

Prestaciones de la Seguridad Social y Género



PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y GÉNERO



OISS

ORGANIZACIÓN
IBEROAMERICANA
DE SEGURIDAD SOCIAL

Coordinado por Eva María Blázquez Agudo

Índice

1. PRÓLOGO	5
<i>Dra. Gina Magnolia Riaño Barón. Secretaria general de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS)</i>	
2. LA INCIDENCIA DEL GÉNERO EN LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS PRESTACIONES POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL	7
<i>Dra. Elisa Sierra Hernáiz. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pública de Navarra</i>	
3. LA REFORMA DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO	17
<i>Dra. Olimpia del Águila Cazorla. Prof. Titular (interina) de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid</i>	
4. MÁS ALLÁ DE LA FLEXIBILIZACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. LA NECESIDAD DE SUSTITUIR LOS DERECHOS DERIVADOS POR DERECHOS PROPIOS	25
<i>Dra. Eva M. Blázquez Agudo. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III</i>	
5. LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO	39
<i>Dra. María Gema Quintero Lima. Universidad Carlos III de Madrid</i>	
6. POLÍTICAS DE EMPLEO Y ENFOQUE DE GÉNERO	51
<i>Dr. Daniel Pérez del Prado. Profesor Ayudante Doctor (acreditado Profesor Titular) Universidad Carlos III de Madrid</i>	
7. LA (DES)PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LAS MUJERES	67
<i>Dr. Borja Suárez Corujo. Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Autónoma de Madrid</i>	
8. PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO EN EL HOGAR, EL CASO ECUATORIANO	77
<i>Dra. Elisa Lanas M. Universidad Andina Simón Bolívar</i>	

“La responsabilidad de las opiniones expresadas en la obra incumbe exclusivamente a sus autores/as y su publicación, en ningún caso, puede considerarse como reflejo de la opinión de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social”.

4. MÁS ALLÁ DE LA FLEXIBILIZACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. LA NECESIDAD DE SUSTITUIR LOS DERECHOS DERIVADOS POR DERECHOS PROPIOS

THE IMPACT OF GENDER ON MATERNITY AND PATERNITY BENEFITS OF SPANISH SOCIAL SECURITY

Dra. Eva M. Blázquez Agudo. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III

evamaria.blazquez@uc3m.es

Resumen: Las prestaciones por muerte y supervivencia se regularon en unas circunstancias sociales diferentes a las actuales. La normativa aplicable está siendo modificada continuamente con el fin de adaptar estos beneficios a las necesidades de cada momento. En este trabajo, en primer lugar, se trata de poner en evidencia la evolución más significativa en la flexibilización de

las condiciones exigidas tanto a los beneficiarios como a los causantes. Pero, entendiendo positivo la extensión de la protección, en todo el análisis lo que realmente se pretende sugerir es la necesidad de sustituir los beneficios por prestaciones propias que reconozcan las carencias concretas como ciudadanos, al margen de sus relaciones personales.

Palabras clave: Pensiones de muerte y supervivencia, pensión de viudedad, derechos propios y derechos derivados.

Keys Words: Survival allowance, widow's pension, own rights and family rights.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LOS BENEFICIARIOS. 1.1. LOS CÓNYUGES. 1.2. LOS EX CÓNYUGES. A. LA PRUEBA DE CARENCIA DE RECURSOS. B. EL IMPORTE DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. 1.3. LAS PAREJAS DE HECHO. 1.4. LA PROTECCIÓN DESIGUAL POR RAZÓN DE GÉNERO. 1.5. EL ELEMENTO DE LA EDAD COMO LÍMITE DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO. 2. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS CONDICIONES LIGADAS AL CAUSANTE. 3. LA NECESIDAD DE DAR UN PASO MÁS: HACIA LOS DERECHOS PROPIOS. 3.1. LA REALIDAD SOCIAL ANTERIOR COMO PUNTO DE PARTIDA. 3.2. LA ADAPTACIÓN A LOS NUEVOS RETOS SOCIALES. 3.3. ALGUNAS POSIBLES SOLUCIONES. 3.4. LAS NECESIDADES ESPECIALES DE LOS PROGENITORES SOLOS CON HIJOS.

INTRODUCCIÓN

El fallecimiento del cónyuge o pareja de hecho es una contingencia que en muchos sistemas de Seguridad Social se protege a través de diferentes prestaciones de muerte y supervivencia, denominadas en general pensiones de viudedad. En los últimos tiempos, en muchos ordenamientos se están introduciendo importantes cambios en estos beneficios con el fin de adaptarse a los nuevos patrones sociales. Aunque todavía hay muchas regulaciones que se mantienen de acuerdo con un reparto de roles familiares que no se corresponde con la realidad.

Así, se puede poner el ejemplo del ordenamiento español, donde en este momento aún se desarrollan dichas pensiones a través de la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del régimen general de la seguridad social. Con el único dato de la fecha de su publicación se puede deducir que se precisa una nueva regulación que adapte esta protección a las nuevas circunstancias sociales. Si bien es verdad que se han introducido modificaciones legislativas y la jurisprudencia ha ido adaptando estas prestaciones a la realidad, no obstante, sigue siendo preciso una reforma profunda o, quizás, incluso su sustitución por otros bene-

ficios más acordes con las nuevas necesidades de la sociedad.

Las pensiones de viudedad tienen elementos peculiares⁵¹, al igual que el resto de las prestaciones por muerte y supervivencia, que las diferencian de los otros beneficios de la Seguridad Social. El fundamental es la intervención de dos sujetos en la protección: por un lado, el causante, quien debe cumplir los requisitos exigidos por la norma en relación a la contributividad a los efectos de generar la ayuda; y por el lado, se encuentra el beneficiario, que debe reunir ciertas condiciones de parentesco y relación con el causante.

Si en el ámbito de la protección de la Seguridad Social, los beneficiarios son protegidos de acuerdo con condiciones que deben cumplir ellos mismos, en el nivel de las prestaciones por muerte y supervivencia se reconoce un derecho provocado por otro sujeto diferente. Es decir, se accede a los derechos teniendo en cuenta su relación personal con otro sujeto, que es el causante de la protección. De acuerdo con lo referido, la prestación que se concede a los beneficiarios es un derecho derivado que no se origina por su contribución propia al sistema de la Seguridad Social, sino por la que realizó otra persona a la que estaban unidos por un nexo matrimonial, familiar o asimilado.

En concreto, la pensión de viudedad ha protegido tradicionalmente al nexo conyugal. No obstante, con posterioridad se ha tratado de adaptar a las nuevas realidades: por ejemplo, se han valorado los efectos de la ruptura del matrimonio y del incremento de parejas de hecho. Sin embargo, aún quedan ciertos elementos legislativos que tienen su origen en otro entorno generalizado muy distinto, donde el hombre trabajaba fuera de casa y aportaba las rentas al hogar y la mujer se quedaba en casa cuidando a los hijos. Muchos de los problemas que se plantean desde la evolución social quedarían resueltos a través de la creación de derechos individuales que protegiesen al ciudadano de acuerdo con sus necesidades concretas.

En cierto modo, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo ha llevado a dejar sin finalidad propia a la pensión de viudedad. Cuando el reparto de roles consistía en que el cabeza de familia apor-

tase a la familia los ingresos, se presumía que cuando fallecía, su mujer perdía su principal medio de vida, por lo que precisaba de unas rentas de sustitución⁵². Esta situación ha evolucionado, de forma que es el momento de repensar este modelo y conceder la prestación sólo en los supuestos en que realmente el sujeto se encuentre en situación de necesidad⁵³. En este sentido, en el derecho español la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en su Disposición Adicional 25^a, anunció el cambio de la normativa para los beneficiarios nacidos después de 1967, esto es, a quienes tenían menos de 40 años en ese momento. No obstante, todavía está pendiente la reforma que tenga en cuenta esta situación.

Con independencia de la necesidad de reconocer a todos los ciudadanos un derecho propio, cuando precisan de protección, se van a poner en evidencia en este estudio, algunas cuestiones que, si se mantiene el derecho derivado como hasta ahora, deberían ser repensadas por lo Estados. En este contexto, cabe apuntar la escasa protección de las parejas de hecho, el reconocimiento de beneficios inadecuados cuantitativamente en los supuestos de reparto de la pensión de viudedad entre varios cónyuges o incluso la relación entre este derecho y la protección de los hijos. Pero, además, es fundamental repensar la combinación de elementos asistenciales en el acceso a la pensión, que no parecen fundamentarse en un contexto contributivo, que es el origen de la pensión. Con estas condiciones se rompe la lógica de la parte contributiva del sistema de Seguridad Social que podría mantener cierto sentido en una regulación de nuevas prestaciones dirigidas individualmente a los ciudadanos, pero no en el actual.

En todo caso, en este estudio se trata de proponer que las mujeres tengan medios de vida propios, sin depender directamente de las rentas de sus cónyuges, de acuerdo con el Objetivo de Desarrollo Sostenible Quinto de la Agenda 2030. En concreto, se busca la autonomía económica de las mujeres, el reconocimiento de sus derechos propios a través del reconocimiento del trabajo de cuidado no remunerado y el reconocimiento, en su caso, de pensiones no contributivas adecuadas⁵⁴.

⁵¹ Se ha optado por la terminología de pensión de viudedad, aunque en algunos ordenamientos, se utilizan otros vocablos. Por ejemplo, en Argentina se diferencia entre jubilación y pensión, siendo la última la que aquí se denomina como pensión de viudedad.

⁵² STC 103/ 1983, de 22 de noviembre.

⁵³ SSTC 77/1991, de 11 de abril y 2/1992, de 9 de marzo.

⁵⁴ En este sentido, Vid. Pacto Iberoamericano por la igualdad entre hombres y mujeres en los sistemas de seguridad social, firmado el 8 de septiembre de 2016 por ministros y ministras y OISS, en encuentro regional promovido por la OISS.

Desde este contexto, se pasa a analizar las prestaciones por viudedad, no con el objeto de realizar un examen exhaustivo, sino de apuntar los problemas más importantes que se plantean en el desarrollo de la regulación de estos beneficios, así como las pautas seguidas para solucionar las cuestiones planteadas entorno a su aplicación práctica hasta el momento. El estudio parte del análisis del ordenamiento español, pero al hilo de este examen se van a aportar ejemplos en otros países, especialmente en los hispanoamericanos. En un segundo momento, se propone la posibilidad de dar un paso más y proteger a las mujeres de acuerdo con derecho propios y no derivados.

1. LOS BENEFICIARIOS

En general, la regulación de la pensión de viudedad está pensada para proteger al cónyuge que se queda viudo y, por tanto, pierde parte de las rentas (o, todas) al fallecer uno de los sustentados (en ocasiones, el único) del hogar familiar. No obstante, el incremento de las parejas que conviven, sin formalizar el nexo matrimonial, así como de las rupturas de dicho vínculo, han llevado a que sea precisa la adaptación de la norma a las nuevas situaciones.

1.1. Los cónyuges

En el ordenamiento español, el beneficiario principal es el cónyuge supérstite, es decir, el unido por nexo matrimonial con efectos civiles⁵⁵, sin que se le

demande ningún otro requisito sobre su relación⁵⁶. La única condición exigida a los cónyuges se establece en los supuestos de fallecimiento por enfermedad común: se demanda un año de matrimonio o hijos comunes⁵⁷, cuando dicha enfermedad no sea sobrevenida al vínculo conyugal. En todo caso, no se exigirá tampoco dicha duración en estos supuestos, cuando en la fecha de celebración del mismo se pudiese acreditar un período de convivencia con el causante, que, sumado al de la duración del matrimonio, supere los 2 años⁵⁸. Obviamente, siempre que durante la convivencia los convivientes se encontrasen libres de vínculos matrimoniales con terceros⁵⁹.

Esta condición también se puede encontrar en otros ordenamientos. Así, por ejemplo, en Chile a los viudos, que acceden a la prestación de viudedad por el antiguo sistema de protección, se les exige que hayan contraído matrimonio con, al menos, 6 meses de antelación al fallecimiento en supuestos de causantes en activo (salvo que su haya sido causando por accidente común) o pensionistas de invalidez parcial, o 3 años en caso de que se trate de un pensionista de incapacidad permanente absoluta o de jubilación. Asimismo, se incluyen excepciones similares, dado que no se demanda este plazo de carencia en los supuestos en los que existan hijos menores comunes o que la viuda esté embarazada.

No hace falta decir que el fundamento de la exigencia de este requisito añadido parece ser la presunción de fraude que recae sobre el matrimonio celebrado cuando el causante ya está enfermo.

⁵⁵ Sobre esta cuestión se ha mantenido una interpretación integradora. Así, por ejemplo, se ha reconocido como válido el matrimonio canónico no inscrito en el registro civil; el civil celebrado durante la Segunda República; o en distintas formas religiosas (iglesia evangelista, israelita e islámica) y los formalizados en el extranjero, siempre que cumplan los requisitos legales (STC 199/2004, de 15 de noviembre). Asimismo, se reconoce el celebrado en Estados de la Unión Europea, inscrito en sus registros, en base al propio reconocimiento mutuo del valor de los documentos [STSJ de País Vasco de 25 de febrero de 2014 (JUR 2014, 187609)], o en Brasil por idénticos motivos [STSJ Cataluña de 20 de enero de 2014 (JUR 2014, 49731)]. Mención especial merece el rito gitano, al que no se le reconoce directamente efectos civiles (STC 69/2004, de 15 de diciembre). Sin embargo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 8 de diciembre de 2009 (TEDH 2009, 140) marca un punto de inflexión en esta materia, estimando el derecho a la pensión de viudedad, basado en la buena fe de la actora que confió en que el Estado le había conferido valor matrimonial. A partir esta declaración, la jurisprudencia ha sido muy variada. En ocasiones, se le ha reconocido el mismo valor que a las parejas de hecho [STSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2014 (Rec. 2014, 268)], mientras que en otras se ha calificado como matrimonio [STSJ de Andalucía/Granada de 27 de marzo de 2014 (AS 2014, 1685)].

⁵⁶ Se presume la situación de necesidad (STC 184/1990, de 15 de noviembre) y el requisito de la convivencia ha sido atenuado a partir de la Ley de divorcio hasta su total desaparición.

⁵⁷ Con independencia de que los hijos sigan vivos; sean o no beneficiarios de la pensión de orfandad; o hayan nacido ante o después del fallecimiento del causante de acuerdo con el Criterio INSS 46/1999, de 14 de octubre de 2008.

⁵⁸ En estas circunstancias no se exige la inscripción (o documento público), basta con la acreditación de la mera convivencia en la duración exigida por la norma de acuerdo con, entre otras, la STS de 24 de mayo de 2012 (recurso 2011, 1148).

⁵⁹ En caso contrario, solo se contabilizará la convivencia desde la extinción del nexo marital anterior a tenor de la STS de 30 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 279766).

Dicho en otras palabras, se sospecha que en estos casos el nexo matrimonial se ha buscado con el objetivo de causar la prestación⁶⁰, de modo que a través del tiempo de relación o de los hijos comunes se trata de demostrar que no ha sido así. En conclusión, el fraude lleva a determinar las condiciones de acceso.

No obstante, en el derecho español se trata de atenuar estos efectos mediante el acceso al subsidio de viudedad con el objeto de conceder unas rentas el cónyuge superviviente mientras se organiza y, en su caso, busca otros recursos que reemplacen a los perdidos al fallecer el causante. La duración de esta prestación es de 2 años y su cuantía mensual es idéntica a la de la pensión de viudedad. Así, se trata de salvar la situación de necesidad de aquellos que, aunque no se casaron de forma fraudulenta, con el único fin de conseguir la pensión, sí quedaron desprotegidos.

Otra cuestión a tener en cuenta en el ámbito de la protección de los cónyuges, es la situación de los cónyuges legalmente separados, que reanudan la convivencia con anterioridad al hecho causante, sin que la reconciliación se haya puesto en conocimiento del Juzgado. En estos casos, en el derecho español para acceder a la pensión de viudedad no se les trata como cónyuges, sino como si fuesen una pareja de hecho⁶¹. El único beneficio que obtienen es que la convivencia matrimonial también se valora para obtener el beneficio⁶². Como se puede ver, otra vez se evidencian nuevas situaciones que no se tuvieron en cuenta en la regulación original de la norma, pero que la evolución social ha puesto de manifiesto.

1.2. Los ex cónyuges

A. La prueba de la carencia de recursos

En el derecho español, los ex cónyuges legítimos también podrán acceder a la pensión de viudedad a la muerte del causante, siempre que cumplan ciertos requisitos: en concreto, cuando no hayan contraído nuevas nupcias o formado pareja de hecho y cuando sean acreedoras de una pensión compensatoria y la pierdan en el momento del fallecimiento⁶³. Esta última condición se exige con el fin de garantizar que la prestación actúe con carácter de renta de sustitución, demostrando que el beneficiario dependía del causante y que ahora ha perdido su medio fundamental de vida⁶⁴. En otras circunstancias parece que carece de sentido mantener un derecho cuando se rompió la relación conyugal, puesto que no queda ninguna vinculación entre las partes.

No obstante, en la actualidad la norma acepta dos excepciones a este requisito de la pensión compensatoria, dado que los sujetos protegidos generalmente pertenecen a situaciones sociales anteriores, con repartos de roles clásicos entre hombre y mujer, que lleva a que se pueda presumir la existencia de la relación de dependencia. Se reconocen reglas especiales para los sujetos que se separaron o divorciaron con anterioridad a enero de 2008, aunque solo a los que accedan a la protección antes del 31 de diciembre de 2017, ya que no será preciso acreditar una pensión compensatoria para acceder a la pensión de viudedad⁶⁵. En todo caso, se demandan ciertas obligaciones añadidas, que complican el acceso a la protección mediante este

⁶⁰ El Pleno del Tribunal Constitucional ha acordado admitir a trámite la cuestión interna de inconstitucionalidad 693-2013(Providencia 26-02-2013) sobre esta exigencia.

⁶¹ STS de 23 de abril de 2012 (RJ 2012, 5870), aunque se considera matrimonio, cuando reanudada la convivencia se comunica a un notario [STS de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014,2078)].

⁶² STS de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2078).

⁶³ Se entiende cumplida la condición respecto a la pensión compensatoria, cuando se refiera a otras ayudas con idéntica finalidad: por ejemplo, la pensión de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos [SSTS de 29 de enero de 2014 (RJ 2014, 1038) y de 6 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3753), así como Criterio INSS 30/1994, de 24 de abril de 2014]. Además, no se exige que se haya recibido el pago fehacientemente, sin que la falta de reclamación extinga la pensión, ni signifique su renuncia [STS de 1 de abril de 2014 (RJ 2014,2780), así como Criterio INSS 30/1994, de 17 de julio de 2014]. No obstante, no se acepta cuando solo se declara que las partes se compensarán con lo que puedan, y cuando puedan, sin ningún compromiso formalizado [Criterio INSS 30/1994, de 26 de diciembre de 2014].

⁶⁴ El mismo derecho se reconoce a los supervivientes, cuyo matrimonio fue declarado nulo en las mismas condiciones, especialmente demostrando su situación de necesidad mediante la pérdida en el momento del fallecimiento de la indemnización reconocida vía art. 98 de Código Civil, siempre que se acredite la buena fe del sujeto [STSJ de Madrid de 27 de junio de 2014 (AS 2014, 2154)].

⁶⁵ Esta excepción se extendió a todos los supuestos en los que el fallecimiento ocurrió entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009. Igualmente se reconoce desde enero de 2013 a los excónyuges con más de 65 años y 15 años de matrimonio, cuando no tengan reconocida otra pensión pública.

recurso: a) que desde la fecha de separación judicial o el divorcio hasta el momento del fallecimiento del causante haya transcurrido menos de 10 años; b) que la relación matrimonial haya tenido cierta estabilidad, puesto que se demanda que haya durado un mínimo de 10 años⁶⁶; c) que tengan hijos comunes o que el beneficiario sea mayor de 50 años en el momento del fallecimiento.

Así, parece que la existencia de un hijo garantiza por sí misma la necesidad de rentas. Y si no se demuestra de esta forma, se concederá a los mayores de 50 años, puesto que, en general, las que accederán serán mujeres que se dedicaron al cuidado de su hogar, mientras el marido trabajaba fuera para obtener las rentas necesarias. Esto es, se está protegiendo una realidad social que posteriormente ha sido superada por la población que ahora tiene una edad inferior a la señalada.

Por otro, también se exceptúan del requisito de la pérdida de la pensión compensatoria a las víctimas de violencia de género, como parte de las medidas generales de la legislación a favor de las mujeres víctimas de la violencia de género, que trata de conceder derechos más accesibles dada la especial situación en que se encuentran en estos supuestos. En definitiva, se mantiene al margen del supuesto de necesidad económica del beneficiario. En este caso, deberán demostrar su situación mediante la existencia de sentencia firme que lo declare⁶⁷, o del archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento. En caso de que no exista tal resolución, se han admitido otros medios de prueba tales como la orden de protección dictada a su favor o del informe del Ministerio

Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio admitido en derecho⁶⁸.

B. El importe de la pensión de viudedad

En los supuestos generales, la cuantía de la prestación de viudedad queda limitada por el importe de la pensión compensatoria pérdida. Al contrario, cuando no se exige el requisito, no se produce tal limitación⁶⁹, con independencia de que se pierda una pensión de tal naturaleza⁷⁰. En caso contrario, resultarían más favorecidos quienes no tuviesen reconocida la pensión compensatoria, cuando lo que se plantea es aplicar una excepción para no desproteger.

Con independencia de esta cuestión, se establecen reglas para el reparto de la cuantía en caso de concurrencia de varios beneficiarios⁷¹. En el derecho español, se valora el tiempo proporcional de convivencia de cada uno de ellos con el causante⁷², contabilizando también la convivencia antes del matrimonio y descontando el tiempo desde la separación⁷³. No obstante, debe siempre garantizarse al menos un 40% del importe a quien fuese el cónyuge o la pareja en el momento del óbito⁷⁴. Incluso se beneficia de la parte que se le descuenta a otro excónyuge de acuerdo con el importe de la pensión compensatoria que pierde en el momento del fallecimiento⁷⁵. En todo caso, esta regla de reparto se está sometiendo en la actualidad al análisis de su constitucionalidad⁷⁶, de modo que es posible que en un futuro cercano vuelvan a introducirse modificaciones por vulneración del principio de igualdad.

⁶⁶ A estos efectos, el cómputo se hará desde el momento de la creación del nexo hasta el divorcio, puesto que el art. 85 del Código Civil no reconoce a la separación judicial efectos extintivos.

⁶⁷ Aunque con posterioridad la víctima manifieste su voluntad de reconciliarse con el condenado a tenor de la STSJ de La Rioja de 19 de junio de 2014 (JUR 2014. 196563).

⁶⁸ STS de 30 de mayo de 2011 (RJ 2011, 5108).

⁶⁹ STS de 27 de junio de 2013 (RJ 2013, 6559).

⁷⁰ SSTs de 27 de junio de 2013 (RJ 2013, 6559) y de 30 de octubre de 2013 (RJ 2013, 8332), doctrina recogida por el Criterio INSS 46/1999, de 2 de abril de 2014.

⁷¹ En estos casos no se garantizan las cuantías mínimas de forma individualizada, sino que se reparte en idéntica proporción entre todos los concurrentes. Vid. STSJ de Andalucía de 11 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 287445).

⁷² Si bien es verdad que al principio se distribuyó la cuantía de acuerdo con el tiempo de convivencia estricto de cada uno con el causante [STS de 18 de febrero de 1994 (AR 1994, 6680)], posteriormente se aplicó el criterio atributivo que repartía la cuantía de la pensión considerando el módulo del sujeto que continúa casado con el causante en el momento de su fallecimiento como pleno a contabilizar desde la constitución del primer vínculo matrimonial hasta el de la muerte, restándole el tiempo de convivencia concreto del resto de los beneficiarios [STS de 3 de julio de 2000 (RJ 2000, 7173)].

⁷³ STSJ de Galicia de 9 de abril de 2014 (AS 2014, 1695).

⁷⁴ El cónyuge o pareja principal recibe la parte de los excónyuges en el supuesto que fallezca, pero no, al revés, a tenor de la STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de mayo de 2014 (AS 2014, 1423).

⁷⁵ STSJ Cataluña de 9 de septiembre de 2014 (AS 2014, 2789).

⁷⁶ Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4921-2012 por el Pleno del Tribunal Constitucional (Providencia 10 de septiembre de 2013).

Se ha planteado si la regla de proporcionalidad debía aplicarse sólo cuando existe concurrencia de beneficiarios, o también cuando sobreviva uno solo, pero separado o divorciado del causante. El importe de la pensión siempre quedará reducido de acuerdo con el porcentaje de convivencia con el causante, con independencia de que no concurren distintos beneficiarios⁷⁷. De esta manera, la parte que corresponde al período donde no existió convivencia las adquiriría la Tesorería, que se beneficia como si fuese el cónyuge actual⁷⁸.

En resumen, una cuestión tan frecuente en la realidad social, como es la ruptura de las relaciones matrimoniales, plantea numerosas dudas en su aplicación que han ido disipándose a través de la evolución de la jurisprudencia. La razón de este descuido legislativo es la inclusión de normas al respecto que han ido cambiando desde el reconocimiento del divorcio en la legislación española (en 1981), tratando de adaptarse en cada momento a las situaciones que se han ido planteando, casi siempre desde las pautas ofrecidas previamente por los tribunales. Su desarrollo tiene una tendencia clara a atender las situaciones reales de necesidad, que culminaría en una regulación derechos individuales reconocidos, sobre todo a las mujeres mayores de 50 años, que en el momento del fallecimiento de sus ex cónyuges quedan desamparadas.

1.3. Las parejas de hecho⁷⁹

En la Seguridad Social española, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, reconoció el acceso a la pensión de viudedad a las parejas de hecho con independencia de la causa de fallecimiento del causante. Pero, no a todas ellas, sino solo a las que cumplen ciertas

notas. En cualquier caso, este reconocimiento no se hace en las mismas condiciones que a los cónyuges⁸⁰, argumentando que los ciudadanos son libres en la elección de las diversas formas de convivencia, que plantean distintas consecuencias⁸¹.

En concreto, las condiciones de acceso a la pensión de viudedad son las siguientes. En primer lugar, los miembros de la pareja de hecho han de estar unidos por una relación de afectividad análoga a la conyugal. El segundo requisito consiste en no estar impedido para contraer matrimonio⁸², así como no tener vínculo matrimonial con otra persona⁸³.

Por otro lado, como tercer requisito se demanda la carencia de rentas, que se puede acreditar de dos maneras: o bien a través de los ingresos propios, cuando hayan sido inferiores al 50% de la suma de las rentas totales que disfrutaban el propio beneficiario y el causante⁸⁴; o bien es posible acceder siempre que sus rentas propias (todos los rendimientos de trabajo y capital, así como los de carácter patrimonial de acuerdo con las mismas reglas aplicables al cómputo para establecer el derecho a percibir los complementos por mínimos) sean inferiores al 1,5% del SMI vigente en el momento del hecho causante⁸⁵.

Si la prueba de la carencia de ingresos se hace por la primera fórmula, el beneficio se mantendrá con independencia de los recursos futuros del beneficiario, sin embargo, si el reconocimiento se lleva a cabo por la segunda, habrá que mantener la exigencia durante todo el tiempo que dure el disfrute de la pensión. De esta forma, si cambian las circunstancias económicas del beneficiario, habrá que comunicarlo a la entidad gestora y se suspenderá el disfrute de la prestación. Sin embargo, no

⁷⁷ STS de 23 de junio de 2014 (RJ 2014,5198).

⁷⁸ Entre muchas otras, STS de 27 de enero de 2004 (Ar. 2004, 849).

⁷⁹ Para profundizar sobre el tema se puede consultar, BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. / PRESA, R., "Pensión de viudedad para parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial" en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168/2014.

⁸⁰ Esta regulación se califica de opción legislativa, fundamentada de forma objetiva y razonable por requerimientos de seguridad jurídica y de delimitación de situaciones de fraude, tal y como se ha establecido en las SSTC 93/ 2013 de 23 de abril y 51/2014, de 11 de abril.

⁸¹ SSTSJ de Cataluña de 27 de marzo de 2013 (Rec. 2012, 4181) y de 19 de septiembre de 2012 (Rec. 2012, 203).

⁸² Están impedidos para contraer matrimonio: los discapacitados psíquicos, los menores de edad no emancipados, así como los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción hasta el 3º grado y los condenados por sentencia firme como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

⁸³ Esta *condición fue* objeto de cuestión de inconstitucionalidad, que fue desestimada por STC 44/2014 de 7 de abril.

⁸⁴ El límite exigido se rebaja al 25% cuando el conviviente no tenga hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. En todo caso, los ingresos que deben compararse son los del año natural anterior al fallecimiento, entendido como el período que va desde el 1 de enero al 31 de diciembre del ejercicio previo [STSJ de Andalucía/Sevilla de 20 de febrero de 2014 (Rec. 2013, 1101)].

⁸⁵ Si existen hijos comunes, el límite se incrementa en un 0,5% del SMI por cada uno de ellos.

parece adecuada la solución. Si en los dos supuestos queda probada la carencia de rentas, debería tratarse igualmente en el futuro, exigiendo en ambos casos el mantenimiento de la condición a tenor de la lógica que se sigue en la regulación de esta situación.

Para finalizar, las dos últimas condiciones demandadas a las parejas de hecho son, en primer lugar, la convivencia estable y notoria con una duración no inferior a 5 años y, además, el trascurso de 2 años desde el momento de la inscripción en registro público o desde la acreditación de su existencia en documento público. Estos requisitos que parecen, en principio, que comparten igual justificación, sin embargo, se plantean como condicionantes cumulativos o alternativos⁸⁶. La primera es una condición material de convivencia que prueba la estabilidad de la pareja de hecho y la segunda es un requisito formal o “*ad solemnitatem*” de verificación de la constitución de la pareja ante el Derecho, al menos, con 2 años de antelación al hecho.

En relación a la mera convivencia, se exige que sea prolongada en el tiempo con el objeto de evitar que accedan a la protección las relaciones de hecho esporádicas y se computa desde el momento exacto de la muerte del causante⁸⁷; sin que se admita ninguna interrupción en su desarrollo⁸⁸. Dicha convivencia debe ser probada mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, no obstante, se ha aceptado una interpretación flexible

de este requisito, admitiendo otros medios de acreditación⁸⁹.

Asimismo, se exige la acreditación de la pareja de hecho con una antelación mínima de 2 años a la fecha del hecho causante mediante uno de los siguientes medios: o bien la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos de las Comunidades Autónomas o de los ayuntamientos del lugar de residencia, o bien mediante documento público en que conste la acreditación de la pareja. Se hace una interpretación restrictiva de lo que se entiende como documento público, de forma inversa a lo que ocurre en la prueba de la convivencia⁹⁰.

Comparado con otras regulaciones, la española parece demasiado rígida a la hora de aceptar la acreditación de la convivencia. Así, por ejemplo, en la Ley Argentina, se reconoce el derecho al conviviente del jubilado fallecido, siempre que acredite haber convivido públicamente, en aparente matrimonio, durante por lo menos 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento. No obstante, dicho plazo se reduce a 2, años cuando existan hijos reconocidos por ambos convivientes. También en el derecho colombiano se demandan 5 años de convivencia para acceder al derecho. Por tanto, no se solicita un doble condicionamiento como en el español.

En el caso del derecho argentino, en general, la convivencia se puede acreditar mediante uno de

⁸⁶ Entre otras muchas, STS de 12 de noviembre de 2014 (JUR 2014, 280298)], Criterio INSS 30/1994 y STC 4072013, de 11 de marzo.

⁸⁷ STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2012 (Rec. 2012, 991).

⁸⁸ Auto TS de 29 de enero de 2014 (Rec. 2013, 1436)], aunque en algunos casos se ha admitido en supuestos de internamiento de uno de los convivientes en prisión (Circular del INSS 30/1994, de 11 de abril de 2008).

⁸⁹ Entre otras muchas, STS de 25 de mayo de 2010 (Rec. 2009, 2696) y de 26 de enero de 2011 (Rec. 2010, 2714). En concreto, la escritura de testamento, la escritura de compraventa; el contrato de alquiler de vivienda; el certificado de defunción con la nota marginal aportado a los autos; la existencia de hijos comunes [STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2009 (Rec. 2009, 2020) y STSJ de Navarra de 28 de julio de 2009 (Rec. 2009, 197)]; el nacimiento de un hijo común junto con la suscripción de contrato de compraventa autorizado ante notario de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal [STSJ de Baleares de 18 de febrero de 2010 (Rec. 2009, 561)]; el certificado de nacimiento de un hijo común donde consta el mismo domicilio de ambos padres, que también se acredita en el otorgamiento posterior de escritura y en la inscripción como pareja de hecho [STSJ de La Rioja de 20 de junio de 2012 (Rec. 2012, 260)]; la cartilla bancaria conjunta, en la cual la pareja domiciliaba los recibos de los gastos comunes de la vivienda familiar y abonaba una póliza de préstamo común [STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2010 (Rec. 2009, 5515)]; el certificado del ayuntamiento, basado en la información de la policía local, que acreditaba el domicilio real [STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de julio de 2009 (Rec. 2009, 198) y STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 2011 (Rec. 2011, 6431)]; o el nacimiento de un hijo común, y la constatación del mismo domicilio común en la TGSS, en la demanda de inscripción del registro y en el DNI [STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de noviembre de 2012 (Rec. 2009, 250)]; y la convivencia acreditada por escritos, contrato de alquiler, certificado de empadronamiento, y libro de familia [STSJ Cataluña de 14 de junio de 2011 (Rec. 2010, 2705)].

⁹⁰ No se considera como tal el libro de familia [STS de 13 de febrero de 2014 (Rec. 2013, 1127)], ni el IRPF presentado de forma conjunta [Auto del TS de 7 de diciembre de 2011 (Rec. 2011, 1973)], ni el testamento [STS de 26 de noviembre de 2012 (Rec. 2011, 4072)], ni cuando se reconocen mutuamente como convivientes [STS de 9 de octubre de 2012 (Rec. 2011, 3600)], ni el certificado expedido por ayuntamiento [STSJ de País Vasco de 22 de diciembre de 2009 (Rec. 2009, 2097)], ni la escritura de compraventa ante notario [STSJ de Andalucía/Granada de 19 de enero de 2014 (Rec. 2014, 29)] o de testamento a favor de la pareja de hecho [STS de 9 de febrero de 2015 (Rec. 1352, 2014)].

estos instrumentos: documento público donde conste la declaración de la relación de la convivencia o concubinato formulada por el causante o ambos convivientes⁹¹. Y, además, se exigen tres de los siguientes documentos probatorios de la relación (a) información sumaria judicial o administrativa con dos testigos sin la participación del causante; b) comprobante de la obra social del titular, donde se encuentre como titular de la prestación la/el conviviente; c) documento de identidad, donde surja que poseen el mismo domicilio que en la partida de defunción del causante; d) documento donde el/la conviviente figure como apoderado para percibir o, para tramitar y percibir; e) partida de nacimiento de hijos en común, reconocidos por ambos convivientes); y una de las siguientes pruebas con el objeto de acreditar igual domicilio o convivencia (a) póliza de seguro, donde surja como titular de la prestación la/el concubina/o; b) contrato de locación familiar, debidamente sellada o timbrada; c) documentos de tarjeta de crédito; d) documentación del banco de la cuenta corriente / caja de ahorro; e) servicios públicos a nombre del/ dela conviviente. Para cerrar estas posibilidades probatorias, se admite que, en caso de no poder acreditar la relación de convivencia previsional mediante la presentación de la documentación probatoria mencionada, se podrá presentar la totalidad de la documentación que se posea, a los efectos de iniciar una actuación administrativa, para probar la relación invocada. Así, se deja abierta la posibilidad de probar la relación de convivencia con el fin de causar la pensión de viudedad.

Si bien puede ser adecuado que se demanden distintas condiciones de acceso a la pensión de viudedad a las parejas de hecho de acuerdo con la libre elección de los ciudadanos a la hora de establecer sus relaciones, no se puede compartir que se requieran tantos requisitos de acceso, que deba probarse una estabilidad superior al nexo matrimonial, como ocurre en el ordenamiento español. Y, en cualquier caso, si ya se ha demostrado la conviven-

cia en idéntica línea que se exige en la formalización del matrimonio, no se añada la demostración de la situación de necesidad a través de la carencia de rentas que no parece necesaria cuando la relación matrimonial sigue en vigor al fallecimiento del causante. En definitiva, parece adecuada la petición de la prueba de la estabilidad de la relación, que sí queda probada a través del matrimonio, pero sin incluir ningún otro condicionante distinto.

1.4. La protección desigual por razón de género

En la regulación del sistema de Seguridad Social español de 1974 sólo se reconocía el derecho a la pensión vitalicia de viudedad a las viudas sin más requisitos que el alta y ciertas cotizaciones al sistema de Seguridad Social por parte de su marido. Sin embargo, a los viudos se les exigía, además de las condiciones señaladas, la incapacidad para el trabajo. De esta forma, este último debía demostrar su imposibilidad de obtener ingresos por sí mismo y, por tanto, su estado de necesidad, mientras que esta condición se presumía en las viudas⁹².

Esta regulación era claramente contraria al artículo 14 de la Constitución, donde se proclama la igualdad entre los sexos y a la prohibición de discriminación⁹³. Por esto, en las primeras sentencias del Tribunal Constitucional se declaró la vulneración de dicho principio, reconociendo el acceso a la pensión de viudedad en las mismas condiciones a los hombres y a las mujeres⁹⁴. Posteriormente, fue la Ley 26/ 1990, de 20 de diciembre, por la que se establece prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, la que eliminó cualquier tipo de diferencia de trato en la pensión de viudedad por razón de sexo, sustituyendo el término “*viuda*” por el de “*cónyuge*”⁹⁵.

Todavía en algunos países se sigue manteniendo las diferencias de protección por razón de viudedad,

⁹¹ Se entiende por tal documento a la resolución judicial, la denuncia penal, la sentencia judicial, la escritura pública, la información sumaria judicial o administrativa con la participación del causante o ambos convivientes, pero, también cualquier otro instrumento público reconocido civilmente; o por información sumaria judicial tramitada por la/el conviviente-derechohabiente con dos testigos con la participación del organismo gestor de la Seguridad Social (ANSES) y demás terceros interesados cuya existencia se conociere; así como por partida de matrimonio de argentino/s celebrado en el extranjero entre el período comprendido entre el 01/03/1956 y el 21/06/1987, existiendo una relación matrimonial vigente; o asimismo mediante unión civil.

⁹² STC 103/ 1983, de 22 de noviembre.

⁹³ GONZALO GONZÁLEZ, B., “La Seguridad Social de los viudos varones según el Tribunal Constitucional” en *Actualidad Laboral*, núm. 6/ 1990, pág. 75.

⁹⁴ SSTC 103/1983, de 22 de noviembre y 104/1983, de 23 de noviembre.

⁹⁵ Sobre esta cuestión, se puede consultar, BLÁZQUEZ AGUDO, EVA MARÍA, *Las prestaciones familiares en el sistema de la Seguridad Social*, BOE, 2005. págs. 91 y ss.

según el que acceda a la protección sea hombre o mujer. Así, por ejemplo, en Chile se exigen diferentes requisitos a los viudos que a las viudas que acceden a la prestación de viudedad del antiguo sistema de protección. En general, se exige que el causante, que falleció por contingencias comunes, haya cotizado, al menos, 401 semanas. Pero, además, si el presunto beneficiario es hombre, se le demanda que haya sido declarado discapacitado por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) y que haya vivido a expensas de la cónyuge. En definitiva, se requieren similares condiciones que con anterioridad en el sistema español.

Sería deseable que se vayan igualando las exigencias en cuanto a los requerimientos de prueba del estado de necesidad a viudos y viudas, de modo que se exijan a todos las mismas circunstancias e idénticas demostraciones.

1.5. El elemento de la edad como límite del reconocimiento del derecho

Hay ordenamientos que tienen en cuenta la edad de los beneficiarios para conceder la protección o no. La inclusión de este elemento se basa en que se entiende que si se tiene una edad determinada, se puede encontrar recursos propios para vivir, por lo que no es preciso acceder a los derechos como superviviente.

De acuerdo con esta situación, por ejemplo, en el derecho francés, se limita el derecho a la pensión de acuerdo con la edad del beneficiario. Así, únicamente se concede la pensión de viudedad a partir de los 55 años, y solo bajo condición de prueba de carencia de recursos. Si es menor de esa edad se le reconoce un subsidio temporal con el objeto de que pueda encontrar un puesto de trabajo que le aporte rentas propias, dado que se entiende que tiene la oportunidad de encontrar sus propios medios de vida.

Otro ejemplo, se puede aportar desde el ordenamiento alemán. Según la edad se diferencia entre la pensión mayor y la menor. Los cónyuges que tengan cumplidos los 45 años de edad (que va a elevarse hasta 47), que se encuentren discapacitados/as, o tengan un hijo menor o discapacitado reciben un 60 % del importe de la pensión que le hubiese correspondido al cónyuge fallecido. Si no se encuentra en ninguno de estos casos, entonces percibe solo un 25%.

2. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS CONDICIONES LIGADAS AL CAUSANTE

En el derecho español, el causante puede causar la pensión de viudedad desde la situación de alta o asimilada al alta, así como desde la situación de pensionista. En ambos casos, la tendencia ha sido a facilitar el acceso al derecho.

En el primer caso, se demanda al causante que se encuentre en alta o situación asimilada al alta en el momento de fallecimiento para que su cónyuge/ex cónyuge o pareja de hecho puedan acceder a la pensión de viudedad. Además, en el supuesto de que el óbito tenga como origen la enfermedad común se exigirán tener acreditados al menos 500 días⁹⁶, en un período ininterrumpido de 5 años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar⁹⁷, que se retrotraen al momento en que cesó la obligación de cotizar en el supuesto que el sujeto se encontrase en situación asimilada al alta⁹⁸. Se reconoce el mismo beneficio con independencia de que el óbito se haya producido por causa de contingencia común o profesional, pero se demandan cotizaciones previas solo en caso de fallecimiento por enfermedad común.

Las situaciones legales de situación asimilada al alta son la percepción del subsidio de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, ma-

⁹⁶ Hay ordenamientos más generosos en relación a esta condición que otros, por ejemplo, en Alemania se demandan 60 meses cotizados y en Colombia 50 semanas en los últimos 3 años antes del fallecimiento.

⁹⁷ A estos efectos son computables como días de cotización las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo/lactancia; suspensión con reserva de puesto de trabajo por víctima violencia de género; los años de excedencia por guarda legal o el primero de cuidado familiar; la jornada al 100% en los casos de reducción de jornada por cuidado del menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave; y los dos primeros años de reducción por cuidado de menor de 12 años, así como el período de maternidad o paternidad subsiguiente a la extinción del contrato de trabajo o que no se inicie durante la percepción de prestación de desempleo. Además, se tendrán en cuenta las cotizaciones realizadas al SOVI y al Mutualismo Laboral, aunque no estuviesen dentro de los últimos 5 años.

⁹⁸ A los efectos de computar los últimos 5 años se consideran ciertos períodos como tiempo neutro o de paréntesis que la jurisprudencia ha calificado como situaciones asimiladas al alta en la STSJ de Andalucía/Sevilla de 25 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 276936).

ternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, la situación legal de desempleo, y las situaciones de alta especiales como son la huelga y el cierre patronal, se añaden otras legislativamente como la excedencia forzosa para ocupar cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo o el ejercicio de funciones sindicales, el traslado de un trabajador por su empresa a centros de trabajos radicados fuera del territorio nacional; y los supuestos en que se ha suscrito un Convenio Especial, cuando cesa la condición de trabajador por cuenta ajena. No obstante, la jurisprudencia ha mantenido una línea humanizadora, incluyendo como tales otras circunstancias como, por ejemplo, en las situaciones relacionadas con desempleo⁹⁹; cuando el causante no se encontraba en alta por estar en el extranjero, cuando sólo estuvo un día¹⁰⁰; o cuando no se encontraba en esta situación en el momento del fallecimiento desde hacía un breve plazo, pero contaba con una dilatada carrera de cotización¹⁰¹.

Por otra parte, con el fin de que sea imposible el acceso a las pensiones de viudedad por no encontrarse el causante en alta o situación asimilada al alta, cuando, sin embargo, cotizó durante un largo período, se ha flexibilizado el primero de los requisitos. Así, se permite el acceso al derecho desde la situación de no alta, siempre que se hayan cotizado 15 años, incluso aunque sean en varios regímenes diferentes¹⁰².

No obstante, la situación más común es causar el beneficio desde la situación de pensionista de jubilación o incapacidad permanente, obviamente siempre de la modalidad contributiva. La norma reconoce el derecho, cuando los causantes aún no hubiesen solicitado dicha pensión, pero, sin embargo, hubieran cesado el trabajo por cuenta ajena. Igualmente, se entiende que se generan idénticos derechos en relación a la pensión de invalidez, aún no solicitada¹⁰³. Asimismo, se asimila al incapacitado permanente que hubiese sustituido la pensión por una indemnización a tanto alzado y fallezca antes de cumplir los 60 años.

En definitiva, con la descripción de todas estas circunstancias y su interpretación flexible se quiere poner en evidencia que, en general, se está tratando de atender a todas las necesidades familiares, con independencia de cuestiones contributivas. De esta forma, de nuevo habrá que reivindicar la necesidad de atender estos estados desde el punto de vista no contributivo, al margen de las cotizaciones de otros sujetos que, en cierto modo, ya está contemplando, aunque aún de forma tenue, la propia práctica de aplicación de las prestaciones de muerte y supervivencia.

3. LA NECESIDAD DE DAR UN PASO MÁS: HACIA LOS DERECHOS PROPIOS

Como se ha podido observar hasta ahora, la tendencia en el derecho español es la flexibilización en el acceso a la pensión de viudedad desde dos puntos de vistas: la extensión del ámbito subjetivo de la protección y la humanización en el cumplimiento de las condiciones exigidas al causante. Si bien de esta forma se consigue proteger en mayor medida a aquellos que lo precisan al fallecimiento de su cónyuge o pareja, parece que sería más adecuado atenderlos no tanto por su relación personal, como por la situación de necesidad en la que quedan. Dicho en otros términos, se entiende más adecuado la definición de derechos propios y no derivados en el ámbito de la protección social, de forma que se atiendan las necesidades de los ciudadanos directamente y no por razón de parentesco.

3.1. La realidad social anterior como punto de partida

Esta necesidad de crear derechos propios se fundamenta en el contexto de la evolución social de las relaciones familiares. Si bien es verdad que la pensión de viudedad ha protegido tradicionalmente

⁹⁹ Así, en supuestos de paro involuntario siempre que se mantenga el "animus laborandi" [STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de octubre de 2013 (JUR 2013, 340381) y STSJ de Asturias de 5 de abril de 2013 (JUR 2013, 189287)] y se haya mantenido ininterrumpidamente la inscripción como demandante de empleo [STSJ de Murcia de 16 de junio de 2014 (JUR 2014, 280263)]. Asimismo, se ha aceptado cuando el período de desconexión de esta situación no ha sido demasiado largo [STSJ de Andalucía/Granada de 22 de enero de 2014 (AS 2014, 650)], o incluso cuando no es posible acudir a la oficina de empleo por haber sufrido una larga enfermedad [STSJ de Cataluña de 17 de julio de 2014 (JUR 2014, 241758)].

¹⁰⁰ STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2013 (JUR 2013, 173611).

¹⁰¹ STS de 28 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 988).

¹⁰² Circular INSS 4/2003, de 8 de septiembre.

¹⁰³ Se asimilan idénticos efectos, cuando el sujeto fallece y ya se le había reconocido por resolución una incapacidad permanente, aunque no se le hubiese comunicado, Vid. STS de 16 de marzo de 2002 (RJ 2002, 5208).

al nexo conyugal, con posterioridad se ha tratado de adaptar a las nuevas realidades: por ejemplo, se han valorado los efectos de la ruptura del matrimonio y del incremento de parejas de hecho. Sin embargo, aún quedan ciertos elementos legislativos que tienen su origen en otro entorno generalizado muy distinto, donde el hombre trabajaba fuera de casa y aportaba las rentas al hogar y la mujer se quedaba en casa cuidante a los hijos, como se pondrá en evidencia a través de este estudio. Muchos de los problemas que se plantean desde la evolución social quedarían resueltos a través de la creación de derechos individuales que protegiesen al ciudadano de acuerdo con sus necesidades concretas.

Como ya se ha señalado, en el derecho español, por ejemplo, la construcción de la pensión de viudedad se realizó en los últimos años de la década de los sesenta sobre una realidad social determinada: la mujer permanecía en casa al cuidado de la familia, mientras que el marido trabajaba fuera de hogar, proveyendo a la familia de los recursos económicos necesarios para su subsistencia. Con lo cual era lógico que al fallecer éste último se garantizará un medio de vida a quienes hasta ese momento habían dependido económicamente del causante. Es por esto que no fue hasta 1990 cuando la ley reconoció el acceso a la pensión de viudedad de forma general y en iguales condiciones a los viudos que a las viudas. Hasta ese momento solo se reconocía el derecho a los viudos que demostrasen su incapacidad para el trabajo y su dependencia de su esposa fallecida, condiciones que no se demandaban a las viudas, ya que se presumía que ellas sí cumplían ambos requisitos. Desde ese momento se exigen idénticos requisitos de acceso a la pensión de viudedad para hombres y para mujeres, sin embargo, han sido las viudas quienes han seguido beneficiándose mayoritariamente de dicha prestación.

El patrón social anterior extiende sus consecuencias aún hoy en día, sobre todo respecto a los ciudadanos mayores de 50 años, que son el colectivo que tienen más probabilidades de acceder al beneficio todavía en este momento, puesto que a mayor edad hay mayores probabilidades de causar la pensión. Así, la mayoría de los hombres han trabajado y cotizado y, por tanto, consecuentemente

son quienes aún generan la pensión, mientras que las mujeres más mayores no han contribuido al sistema y son muy pocas las que todavía causan la prestación a favor de sus cónyuges o parejas. Además, a esta realidad hay que añadir otra: las mujeres tienen una esperanza de vida mayor que los hombres, lo que se traduce en un mayor número de viudas que viudos.

En definitiva, aún todavía los hombres acceden mayoritariamente a pensiones propias (la pensión de jubilación), ya que han cotizado lo suficiente para ello; y las mujeres perciben pensiones derivadas (las pensiones de viudedad). En este contexto, no hay que olvidar que las pensiones mínimas que se determinan en cada caso suelen ser inferiores en el segundo supuesto y, en general, su cuantía también es menor de acuerdo con la fórmula de cálculo, de modo que las mujeres cobran beneficios con menores importes, situación que colabora directamente en la feminización de la pobreza.

3.2. La adaptación a los nuevos retos sociales

Frente a esta realidad provocada por los efectos del anterior contexto social, hay que pensar que ahora la mujer, en mayor o menor medida, se está incorporando al mercado laboral y en el futuro es esperable el aumento del número de beneficiarias de la pensión de jubilación y la generación por estas de pensiones de viudedad para sus cónyuges o parejas de hecho¹⁰⁴. En esta línea, se manifestaba en la línea en la disposición de la Ley 40/2007, donde se ponía en evidencia la necesidad del cambio legislativo para los nacidos con posterioridad a 1967, debido a un inciso en el panorama social.

Es probable que cuando aumenten el número de pensiones de viudedad, dado que habrá cada vez más mujeres que causen este tipo de beneficios, y teniendo en cuenta los problemas de financiación general del sistema de Seguridad Social por el aumento general de beneficiarios de pensiones (de viudedad o de jubilación), es probable que en un futuro próximo el legislador se plantee reconstruir este derecho. Así, por ejemplo, estableciendo otros medios de financiación (a través de impuestos y no de cotizaciones), o limitando su acceso a con-

¹⁰⁴ En todo caso, en todo el conjunto de los países Iberoamericanos la mujer sigue teniendo menor presencia en el mercado laboral que los hombres. Sobre esta cuestión, se puede consultar, AA.VV., Estudio sobre la perspectiva de género en los sistemas de Seguridad Social en Iberoamérica, OISS, págs. 33 y ss.

diciones de recursos (incompatibilizando con el disfrute de la pensión de jubilación o con el desarrollo de una actividad laboral).

Si se incluye cualquiera de estos cambios que lleven a desplazar a las pensiones de viudedad al nivel asistencial, solo se concederán a aquellas personas, mayoritariamente mujeres, que no hayan cotizado lo suficiente para acceder a la jubilación, puesto que, aunque en cifras inferiores, en general, siguen siendo ellas quien aún permanecen al cuidado hogar. Desde estas premisas, se concluirá que el ámbito subjetivo de la pensión de viudedad no cambiará, esto es, seguirá siendo especialmente femenino en idéntico sentido que en la actualidad, aunque debido a otras causas (no tanto a que haya un mayoritario número de amas de casa, sino más bien a que quien continúe ejerciendo esta actividad de cuidados familiares siguen siendo mujeres). Lo que si se reducirá es el número de beneficiarias, dado que solo accederán al derecho aquellas que no tengan otros medios de vida.

Enmarcados en este contexto, y posiblemente quedando la pensión de viudedad de forma minoritaria para las mujeres que no tengan otro medio de vida, desde aquí se reivindica que los ciudadanos no deben ser protegidos por ser cónyuge o pareja de hecho de otro, sino que deben ser atendidos a través del reconocimiento de derechos propios de acuerdo con sus propias necesidades, puesto que de este modo será más fácil la exigencia de pensiones que signifiquen el acceso a cuantías adecuadas para la subsistencia.

3.3. Algunas posibles soluciones

Algunos sistemas de Seguridad Social, aportan ejemplos de cómo ha evolucionado la regulación de la protección de las mujeres. Por ejemplo, en

Francia se establece una prestación que consiste en atribuir, bajo condición de prueba de carencia de recursos, cierta forma de aseguramiento en la vejez, a las personas que no ejercieron actividad profesional por dedicarse al cuidado de sus hijos (assurance- viellesse des parent au foyer). En este caso, se trata de una especie de pensión de jubilación, no causada por el desarrollo de una actividad laboral, sino por la asunción del cuidado familiar. Asimismo, en el derecho francés, se aumenta la cuantía de la pensión de jubilación en caso de que el beneficiario/a sea viudo/a¹⁰⁵.

Otra opción la ofrece el derecho alemán que contempla el traspaso de cuotas desde el consorte trabajador al cónyuge que no ha realizado actividad laboral por dedicarse al cuidado directo de la familia, lo que lleva a este último a adquirir las prestaciones de vejez por derecho propio. De esta forma, si se han repartido las funciones familiares, ambas partes quedarán beneficiadas por las contribuciones hechas a la Seguridad Social, con independencia de quien las haya realizado¹⁰⁶. También en Colombia, en la misma línea, se reconoce una pensión familiar que consiste en que las parejas podrán sumar sus semanas de cotización para completar el tiempo requerido y de esta manera recibir una pensión conjunta.

Todas estas fórmulas se entienden beneficiosas, sobre todo teniendo en cuenta que con ellas se reducirá la pobreza femenina, posibilitando la entrada en la protección de la Seguridad Social de un importante grupo de mujeres a las que se reconocería derechos de corte contributivo, pero, en este caso, propios y no derivados¹⁰⁷.

No obstante, es preciso regular otras fórmulas que completen estas, de forma que quede totalmente protegido el colectivo de las mujeres que no pueda acceder a esta tipología de beneficios. Es

¹⁰⁵ En 2012 solo 1,1 millones de pensiones relacionadas con la viudedad se recibían como derecho derivado, frente a 4,3 que recibían la pensión como complemento a la de jubilación. No obstante, todavía una gran parte del derecho que reciben las mujeres mayores reciben tiene su origen en su situación como viudas. Vid. COLLIN, C., "La part de la réversion dans la retraite des femmes diminue au fil des générations" en *Études et Résultats*, núm. 951/2016.

¹⁰⁶ De hecho, los nacidos partir de cierta fecha pueden elegir entre la pensión de viudedad o por el reparto equitativo de las pensiones de jubilación entre ambos cónyuges en vida de los mismos. Además, en general no tienen derecho a la pensión de viudedad los divorciados, con independencia de que tenga derecho a alimentos, ya que se produce entre ellos el denominado trasvase de cuotas, el cual consiste en repartir equitativamente por partes iguales entre ambos cónyuges el importe de la pensión que correspondería por las cotizaciones afectadas durante el tiempo vivido en matrimonio. No sólo se reparten los importes de las pensiones, sino que los periodos de cotización les sirven a ambos cónyuges para cubrir el periodo de cotización general que se exige para tener derecho a las distintas pensiones de jubilación.

¹⁰⁷ En esta línea, Vid. Pacto Iberoamericano por la igualdad entre hombres y mujeres en los sistemas de seguridad social, firmado el 8 de septiembre de 2016 por ministros y ministras y OISS en encuentro regional promovido por la OISS.

decir, habrá que reconocerles siempre derechos propios partiendo de su carencia de rentas y de su aportación a la sociedad a través del cuidado de sus hijos o familiares. En definitiva, fuera de la protección contributiva, constituyendo prestaciones de corte asistencial concedidas de acuerdos con sus propias situaciones, pero dentro del ámbito de la Seguridad Social. Si bien se trataría de garantizar derechos subjetivos a toda la población, en la práctica las que quedarían protegidas por este tipo de ayudas serían las mujeres, dado que suelen ser las que presentan un mayor número de situaciones en las que no obtienen rentas adecuadas para asumir su subsistencia.

Obviamente cualquiera de estas modificaciones implicaría la desaparición de la pensión de viudedad tal y como se conoce hoy en día, pero, en ningún caso, la desprotección de este colectivo ahora atendido por dicho beneficio, dado que se pasaría a concederles otros beneficios vinculados a sus propias características y no a sus relaciones conyugales o de convivencia. En todo caso, solo parece adecuado llevar a cabo esta reforma en relación a las mujeres menores de 50 años, dado que las mayores de esta edad han vivido en otra realidad social, donde los roles de la familia estaban preestablecidos y hay razones para defender que se mantenga su atención en el sentido esperado por las propias beneficiarias. Dicho en otras palabras, las mujeres con cierta edad viven con una idea preestablecida por la que entienden que, si fallecen sus cónyuges, podrán sobrevivir de acuerdo con su derecho a la pensión de viudedad, y no parece que sea adecuado cambiar esta expectativa. Diferente son las mujeres más jóvenes, que pueden asumir y comprender el cambio del panorama, que se entiende más adecuado a sus estados de necesidad.

3.4. Las necesidades especiales de los progenitores solos con hijos

Para finalizar este punto es importante introducir una matización. Hasta el momento se ha tratado el tema exclusivamente desde el punto de vista de la protección de la viudedad, pero no se puede olvidar la realidad de los progenitores que quedan solos a cargo de sus hijos al fallecimiento del otro.

En el derecho español se concede la pensión de orfandad a los hijos del causante, sin necesidad de demostrar la dependencia económica hasta los 21 años. Basta con que exista la filiación¹⁰⁸, dado que los padres tienen obligación de mantenerles con independencia de cualquier otra circunstancia. Igualmente, no se demanda la prueba de la convivencia, dado que en el supuesto de que no vivan en el mismo hogar, el progenitor continuará obligado a cumplir con su deber de alimentos¹⁰⁹. En el caso de los mayores de esta edad hasta los 25 años se exige, además, la demostración del estado de necesidad¹¹⁰, mediante la prueba de no percibir rentas de trabajo superiores al 100% SMI anualmente. No obstante, se incluye una excepción: se presume que los hijos incapacitados para el trabajo continúan dependiendo económicamente de sus progenitores, de forma que, con independencia de su edad, si los padres fallecen, necesitarán rentas de sustitución.

Hay que poner de manifiesto que, en todo caso, se precisa que el padre fallecido cumple los requisitos para causar la pensión. Por otro lado, las cuantías mínimas de las pensiones de orfandad (un 20% de la base reguladora) son en exceso reducidas como para poder mantener el derecho fundamental a la educación que se recoge en la Constitución, lo

¹⁰⁸ De acuerdo con el art. 39 CE hay que tratar de igual manera a los hijos naturales que a los adoptados. En sentido contrario, no se reconoce el derecho a la pensión a los menores en acogimiento permanente, puesto que no están incluidos en el concepto de filiación [STS de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 8008)]. Tampoco es posible conceder el beneficio en relaciones distintas a la filiación, por ejemplo a un nieto, aunque hubiese vivido con su abuelo desde que nació, sin acogimiento, cuando continúa vivo un progenitor al que no se le han exigido alimentos [STSJ de Cataluña de 11 de octubre de 2014 (AS 2013, 3065)].

¹⁰⁹ Por extensión se concede el derecho también a los hijos de los cónyuges o parejas de hecho del causante (siempre que cumplan los requisitos señalados de estabilidad antes descritos). En este caso, se les demanda, además, que desde la celebración del matrimonio entre el causante y el progenitor haya transcurrido un lapso de tiempo de, al menos, 2 años con el objeto de evitar el fraude que se buscaría a través de la celebración del matrimonio con el objeto de causar la prestación de orfandad. Igualmente se les exige la prueba de la convivencia y de la dependencia económica del causante, dado que en este caso no se prueba directamente, puesto que no existe entre las partes obligación de alimentos. Por último, se demanda que el posible beneficiario no tenga derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni queden familiares con obligación de prestarles alimentos de acuerdo con la legislación civil. En cualquier caso, una vez probada la dependencia económica del causante, parece que debería otorgarse automáticamente la prestación, ya que habrá que presumir que no existe otra persona dispuesta a cumplir la obligación de alimentos. Además, quedará comprobado que no hay ánimo de fraude.

¹¹⁰ Es posible extender el derecho a la pensión una vez cumplidos los 25 años, hasta el día primero del mes inmediato posterior al del inicio del siguiente año académico, en el caso que continúen con sus estudios; en este período se demanda la carencia de rentas.

que puede llevar a generar un impedimento para terminar sus estudios. De este modo, en cierto modo en ocasiones la pensión de viudedad que percibe el progenitor sobreviviente sirve como apoyo a los efectos de mantener a los hijos.

Si en el futuro la legislación prohíbe la compatibilidad entre pensión de viudedad y renta de trabajo, el acceso a prestaciones propias puede ser insuficiente para mantener económicamente el hogar; pero, incluso esta situación puede ser similar cuando el progenitor deba mantener solo con sus rentas a sus familias, cuando hasta ese momento habían sido dos los sustentadores de ese núcleo. Es por esto que en este contexto parece que la única solución es reconocer pensiones de orfandad

económicamente suficientes para el sostenimiento de los hijos, lo cual hay razones para defender como factible en el supuesto que no sea preciso abonar el porcentaje señalado para la pensión de viudedad y se pueda dedicar a proteger a los hijos.

Una solución a esta cuestión, puede ser el reconocimiento de prestaciones al grupo familiar. Así, en Paraguay se concede este derecho a la muerte de uno de los progenitores, cuando la familia está formada por el cónyuge o pareja de hecho, en concurrencia con los hijos menores o discapacitados¹¹¹. De este modo, se puede cubrir las necesidades de los hijos adecuadamente, aunque en este caso se echa de menos que solo se conceda a los hijos menores.

¹¹¹ Sobre esta cuestión puede consultarse, ROYG ARANDA, H., "La Seguridad Social en el Paraguay: avances y perspectivas" en *Libro de la celebración del 60 aniversario de la OISS*.