

Edita: Unión Sindical Obrera de Madrid. Boletín JURÍDICO quincenal

· C/ Vallehermoso, 78, 3º · 28015 Madrid · Telf.: + 34 91 598 63 30 · Fax: + 34 91 534 62 41

· www.uso-madrid.es · Facebook: USO-Madrid Oficial · Twitter: @USO_madrid

“PENSIÓN DE VIUEDAD”

Estimados compañeros/as y afiliados/as. En este artículo vamos a comentar los artículos 219, 220, 221 y Disposición Transitoria Décimotercera de la Ley General de la Seguridad Social, y que hacen referencia a la pensión de viudedad, junto con diversas sentencias que complementan a dichos artículos y a la Disposición Transitoria de la LGSS.

1.- [Pensión de viudedad. Arts. 219, 220, 221](#) y disposición transitoria decimotercera LGSS.

Concepto. Aunque la sociedad española ya no responde a los patrones para los que se pensó en su origen la prestación de viudedad (familia compuesta por varón y mujer y, en su caso, hijos, progenitores casados, correspondiendo el sostenimiento de la unidad familiar al varón de forma exclusiva) sigue siendo una de las prestaciones más comunes por número de beneficiarios. Precisamente los cambios sociales — reconocidos por los tribunales habitualmente con carácter previo a las modificaciones de carácter legal— propiciaron toda suerte de reformas del artículo 174 de la LGSS aprobada por [Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio](#), para procurar su adaptación a las nuevas formas de unión familiar y las consecuencias de su ruptura en orden al derecho (uniones de hecho, matrimonio homosexual, nulidad, separación y divorcio), nuevos valores sociales (violencia de género), así como para integrar a los ciudadanos de otras etnias o nacionalidades (reconocimiento del matrimonio por el rito gitano, p.ej.). De conformidad con ello, el artículo 219 de la LGSS aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, vigente desde el 2 de enero de 2016, recoge los requisitos del derecho con carácter general, para establecer después la casuística a la que nos referíamos en el párrafo anterior.

Dichos requisitos son los siguientes.

Beneficiario: cónyuge superviviente

Requisitos del cónyuge fallecido: estar en alta o en situación asimilada al alta; en caso contrario, que acredite un período mínimo de cotización de quince años.

-Período de cotización del cónyuge fallecido: quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión: o Si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización; o En los supuestos en que se cause desde una situación de alta o de asimilada al alta sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión; o En los supuestos en que se cause aquella desde una situación de alta o de asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

-En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevinida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el artículo 221.2 LGSS, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años. La prestación tiene carácter vitalicio.

Separación o divorcio.

El artículo 220 LGSS recoge las situaciones de separación y divorcio:

-Beneficiario: o quien sea o haya sido cónyuge legítimo siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo 221 LGSS.

-**Requisitos:** o Los generales establecidos en el artículo 219 LGSS. Además, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante.

En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En relación con este requisito, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2013 (RCUD 2985/2012) establece que la norma exige que la persona divorciada o separada sea acreedora de la pensión compensatoria, no que sea perceptora, sino que tenga reconocido el derecho al percibo de la pensión compensatoria.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2014 (RCUD 743/2013), dictada en sala general, cambia la doctrina en relación con el concepto de pensión compensatoria a efectos de pensión de viudedad, admitiendo que el cónyuge supérstite acceda a la prestación siempre que sea acreedor de cualquier suma periódica a costa del causante, sea cuál sea la denominación dada en su atribución a dicha suma y con independencia, incluso, de su naturaleza jurídica.

La razón del requisito para el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimoniales se halla en la dependencia económica mantenida en el momento del óbito y, tal dependencia se produjo tanto si el supérstite estaba percibiendo pensión compensatoria strictu sensu, como si era beneficiario de cualquier otro pago regular a cargo del fallecido, como puede suceder con la pensión alimenticia a la que podía estar obligado legalmente en caso de separación o a la pactada.

A la misma conclusión ha llegado recientemente la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo social, de 12 de febrero de 2016 (RCUD 2397/2014), la cual se limita a transcribir la doctrina de la sala sobre el mencionado asunto, sentencias del Pleno de 29 de enero de 2014; recurso 743/2013 y 30 de enero de 2014 (recurso 991/2012), seguidas por las sentencias de 17-02-2014 (rcud. 1822/2013); 06-05-2014 (rcud. 1344/2013) y 03-02-2015 (rcud. 3187/2013).

-**Concurrencia de beneficiarios:** la concurrencia de beneficiarios produce como efecto la aplicación de un criterio proporcional en función del tiempo vivido por cada uno de los beneficiarios con el causante, con un mínimo garantizado del 40% a favor del cónyuge o pareja de hecho conviviente con el causante al fallecimiento.

Excepciones al requisito de ser acreedor de pensión compensatoria.

Separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008. (D. Transitoria decimotercera LGSS). Se

La concurrencia de beneficiarios produce como efecto la aplicación de un criterio proporcional en función del tiempo vivido por cada uno de los beneficiarios con el causante, con un mínimo garantizado del 40% a favor del cónyuge o pareja de hecho

exime del requisito de ser la persona beneficiaria acreedora de pensión compensatoria si se dan simultáneamente estos dos requisitos más las circunstancias del beneficiario que detallamos a continuación: a) Que entre la fecha del divorcio o separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante no hayan transcurrido más de diez años; b) Que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de otros diez años. c) Que la persona separada o divorciada no fuera la obligada a pagar dicha pensión compensatoria. Circunstancias concurrentes del beneficiario: a) Existencia de hijos comunes del matrimonio o b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión. Cuantía: La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En cualquier caso, la separación o el divorcio deben de haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 220 de la LGSS.

En cuanto al día de inicio del cómputo del periodo inferior a diez años, la sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo social, de 16 de febrero de 2016 (RCUD 2300/2014), resuelve la cuestión reiterando doctrina de la misma sala en sentencias 18-12-2013 (RCUD 721/2013); 28-04-2014 (RCUD 1737/2013); 19-11-2014 (RCUD 3156/2013); 05-02-2015 (RCUD 166/2014) y 13-05-2015 (RCUD 1253/2014) según las cuales dicho período se ha de computar desde la fecha de la separación judicial, aun cuando hubiera recaído sentencia de divorcio con posterioridad:

De la literalidad de esta disposición se deriva que el periodo de diez años debe computarse a partir "del divorcio o de la separación judicial".

Esto es a partir de la situación jurídica que se produzca primero, la separación judicial o el divorcio, porque así lo indica la conjunción o que es disyuntiva, de lo que se deriva que el cómputo se hace a partir de la producción del primer hecho (jurídico) que suceda. Esta interpretación literal se ve avalada por la teleológica, porque el fin perseguido por la norma es compensar por el desequilibrio económico que producen la separación judicial o el divorcio, trastorno patrimonial que provoca la primera de esas situaciones que se produce, razón por la que el plazo de diez años se debe computar a partir de ella, a partir del día que se produjo la situación de necesidad que se compensa".

Víctimas de malos tratos.

El artículo 220.1 LGSS último inciso establece que "en todo caso" las mujeres, aunque no sean acreedoras de pensión compensatoria, que acrediten que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio, mediante sentencia firme o archivo de la causa judicial por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento, tendrán derecho a la pensión de viudedad.

En defecto de sentencia, dice expresamente la LGSS, se tomará en consideración la orden de protección dictada a su favor o informe del ministerio fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género y, finalmente, será admisible cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho. La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha procedido a aclarar el concepto de violencia de género mediante la sentencia de 20 de enero de 2016, (RCUD 3013/2014) concede el derecho a ser beneficiaria de la pensión de viudedad a una mujer que había presentado denuncias por actos constitutivos de violencia de género antes de la aprobación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género. El hecho más relevante es que la sentencia condenatoria, de 3 de junio de 1998 (correspondiente con la segunda denuncia formulada por la actora), condenó al fallecido por una falta de amenazas contra el hijo común y no contra la propia actora, debiendo tenerse en cuenta además que hubo una primera denuncia contra el causante de la pensión por malos tratos de la que finalmente fue absuelto. Así, la sala, en su fundamento de derecho quinto establece lo siguiente: B) En la realidad social de 1995 (primera denuncia) las manifestaciones de la demandante constituyen un importante indicio de que estaba siendo violentada por su esposo. La sentencia absolutoria se debe a que la propia denunciante retiró la acusación. No es difícil atisbar en ello una conducta paralela a la de quien asume su separación o divorcio sin derecho a pensión (supuesto tutelado expresamente por el art. 174.3 LGSS).

Aunque no hay actuaciones posteriores hasta que se acerca la sentencia de separación, ella misma notifica la situación que el matrimonio atravesaba desde años atrás (desentendido por completo el esposo del sostenimiento de la economía familiar, atrincherado en su propia vida o habitación, etc.). En fin, la sentencia condenatoria al fallecido por amenazas al hijo y la cercanía de ésta con la prestación de testimonio contrario a los intereses de aquél refuerza la idea sobre el trato violento que la mujer había venido padeciendo.

Mayores de 65 años.

Conforme a lo establecido en la disposición transitoria decimotercera apartado dos, también están eximidos del requisito de ser acreedores de pensión compensatoria a quienes tengan sesenta y cinco o más años, siempre que, además, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a quince años.

Nulidad matrimonial.

El artículo 220.3 de la LGSS, establece que en caso de nulidad matrimonial el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto para el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios.

Parejas de hecho.

El artículo 221 LGSS establece el derecho a la pensión de viudedad en caso de parejas de hecho cumpliendo los siguientes requisitos:

- a. Alta y cotización conforme al 219 LGSS; b) La persona beneficiaria debe hallarse unida al causante en el momento del fallecimiento; c) Los ingresos del superviviente durante el año natural anterior al fallecimiento no pueden alcanzar el 50% de la suma de los propios y los del causante en el mismo período o el 25% en caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad; No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del SMI 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.
- b. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del SMI vigente por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.
- c. La ley establece que se considerará pareja de hecho a efectos de causar pensión de viudedad a la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

d. En cuanto a la acreditación de la existencia de pareja de hecho con los requisitos legales exigidos, la ley dice que se hará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante. La sentencia del pleno del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 2014 (cuestión de inconstitucionalidad 932-2012) declaró nulo el párrafo quinto del artículo 174.3 LGSS, que establecía que En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica.

El actual texto del artículo 221.2 último párrafo (antiguo 174.3 LGSS) proviene de la reforma operada por la Ley 40/1997, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social, que reconoció expresamente el derecho a la pensión de viudedad para las parejas de hecho, y otorgaba un plazo improrrogable de doce meses desde la entrada en vigor de la ley (el 1 de enero de 2008) para solicitar la pensión de viudedad cuando el hecho causante se hubiera producido con anterioridad a la misma.

Dicho plazo ha transcurrido en exceso, habiendo declarado el Tribunal Supremo en sentencias dictadas en unificación de doctrina, que no resulta aplicable la regla general que para las "normales" (a diferencia de la "Pensión de viudedad en supuestos especiales") prestaciones por muerte y supervivencia se contiene, como regla, en el art. 178 LGSS, sobre la imprescriptibilidad del derecho al reconocimiento de las mismas.

Pues en el supuesto analizado se exige que la pensión especial se solicite en un plazo improrrogable ("de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley") para poder acceder a dicha especial pensión. (STS 13 de junio de 2012 (RCUD 3558/11); 27 de marzo de 2013 RCUD 2348/2012; o 26 de septiembre de 2013 RCUD 3131/2012).

Las sentencias de la sala segunda del Tribunal Constitucional de 7 de abril de 2014 resolvieron las cuestiones de inconstitucionalidad números 6589-2011, 5800 - 2011 y 7142-2013, planteadas en relación con la constitucionalidad del precepto legal que, a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad, exige la previa inscripción registral de la pareja de hecho o su constitución en documento público y sobre la constitucionalidad del precepto legal que, a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad de las parejas de hecho, establece el requisito de que sus integrantes no tengan vínculo matrimonial con otra persona, declarando que tales preceptos (anterior párrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS y actual artículo 221.2 en los incisos relativos a la ausencia de vínculo matrimonial con otra persona y constitución de la pareja de hecho) no violan el derecho a la igualdad ante la ley y son constitucionales.

Al hilo de la doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo ha ido perfilando el requisito de la acreditación de la condición de pareja de hecho mediante su inscripción en el registro correspondiente. Así, la sentencia de 17 de diciembre de 2015, sala de lo social (RCUD 2882/2014), establece que: ...la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las "parejas de derecho" y no a las genuinas "parejas de hecho".

De la misma forma falla la sala de lo social del Tribunal Supremo en sentencia de 16 de diciembre de 2015 (RCUD 3453/2014).

En el caso de solicitud de la pensión de viudedad en base a la validez del certificado de empadronamiento de la pareja y en la que se deniega esta por cuanto que la constitución de pareja de hecho sólo se admite mediante inscripción en el registro de hecho o documento público por entender que tras la STC 40/2014, de 11 de marzo, debe interpretarse el art. 174.3 LGSS cuando refiere a "documento público", no sólo como documento notarial, sino como cualquier otro documento público, extremo que se rechaza en la sentencia de contraste, en la que se deniega la pensión de viudedad.

La reciente sentencia de 23 de febrero de 2016

(recurso nº 3271/2014) contiene un interesante resumen la doctrina de la sala al respecto, considerando que la voluntad de la ley es limitar la atribución de la pensión a las parejas de hecho regularizadas...De ahí que los elementos de acreditación de la constitución de la pareja hayan de ser necesariamente, los que el precepto legal expresamente establece. Y en cuanto a la situación de las parejas que se reconcilian tras la separación, sin divorciarse y constituir una pareja de hecho, la reciente sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2016, recurso nº 33/2014, resuelve que: CUARTO.- En el caso ahora examinado, la vía de acceso a la pensión de viudedad que ahora se pretende lo es a partir de una situación de "pareja de hecho", que, cuando se refiere a personas previamente unidas en matrimonio, solo es posible después de divorciados, sin haberse vuelto a casar entre sí, y como tal pareja de hecho ha de reunir los requisitos constitutivos exigidos por el art. 174.3 de la LGSS, y entre ellos -pero no solamente- la convivencia durante el periodo mínimo de cinco años, que se justifica por el empadronamiento o cualquier otro medio de prueba adecuado, así como el carácter de esa convivencia pues no es lo mismo convivir como pareja de hecho que hacerlo a consecuencia de estar unidos por un vínculo matrimonial.

Nada impide que, de hecho y privadamente, los cónyuges separados se reconcilien y convivan de nuevo, con lo cual desaparece el efecto principal de la separación que es el cese de la convivencia conyugal, pero tal situación les obliga a ellos y no a los terceros - entre los cuales está la gestora de la Seguridad Social- porque como viene señalando nuestra jurisprudencia desde la citada sentencia de 15/12/2004, por razones de seguridad la reconciliación tiene que estar vinculada a un reconocimiento oficial, es decir, por resolución del órgano judicial que desplegará su publicidad en el Registro Civil en el que se publicó la separación y el cese de convivencia. En palabras de dicha sentencia "la voluntaria y comunmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha".

Como hemos dicho, concluimos que, estando vigente el vínculo matrimonial, no puede constituirse válidamente una pareja de hecho entre los cónyuges, sin que a ello obste la privación del efecto natural del matrimonio de que los cónyuges vivan juntos, de modo que en caso de reconciliación no se constituirá una

convivencia, con análoga relación de afectividad a la conyugal, constitutiva de una pareja de hecho, sino que pasa a tener nuevamente efectividad la obligación de los cónyuges de vivir juntos, presumiéndose otra vez que así lo hacen.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009 condenó a España a abonar la cantidad de 75.412,56 euros en concepto de daños y perjuicios, gastos y costas, a una mujer, casada por el rito gitano, a la que se le había denegado la pensión por no constituir un matrimonio conforme a la legislación española.

Hay que tener en cuenta que la interesada había solicitado la pensión con anterioridad a la reforma de la LGSS de diciembre de 2007 que concedía dicha pensión para las parejas de hecho y, además, en su momento, conforme a la legislación española no habría podido contraer matrimonio distinto al canónico. La demandante redujo la cuantía de su solicitud de indemnización, a la vista de la concesión de la pensión de viudedad desde el 1 de enero de 2007 por aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de 2007, de Medidas relativas a la Seguridad Social, en tanto que pareja de hecho.

A la luz de dicha regulación, los matrimonios por el rito gitano podrán obtener la pensión de viudedad como parejas de hecho siempre que cumplan los requisitos previstos para este caso.

Asimismo, el auto del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2013, recurso nº 3016/2012, que inadmite el recurso de casación interpuesto por la demandante de pensión de viudedad, establece la falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la del TEDH de 8 de diciembre de 2009 mencionada, estableciendo que En la sentencia recurrida no se discute el derecho de las parejas de hecho a causar pensión de viudedad, sino el cumplimiento de un determinado requisito formal para acceder a la pensión, mientras que lo debatido en la sentencia de contraste es si la inexistencia de matrimonio -o de sus efectos civiles- al haberse celebrado por el rito gitano significa un trato discriminatorio por razones religiosas al no reconocerse pensión de viudedad al cónyuge sobreviviente.

En este punto el Tribunal opina que no podía obligarse a la demandante a casarse legalmente según el derecho canónico sin vulnerar entonces su libertad religiosa, además de que pondera otras circunstancias como la buena fe de los contrayentes, equiparable al

reconocimiento de pensión en los supuestos de nulidad matrimonial sin mala fe cuando el superviviente no haya contraído nuevas nupcias.

**Francisco José
Malfeito Natividad**
Director Asesoría
Jurídica
USO-Madrid
(en excedencia)

