa la ley respecto de los supuestos de nulidad matrimonial conectándola con la indemnización prevista en el artículo 98 CC.

Esta nueva condición que sólo opera en caso de separación o divorcio, no resulta desconocida para el legislador ya que la anterior redacción del artículo 174.3 preveía al menos formalmente que *los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil*. Esto es, en los supuestos en los que la pensión de viudedad deriva de situaciones de crisis matrimoniales, el derecho a pensión quedaba subordinado a la existencia de la pensión compensatoria, si bien no quedaba ab-

<sup>6</sup> En esta línea se manifiesta el voto particular que formula el Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra a la STC 184/1990 de 15 de noviembre. También entre otros RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Uniones de hecho y protección Social» *RL* 1991 Tomo I pág. 57.

solamente claro si se trataba un requisito del hecho causante o una causa de extinción. Ha de advertirse, no obstante, que la citada condición no tuvo aplicación, ya que la jurisprudencia consideró que *del hecho de que la recurrente fuera privada por sentencia firme de la pensión compensatoria por desequilibrio económico en aplicación estricta del artículo 101 del Código Civil, no puede suponer una condena que impida el nacimiento de una prestación futura de Seguridad Social, que solamente puede quedar condicionada a la acreditación de los requisitos constitutivos, o extintivos, en su caso, en el momento del hecho causante*<sup>7</sup>. Pues bien, el legislador retoma el citado condicionamiento, no como causa de extinción sino como requisito de acceso a la pensión.

La pensión compensatoria esta prevista según el artículo 97 del CC, para *el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio*.

El presupuesto o *condictio iuris* para el nacimiento de esta pensión es el desequilibrio económico, siendo necesario realizar una comprobación de la situación económica de los ex cónyuges en el momento de la ruptura conyugal, respecto del disfrutado constante del matrimonio, con el objeto de reequilibrar la situación económica del ex cónyuge que como consecuencia de la cesación del vínculo sufra una disminución patrimonial<sup>8</sup>. De este modo, aquel que posea mayores recursos económicos contribuirá al mantenimiento del nivel adquisitivo del ex cónyuge que haya sufrido un descenso de su nivel de vida<sup>9</sup>.

En principio aun cuando parece una solución arbitraria, que introduce cierto grado de complejidad en el régimen jurídico de la pensión de viudedad, dado que sólo es aplicable a los supuestos derivados de crisis matrimoniales, hay que reconocer que la intención del legislador es la de evitar compensar *post mortem* a aquellos ex cónyuges supervivientes que para nada dependen de los ingresos del causante. Sin embargo, la remisión realizada al artículo 97 del CC plantea inquietantes cuestiones, y no sólo porque la propia pensión compensatoria genera un amplio debate no cerrado en el ámbito civil cuestionándose aspectos tales como su naturaleza, temporalidad, o los presupuestos para la obtención, sino que puede producir múltiples conflictos, y lo que nos parece más grave, dejan desprotegidas determinadas situaciones en las que realmente existe situación de necesidad<sup>10</sup>.

En primer lugar, si la intención del legislador al establecer el citado requisito es condicionar la pensión de viudedad a una determinada situación de dependencia de los ingresos del causante, ha de tenerse presente que la pensión compensatoria se caracteriza por implicar un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio, esto es, no responde a criterios de dependencia<sup>11</sup>, sino que tiene una clara finali-

<sup>7</sup> STSJ Asturias de 17 de noviembre de 1995 (Ar.4275); en el mismo sentido STSJ de País Vasco de 9 de diciembre de 1998 (Ar.7497).

<sup>8</sup> COSSIO MARTÍNEZ M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial* edit. McGraw-Hill, Madrid 1997, pág. 99 y sig. DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de derecho Civil Vol. IV Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Séptima edición, Tecnos, Madrid, 1997.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ M.P., *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Comares, Granada, 2005, pág. 50.

<sup>10</sup> Vid. SÁNCHEZ GONZÁLEZ M.P., *La extinción del derecho a la pensión compensatoria* ob. cit., pág. 50 y ss

<sup>11</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ M.P., *La extinción del derecho a la pensión compensatoria* ob. cit., pág. 27 señala que este es el elemento que permite diferenciar la pensión compensatoria de la alimenticia.

dad reequilibradora en la medida en que *no hay que probar la existencia de necesidad (ya que) el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo*<sup>12</sup>. Por tanto, y a los efectos de la pensión de viudedad, es presupuesto básico que se produzca un desequilibrio económico para que surja el derecho a pensión, cosa que evidentemente no ocurre en los supuestos en que debido a la precaria situación económica del ex cónyuge causante, el superviviente va a tener derecho a la pensión compensatoria. En segundo lugar, en caso de separación, no es inusual en la práctica la fijación de pensión alimenticia a favor del cónyuge dirigida tanto a paliar la situación de necesidad como al desequilibrio producido, caso en el que quedaría vedado el acceso a la pensión de viudedad, pese a existir dependencia económica real. Idénticas consecuencias acarrearía ante los supuestos de negación del derecho a la pensión compensatoria por insolvencia del ex cónyuges, pese a existir situación de necesidad.

A nuestro modo de ver, atendiendo al objeto de la pensión compensatoria —paliar en lo posible la disparidad en las condiciones de vida que la ruptura del matrimonio podía traer consigo— hubiera sido más adecuado a la finalidad perseguida por la pensión de viudedad, vincularla, no a criterios o instituciones propias de otras ramas del Derecho de difícil encaje en el sistema de pensiones, sino a parámetros internos capaces de demostrar la dependencia del superviviente respecto del causante en el momento del fallecimiento. Con ello se evitan situaciones ciertamente contradictorias entre divorciados/as con un determinado status económico, sin posteriores variaciones, que obtiene pensión compensatoria, aunque ésta sólo signifique el mantenimiento de ese nivel de vida y la divorciada/o o separado/a que como consecuencia de la precaria situación de su ex cónyuge, no tuviera derecho a la pensión compensatoria y por tanto tampoco a la pensión de viudedad.

Finalmente respecto de la nulidad matrimonial, el inciso tercero del artículo 174.2 LGSS se remite al artículo 98 del CC, subordinando el nacimiento de la pensión de viudedad al derecho a la indemnización. En la medida en que la indemnización prevista en dicho artículo responde a la misma finalidad de reparación económica equilibradora de los desajustes que pueda ocasionar la ruptura del vínculo, damos por reproducidos los mismos razonamientos realizados respecto de la pensión compensatoria.

### 2.3. La prestación de viudedad de las parejas de hecho

La novedad estelar y de mayor impacto mediático del conjunto de reformas introducidas en las prestaciones por muerte y supervivencia por la LMSS es, sin duda, la ampliación de la protección al superviviente de una unión de hecho. Como se ha señalado más arriba son numerosas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse sobre el derecho a pensión de superviviente de una unión de hecho declarando la compatibilidad del artículo 160 de la LGSS/74 (art. 174/1994) con el artículo 14 de la CE en conexión con el artículo 39 y 41 de la Constitución, indicando que es constitucional que el legislador establezca diferentes regímenes jurídicos entre el viudo y el conviviente de

<sup>12</sup> STS de 28 de abril (RJ 2005/4209).

hecho. Sin embargo, pese a lo que pudiera parecer, la extensión al supérstite de una unión de hecho no va a poner fin a esta debatida cuestión<sup>13</sup>, dado que la citada ampliación no se ha realizado en términos de igualdad, sino que como señala el propio preámbulo de la Ley se ha intentado «una aproximación en la medida de los posible a la institución matrimonial» renunciando, por considerar «inviabile», la «plena igualdad en el régimen de las prestaciones de viudedad».

Las medidas dirigidas a proteger al supérstite de una unión de hecho se encuentran recogidas en el artículo 5 de la LMSS que modifica el artículo 174 párrafo 3 LGSS, en el que se establecen los condicionamientos específicos, tanto los de carácter formal a los efectos de delimitar el concepto de pareja de hecho protegible, como los requisitos específicos y propios del Derecho de la Seguridad Social que debe reunir el beneficiario para que se produzca el hecho causante.

Antes de entrar en el análisis de las concretas medidas dirigidas a proteger el supérstite de una unión de hecho ha de hacerse mención a dos cuestiones previas.

En primer lugar, conviene llamar la atención que pese a que el Acuerdo hace referencia a las «parejas de hecho» sin hacer diferenciaciones, la regulación concreta tiene un menor alcance, al reconocer efectos sólo respecto de las parejas que hayan cumplido una serie de trámites administrativos que las conviertan en protegibles. En efecto, para que una unión extramatrimonial tenga derecho a pensión de viudedad es requisito indispensable su acreditación a través de su inscripción en registro, o mediante documento público. No basta, pues, una voluntad constante y libre de convivencia, fundamento de las uniones de hecho, como ocurre en la actualidad respecto de las prestaciones de asistencia sanitaria, sino que, por razones de seguridad jurídica y control por parte del sistema de Seguridad Social parece necesario una declaración y compromiso formal, un contrato de unión, por medio del cual verificar la existencia de una convivencia estable y consolidada, semejante, incluso desde el punto de vista formal, a la unión matrimonial en el que el vínculo surge tras su formalización. De este modo, la pensión, no se dirige a cualquier unión de hecho sino que ésta se limita a proteger a aquellas que han cumplimentado una serie de requisitos formales; esto es, la protección se dispensa a lo que se ha venido a denominar por la doctrina

<sup>13</sup> Como ese conocido, son muchas las ocasiones en las que el Tribunal (S. 184/1990 de 15 de noviembre, con la que se inicia una línea jurisprudencial que se plasma en las Sentencias 29,30,31, 38,/1991 de 14 de febrero, y que continua con las Sentencias 77/1991, de 11 de abril, 29/1992, de 9 de marzo, y 66/1994, de 28 de febrero) ha declarado la compatibilidad del artículo 160 del la LGSS/1974 con el artículo 14 de la CE en conexión con el artículo 39 y 41, señalando al respecto que es constitucional que el legislador establezca diferencias de tratamiento entre el viudo y el conviviente de hecho sobre la consideración de que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes (S 184/1990, de 15 noviembre). La problemática planteada por las situaciones de convivencia también ha afectado a las causas de extinción de la pensión. Concretamente el Tribunal Constitucional en Sentencia 126/1994 de 25 de abril ha tenido que pronunciarse en primer lugar sobre el alcance del artículo 174.3 de la LGSS que establece como causa de extinción de la pensión la convivencia marital en los supuestos en que la pensión tenga su origen en los casos de separación y divorcio lo cual implicaba un trato dispar entre el cónyuge divorciado y el cónyuge supérstite, y posteriormente la Sentencia 125/2003 de 19 de junio sobre la propia constitucionalidad de esta causa de extinción, declarándola incompatible con el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la CE, poniendo fin a una manifiesta discriminación a efectos de extinción de la pensión entre el cónyuge actual y el ex cónyuge.

como «parejas registradas»<sup>14</sup>, para distinguirlas de las parejas de hecho *strictu sensu*, denominación que desde luego parece más acertada a tenor de lo dispuesto en la norma. Se excluye, pues, de la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social las uniones de hecho en las que está ausente todo elemento formal.

En segundo lugar, consideramos inapropiado el mantenimiento del mismo *nomen iuris* «pensión de viudedad» por que la situación referida no se ajusta al mismo. La pensión de viudedad está prevista para los sujetos cuyo estado civil sea el de viudo o viuda, esto es, persona cuyo cónyuge ha fallecido. Por ello parece más adecuado y preciso designar la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social bajo la rúbrica de «pensión de supervivencia», título, que además de ajustarse mejor a la nueva situación e incluir las diversas situaciones civiles desde las que se puede acceder a la protección, prescinden de cualquier evocación al vínculo matrimonial.

Como más arriba se apuntó no toda pareja de hecho entran dentro del ámbito subjetivo de protección sino que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 174.3 TRLGSS a los efectos de la pensión de viudedad se considerará pareja de hecho la constituida: 1) por sujetos con análoga relación de afectividad a la conyugal; 2) que no se hallen impedidos para contraer matrimonio, ni tengan vínculo matrimonial con otra persona; 3) que aporten certificado de empadronamiento, que acredite una convivencia estable notoria con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, y 4) que se haya producido su formalización con una antelación mínima de dos años con carácter inmediato al fallecimiento del causante. Además de estos requisitos, la norma fija el procedimiento de formalización que necesariamente habrá de llevarse a cabo para acceder a la pensión, al que haremos referencia una vez analizados los anteriores requisitos.

En primer lugar, respecto de los sujetos que integran la pareja, la norma, como no podía ser de otra forma dada la actual regulación del matrimonio en nuestro ordenamiento, no hace diferenciación alguna entre parejas heterosexuales y homosexuales, limitándose a reconocer el derecho a pensión a las parejas constituidas con análoga relación de afectividad conyugal con independencia de su orientación sexual.

Delimitado el tipo de pareja incluida en el ámbito de protección, el derecho a pensión se reserva a aquéllas que «no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tenga vínculo matrimonial con otra persona». No constituyen parejas a los efectos de estas pensiones las uniones convivenciales entre parientes que en virtud de estos vínculos familiares, se encuentren impedidos para contraer matrimonio. Asimismo, se imposibilita obtener derecho a pensión a las parejas constituidas por sujetos cuyo impedimento consiste precisamente en la existencia de vínculo matrimonial anterior. De este modo, una pareja integrada por sujetos en los que al menos en uno de sus miembros subsista vínculo matrimonial anterior, por no haber iniciado el procedimiento de divorcio o nulidad, o habiéndolo iniciado no hubiesen obtenido la resolución de divorcio o declaración de nulidad, quedarán excluidos de la protección por supervivencia, pese a la existencia de una convivencia registrada estable y duradera en los términos previstos en la Ley.

<sup>14</sup> CRUZ VILLALÓN, J «La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad», en *Estudios en homenaje a J. Vida Soria* ob.cit.

En tercer lugar, a diferencia de la unión matrimonial, la extramatrimonial deberá demostrar una convivencia con el causante de al menos cinco años, de los cuales los dos últimos deben serlo como pareja registrada. De este modo, dentro de los cinco años se computan tanto los períodos de unión de hecho, como el tiempo de convivencia registrada. Se recupera, ahora en exclusiva para las parejas registradas, el requisito de la convivencia anulado en 1989 por la Resolución de 23 de junio que reconoció el derecho a la pensión de viudedad «*sin exigir, en ningún caso, el cumplimiento del requisito de convivencia*»<sup>15</sup>.

Respecto de la prueba de la convivencia de hecho, el artículo 173.4 fija como único instrumento de acreditación «el certificado de empadronamiento», que es un documento público que acredita la residencia individual o colectiva dando a conocer, la convivencia de dos sujetos así como la duración de la misma. No parece que puedan aceptarse otros medios de probar la convivencia, como ocurre respecto de la cobertura de asistencia sanitaria del unido de hecho, en el que, aunque se menciona expresamente el citado certificado, se acepta cualquier otro medio de prueba, admitiéndose a los efectos de esta prestación otros documentos o incluso declaraciones de vecinos<sup>16</sup>.

Por otro lado, el derecho a obtener pensión se reserva para el supérstite que «*se encuentre unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho*». Dicho de otro modo, el precepto no contempla situaciones convivenciales pasadas, sino que la misma debe ser actual y constante en la fecha del fallecimiento. Así, en el caso de que la disolución de la convivencia se produjera con carácter previo al fallecimiento, el supérstite de la unión registrada no lucrará derecho a pensión alguna. Sorprende el diferente régimen jurídico establecido para las uniones de hecho del previsto para las parejas matrimoniales en las, que como es sabido, la ruptura no anula el derecho a pensión, disponiéndose reglas de reparto de la misma entre el cónyuge supérstite y los ex cónyuges. Frente a ello, una pareja registrada con una larga convivencia e hijos comunes que luego se disuelve, no lucrará derecho a pensión frente al supérstite divorciado o con matrimonio nulo que obtendrá la parte proporcional al tiempo de convivencia. Es necesario, en todo caso, que la convivencia sea actual y ello con independencia de que sólo se haya mantenido una relación y existan hijos con derecho a pensión de orfandad. En este sentido, habrán de arbitrarse mecanismos a través de los cuales la entidad gestora de la prestación controle la existencia actual de la convivencia, cuestión que será compleja en los supuestos en los que no se haya disuelto formalmente la pareja y no se hayan modificado los datos de empadronamiento de los convivientes.

En cuanto al procedimiento para formalizar la unión de hecho, hay que señalar que constituye elemento común en el marco general de las prestaciones familiares y en las de muerte y supervivencia acreditar la relación de parentesco que une al beneficiario con el causante. Del mismo modo que el beneficiario de la pensión de viudedad debe probar la existencia de matrimonio a través de la inscripción en el Registro Civil, se exige al supérstite de la pareja de hecho la formalización de la misma. A tal fin, el artículo 174.3 LGSS establece al menos dos procedimientos para acreditar la existencia de pareja de hecho: a

<sup>15</sup> BOE de 1 de julio 1989.

<sup>16</sup> Resolución de 29 de diciembre de 1984.

través «de algunos de los Registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja». Además de estos procedimientos, se prevé en el último inciso del artículo 174.3 otro procedimiento que parece afectar a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio en los que tanto «la consideración de pareja de hecho (como) su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que se establezca en su legislación específica». Esto es, la norma va a diferenciar, a los efectos de la conversión entre parejas de hecho y parejas registradas, dos procedimientos según estemos ante una comunidad autónoma que carezca de Derecho civil propio o posea dicha competencia.

Respecto de las comunidades autónomas sin Derecho Civil propio, el artículo 174.3 arbitra un doble procedimiento, de forma que se le atribuye al interesado un derecho de opción entre realizar la acreditación mediante Registros específicos, o a través de un documento público. Dentro de las posibilidades de reflejo documental público de la constitución de una pareja, parece que el instrumento jurídico que mejor puede mostrar la situación de una convivencia afectiva en pareja es el Acta Notarial e incluso, como se ha afirmado, puede que éste sea el único instrumento idóneo<sup>17</sup>. No parecen admisibles otros documentos públicos, como el «certificado de empadronamiento», dado que, aunque el mismo acredita la residencia individual o colectiva, no incluye declaración alguna sobre la constitución de una pareja, y por tanto sólo da a conocer la convivencia de dos sujetos que podrán tener o no intención de formar una pareja en sentido estricto o simplemente cohabitan en el mismo domicilio por razones económicas o de cualquier otro tipo. Por tanto serán los Registros creados por las diferentes Comunidades autónomas y los Ayuntamientos del lugar de residencia los encargados de expedir la acreditación de existencia de la unión de hecho<sup>18</sup>, o a través de documento público si el interesado opta por este último.

Por último, ha de hacerse mención a la remisión realizada en el último inciso del artículo 174.3. El citado precepto establece que «En las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el apartado anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que se establezca su legislación específica». Las cuestiones que suscita el tenor literal son complejas y puede llegar a generar cierta conflictividad. En primer lugar, hay que indicar que el citado inciso está claramente haciendo referencia a las normas emanadas de las comunidades autónomas que hayan asumido la competencia para la «conservación, modificación y desarrollo» de los derechos civiles, forales o especiales (art. 149.1 8.º CE)<sup>19</sup>. Evidentemente lo que no quiere decir que las restantes comunidades autónomas no puedan legislar, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuida, sobre determina-

<sup>17</sup> CRUZ VILLALÓN, J «La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad», en *Estudios en homenaje a J. Vida Soria* ob.cit.

<sup>18</sup> Un estudio detallado sobre las diferentes normas autonómica en PANIZO ROBLES, J.A. «La 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 contraer matrimonio» *Justicia Laboral* núm. 24-2005 pág. 11 y ss.

<sup>19</sup> STC 1997/61 de 20 de marzo relativa a la Ley de Suelo de 1900.



dos aspectos jurídico-públicos de cualquier materia de Derecho Civil, como así ha ocurrido con las normas autonómicas sobre parejas de hecho, pero sin que en ningún caso interfiriera su ámbito competencial en aspectos jurídico-civiles, en la medida en que ésta es una competencia que le corresponde al Estado y las comunidades autónomas con Derecho Foral o especial<sup>20</sup>. Así, los argumentos argüidos por estas normas autonómicas para elaborar su propia normativa sobre parejas de hecho son de muy diverso tipo, y en general bastante genéricos, pero, como no podía ser de otra manera, en ningún caso hacen alusión a las competencias de Derecho Civil remitiéndose en muchos casos a la legislación estatal sobre la materia<sup>21</sup>, frente a la normativa emanada de comunidades autónomas que si poseen Derecho Civil propio.

Descartada la competencia normativa de las comunidades autónomas que carezcan de Derecho Civil propio, y por tanto centrándonos ahora en la normativa sobre la materia de las comunidades autónomas que si poseen esta competencia, habrá de reflexionarse sobre la constitucionalidad de las normas emanadas por las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, dado aunque el artículo 149.1.8.º les atribuye la competencia para la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, o especiales allí donde existan. Junto al citado precepto, hay que mencionar que el artículo 149.1.17 CE atribuye al Estado las competencias exclusivas en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social.

Aunque no es nuestro propósito realizar un estudio exhaustivo sobre el alcance de la competencia en materia de Derecho Civil de estas comunidades autónomas, empeño que sobrepasa el objeto del presente estudio, parece conveniente apuntar, al menos, los límites de la misma. Al respecto, ha de dejarse sentado que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado hasta el momento sobre la constitucionalidad de la normativa autonómica relativa a las parejas extramatrimoniales, si bien al hilo de otros pronunciamientos sobre diversas materias civiles ha realizado una interpretación amplia del término «desarrollo» empleado en el artículo 149.1.8.º CE. Tal interpretación permite concluir que estas comunidades autónomas pueden llevar a cabo la ordenación de ámbitos hasta entonces no regulados. Así, el Tribunal Constitucional considera que «*el desarrollo de los de los derechos civiles forales o especiales enuncia una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento*», siendo admisible que «*regulen instituciones conexas con las ya reguladas en el Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta*»<sup>22</sup>. En otras palabras, para que estas comunidades autónomas puedan regular el estatuto orgánico de las parejas de hecho debe existir una relación de conexión entre éstas y una institución regulada con carácter previo en el Derecho foral o especial preexistente. Y es en este punto donde la doctrina civilista se encuentra dividida, así algunos autores consideran que existe

<sup>20</sup> GAVIRIA SÁNCHEZ J., «Uniones libres y competencia legislativa de ciertas comunidades autónomas para desarrollar su propio Derecho civil» *La Ley* 1999 núm. 5 pág. 1972.

<sup>21</sup> GARCÍA RUBIO, M.P., «Parejas de hecho y lealtad constitucional» en *Libro Homenaje al Pr. Javier Serrano García* Valladolid, 2004.

<sup>22</sup> SSTC 88 y 156/1993, 121/1993.

dicha conexión entre el matrimonio y las uniones libres<sup>23</sup>, y otros, partiendo de la misma doctrina constitucional, consideran que esa normativa invade competencias estatales, en la medida en que las uniones libres *«no constituye una realidad peculiar de un territorio autonómico en concreto, sino un hecho social vivido igual en la generalidad del territorio»*<sup>24</sup>. No obstante, existe unanimidad en señalar que en la medida en que estas normas autonómicas existen, y en tanto no se pronuncie el Tribunal Constitucional declarando su inconstitucionalidad son normas jurídicas vigentes.

Sin embargo, a los efectos del sistema de pensiones, con independencia de si consideramos constitucional dichas normas, la admisión de diferentes conceptos de parejas de hecho, y la propia normativa autonómica referente al procedimiento de acreditación de la existencia de las mismas, se enfrenta de forma palmaria con los artículos 14 y 149.1.17 CE produciéndose una discriminación por razón de residencia. No parece aceptable, en un sistema público de Seguridad Social en que de acuerdo con el artículo 149.1.17 CE se atribuyen al Estado las competencias exclusivas en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, que el derecho a pensión del supérstite de una unión extramatrimonial haya de subordinarse a la noción adoptada por cada una de las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, porque además de invadir competencias atribuidas al Estado puede producir graves problemas de gestión y control de los recursos. Conclusión a la que llegamos sin perjuicio de que en la actualidad la noción de las distintas normas autonómicas sobre parejas de hecho se ajuste a la ordenada por el artículo 174.3 LGSS, lo que, evidentemente no supone que, en un futuro, dichas normas, recogiendo nuevas realidades sociales, modifiquen dicha noción exigiendo otras condiciones, supriman la exigencia de formalización, o no ofrezcan la posibilidad alternativa de acreditación de la relación convivencial a través de documento público. En suma, resulta poco oportuno el citado inciso, ya que la norma autonómica emanada de una comunidad autónoma con Derecho Civil propio, sin entrar en la capacidad de regulación civil de las parejas de hecho, no puede interferir en la competencia exclusiva en materia de Seguridad Social atribuida al Estado, y por tanto a los efectos de la pensión de viudedad habrán de reunirse los requisitos formales establecidos en el citado artículo.

En cuanto a los requisitos propios del Derecho de la Seguridad Social, junto a la acreditación de alta y período de cotización, elementos típicos del nivel contributivo, se introduce el criterio de la dependencia, lo cual responde a las recomendaciones realizadas por el Acuerdo de medidas en materia de Seguridad Social. No obstante ha de señalarse que la introducción de criterios propios del nivel no contributivo dentro de estas prestaciones no es una técnica ajena a las prestaciones por muerte y supervivencia. Piénsese, por ejemplo, en el incremento de la cuantía de la pensión de viudedad realizada por el RD1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial de las prestaciones por muerte y supervivencia que eleva el porcentaje aplicable a la base reguladora de las pensiones de viudedad que

<sup>23</sup> GAVÍDIA SÁNCHEZ J., «Uniones libres y competencia legislativa de ciertas comunidades autónomas para desarrollar su propio Derecho civil» ob. cit. pág. 1973.

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E. *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003 pág. 36.

podrá incrementarse hasta el 70 por ciento cuando se dan los supuestos de «menores ingresos» y cargas familiares<sup>25</sup>; o la extensión de la pensión de orfandad para los mayores de 18 años siempre que las rentas salariales obtenidas por el sujeto protegido no superen un determinado umbral cuantitativo<sup>26</sup>, o finalmente el mantenimiento de la pensión de viudedad pese a existir posterior matrimonio siempre que no se superase determinados niveles de rentas<sup>27</sup>.

En todos estos casos se observa como se integran elementos asistenciales dentro de la dinámica de las pensiones contributivas, con el objetivo de aumentar la cuantía de la prestación, de ampliar el ámbito subjetivo de protección de la pensión de orfandad, o asegurar el mantenimiento del derecho a la pensión de viudedad en caso de posterior matrimonio. En esta nueva ampliación de la protección de viudedad se sigue esta técnica condicionando el derecho de la pensión del supérstite a la prueba de la situación de dependencia respecto del causante. Esto es, los requisitos asistenciales actúan, no como modalizador de la dinámica de la pensión, sino como elementos propios del hecho causante. De este modo, se reconocerá derecho a pensión de viudedad a quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento formando una pareja, y acreditara que: 1) sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período, porcentaje que será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. 2) En todo caso también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. Límite que se verá incrementado en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Para medir la situación de dependencia la norma establece dos criterios que se corresponden con el debate doctrinal sobre la función que debe cumplir la pensión: compensatoria de la situación de desequilibrio o proteger una situación de necesidad real. No se trata de dos filtros de carácter sucesivo que miden la situación de dependencia sino que funcionan de forma alternativa. El primero tiene en cuenta los ingresos de los sujetos que conforman la pareja registrada en el momento del hecho causante, verificándose la situación de necesidad cuando los ingresos del supérstite no superen un porcentaje del conjunto de la renta obtenida por la pareja en el momento del fallecimiento. Como puede observarse, esta fórmula guarda evidentes similitudes con la utilizada en los supuestos de crisis matrimonial, en la que la pensión de viudedad se subordina a la previa obtención de la pensión compensatoria que, como hemos analizado más arriba, responde a la situación de desequilibrio económico, surgiendo el derecho a la pensión a favor del cónyuge desfavorecido en la ruptura de la relación. En ambas situaciones ha de comprobarse la situación patrimonial del supérstite en el momento del fallecimiento del causante, si bien mientras que en los

<sup>25</sup> Artículo 31 del RGP.

<sup>26</sup> Modificación realizada por la Ley 24/97 de 15 de julio.

<sup>27</sup> Ley 24/2001 de 27 de diciembre y RD 1465/2001, de 27 de diciembre.

casos de ruptura matrimonial el derecho a pensión de viudedad se remite a la norma civil, en los casos de parejas registradas la propia norma cuantifica y concreta el desequilibrio a través de los citados porcentajes. Así, habrá de comprobarse la situación patrimonial del superviviente de la unión de hecho y su participación en los ingresos íntegros de la unidad familiar en el momento del fallecimiento, lucrando pensión cuando sus rentas no superen el 50 o el 25 por ciento de los ingresos totales según existan o no hijos con derecho a pensión de orfandad, con independencia de que posea medios económicos suficientes.

La segunda fórmula, utilizando las técnicas del nivel no contributivo, consiste en verificar que los ingresos del superviviente no superen un determinado umbral de rentas, requisito que *«deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante, como durante el período de su percepción»*. Por un lado, la norma determina cuándo existe dependencia económica, estableciendo el umbral de rentas en 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional, umbral que experimentará un incremento por cada uno de los hijos comunes con derecho a pensión de orfandad de 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional. Por otro, la citada situación económica del sobreviviente no sólo deberá concurrir en el momento del hecho causante sino durante el percibo de la pensión, mientras que como hemos visto en la primera de las fórmulas analizadas, sólo exige la demostración de la situación de dependencia económica en el momento del hecho causante. De este modo, la mejora de la situación económica del beneficiario no va a producir efecto alguno sobre el percibo de la pensión en el supuesto de cálculo de la situación de dependencia de acuerdo con el primero de los criterios, mientras que el derecho al percibo se suspenderá o extinguirá desde el día primero del mes siguiente a aquél en que deje de concurrir la situación de necesidad —como ocurre en el supuesto de incremento del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de viudedad en caso de menores ingresos—, si la valoración de la dependencia se realiza según lo establecido en la segunda fórmula. Con el fin de controlar la situación de dependencia habrán de instrumentarse por vía reglamentaria las medidas necesarias que impongan obligaciones al beneficiario con objeto de garantizar que reúne los requisitos exigidos durante todo el período en que se perciba la pensión de viudedad. Delimitada la situación de dependencia, la norma considera como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones.

A nuestro juicio, es innegable el avance que supone el reconocimiento del derecho a pensión a las parejas de hecho, y la introducción en su régimen jurídico de elementos que evocan el prístino fundamento de la pensión, ofreciendo nuevas soluciones que tienen en cuenta la aparición de las parejas de hecho como forma habitual de relación afectiva en las últimas décadas. Desde este punto de vista, consideramos positiva la incorporación de elementos que tratan de verificar la situación de dependencia del beneficiario. Ahora bien, la primera de las fórmulas utilizadas introduce un importante grado de complejidad a la hora de computar los ingresos de superviviente y causante. Por otro lado, no consideramos justificado el dispar tratamiento jurídico realizado en función de la existencia o no de vínculo matrimonial, sobre todo teniendo presente la modificación del papel que tradicionalmente ocupaba la mujer en el hogar y su incorporación generalizada al mercado de trabajo. Por ello, las reformas de la Seguridad Social llevadas a cabo resultan absolutamente insufi-



cientes, dado que la ruptura de roles ha sido uniforme y fomentada por el Estado y ha calado tanto entre aquellos que deciden formar una pareja de hecho como los que optan por el vínculo matrimonial. En este sentido, no encontramos razón suficiente por la que de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley se haga «*inviabile la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad*». Antes al contrario, de la propia doctrina del Tribunal Constitucional puede deducirse que no existe obstáculo constitucional para el establecimiento de un régimen jurídico común, siendo posible extender la protección en paridad a ambas realidades sociales. Desde nuestro punto de vista, reconocido el derecho a pensión de viudedad al supérstite de una pareja registrada y concretada la situación protegible, éste deberá verificar si los sujetos cumplen con los presupuestos necesarios para el nacimiento de la pensión, presupuestos que, más allá de los requisitos que atiendan a comprobar la existencia de una unión de hecho, deben ser a nuestro juicio, necesariamente comunes. Sin embargo, como se ha venido examinando las diferencias entre el régimen jurídico de la unión matrimonial y la extramatrimonial son palmarias. Al supérstite de una unión matrimonial sólo se le exige el cumplimiento de un requisito formal: el vínculo matrimonial, y sólo excepcionalmente un año de vínculo matrimonial, o alternativamente la existencia de hijos en caso de que el causante padeciera una enfermedad común diagnosticada con anterioridad a la celebración del matrimonio, mientras que para el reconocimiento de la pensión al supérstite de una pareja registrada se exige, además de su acreditación formal con dos años de antelación a la fecha del hecho causante, un período de convivencia de cinco años; No se prevé régimen alternativo en el supuesto de descendencia que atenúe o suprima la necesidad de registro con una antelación de dos años a la fecha del fallecimiento del causante, situación que sí prevé en el supuesto de que se contrajera vínculo matrimonial a sabiendas de la enfermedad común diagnosticada del causante, en cuyo caso se exige como se ha señalado 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. Además de la acreditación formal de la pareja con dos años de antelación, a las parejas registradas se les exige un período de convivencia de cinco años mientras que a las uniones matrimoniales en ningún caso se les exige la demostración de la convivencia, ni siquiera en el supuesto excepcional en el que el causante y el beneficiario hubieran contraído matrimonio a sabiendas de la enfermedad que padecía el causante supuesto en el que sólo se les exige que el vínculo matrimonial se haya producido con un año de antelación al fallecimiento del causante, sin exigencia de convivencia real.

Desde nuestro punto de vista, el legislador ha optado por extender el ámbito subjetivo de la pensión por la vía, quizás menos costosa, que más problemas de constitucionalidad va generar. Además, la multiplicidad de criterios introduce un alto grado de complejidad en el régimen jurídico de la pensión e, insistimos, produce una disparidad de trato de difícil justificación según haya mediado o no vínculo matrimonial. Así nos encontramos con tres situaciones distintas: primera, en el caso de vínculo matrimonial constante se presume la situación de dependencia; segunda en las situaciones de ruptura matrimonial, el derecho a pensión se vincula a la previa titularidad de la pensión compensatoria, y tercera, el acceso a la pensión de supérstite de una pareja registrada se condiciona a demostrar la situación de necesidad en los términos establecidos en la Ley. Desde nuestro punto de vista, se ha desaprovechado de nuevo otra oportunidad para establecer el criterio de la dependencia

como elemento del hecho causante con independencia de la existencia de vínculo matrimonial. Por ello, consideramos que la fórmula utilizada para el acceso a la pensión de viudedad de las parejas registradas debería haber sido el criterio general de acceso a la pensión de viudedad.

Como puede comprobarse la recepción normativa dista mucho de las pautas contenidas en el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social que han desaparecido del texto de la ley renunciando a los objetivos que impulsan la reforma. En suma, una vez más, el legislador se ha mostrado remiso y han primado más los planteamientos políticos que la necesidad de dar respuestas a las nuevas situaciones sociales, abandonando de nuevo la idea de una reforma integral para un futuro, sin que se señale término temporal para llevarla a cabo.

### 3. DISTRIBUCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL SUPUESTO DE VARIOS BENEFICIARIOS CON DERECHO A PENSIÓN

Otro de los temas que se han visto afectados por la reciente reforma es el que hace referencia a la distribución de la pensión cuando existen varios beneficiarios con derecho a pensión de viudedad. Son varias las novedades introducidas en esta materia.

En primer lugar, en coherencia con la extensión de la protección a las uniones de hecho, se incluye en el reparto de la pensión al superviviente de una pareja registrada siempre que se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, esto es, siempre que la convivencia sea actual y reúna el resto de los requisitos exigidos.

En segundo lugar, aunque el nuevo texto normativo mantiene la regla de la proporcionalidad y por tanto en caso de concurrencia de beneficiarios la pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, introduce dos novedades. La primera consiste en garantizar, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente, o, en su caso, del que sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento. Adquiere, por tanto, mayor protagonismo en el momento del reparto el cónyuge o conviviente superviviente, siempre que en este último caso lo sea de una pareja debidamente registrada. Es importante recordar que este tratamiento privilegiado del cónyuge superviviente (en realidad único viudo/a), se inicia con la STS de 21 de marzo de 1995, que separándose de la tesis distributiva que partía de una supuesta igualdad entre el cónyuge viudo y el ex cónyuge, atribuye al viudo/a un «derecho pleno con independencia de la duración del matrimonio, tan solamente mermado en la proporción que corresponde al eventual ex cónyuge»<sup>28</sup>. Pues bien, el legislador, ahondando en la doctrina del Tribunal Supremo, consolida el tratamiento privilegiado a favor del cónyuge cuantificándolo e introduce en el texto del artículo 174 TRLGSS una garantía igual al citado porcentaje a favor del último cónyuge o sobreviviente de una pareja registrada. De esta forma, la pensión de viudedad correspon-

<sup>28</sup> (Ar. 2171/1995) en la que el Tribunal consideraba que la regla de la proporcionalidad se refiere exclusivamente al divorciado o separado y no al viudo con matrimonio constante, haciendo especial hincapié en el distinto origen y legitimación de los derechos a pensión del cónyuge viudo y del cónyuge divorciado. Mientras aquel se hallaba consagrado con anterioridad a la Ley de Divorcio en la LGSS, el derecho del cónyuge deriva de aquella que lo reconoce, pero de forma limitada en proporción al tiempo de su convivencia matrimonial.

derá al último sobreviviente en una proporción de, al menos, el 40 por ciento; el resto de la misma habrá de ser distribuida entre los ex cónyuges en función de tiempo convivido con cada uno de ellos, si además reúnen los requisitos exigidos para el acceso a la pensión, tomando como módulo temporal el tiempo de convivencia que va desde la fecha en que se contrae matrimonio a aquella otra en que se produce la extinción de la convivencia con el causante. Repárese que tras la reforma operada en el régimen jurídico de la pensión de viudedad, los supuestos de concurrencia de beneficiarios pueden quedar reducidos al exigirse al cónyuge anterior el disfrute de la pensión compensatoria o la indemnización establecida en los artículos 97 y 98 del CC.

Esta solución pudiera considerarse más equitativa y razonable ya que podría presumirse que la persona que en el momento del fallecimiento convivía con el causante sufre mayores perjuicios económicos. Desde luego, parece claro que esta situación se verificará en el supuesto de que el último beneficiario fuera el sobreviviente de una pareja registrada cuyos ingresos no superasen el límite establecido (1,5 veces el SMI). Sin embargo, pese a la valoración positiva realizada, esta medida no parece que vaya a poner fin a las situaciones de infraprotección de situaciones reales de necesidad o sobreprotección de aquellas situaciones en las que la muerte del causante no origina pérdida de medios económicos. Y ello porque se sigue concediendo un régimen de acceso privilegiado al cónyuge superviviente, al no vincularse el derecho a pensión al criterio de la dependencia y presumir, en todo caso, la situación de necesidad de éste. Ejemplo nítido de lo que acabamos de exponer constituye el caso de concurrencia entre el cónyuge superviviente con rentas suficientes y el ex cónyuge sin derecho a pensión compensatoria o con derecho a la pensión alimenticia y no a la compensatoria; o la situación del ex cónyuge con hijos con derecho a pensión de orfandad, que concurre con el cónyuge superviviente sin hijos, o la situación de una pareja no registrada, o registrada sin convivencia actual sino pasada aunque reúna el resto de los requisitos.

Otra modificación es la relativa a la aplicación de la regla *prorrata temporis* cuando exista un sólo beneficiario divorciado o separado. Como es sabido el artículo 174.2 LGSS señalaba que en los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, interpretándose por la jurisprudencia que aun existiendo un solo superviviente, si éste es separado o divorciado, la cuantía de la pensión debe ser proporcional al período de convivencia conyugal<sup>29</sup>. Pues bien, la nueva redacción del artículo 174, tras ordenar los requisitos exigidos de acceso al cónyuge separado o divorciado, establece que «si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante». Es decir, la regla *prorrata temporis* sólo es aplicable en caso de divorcio, único supuesto en el que pueden existir varios beneficiarios con derecho a pensión, quedando excluidos los supuestos de separación o divorcio sin que tras la ruptura matrimonial el causante hubiera contraído nuevo matrimonio.

Con ello se entiende que la regla de la proporcionalidad es distributiva y opera sólo cuando existe concurrencia de beneficiarios, esto es, de distintos y sucesivos matrimonios

<sup>29</sup> SSTs de 14 de julio 1999; de 17 de enero, 5 de abril, 17 de julio de 2000 (Ar. 6803; 978; 2617).

o convivencias registradas. De este modo, la distribución de la pensión debe efectuarse en el caso de ser varias las personas llamadas a percibir pensión de viudedad. Así en los supuestos de separación se lucrará pensión completa con independencia de cuál haya sido la duración temporal de su convivencia con el causante; en caso de divorcio, según concurra o no con otros beneficiarios tendrá derecho a una parte de la pensión proporcional a tiempo de convivencia matrimonial o a pensión íntegra en caso de inexistencia de otro beneficiario.

#### 4. PRESTACIÓN TEMPORAL DE VIUEDAD

Frente al carácter vitalicio de la pensión de viudedad se introduce una nueva prestación económica por muerte y supervivencia cuya característica principal es su carácter temporal. Para ello se acude a la técnica ya frecuente en el Derecho de la Seguridad Social de introducir un precepto con la misma numeración de otro preexistente, en este caso el 174 bis TRLGSS, cuyo objetivo es proteger al beneficiario que no reúne los requisitos para causar derecho a pensión de viudedad.

La prestación temporal de viudedad no es totalmente desconocida en nuestro sistema de Seguridad Social. Ya la Ley de Seguridad Social contemplaba bajo la denominación «*subsidio temporal de viudedad*», una prestación de carácter temporal a favor de la viuda que al fallecimiento del causante no reunía los requisitos para causar pensión de viudedad, siempre que hubiera convivido habitualmente con el cónyuge causante.

El presupuesto para el acceso para la nueva prestación temporal de viudedad es la existencia de vínculo matrimonial entre el beneficiario y el causante. A diferencia de lo que ocurre en el actual régimen jurídico de la pensión de viudedad que extiende su ámbito protector al supérstite de una pareja debidamente registrada, el nuevo artículo 174 bis hace referencia al «cónyuge superviviente», excluyendo de su ámbito subjetivo las situaciones convivenciales estén éstas registradas o no. Llama la atención que siendo una norma en la que una de sus novedades más destacadas y trascendentales reside precisamente en la incorporación de una regulación que viene a reconocer el derecho a la pensión de viudedad para las uniones extramatrimonial, las excluya de la protección temporal. De nuevo las diferencias en el tratamiento de ambas realidades basadas en el vínculo matrimonial, lo que parece la tónica en esta reforma, plantea dudas sobre su constitucionalidad, sobre todo una vez reconocidas las parejas de hecho, ya que no es fácil encontrar una justificación objetiva y razonable que excluya de esta prestación a las parejas registradas que no cumplan algunos de los requisitos exigidos. Por otra parte, la utilización del término cónyuge superviviente parece reservar el derecho a pensión sólo a quién es cónyuge actual, excluyendo de la protección al supérstite divorciado, o con matrimonio nulo<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad», en *Estudios en homenaje a J. Vida Soria* ob. cit. quien señala que el legislador hubiera querido extender la protección a éstos se hubiera referido expresamente a los mismos como lo hace en el artículo 174 LGSS, y adicionalmente hubiera previsto en caso de concurrencia de beneficiarios las reglas de distribución de la cuantía de la prestación, o al menos se habría remitido al régimen de reparto previsto para la pensión de viudedad.

En cuanto a los requisitos para causar el derecho a la prestación temporal de viudedad, es precisamente la negación del derecho a la pensión viudedad por no reunir los condicionantes exigidos para causar la misma. Así, el artículo 174 bis reserva la pensión al cónyuge superviviente que no pueda acceder a la pensión «*por no acreditar que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año, o alternativamente, por la inexistencia de hijos comunes*», y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 174.1 pudiera acreditar «*un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que sumados al de duración del matrimonio hubiera superado los dos años*». Por tanto, la prestación temporal está prevista no para los supuestos en que la muerte del causante derivase de accidente o enfermedad común sobrevenida tras el vínculo dado que como se comentó más arriba, el derecho a pensión del supérstite con matrimonio constante en la fecha del fallecimiento queda condicionado exclusivamente a la prueba del vínculo matrimonial, sino sólo y exclusivamente para los supuestos en que la propia norma establece un régimen especial con el fin de evitar el fraude, esto es, que el vínculo matrimonial haya sido el medio para lucrar la pensión.

Respeto de los requisitos que debe reunir el causante y el contenido de la prestación la norma se remite a lo regulado respecto de la pensión de viudedad, y por tanto el causante habrá de cumplir con los requisitos de alta y período de carencia, siendo de aplicación los porcentajes y base reguladora, previstos para la pensión de viudedad. Obtenida la prestación tendrá una duración de dos años, abonándose 14 mensualidades por año. Aunque la norma nada añade respecto del régimen de compatibilidad y extinción consideramos que la prestación temporal será compatible con cualquier renta de trabajo del beneficiario y con otras prestaciones aplicándose el régimen de la pensión de viudedad. Finalmente la prestación se extinguirá por agotamiento de la duración máxima y por las causas que originan la extinción de la pensión de viudedad.

## 5. LA PENSIÓN EXTRAORDINARIA DE VIUEDAD RESPECTO DE LAS PA-REJAS DE HECHO

La disposición adicional tercera regula la pensión de viudedad para lo que la norma denomina «*supuestos especiales*» haciendo referencia a situaciones ya producidas en el pasado. La protección otorgada por la citada disposición a las uniones extramatrimoniales se contempla como un supuesto excepcional y transitorio que extiende la protección exclusivamente al supérstite de aquellas uniones de hecho que no pudieron obtener protección por viudedad porque el causante falleció con anterioridad a la ampliación subjetiva realizada por la presente Ley, siempre que el beneficiario hubiera mantenido convivencia como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso del párrafo cuarto del artículo 174.3, esto es ha de tratarse de una pareja registrada. No se contempla el derecho a la pensión de las parejas que no hubieran podido completar las condiciones formales requeridas para causar pensión ordinaria de viudedad, o aun acreditando el registro de la pareja no hubiesen transcurrido los dos años desde que se practicó la misma, pese a la existencia de una larga convivencia. Desde nuestro punto de vista, este aspecto es el que va a suscitar más cuestiones aplicativas, sobre todo porque los propios Registros de parejas de hecho

y en general su formalización, son instituciones y prácticas de aparición reciente, que en la mayoría de los casos va a hacer quimérica la posibilidad de acceso a esta pensión extraordinaria.

Delimitado el tipo de pareja que entra dentro del ámbito de protección, el presupuesto básico exigido para ser incluido en el ámbito de aplicación de la citada disposición es que el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, se haya producido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley.

Respecto de los requisitos exigidos al causante, el apartado a) de la disposición adicional tercera se remite a lo establecido en el artículo 174.1 LGSS para causar derecho a la pensión ordinaria de viudedad y por tanto, si la muerte deriva de enfermedad común el sujeto deberá haber cumplido con los requisitos de alta y carencia previa.

Por su parte, el beneficiario debe reunir una serie de requisitos que tienen por objeto demostrar la existencia de la unión extramatrimonial duradera y estable. Junto a ellos, la norma exige otros requisitos que, por un lado, tienden a demostrar la incapacidad de ganancia del beneficiario en el momento del hecho causante, además de otros requerimientos de carácter formal o procedimental. El apartado b) exige que el beneficiario hubiera mantenido una convivencia ininterrumpida como pareja de hecho en los términos establecidos en el inciso primero del párrafo cuarto del artículo 174.3 durante al menos seis años anteriores al fallecimiento del causante. Ha de tratarse, por tanto, como se ha señalado, de una pareja que se ha formalizado bien en el Registro de la comunidades autónomas o a través de documento público, que acredite una convivencia estable con permanencia temporal, esto es, con análoga relación de afectividad a la conyugal.

En segundo lugar la norma requiere que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes con independencia de si tienen o no derecho a pensión de orfandad. El citado requisito no juega de forma alternativa como sucede para causar derecho a pensión excepcional de viudedad a favor del cónyuge, sino que es de cumplimiento ineludible, al exigirse la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos contemplados en la citada disposición adicional. Así el sobreviviente de la pareja registrada que reúne todos los requisitos salvo la existencia de hijos comunes no tendrá derecho a pensión. Desde nuestro punto de vista, la exigencia de este requisito es inaceptable y constituye una flagrante intromisión en la intimidad personal y en la toma de decisiones vitales, que en todo caso pertenecen a la esfera privada de cada individuo. Una cosa es que la norma tenga presentes a los hijos como un factor que agudiza la situación de necesidad de la unidad familiar, y otra bien distinta es exigir la existencia de los mismos como presupuesto de hecho para lucrar pensión de viudedad a favor del supérstite de una unión de hecho. La pensión de viudedad es una prestación de carácter público que trata de proteger una situación de necesidad, que en este caso se concreta en la dependencia económica del beneficiario respecto del causante. No parece justificable exigir requisitos que hacen referencia directa a decisiones que sólo pertenecen a los individuos, y que en ocasiones puede responder a circunstancias ajenas a la propia voluntad del sujeto y por ello consideramos que la existencia de hijos únicamente deben tenerse presente en cuanto agravan la situación de necesidad, pero en ningún caso puede actuar como un filtro o límite para causar derecho a la pensión de viudedad.

Junto a estos, la norma exige que a la muerte del causante no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad, evidentemente por no haber contraído vínculo matrimo-

nial, y que el beneficiario no tenga reconocida pensión contributiva de la Seguridad Social. Respecto de este último, puesto que el primero resulta obvio y no necesita comentario, el legislador, separándose del régimen jurídico de la pensión de viudedad en el que rige el principio de compatibilidad absoluta con otras pensiones y rentas obtenidas por el beneficiario, excepciona dicho principio y establece como requisito del hecho causante de la pensión especial que el superviviente no tenga reconocido derecho a pensión de incapacidad y jubilación contributiva fijando la regla de la incompatibilidad, al menos en el momento del hecho causante. Con ello el legislador reserva la pensión especial para el superviviente que efectivamente depende económicamente del causante, de forma que no se causa pensión si aquél posee ingresos suficientes provenientes del percibo de otras pensiones contributivas. Sin embargo, esta previsión, a nuestro juicio, acertada, no se perfecciona con el correlativo establecimiento de otros requisitos que condicionen el acceso a la pensión a la carencia de un determinado nivel de rentas del trabajo o de otra naturaleza del beneficiario, como sucede en la pensión ordinaria a favor de las parejas registradas. Esto, que en principio pudiera parecer contradictorio, puesto que se permite que el beneficiario compatibilice el percibo de la pensión con rentas del trabajo mientras que se incompatibiliza con otras pensiones, en el fondo no lo es, y encuentra su explicación examinando el perfil sociológico que presenta en la actualidad los beneficiarios de la pensión<sup>31</sup>. En efecto, la norma está contemplando el ámbito subjetivo actual de la pensión que de acuerdo con los datos estadísticos se corresponde con personas mayores (la edad media de los pensionistas de viudedad es de 74 años) de sexo femenino (más del 93 por ciento de los perceptores son mujeres) que realmente dependen del causante y que no tienen derecho a otras pensiones por haber estado excluidas del mercado de trabajo<sup>32</sup>.

Al hilo de lo anterior, nos cuestionamos si el mencionado requisito es exigible únicamente en el momento del hecho causante, o si por el contrario, se trata de una especificación más, dado el carácter especial de esta pensión, y actúa como una causa de incompatibilidad que marca la dinámica de la prestación. Nos estamos refiriendo al supuesto en el que causado el derecho a la pensión extraordinaria, el beneficiario obtiene otras prestaciones contributivas del sistema. Debe advertirse que la norma regula el reconocimiento de la pensión extraordinaria estableciendo los requisitos del hecho causante en los que entendemos se contemplan todas las excepciones que el legislador ha considerado. No obstante atendiendo a la literalidad de la norma, parece claro que el mantenimiento de la misma se hace depender de que el sujeto no cause otras prestaciones contributivas del sistema, esto es, que sigan concurriendo los requisitos que dieron lugar a la misma, de modo que una vez causado el derecho a pensión extraordinaria si el beneficiario accede a otra pensión, tendrá que optar entre una u otra.

Finalmente una exigencia formal conforma el presupuesto de hecho para el nacimiento de la pensión. Siguiendo el principio general de rogación, el interesado deberá formalizar solicitud, la cual, alterando la regla de imprescriptibilidad de la pensión de viudedad,

<sup>31</sup> CRUZ VILLALÓN, J., «La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad», en *Estudios en homenaje a J. Vida Soria* ob. cit.

<sup>32</sup> Datos extraídos del Informe estadístico de la Seguridad Social 2005, MAS.

deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley, de modo que la solicitud extemporánea va a suponer la pérdida total del derecho. Reconocido el derecho, la fecha de efectos económicos de la pensión será desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos.

## 6. OTRAS MEJORAS DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

Además de las reformas descritas, la LMSS contiene dos mejoras de la pensión de viudedad. La primera incide en la cuantía de la pensión de viudedad y la segunda va a mejorar indirectamente la situación de las familias compuestas por viudo/a y dos hijos.

Esta última, introducida por la disposición adicional vigésimo cuarta de la LMSS, tiene como objeto mejorar las pensiones contributivas de menor cuantía a favor de las unidades familiares unipersonales, contenida en la Disposición adicional vigésimo cuarta. La mejora se dirige a los perceptores de pensiones mínimas por las contingencias de jubilación, incapacidad permanente y viudedad que formen una unidad económica unipersonal que tengan que hacer frente con su pensión al mantenimiento del hogar. Por tanto son dos los requisitos que se exigen al pensionista: 1) que se trate de pensionistas del nivel contributivo cuya pensión haya sido completada con el complemento para mínimos; 2) que el pensionista viva sólo.

En cuanto al mecanismo y contenido de la mejora se indica que dichas pensiones *«experimentarán durante los próximos cuatro años subidas adicionales de su complemento para mínimos, que les permitan alcanzar en ese período los niveles de renta mínimos necesarios para el sostenimiento de su hogar»*. Esto es, se adopta otro criterio —formar una unidad económica unipersonal— que justifica el establecimiento de incremento del complemento para mínimos, estableciéndose un límite diferenciado para estos pensionistas. Con esta mejora se está pensando en aquellos pensionistas que viven solos y por tanto no comparten gastos y con su pensión tienen que hacer frente a todos los gastos generados por el hogar que no varían sustancialmente (impuestos sobre la vivienda, alquiler, cuota fija de luz, agua, teléfono) en atención al número de sujetos que componen dicha unidad.

No se aclara ni se concreta el alcance del incremento de los mínimos, sino que la medida, con terminología un tanto vaga e imprecisa, tras señalar que este se llevará a cabo en los próximos cuatro años, sin determinar ni graduarla en el tiempo, hace referencia a la necesidad de que cubra los gastos que se genera en este tipo de unidades económicas en las que son los ingresos del pensionistas los únicos existentes para cubrir los gastos del hogar, sin un parámetro dentro del cual fijar la suficiencia de la citada mejora. Por tanto, habrá de esperarse a la adopción del desarrollo reglamentario para conocer el alcance de la medida.

Finalmente hay que señalar que, aunque esta medida no se dirige en exclusiva a mejorar el importe de las pensiones de viudedad, van a ser precisamente las que más se van a ver afectadas. Y ello, fundamentalmente, porque el importe de las pensiones de viudedad es sensiblemente inferior al resto de las pensiones. Así, dentro de los conceptos que configuran el importe de la pensión, es en la pensión de viudedad donde se observa mayor proporción de complementos para garantía de mínimos y la que mayor cuantía necesita para



llegar hasta el mínimo<sup>33</sup>. Por otro lado, en atención al mayor número de mujeres perceptoras de pensiones de viudedad serán éstas las que mayoritariamente van a beneficiarse de la citada mejora.

Por lo demás, la norma deja sentado que habrán de tenerse en cuenta los ingresos de que disponga el pensionista, así como el patrimonio, excluida su vivienda habitual, y que la financiación del complemento a mínimos se realizarán con cargo a la aportación de los Presupuestos Generales del Estado. Estas precisiones resultan obvias, ya que los complementos a mínimos se otorgan en función de la situación económica del titular de la pensión, y, de acuerdo con el artículo 86 LGSS, la financiación de éstos estará a cargo de las aportaciones progresivas del Estado consignadas en sus Presupuestos Generales.

La segunda mejora afecta de forma indirecta a la pensión de viudedad y está contenida en la Disposición adicional decimotercera por la que se añade un nuevo párrafo al apartado segundo del artículo 2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, incluyéndose una nueva modalidad constituida por «*el padre o madre viudos con dos hijos*». Se trata de que las unidades familiares formadas por una persona viuda con dos hijos a cargo, puedan beneficiarse de la protección establecida para las familias numerosas.

## 7. LA PENSIÓN DE ORFANDAD

La pensión de orfandad también va a ser objeto de reformas de mucha significación y trascendencia. Son los artículos 175 y 179 los que se ven afectados por la reforma, pero, sin duda, la reforma de mayor calado es la producida en el apartado primero del artículo 175 que pasamos a comentar.

La pensión de orfandad es una pensión de carácter contributivo y por tanto, de acuerdo con la dinámica contributiva, el sujeto causante debe reunir los requisitos generales de encuadramiento y cotización para poder causar derecho a favor de los hijos cuando el fallecimiento deriva de contingencia común, dado que respecto a los riesgos profesionales y el accidente no laboral no se exige período de carencia. Respecto de estos requisitos se establecen dos vías diferenciadas para causar pensión. A saber, el causante deberá estar en situación de alta o asimilada al alta y reunir 500 días de cotización dentro de los cinco años anteriores a la producción del hecho causante, o desde la situación de no alta siempre que el causante reúna un período de carencia de 15 años a lo largo de su vida laboral. Pues bien, la reforma realizada por la LMSS introduce una importante novación de la pensión de orfandad al señalar en el párrafo 1 del artículo 175 que «*tendrán derecho a pensión en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante... siempre que aquél (el causante) se encontrase en alta o situación asimilada al alta*», añadiendo que «*será de aplicación asimismo, a las pensiones de orfandad lo previsto en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 174 de esta ley*». En otras palabras, cuando el causante se encuentre en alta o asimilada, no es necesario el cumplimiento de uno de los requisitos del hecho causante,

<sup>33</sup> Vid. Informe Estadístico 2005, MTAS.

reunir el período de carencia exigido, mientras que si el causante no se encontrara en alta o asimilada al alta queda inalterado el requisito de carencia, en cuyo caso se exigirá haber completado un período mínimo de cotización de quince años. Como se observa, el abandono del carácter contributivo de la pensión es sólo parcial, ya que únicamente se predica respecto de las situaciones de activo, esto es, cuando el huérfano depende de los ingresos o prestaciones temporales que percibía el causante, no así de otras situaciones en las que el causante no se encontraba realizando una prestación laboral, y por tanto no aportaba ingreso alguno para el sustento del menor. El propósito de la norma no es otro que dar cobertura a la situación de necesidad en la que queda el huérfano, presumiéndose la dependencia de éste respecto de los ingresos salariales del causante, situación que se agrava en la medida en que el cónyuge superviviente o el sobreviviente de una unión extramatrimonial no tendrá derecho a pensión de viudedad al faltar uno de los presupuestos del hecho causante. El supuesto en el que la norma está pensando es el del fallecimiento derivado de enfermedad común de una persona que por su edad, o por su tardía incorporación al mercado de trabajo, no ha podido reunir el período mínimo de cotización. En estos casos en que no se otorgará pensión de viudedad alguna ante la ausencia de período mínimo de cotización, la cuestión consiste en dilucidar si procede o no el derecho al acrecimiento. Considerando la funcionalidad que cumple la pensión la orfandad, y la escasa cuantía de la misma, además de la edad de los sujetos a los que se dirige, no encontramos obstáculos para que el hijo acrezca, sobre todo, en los supuestos de parejas registradas en las que se exige al superviviente la prueba de la situación de dependencia respecto de los ingresos del causante o en los supuestos en los que debido a las cargas familiares y menores ingresos se hubiera aplicado el 70 por ciento a la base reguladora de haber surgido derecho a pensión de viudedad.

Asimismo, otra de las modificaciones introducidas en el párrafo primero del artículo 175 es la que hace referencia al régimen de igualdad que debe presidir la regulación de estas prestaciones y que luego es desarrollado en la disposición adicional quinta de la LMSS, en la que se establece que *«en los supuestos de orfandad las prestaciones a percibir por los huérfanos se otorgarán en régimen de igualdad cualquiera sea su filiación, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente»*. Aun cuando debe hacerse notar que tanto la reiteración, como la propia declaración de igualdad parece innecesaria, ya que viene a establecer algo que resulta obvio y viene recogido en sede constitucional —el derecho fundamental a la igualdad ante la ley de los hijos cualquiera que sea su filiación (artículo 14 y 39.2 de la CE), sin que la ley o el reglamento puedan establecer condiciones o matices a ese derecho<sup>34</sup>— el contenido concreto de la misma viene a aclarar una de las cuestiones más controvertidas en materia de orfandad. Concretamente se está haciendo referencia al derecho de acrecimiento de la pensión de orfandad cuando el progenitor superviviente no tiene la condición legal de cónyuge, al que expresamente hizo referencia el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad social.

Al respecto debe recordarse que el artículo 17.2 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967 regula el derecho al acrecimiento y determina que la cuantía de las pensio-

<sup>34</sup> CRUZ VILLALÓN, J «La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad», en *Estudios en homenaje a J. Vida Soria* ob. cit.

nes de orfandad se incrementarán con el porcentaje establecido para la pensión de viudedad *«si al fallecimiento del causante no quedase cónyuge sobreviviente, o cuando el cónyuge sobreviviente, con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma»* La cuestión consistía, pues, en delimitar si procede o no el incremento en las pensiones de orfandad en supuestos en los que existiendo uno de los progenitores, éste no tuviera derecho a pensión de viudedad por no haber contraído vínculo matrimonial. Pues bien, pese a la neutralidad de los términos empleados por la norma, el Tribunal Supremo partiendo de una interpretación literal del término «cónyuge», ha venido sosteniendo en sucesivos pronunciamientos que el hijo extramatrimonial no tiene derecho al incremento, puntualizando que puesto que el conviviente no tiene derecho a pensión de viudedad por la muerte del causante *«mal puede transmitir un derecho que nunca tuvo, incrementar la pensión de orfandad del hijo común extramatrimonial»*. De ahí, que considere que no se produce discriminación en contra de éste, *«ya que el menoscabo patrimonial sufrido por quien se encuentra en situación de orfandad absoluta derivada de la muerte del causante del que dependía económicamente, no es el mismo que el sobrevenido cuando pervive la madre a quien incumbe entre otras, las obligaciones de velar por sus hijos»*<sup>35</sup>.

Recientemente este criterio jurisprudencial ha sido sometido al juicio del Tribunal Constitucional que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia. Concretamente se dilucidaba sobre el derecho a indemnización del hijo extramatrimonial en caso de muerte de su progenitor derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional regulado en el artículo 177 de la LGSS<sup>36</sup>. El citado Tribunal teniendo en consideración el impacto indirecto o reflejo que la diferencia de trato produce en el hijo extramatrimonial reconoce su derecho a percibir la indemnización a tanto alzado, evitándose las consecuencias negativas que otra interpretación tendría en la realidad familiar y en la cobertura de las necesidades de los hijos extramatrimoniales. Parece claro que el legislador ha querido zanjar definitivamente la cuestión integrando el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional dentro del régimen jurídico de la pensión de orfandad.

La segunda de las modificaciones realizadas al artículo 175 LGSS afecta al segundo párrafo, incrementando el umbral de ingresos compatible con el percibo de la pensión de orfandad en los supuestos de huérfanos mayores de edad y menores de 22 o 24 años si son huérfanos absolutos o cuando presentara una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento realizaran una actividad profesional. Así establece su derecho a pensión cuando *«los ingresos que obtengan resulten inferiores en cómputo anual a al cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual»*. La reforma consiste, pues, en elevar el límite de ingresos anuales del hijo por la realización de un trabajo lucrativo que pasa a ser del 100 por 100 del salario mínimo interprofesional, incrementándose el citado límite en un 25 por 100, con lo que se garantiza al huérfano mayor de edad y menor de 22 o 24 años el mínimo vital de subsistencia<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> STS de 23 de febrero de 1994 (Ar. 5343).

<sup>36</sup> STC de 22 de mayo de 2006 (RTC 2006/154).

<sup>37</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN P., *Pensiones de orfandad*, Marical Pons, 1999 págs. 129-132 realiza un análisis extenso sobre dicha previsión legal.

En segundo lugar, y dentro del mismo párrafo, equipara la situación del huérfano que presente una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento a la de los huérfanos absolutos. Justifican la prolongación de la edad de percibo de la pensión de orfandad de los hijos que presenten la citada discapacidad las especiales circunstancias de la situación de estos sujetos y sobre todo las dificultades de inserción laboral que presenta los sujetos que con alguna discapacidad.

Finalmente, el último inciso del artículo 175.2 LGSS, no introduce novedad alguna limitándose a mejora la redacción, así señala que en *«caso de orfandad absoluta, si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los 24 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al de inicio del siguiente curso académico»*.

En cuanto al artículo 179, la primera de las reformas realizadas consiste en suprimir el párrafo segundo de su apartado 2, en el que se regulaba las incompatibilidades de la pensión de orfandad con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, aplicándose así el mismo criterio para todos los huérfanos con independencia de si éstos trabajan en el sector público o en el privado, esto es, la pensión de orfandad será compatible con cualquier renta inferior al 100 por ciento del salario mínimo interprofesional, con independencia de que la prestación de servicios se realice en el sector público o privado.

Otra de las reformas realizadas al artículo 179, consiste en elevar el tope de pensiones aplicable a la base reguladora del causante en caso de concurrencia de pensión de viudedad con otras de orfandad. El párrafo 4 del artículo 179 contiene una regla general en la que se fija una limitación de carácter específico que afecta a las pensiones de viudedad y orfandad. El objetivo de la norma es el de vincular ambas prestaciones de modo que el monto total de las sumas de las pensiones de viudedad y orfandad no superen el importe de la base reguladora del sujeto causante. El citado límite trata de aplicar el principio contributivo conforme al cual las prestaciones que se deriven tienen que ser directamente proporcionales a las aportaciones efectuadas por el sujeto. De acuerdo con este principio, en el caso de que la suma de las diferentes prestaciones supere dicho límite se procederá a la reducción ponderada de todas las pensiones de orfandad concedidas, sin que se vea afectada la pensión de viudedad, salvo cuando se incremente el tipo aplicable a la pensión de viudedad (70 por ciento en razón de las cargas familiares y menores ingresos del beneficiario) en cuyo caso se procede a la reducción de la pensión de viudedad. El citado límite hacía difícil o imposible en caso de familias numerosas en las que los hijos fuesen pensionistas de orfandad que surgiera el incremento del tipo aplicable, burlando con ello las expectativas creadas a los beneficiarios.

Con el objetivo de rectificar la regulación anterior y hacer efectivo el alcance del citado incremento, evitando el impacto negativo que éste produce en las pensiones de orfandad, se añade un nuevo apartado en el artículo 179.4 excepcionando la aplicación de la regla general en caso de concurrencia de *«varias pensiones de orfandad con una pensión de viudedad cuando el porcentaje a aplicar a la base reguladora para el cálculo de esta última sea del 70 por ciento, si bien, en ningún caso la suma de las pensiones de orfandad podrá superar el 48 por ciento de la base reguladora que corresponda»*. Esto es, se excepciona la regla general y se establece un límite específico para estos casos, de forma

que la suma de las pensiones de viudedad y orfandad puedan llegar hasta el 118 por ciento de la base reguladora del causante.

Por último, en la disposición adicional quinta de la LMRSS, tras declarar la igualdad de los huérfanos cualquiera que sea su filiación en orden a lucrar pensión antes comentada, el Gobierno asume el compromiso político en «*los próximos ejercicios económicos*», sin establecer un límite temporal, de adoptar las medidas necesarias para elevar la cuantía mínima de las pensiones de orfandad, de forma que éstas alcancen el 33 por ciento de la cuantía del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.

## 8. AUXILIO POR DEFUNCIÓN E INDEMNIZACIONES POR RIESGOS PROFESIONALES

Como consecuencia del reconocimiento de la pensión a favor de las parejas de hecho se modifican los artículos 171, 173 y 177 LGSS. El primero a los efectos de incorporar la prestación temporal de viudedad. Del mismo modo, el artículo 173 establece como beneficiario junto al cónyuge, al sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174.3. Asimismo, el artículo 177 agrega al listado de los beneficiarios de la indemnización a tanto alzado en caso de muerte derivada de accedente de trabajo o enfermedad profesional, al sobreviviente de una pareja que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 174.3.LGSS.

Además, de estas modificaciones fruto de la ampliación subjetiva de la pensión, la LMSS en su disposición adicional décima introduce un compromiso del Gobierno que tiene por objeto actualizar el importe del citado auxilio. Como es sabido, el auxilio por defunción, consiste en una prestación de carácter inmediato, cuya cuantía es fija, que trata de subvenir la situación de necesidad que surge por el exceso de gasto que conlleva el fallecimiento de un familiar, si bien debido a su exigua cuantía carece de virtualidad en orden al cumplimiento del objetivo originariamente asignado. Pues bien, la citada disposición señala que «*se incrementará en un 50 por ciento en los próximos 5 años, a razón del 10 por ciento anual. A partir de ese momento, en cada ejercicio, se actualizará el auxilio por defunción con arreglo al índice de precios al consumo*». Esto es, el importe experimentará en el año 2012 un significativo incremento en términos porcentuales (50%), lo que a priori parece considerable, sin embargo si atendemos a su valor absoluto, este incremento supone que pasará de 30,05 € a 45,07 € en el año 2012, produciéndose el irrisorio incremento a razón de 3 € por año.