

---

# Muerte y supervivencia

---

PID\_00259666

Ricard Esteban Legarreta

---

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 3 horas

---



**Ricard Esteban Legarreta**

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Tercera edición: febrero 2019  
© Ricard Esteban Legarreta  
Todos los derechos reservados  
© de esta edición, FUOC, 2019  
Avda. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona  
Diseño: Manel Andreu  
Realización editorial: Oberta UOC Publishing, SL

*Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.*

# Índice

<b>Introducción</b> .....	5
<b>Objetivos</b> .....	7
<b>1. Marco regulador</b> .....	9
<b>2. Requisitos de acceso. Alta, cotización y periodo de convivencia</b> .....	10
<b>3. La defunción como hecho causante. Origen común o profesional</b> .....	13
<b>4. El auxilio por defunción</b> .....	15
<b>5. La protección por viudedad</b> .....	16
5.1. Supuesto protegido: supervivientes de parejas casadas y parejas de hecho .....	16
5.1.1. Planteamiento general .....	16
5.1.2. El derecho a la pensión de excónyuges o cónyuges separados .....	17
5.1.3. El acceso a la protección por muerte y supervivencia de las parejas de hecho .....	20
5.1.4. Exclusión de la pensión de viudedad de cónyuges o parejas de hecho supervivientes que hayan causado la muerte de su pareja .....	23
5.2. Base reguladora y cuantía de la pensión .....	23
5.3. Dinámica y compatibilidad de la pensión de viudedad .....	25
5.4. El subsidio de viudedad .....	27
<b>6. La pensión de orfandad</b> .....	28
6.1. Beneficiarios .....	28
6.2. Base reguladora y cuantía de la pensión .....	29
6.3. Dinámica de la pensión de orfandad .....	31
<b>7. Prestaciones en favor de otros familiares</b> .....	33
7.1. La pensión en favor de familiares .....	33
7.2. El subsidio en favor de familiares .....	34
<b>8. Indemnización especial por un tanto alzado</b> .....	35
<b>Resumen</b> .....	36

---

<b>Actividades</b> .....	39
<b>Ejercicios de autoevaluación</b> .....	39
<b>Solucionario</b> .....	42
<b>Bibliografía</b> .....	43

## Introducción

La protección por muerte y supervivencia tiene como finalidad fundamental garantizar derechos económicos a los familiares supervivientes en caso de defunción de una persona afiliada al sistema de la Seguridad Social.

Esta protección tiene dos vertientes, puesto que, por un lado, pretendería garantizar ingresos que sustituyan a los que ha dejado de aportar el familiar fallecido, finalidad que se efectuaría fundamentalmente mediante pensiones y subsidios. Una segunda finalidad de la protección se centraría en compensar los gastos del sepelio, que se articularán mediante el pago de cantidades por un tanto alzado que, en el caso español, son extraordinariamente limitadas.

Como anuncia el artículo 216 LGSS, la protección por muerte y supervivencia de la Seguridad Social es multiforme, puesto que incluye la pensión vitalicia de viudedad, la pensión de orfandad, el subsidio –excepcional– de viudedad, pensiones vitalicias o subsidios temporales para otros familiares y, finalmente, el auxilio por defunción para cubrir, de manera lastimosa como veremos, los gastos de sepelio. Más allá de la lista general, el artículo 216.2 LGSS completa el elenco de prestaciones con la indemnización por un tanto alzado que se concederá en caso de defunción causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Como se tendrá oportunidad de observar a lo largo de este módulo, la protección por muerte y supervivencia de la Seguridad Social ha suscitado importantes debates, que en algunos casos trascienden este específico espacio de protección.

En cuanto a esto, un primer elemento controvertido es el de si se tiene que proteger la viudedad mediante subsidio –temporal– o mediante pensión vitalicia. Como se verá, la cuestión surge y se amplifica debido a la creciente incorporación de la mujer al mercado de trabajo, circunstancia que definitivamente pone en cuestión la concurrencia de un estado de necesidad que justifique la intervención del sistema de la Seguridad Social mediante una protección vitalicia. No en vano, la disposición adicional vigésimoquinta de la Ley 40/2007 señalaba que «el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, tiene que elaborar un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad»; pero este estudio, a estas alturas, todavía no ha visto la luz.

También otras voces han apuntado a financiar estas prestaciones a través de impuestos como una manera de absorber el déficit estructural existente en el nivel contributivo de la Seguridad Social. La cuestión ha sido objeto de discusión en la Comisión del Pacto de Toledo, pero no ha generado consensos ante

el riesgo de que las prestaciones de viudedad y orfandad acaben teniendo una consideración de pensiones no contributivas, lo que se traduciría inevitablemente en un empeoramiento de su nivel protector.

Así mismo, otro elemento de interés es el del alcance de los familiares con derecho a protección. Sobre este tema, la LGSS amplía la protección más allá de los hijos y cónyuges, mediante la previsión de pensiones y subsidios asistenciales en favor de otros familiares, lo cual es coherente con una realidad caracterizada por núcleos familiares más extensos y con lazos de solidaridad más estrechados que los existentes en el norte de Europa.

En tercer lugar, nuestro derecho de la Seguridad Social ha abordado con importantes matices la protección económica de los miembros supervivientes de parejas de hecho, una cuestión resuelta parcialmente e insuficientemente mediante la Ley 40/2007, pero que constituye un cambio destacado ante la falta de regulación anterior.

Finalmente, hay que destacar que la protección por muerte y supervivencia vigente alimenta el debate a propósito de la suficiencia de la pensión de viudedad, puesto que para un perfil determinado de cónyuge superviviente, de edad avanzada e inactivo, el paso a la condición de pensionista de viudedad implica una disminución considerable de sus ingresos. Para paliar esta situación, se han ido introduciendo reformas que han mejorado de manera no totalmente satisfactoria esta mala situación de partida, la última de las cuales ha sido la introducción del porcentaje especial del 60% mediante el RD 900/2018, de 20 de julio. De hecho, esta circunstancia ha favorecido que se hayan puesto en marcha prestaciones asistenciales autonómicas sobre cuya constitucionalidad es difícil pronunciarse de manera tajante, dado que el Tribunal Constitucional tampoco lo hace en la STC 239/2002, de 11 de diciembre.

## Objetivos

Los objetivos básicos de este tema se centran en una aproximación básica a los aspectos de más relevancia en el régimen jurídico de la protección de las situaciones de muerte y supervivencia. A estos efectos, se pretende, en primer lugar, identificar el conjunto regulador básico de esta situación de necesidad.

A continuación, se abordan los aspectos clave del acceso a la protección de muerte y supervivencia, como por ejemplo los de afiliación y alta, cotización y, destacando por su singularidad, el requisito de convivencia en el caso de matrimonio contraído por afectados de enfermedad común no sobrevenida que mueren en un periodo de tiempo breve y que, en general, dan el derecho a un subsidio. Así mismo, dentro de este bloque introductorio se pretenden abordar los esfuerzos de identificación del hecho causante –muerte– en supuestos de desaparición y las reglas que en caso de duda pretenderían identificar el origen profesional o común de la defunción.

El bloque más importante corresponde a la exposición de la pensión de viudedad, dentro del cual el primer objetivo consistirá en analizar la protección en caso de parejas casadas, lo cual exige identificar el tipo de matrimonio que prevé la ley. A continuación, se abordarán los elementos clave de la protección por viudedad en dos supuestos de cierta complejidad normativa y jurisprudencial: el de las parejas de hecho y el de los «cónyuges históricos», es decir, separados o divorciados antes de la defunción del causante. Otra finalidad destacada del apartado consiste en exponer las reglas de determinación de la cuantía de la pensión y las correcciones efectuadas para ofrecer ingresos suficientes a hogares con rentas limitadas. En definitiva, el bloque correspondiente a la pensión de viudedad se centrará en la dinámica y, muy especialmente, en la descripción de las causas de extinción de la pensión de viudedad.

El segundo bloque de más relevancia está representado por las pensiones de orfandad, dentro del cual uno de los objetivos clave es identificar a los beneficiarios de la pensión. El perfil básico se caracteriza por un límite de edad y el no ejercicio de actividades profesionales o laborales. Otro punto de importancia es identificar la cuantía de la pensión de orfandad, donde se prestará especial atención a los supuestos de familias con ingresos bajos y a la protección dispensada en supuestos de orfandad absoluta. Finalmente, un último elemento de interés será analizar la dinámica de la pensión de orfandad.

Otro objetivo, de dimensión menor, consiste en identificar las características básicas de las pensiones y del subsidio en favor de otros familiares. Para ello se pretende determinar los beneficiarios, los requisitos que tienen que cumplir, los aspectos esenciales de la cuantía de la prestación y las causas extintivas.

Finalmente, desde un punto de vista material, el texto pretende exponer las dos prestaciones por un tanto alzado previstas dentro del conjunto protector de muerte y supervivencia: el auxilio por defunción –que se expondrá al inicio de los contenidos de la acción protectora– y la indemnización para supuestos de defunción derivada de contingencias profesionales.

Más allá de la descripción de los contenidos, otro de los objetivos de la actividad es verificar la comprensión y el aprendizaje de la materia mediante la resolución de las preguntas test que aparecen al final de la actividad.

## 1. Marco regulador

Al igual que en otros ámbitos normativos, la protección por muerte y supervivencia presenta una notable dispersión en la regulación y, en cuanto al régimen jurídico, son básicos los artículos 216 a 234 de la LGSS. Así mismo, mantienen cierta vigencia e incidencia en esta materia otros artículos de tres reglamentos de primera hora, como son el Reglamento General de Prestaciones (aprobado mediante el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre), el Decreto 1646/1972, de 23 de junio, y la Orden de 13 de febrero de 1967 de aplicación y despliegue de la protección por muerte y supervivencia<sup>1</sup>. Más allá de la incidencia de estas últimas disposiciones reglamentarias, se debe tener en cuenta el papel regulador de dos decretos transversales aprobados para desplegar sendas leyes de reforma de la Seguridad Social. Se trata del Real decreto 1799/1985, de 2 de octubre, de despliegue de la Ley 26/1985, de 31 de julio, y el Real decreto 1647/1997, de 31 de octubre, dictado en despliegue de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social.

<sup>(1)</sup>En adelante, OMS.

## 2. Requisitos de acceso. Alta, cotización y periodo de convivencia

El artículo 217 LGSS prevé que el sujeto causante puede generar el derecho a prestaciones si cumple la condición de alta del artículo 165.1 LGSS, dando por sentado que, cuando el causante no esté asegurado pero muera a consecuencia de un accidente de trabajo, se encontrará en situación de alta de pleno derecho a efectos de generar el derecho a prestaciones (art. 166.4 LGSS). Así mismo, el artículo 217 LGSS admite como sujetos susceptibles de generar el derecho a prestaciones «los perceptores de subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural», siempre que lógicamente cumplan el periodo de cotización que se pueda exigir y que se limita a los supuestos de viudedad por enfermedad común. Del mismo modo, disfrutan de una condición similar a la de asimilado al alta los pensionistas por incapacidad permanente y por jubilación, de conformidad con lo que prevé el artículo 217.1c LGSS.

Más allá de estas situaciones reflejadas en la LGSS, se prevén varios supuestos de situaciones asimiladas al alta, que se encuentran dispersos en normas reglamentarias, entre otros:

- Excedencia para ocuparse de un hijo, de un menor acogido u otros familiares, de conformidad con lo que prevé el artículo 6 del Real decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, de prestaciones familiares de la Seguridad Social –también recogido en el Reglamento General de Inscripción (RD 84/1996)–, que establece que esta excedencia debe tener la consideración de situación asimilada al alta para generar prestaciones por muerte y supervivencia.
- El artículo 35 del Reglamento General de Inscripción refleja también varias situaciones que tienen la consideración de asimilada al alta a los efectos del acceso a la protección por muerte y supervivencia. Entre estas, destacan la suscripción de convenio especial, las situaciones de excedencia forzosa y el mantenimiento de la inscripción como demandante ante el Servicio Público de Empleo después de haber agotado las prestaciones por desempleo. En cuanto a esto, se debe tener en cuenta la doctrina judicial que se ha manifestado indulgente con la no renovación de la demanda de empleo en los casos en que el causante presenta problemas psíquicos o de alcoholismo, lo cual se refleja, entre otros, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de octubre de 2006 (JUR 2007, 110783).

En cuanto al requisito de cotización, el artículo 219.1 LGSS exige carencia, únicamente, para supuestos derivados de enfermedad común y, además, es una condición exigida solo para acceder a la pensión de viudedad, y no es necesaria en las otras prestaciones de muerte y supervivencia, si bien en el caso de la pensión de orfandad y las prestaciones a favor de familiares también es exigible carencia cuando el causante no se encuentre en situación de alta o asimilada a alta en el momento del hecho causante (art. 224 LGSS).

En concreto, para acceder a la viudedad por enfermedad común se exigen 500 días de cotización, que se tienen que haber efectuado dentro de los cinco años anteriores al hecho causante, y se pueden computar no solamente los días efectivos de cotización, sino también los días cuota. El legislador matiza que, cuando se acceda a la pensión desde la situación de asimilado al alta por inscripción como demandante en el Servicio de Empleo, no es imprescindible que los quinientos días de cotización se hayan realizado dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, sino que se tiene que acreditar que la cotización se ha realizado dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al momento en que cesó la obligación de cotizar (art. 219.1 LGSS). Tened en cuenta que, cuando el causante acredita escasos periodos cotizados, adquiere relevancia el debate sobre si la muerte ha acontecido por accidente común, que no exige carencia, sino solo afiliación, o por enfermedad común, puesto que de ello dependerá el acceso a la pensión de viudedad. Por este motivo, son especialmente interesantes algunas sentencias que han atribuido la condición de accidente común a la defunción derivada del suicidio del trabajador –STS de 22 de octubre de 1999 (RJ 8738)–, al óbito causado por una sobredosis, como señala la STS de 25 de enero de 1995 (RJ 1995/411), o al contagio de hepatitis en entorno hospitalario (STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2003 [AS 2003/3391]).

Para los supuestos en que el trabajador no se encuentre en alta en el momento del hecho causante, el acceso a la protección por muerte y supervivencia exige quince años de cotización, de conformidad con lo que prevé el artículo 219.1 LGSS. Observad que este beneficio no se extendió a la protección por muerte y supervivencia desde el año 1985 (Ley 26/1985), como sí pasó con la protección por jubilación o por incapacidad permanente en sus grados de absoluta y gran invalidez, sino que se aplicó a la muerte y supervivencia a partir de 1999. Es más, durante el año 1998, para acceder a esta protección desde situaciones de no alta, se exigió la acreditación de veintidós años de cotización (Ley 66/1997), si bien un año más tarde se pasó a exigir quince años mediante la Ley 50/1998.

Más allá del requisito de alta y cotización, la Ley 40/2007 introdujo para las parejas casadas una interesante precisión referida a un requisito de duración mínima del vínculo conyugal en supuestos determinados. En general, se trata de un requisito introducido para evitar «matrimonios de conveniencia» orquestados para que una persona enferma con una esperanza de vida limitada contraiga matrimonio con la mera intención de favorecer con una pensión vitalicia a su cónyuge. En este sentido, las restricciones se limitan a situaciones

de enfermedad común, de forma que si la defunción es debido a un accidente, una enfermedad profesional o una enfermedad asimilada a un accidente de trabajo, no habría obstáculos en el acceso a la pensión de viudedad. De este modo y con carácter excepcional, si la muerte del causante deriva de una enfermedad común no sobrevenida después de contraer matrimonio, tiene que haber transcurrido al menos un año entre la celebración del matrimonio y la defunción del causante (art. 219.2 LGSS). Ahora bien, la regla principal viene acompañada de dos reglas complementarias, que podrían permitir, sin embargo, el acceso a la pensión de viudedad.

Por un lado, en estos casos se admite el acceso a la pensión de viudedad en caso de que concurren hijos comunes. Igualmente, se tiene derecho a la pensión de viudedad cuando en la fecha de celebración del matrimonio se acredite un periodo de convivencia con las condiciones del artículo 221.2 LGSS –es decir, con afecto conyugal, estable, notorio e inmediato a la defunción del causante– que, junto con el tiempo de duración del matrimonio, llegue a los dos años.

En cuanto a esta última regla complementaria, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2010 (RJ 2010/ 2646) matiza que la remisión del artículo 219.2 LGSS al artículo 221.2 LGSS no significa que esta convivencia mínima de dos años tenga que ir acompañada de la inscripción de la pareja en el registro de parejas de hecho o de la constitución de la pareja de hecho mediante una escritura pública. Al contrario, el Alto Tribunal señala lo siguiente:

«Se tiene que llegar a la conclusión en el sentido que, para acreditar el periodo convivencial inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio, no se requiere la excesiva rigidez formal a que se refiere el tantas veces mencionado párrafo cuarto del apartado 3, sino que para su adveración basta con acudir a cualquiera de los medios probatorios admitidos en derecho y, en este caso, la prueba ha sido integrada por la documental, consistente en el certificado de empadronamiento [...]».

### 3. La defunción como hecho causante. Origen común o profesional

Ciertamente, el hecho causante es de una notable simplicidad si lo comparamos con otras situaciones protegidas de Seguridad Social, como la incapacidad permanente o el desempleo. Sin embargo, la ley se ve obligada a prever situaciones en las que la defunción no es acreditable debido a la desaparición de la persona afiliada. Para estos supuestos, el punto de partida es el de la remisión a la normativa civil, en particular lo que prevén los artículos 193 y siguientes del Código Civil, de forma que en supuestos de desaparición, la declaración de defunción no puede tener lugar hasta que no hayan transcurrido diez años de plazo, un lapso temporal que se reduce a cinco años si, llegado el plazo de cinco años, la persona ausente hubiera cumplido setenta y cinco años.

Más allá de la regla anterior, la LGSS establece una importante precisión en el artículo 217.3 LGSS que, en la línea de lo que prevé el artículo 194 CC, suaviza las graves consecuencias sociales derivadas de la espera a la que se ven sometidas las familias cuyo miembro desaparece sin que haya pruebas de defunción. De este modo, el artículo 217.3 LGSS establece:

«Los trabajadores que hayan desaparecido con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte y sin que se hayan tenido noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes al del accidente, pueden generar el derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia, a excepción del auxilio por defunción.»

En este sentido, la ley matiza con una serie de condiciones la larga espera hasta la declaración de defunción prevista en los artículos 193 y 195 CC. Se trataría en general –no únicamente– de defunciones ocurridas en accidentes o en catástrofes, un contexto en que habrá que presumir la defunción del causante con más facilidad, aunque la jurisprudencia ha optado a veces por presumir el accidente en sentido amplio, cuando haya indicios de que se haya producido. Este es el caso de la probable defunción del afiliado a lo largo de un secuestro, como señala la STS de 15 de diciembre de 2005 (RJ 2005/125). Observad que el plazo de espera se reduce mucho y que, además, transcurrido el plazo de noventa días, de acuerdo con el artículo 7 de la Orden de 31 de julio de 1972, se abre el plazo de ciento ochenta días naturales para solicitar las prestaciones que se tiene derecho a cobrar a partir de la fecha del hecho causante. Eso sí, la Orden de 31 de julio de 1972 señala que, si se deja transcurrir el plazo de ciento ochenta días, es necesaria la declaración previa de la defunción del trabajador de conformidad con los largos plazos de la legislación civil, un planteamiento que ha sido considerado *ultra vires* por la STS de 15 de diciembre de 2005 (ya citada), en el sentido de considerar que la presentación de la solicitud más allá del plazo de ciento ochenta días solo comporta que los efectos económicos se

pueden retrotraer, como máximo, a los tres meses inmediatamente anteriores a la solicitud (art. 53.1 LGSS), pero no impiden la presunción de la defunción en accidente.

En términos generales, la responsabilidad de las prestaciones por muerte y supervivencia se determina del mismo modo que en otros ámbitos de protección, razón por la cual en el caso de defunciones derivadas de contingencias comunes la responsabilidad recae en el INSS o en el ISM, mientras que, cuando la muerte derive de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, es responsable de las prestaciones la entidad aseguradora, es decir, la entidad gestora que actúe como tal, o bien la MCSS por la cual haya optado, si procede, el empleador.

La LGSS establece algunos criterios para determinar, en caso de duda, si la defunción deriva de contingencias comunes o profesionales, lo cual tendrá incidencia en la cuantía de la prestación y, también, en la responsabilidad en materia de prestaciones. A estos efectos, el artículo 217.2 LGSS prevé que se tienen que reputar fallecidos a consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional quienes tenían reconocida una incapacidad permanente absoluta o una gran invalidez. Ahora bien, en otras situaciones no se activa de manera automática la presunción, sino que se tiene que probar –se entiende que por parte de los familiares del causante– que la muerte deriva de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional. Pero en caso de accidente, la solicitud solo es posible cuando no han transcurrido más de cinco años entre el accidente y el momento en el que se produce la defunción. En el caso de enfermedades profesionales, la prueba de la relación entre la defunción y la enfermedad no está condicionada por este plazo. En todo caso, la STSJ del País Vasco de 17 de mayo de 2005 (AS 2005/1841) ha señalado que se puede reivindicar el vínculo entre la enfermedad profesional y la defunción tanto si previamente hay declaración de incapacidad permanente en grado de total o parcial, como si no la hay; por ejemplo, cuando el causante se encuentra en situación de jubilación en el momento del hecho que produce la defunción.

Pasaremos a continuación a un análisis detallado de los varios tipos de prestaciones previstos en materia de muerte y supervivencia.

## 4. El auxilio por defunción

En conformidad con lo que prevé el artículo 218 LGSS, el auxilio por defunción es una prestación por un tanto alzado que pretende –de manera clamorosamente insuficiente– contribuir a la cobertura de los gastos de sepelio del causante. Por eso, es beneficiario de esta prestación quien ha soportado efectivamente estos gastos. Ahora bien, el legislador presume que los familiares del causante han soportado los gastos de sepelio y, más en particular, se presume una asunción del coste por este orden: cónyuge superviviente, el superviviente de una pareja de hecho en los términos del artículo 221 LGSS y, finalmente, hijos y parientes del fallecido que convivan habitualmente con él. Para el acceso a la prestación no es necesario acreditar ningún requisito de cotización, pero sí la afiliación del causante al sistema, así como la situación de alta o asimilada. La prestación consiste en una cantidad de 46,50 euros, lo cual refleja una manifiesta insuficiencia en la cobertura de la situación de necesidad.

## 5. La protección por viudedad

### 5.1. Supuesto protegido: supervivientes de parejas casadas y parejas de hecho

#### 5.1.1. Planteamiento general

Respecto de las situaciones protegidas, la LGSS (art. 219 LGSS) establece una protección por viudedad «clásica» prevista para el cónyuge superviviente, siempre que haya matrimonio, de forma que como regla general el acceso a la pensión de viudedad no exige convivencia, ni dependencia económica por parte del cónyuge superviviente, ni siquiera un periodo mínimo de duración del matrimonio, excepto el que se ha señalado más arriba para los supuestos excepcionales de matrimonio en el que uno de los contrayentes esté afectado por una enfermedad común no sobrevenida después de la celebración del matrimonio.

Los artículos 59 a 63 CC establecen los efectos civiles de matrimonios contraídos bajo la forma de confesiones religiosas inscritas de conformidad con lo que se ha acordado con el Estado, lo cual comprende actualmente las formas canónica, musulmana, evangélica y judía. La plenitud de efectos de estas formas de matrimonio depende de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil (art. 61 CC).

En este sentido, adquieren especial interés algunas sentencias de nuestros tribunales, como la del Tribunal Constitucional 199/2004, de 15 de noviembre, en la que el TC se pronuncia a favor de los efectos en materia de protección por viudedad de un matrimonio católico no inscrito en el Registro Civil por voluntad persistente y consciente de los contrayentes. Sobre este tema, el alto tribunal señala que «la falta de inscripción registral no implica la inexistencia del vínculo matrimonial».

El debate en torno a la forma del matrimonio incluye también el matrimonio gitano, puesto que, si bien había sido considerado como una forma matrimonial sin ningún efecto en materia de viudedad por la STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2002 (AS 3376/2002), y también por la STC 69/2007, de 16 de abril, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado en la sentencia de 8 de diciembre de 2009 que la negativa de efectos jurídicos a esta forma de matrimonio comporta, en el caso concreto enjuiciado, una discriminación por razón de etnia.

#### Noción de matrimonio

La noción de matrimonio implica una remisión a la legislación civil, de forma que, como es natural, se incluyen el matrimonio homosexual y el heterosexual (Ley 13/2005).

En el supuesto concreto se tiene en consideración que, cuando la pareja contrajo matrimonio gitano –1971–, no podía contraer matrimonio civil, puesto que era necesario apostatar de la religión católica para acceder al matrimonio civil y se había generado en la superviviente una expectativa de protección por muerte y supervivencia al atribuirle un libro de familia y un carné de familia numerosa.

Más allá de la aceptación de varias formas de matrimonio, el hecho migratorio ha abierto el debate a propósito de la aceptación de la poligamia como situación susceptible de generar derechos a pensión de viudedad para más de una cónyuge superviviente. En el momento actual, no hay una posición unánime en las salas de lo social de nuestros tribunales superiores de justicia, ni tampoco un pronunciamiento en unificación de doctrina por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. En el estado actual del debate, algunas resoluciones judiciales, como las sentencias del TSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003 (AS 2003/3049) y de 25 de abril de 2016 (AS 2016/879), recuerdan que la poligamia es contraria al orden público español, de forma que el primero será el único matrimonio legal a efectos del derecho español, razón por la cual no ha lugar el reparto de la pensión entre varias esposas. Matizan notablemente esta posición otras resoluciones judiciales que optan por considerar que, si el matrimonio se ha contraído en países donde este es legal y está perfectamente aceptado socialmente, es procedente dividir al 50 por 100 la pensión entre las viudas del causante, solución propuesta, entre otros, por la sentencia del TSJ de Galicia de 2 de abril de 2002 (AS 2002/899), que opta para considerar que la excepción de orden público no es absolutamente rígida, sino que admite inflexiones.

Para el caso de matrimonios contraídos en Marruecos por nacionales marroquíes –aunque después naturalizados españoles–, algunas sentencias han reforzado el argumentario en favor de la distribución de la pensión entre dos viudas en el hecho que el Convenio Bilateral Hispanomarroquí de Seguridad Social de 1979 (artículo 23) prevé expresamente la repartición de la pensión entre beneficiarias, tal y como afirma la STSJ de Canarias (Las Palmas), de 30 de octubre de 2013 (AS 2014/124).

### **5.1.2. El derecho a la pensión de excónyuges o cónyuges separados**

La LGSS (art. 220 LGSS) reconoce el derecho de los cónyuges separados, y de los divorciados, a la pensión de viudedad, siempre que concurran una serie de circunstancias adicionales y se sea o se haya sido el cónyuge legítimo. Se trata de una regla notablemente polémica que exige, en el caso de parejas divorciadas, que el cónyuge superviviente no haya vuelto a contraer matrimonio o no haya constituido una pareja de hecho con las condiciones establecidas en el artículo 221.2 LGSS, puesto que esta circunstancia impediría el acceso a la pensión. Tened en cuenta que no afectan a esta situación las separaciones de hecho, sino las que tengan acceso al registro.

La Ley 40/2007 estableció un condicionante muy sólido en un derecho discutido y discutible, de forma que después de la reforma de 2007 el acceso a la pensión a la que tiene derecho el excónyuge o cónyuge separado exige dependencia económica del cónyuge o del excónyuge superviviente. Por eso, para acceder a la pensión se exige que el cónyuge o el excónyuge haya sido acreedor de pensión de equilibrio económico o compensatoria del artículo 97 CC, una figura que, como es sabido, pretendería reequilibrar la pérdida económica sufrida, si procede, por uno de los cónyuges a raíz de la ruptura de la pareja. Se tiene que recordar que este régimen de cónyuges separados será de aplicación a las parejas separadas judicialmente que, a pesar de haberse reconciliado, no hayan comunicado esta circunstancia al juzgado, de acuerdo con lo previsto al artículo 84 del Código Civil (STS 16 de julio de 2012 [RJ 2012/8747]). Todavía más, a partir de la reforma del artículo 84 de Código Civil mediante la Ley 15/2015, ya no basta con la comunicación de reconciliación al juzgado, sino que hará falta además su inscripción al Registro Civil para que la reconciliación produzca efectos ante terceros, incluido el INSS (STS de 12 de abril de 2018, RJ 2018/2000).

Así mismo, para poder acceder a la prestación de la Seguridad Social, es necesario que la pensión compensatoria se extinga con la defunción del causante, porque en caso contrario no se tendría derecho a aquella. Además, con objeto de evitar conductas fraudulentas, el artículo 220.1 LGSS establece una regla para limitar la cuantía de la pensión de viudedad del cónyuge o excónyuge, de forma que su cuantía no puede ser superior a la suma de la pensión compensatoria y, si esta es inferior, la cuantía de la pensión de viudedad se reducirá hasta lograr la cifra de la pensión del artículo 97 CC. A pesar de que la normativa civil permite el pago de sumas compensatorias en forma de cantidad a tanto alzado, el Tribunal Supremo ha subrayado que, para acceder a una pensión de viudedad, el cónyuge separado o excónyuge tendrá que percibir una pensión compensatoria en forma de prestación dineraria periódica, de forma que no se aceptarán compensaciones percibidas a tanto alzado (STS de 15 de noviembre de 2017, RJ 2017/5324). Tampoco serían equiparables a la pensión compensatoria: la sustitución de la pensión compensatoria por una renta vitalicia, el usufructo de bienes, ni la entrega de capital o renta por la privación del uso de la vivienda conyugal, como ha señalado la STSJ del País Vasco de 27 de octubre de 2011 (Jur 2012/174791). Inicialmente, el Tribunal Supremo no equiparaba la pensión de alimentos del artículo 142 CC a la pensión compensatoria, según lo que había interpretado la STS de 17 de abril de 2012 (RJ 5743/2012). No obstante, todo lo anterior queda en cuestión si tenemos en cuenta que el Tribunal Supremo ha modificado su jurisprudencia y, a todos los efectos, pero matizado, en algunos casos asimila a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil, otros pagos regulares entre cónyuges o excónyuges de los cuales se pueda deducir la dependencia económica del superviviente, como es el caso de las pensiones de alimentos, en la STS de 6 de mayo de 2014 (RJ 2014/3753) o la pensión «por cargas de matrimonio» mencionada en la STS de 23 de febrero de 2016 (RJ 2016/1085).

La rigidez de la exigencia de pensión compensatoria o asimiladas queda matizada por algunas excepciones. La primera reconoce el derecho a la pensión de viudedad a las parejas supervivientes que puedan acreditar, mediante una sentencia judicial firme o el archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal derivada de defunción, que han sido víctimas de violencia de género en el momento de la separación o el divorcio. Si no hay una sentencia condenatoria o una interlocutoria de archivo, la Ley se prodiga a ofrecer otros medios alternativos de prueba, como la orden de protección, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, «y por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho». En este sentido, la STS de 26 de septiembre de 2017 (RJ 2017/4660) ha establecido un criterio flexible en materia de medios de prueba, señalando que sería suficiente el testimonio de un tercero sobre los insultos y las amenazas proferidos ante la esposa superviviente, además de una denuncia presentada a la policía local por daños causados en un vehículo de la mujer víctima de violencia de género.

En el caso de nulidad matrimonial, tiene derecho a la pensión de viudedad el superviviente al cual se haya reconocido el derecho a la indemnización del artículo 98 del CC, es decir, la pensión que queda reservada a los contrayentes de buena fe, siempre que haya habido convivencia y concurren circunstancias de desequilibrio económico de las mencionadas en el artículo 97 del mismo código, partiendo también de la condición que esta compensación se extingue por la defunción del causante. Del mismo modo, el beneficiario no tiene que haber contraído matrimonio ni tiene que haber constituido una pareja de hecho bajo las condiciones del artículo 211 LGSS.

Un punto y aparte en esta materia lo representa el derecho reconocido por la norma a excónyuges divorciados o con matrimonio nulo a una porción de la pensión, incluso cuando el causante haya vuelto a contraer matrimonio. En estos casos, los denominados *cónyuges históricos* también tendrían derecho a una parcela de la pensión, siempre que se cumplan las condiciones antes mencionadas: existencia de pensión compensatoria y extinción de esta por defunción del causante.

En estos casos se parte de un criterio de reparto de la pensión entre el cónyuge histórico y el cónyuge posterior «en una cuantía proporcional al tiempo de convivencia». La parquedad de la ley ha exigido un cierto esfuerzo por parte de la jurisprudencia a la hora de identificar qué debemos entender por proporción al tiempo de convivencia. Para lo cual, la STS 10 de abril de 1995 (RJ 1995/3032) da una serie de pautas que permiten identificar cuál tiene que ser el porcentaje de la pensión para el cónyuge histórico. Así, para un ejemplo de dos matrimonios, el 100% del tiempo sería el que transcurre entre la fecha en que se contrajo el primer matrimonio y la de la defunción. Dentro de este 100%, obtendremos el porcentaje correspondiente al excónyuge o cónyuge histórico computando el tiempo transcurrido entre el momento en que se

contrajo el primer matrimonio y el momento en que cesó de manera efectiva la convivencia entre el causante y el cónyuge «histórico», aunque la sentencia de separación o de divorcio no se haya dictado de manera inmediata.

Ahora bien, la reforma efectuada en esta materia en 2007 señala una protección especial a los derechos del cónyuge que mantiene vivo el vínculo en el momento del hecho causante, en contraposición con la legitimidad de los cónyuges históricos. Así, se prevé que, como mínimo, el cónyuge actual tiene derecho a un 40% de la pensión, una regla que pretendería evitar que, si la muerte ocurre al poco de contraer el último matrimonio, la última viuda o viudo vean absorbida la mayoría de su pensión por los cónyuges históricos. Por otro lado, se debe tener en cuenta que la garantía de este 40% de la pensión se asegura no solamente a la última pareja casada, sino también a la persona que, sin ser cónyuge, conviva con el causante en el momento de la defunción y resulte beneficiaria de la pensión de viudedad en los términos del artículo 221 LGSS.

### **5.1.3. El acceso a la protección por muerte y supervivencia de las parejas de hecho**

Después de una larga espera, rellena de sentencias del Tribunal Constitucional que avalaban la exclusión de las parejas de hecho de la protección por muerte y supervivencia –por todas: STC 29/1991, de 14 de febrero y 140/2005, de 6 de junio–, la Ley 40/2007 abordó un régimen restrictivo de protección por muerte y supervivencia. Como se verá, se trata de una protección limitada, en la que aparecen condiciones mucho más onerosas que para las parejas casadas, si bien se trata de una regulación que ha recibido el visto bueno del Tribunal Constitucional (STC 45/2014, de 7 de abril, y STC 60/2014, de 3 de junio). Así, el artículo 221.2 LGSS atribuye la condición de pareja de hecho a la que se constituya con una relación de afectividad análoga a la conyugal –la denominada *afectio maritalis*– y que cumpla una serie de requisitos adicionales, como por ejemplo:

- Que los miembros de la pareja no se encuentren impedidos para contraer matrimonio.
- Que no tengan ningún vínculo matrimonial con otra persona. En este sentido, la inscripción de la pareja en un registro municipal no tendrá valor si uno de sus integrantes está solo separado judicialmente. En estos casos, la inscripción en un registro acredita solo la existencia de la unión de hecho, pero no constituye pareja de hecho que abre el derecho a la pensión de viudedad (STS de 2 de marzo de 2017, RJ 2017/1460).
- Que acrediten en el momento del hecho causante una convivencia «estable y notoria con carácter inmediato a la defunción del causante y con una duración no inferior a los cinco años». El Tribunal Supremo entiende que una pareja divorciada –y reconciliada posteriormente– podría consti-

tuir una pareja de hecho que permita el acceso a la pensión, pero la convivencia de cinco años se tendrá que acreditar después de haberse dictado la sentencia de divorcio. Por lo tanto, en esta convivencia no se puede computar el periodo de convivencia matrimonial anterior (STS de 20 de julio de 2015, RJ 2015/4327).

Se observará que la LGSS exige que la convivencia se acredite mediante el «correspondiente certificado de empadronamiento», si bien el Tribunal Supremo ha tenido ya la oportunidad de señalar en la Sentencia de 20 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7436) que no es este el único medio que permitirá acreditar la convivencia, sino que se pueden aportar otros medios de prueba de esta, como por ejemplo la constancia de convivencia en el mismo domicilio derivada de datos que puedan figurar en colegios profesionales, entidades locales o, incluso, en la misma Administración de la Seguridad Social. En cuanto a esto, el Tribunal Supremo señala lo siguiente:

«La persistencia de la pareja de hecho durante los cinco años [...] del periodo de carencia se puede acreditar, a su vez, mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, especialmente de carácter documental, que tenga suficiente entidad para llevar a la entidad gestora o, si procede, al juzgador a la convicción del cumplimiento de este requisito, y no exclusivamente mediante el certificado de empadronamiento en el mismo domicilio de los componentes de la pareja».

Además, junto con el requisito de la convivencia de cinco años, el artículo 221.2 LGSS añade una exigencia complementaria de gran relevancia, la constitución formal de la pareja de hecho. En este sentido, el artículo 221.2 LGSS prevé que la pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en algún registro específico de parejas de hecho existente en la comunidad autónoma o en el ayuntamiento del lugar de residencia o bien, alternativamente, mediante documento público de constitución de la pareja de hecho. Cualquiera de las dos gestiones se tendrá que haber llevado a cabo con una anticipación mínima de dos años, tomando como referencia la fecha del deceso del causante. En cuanto al documento público, la STS de 11 de octubre de 2017 (RJ 2017/4717) ha establecido que tiene que recoger expresamente la constitución de la pareja de hecho. Por lo tanto, no tendrá este valor constitutivo la mera manifestación de la existencia de la pareja efectuada por sus miembros en una escritura pública por la cual se constituye una comunidad de bienes sobre un bien inmueble. Por otro lado, la STS de 25 de enero de 2018 (RJ 2018/515) reabre el debate de las parejas casadas bajo rito gitano en el ámbito de las parejas de hecho. En este sentido, el tribunal rechaza que este rito añadido a la posesión de un libro de familia pueda sustituir el requisito de constitución de la pareja de hecho bajo las exigencias de la LGSS, por lo cual deniega la pensión porque entiende que no hay razón para conceder una excepción a las personas de cultura gitana. Un voto particular defiende el riesgo de incurrir en discriminación indirecta denegando el acceso a la pensión en estos casos.

Se debe tener en cuenta que el viejo artículo 174.3 LGSS 1994 preveía que en las comunidades autónomas con derecho civil propio, la consideración y la acreditación de pareja de hecho a los efectos del acceso a la pensión de viudedad se haría de conformidad con la normativa autonómica sobre parejas de hecho. Aun así, la sentencia del Tribunal Constitucional 40/2014 de 11 de marzo anuló el precepto porque entendía que vulneraba el artículo 14 de la Constitución, puesto que esto comportaba que el acceso a la pensión de viudedad de parejas de hecho no era igual en toda España. A partir de la sentencia del Tribunal Constitucional, las condiciones del artículo 221.2 LGSS se aplican a todos los casos y ha dejado de aplicarse en Cataluña –obviamente en materia de Seguridad Social– la regulación de las parejas de hecho prevista en el Código Civil de Cataluña.

La más que matizada protección a las parejas de hecho se cierra con la exigencia (art. 221.1 primer párrafo LGSS) de dependencia económica matizada o de ingresos modestos por parte del miembro superviviente respecto del causante, una condición que, ciertamente, nunca se ha exigido para el acceso a la protección por viudedad en el caso de las parejas casadas. Así mismo, el requisito constituye una rareza en el nivel contributivo de la Seguridad Social, teniendo en cuenta que en este nivel las prestaciones no acostumbran a estar condicionadas por este motivo, aunque las prestaciones de muerte y supervivencia para otros familiares también están condicionadas al límite de recursos.

El requisito de ingresos se formula exigiendo que el miembro superviviente no haya superado, dentro del año natural inmediatamente anterior al hecho causante, la aportación de un porcentaje de los recursos al hogar familiar. A todos los efectos, se exige que, dentro del año natural anterior, los ingresos del superviviente no hayan superado el 25% del conjunto de los ingresos de la pareja. Si hay hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, el requisito se suaviza y se exige que los ingresos del superviviente no hayan superado el 50% del conjunto de los ingresos del causante y del superviviente, de forma que el legislador tiene en cuenta la vulnerabilidad del hogar para facilitar el acceso a la pensión de viudedad. Sin embargo, queda claro que bajo este esquema uno de los dos miembros de la pareja de hecho se encuentra siempre bajo una situación de desprotección en materia de pensión de viudedad.

Finalmente, para los supuestos en que no se cumpla el requisito anterior, se prevé una regla subsidiaria que permitiría el acceso a la pensión a miembros supervivientes de parejas de hecho con ingresos modestos. Así, se establece que en todo caso tiene derecho a percibir la pensión de viudedad el miembro de la pareja de hecho que en el momento del hecho causante disponga de unos ingresos que no lleguen a la cifra de 1,5 veces el SMI, requisito que se tiene que mantener para conservar el derecho a la percepción de la pensión. Este límite se incrementa con 0,5 veces la cifra del SMI por cada hijo común de la pareja con derecho a pensión de orfandad y que conviva con el miembro superviviente.

#### **5.1.4. Exclusión de la pensión de viudedad de cónyuges o parejas de hecho supervivientes que hayan causado la muerte de su pareja**

De acuerdo con el artículo 231.1 LGSS, no podrá tener la condición de beneficiario de las prestaciones de muerte y supervivencia que le hubieran podido corresponder quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación.

#### **5.2. Base reguladora y cuantía de la pensión**

Como en otras prestaciones de la Seguridad Social, la cuantía de la pensión de viudedad se fundamenta en una base reguladora de la prestación a la cual es aplicable el tipo correspondiente. Así, la determinación de la base reguladora de la prestación es diferente según si deriva de contingencias profesionales o de contingencias comunes. La base reguladora de la prestación por contingencias profesionales es la más privilegiada y se fundamentaría en la media de los salarios reales del causante durante el año anterior al accidente, teniendo en cuenta la remisión que a estos efectos efectúa la OMS al Decreto de 22 de junio de 1956 (texto refundido de la ley y del reglamento de accidentes de trabajo). De este modo, la base resulta de dividir entre doce el sueldo base, la antigüedad y las pagas extraordinarias o de beneficios percibidas el año inmediatamente anterior al accidente o a la baja por enfermedad. A esto se añade el cociente de dividir pluses, retribuciones complementarias y horas extraordinarias por el número de días trabajados en este periodo. El resultado se multiplicaría, como regla general, por doscientos setenta y tres.

Cuando la protección derive de contingencias comunes, en la determinación de la base reguladora de la prestación se tienen que utilizar, a elección del interesado, veinticuatro meses ininterrumpidos de cotización a la Seguridad Social dentro de los quince años inmediatamente anteriores al hecho causante (art. 7.1 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio). Estas bases de cotización se dividen por veintiocho, y esta es la base reguladora de la prestación. Se debe tener en cuenta que, atendido el margen de elección puesto en manos del solicitante, no se integran las lagunas de cotización que se puedan dar a lo largo del periodo elegido. Finalmente, si el causante era pensionista de la Seguridad Social en el momento de la defunción, la base de la pensión de viudedad será la de la pensión cobrada por el causante –incapacidad o jubilación–, que se incrementaría con las mejoras o revalorizaciones que hayan experimentado las pensiones de muerte y supervivencia desde el hecho causante de la pensión de la cual deriven, de conformidad con lo que prevé el artículo 7.3 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio.

En cuanto al tipo aplicable a la pensión de viudedad, este es en general del 52%, de forma que *grosso modo* los ingresos del viudo o de la viuda en concepto de pensión comportan una notable reducción si los comparamos con

los ingresos del hogar en vida del causante. Esta circunstancia tiene notables consecuencias sociales en los casos en los que el viudo o la viuda no tenga otros ingresos, lo cual impulsó en su momento algunas mejoras, puesto que el RD 1465/2001 pasó del 45% al 46% y el RD 1795/2003 aprobó el salto del 46% al 52%. Bien es verdad que esta situación no es plenamente satisfactoria para los supervivientes sin otros ingresos, por lo que ha dado lugar a otros tipos de mejoras. Por un lado, la normativa autonómica en materia de asistencia social ha intentado paliar esta situación mediante complementos de constitucionalidad dudosa, puesto que el TC no ha dado un visto bueno expreso a los suplementos autonómicos de prestaciones contributivas como la pensión de viudedad, por la vía de la STC 293/2002, lo cual se traduce en una prohibición tácita de estos complementos expresada en el artículo 42 LGSS. Sesgando esta prohibición, la Ley catalana 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico (art. 20), prevé una prestación autonómica para familiares del causante con objeto de ayudarles a sufragar los gastos del hogar familiar. En la práctica, se trata de un suplemento que, fundamentalmente, pretende mejorar pensiones de viudedad de escasa cuantía. Según datos del Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia, la ayuda solo está disponible para personas ya beneficiarias en otros ejercicios anteriores.

Más allá de esta intervención autonómica, hay que destacar la previsión del artículo 31 del Reglamento General de Prestaciones (Decreto 3158/1966), según el cual, bajo determinadas condiciones, el porcentaje aplicable a la base puede ascender al 70%. Para ello, en primer lugar es necesario que la pensión constituya la principal o la única fuente de ingresos del pensionista, teniendo que representar, al menos, el 50% de sus rentas. Además, el pensionista tiene que acreditar cargas familiares y no tiene que superar un determinado nivel de ingresos adicionales a los que provengan de la pensión. De acuerdo con el artículo 31.2 del Decreto 3158/1966, se entiende que hay cargas familiares cuando se dé la convivencia con hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, siempre que los rendimientos del conjunto de la unidad familiar, así constituida, divididos entre el número de miembros que la integren, no supere, en cómputo anual, el 75% del SMI, excluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Además, los ingresos totales del pensionista –pensión e ingresos adicionales, en caso de que se dispongan– no tienen que superar en ningún caso la suma de la pensión mínima que le correspondería al viudo o viuda más la cifra máxima de ingresos adicionales compatibles con el cobro de complementos a mínimos prevista en la normativa anual de pensiones mínimas. Se debe tener en cuenta que, para acceder a la pensión de viudedad al 70%, se tiene que cumplir este conjunto de requisitos, pero también para mantener la pensión en esta cuantía. En la práctica se constata una muy escasa aplicación del porcentaje del 70%, circunstancia que ha impulsado nuevas mejoras alternativas, como por ejemplo la que se expone en el siguiente párrafo.

El Real decreto 900/2018, de 20 de julio, ha desarrollado la disposición adicional treinta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que comporta que bajo determinadas condiciones los pensionistas de viudedad podrán acceder a una pensión calculada bajo un porcentaje del 60%. Se trata de un porcentaje que para su aplicación exige cuatro requisitos, algunos de ellos de fuerte regusto asistencial: a) haber logrado una edad igual o superior a los sesenta y cinco años; b) no tener derecho a otra pensión pública española o extranjera; c) no percibir ingresos por la realización de un trabajo, autónomo o por cuenta ajena; y, finalmente, d) no percibir rendimientos de capital, de actividades económicas o ganancias patrimoniales que, en su cómputo anual, superen el límite de ingresos previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para ser beneficiario de la pensión mínima de viudedad.

Se trata de un beneficio que se implantará de forma gradual, de manera que en 2018 se percibirá un 54% de la base reguladora de la prestación y, a partir de 2018, el 60%. Tendrá que solicitarse por parte de la persona beneficiaria y no tiene naturaleza consolidable, de forma que la pérdida de alguna o de algunas condiciones dará lugar a la aplicación del 52%. En fin, el RD 900/2018 (artículo 7) resalta que este porcentaje mejorado no es acumulable al del 70%, por lo que la persona, en caso de tener acceso potencial a los dos, tendrá derecho al porcentaje más beneficioso.

Finalmente, hay que tener en cuenta una ventaja de cálculo para las mujeres pensionistas de viudedad siempre que la muerte del cónyuge se haya producido después del 31 de diciembre de 2015 (art. 60 LGSS). Para estos casos, cuando la beneficiaria sea una mujer que haya tenido dos o más hijos, biológicos o adoptados, se le aplicará un complemento por maternidad consistente en un porcentaje adicional al importe de la pensión. El porcentaje será del 5% adicional en caso de dos hijos, un 10% en caso de tres hijos y, finalmente, del 15% en caso de cuatro o más hijos.

### **5.3. Dinámica y compatibilidad de la pensión de viudedad**

El derecho a la pensión de viudedad es imprescriptible (art. 230 LGSS) y, en principio, se trata de una prestación vitalicia, característica atribuible a todas las pensiones: jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia. Los efectos económicos de la pensión de viudedad nacen en el momento de la defunción (art. 3 de la OMS), que es cuando se entiende producido el hecho causante, siempre que la pensión se solicite dentro de los tres meses siguientes a la defunción (art. 230 LGSS).

Durante su percepción, la pensión de viudedad es compatible con cualquier renta del trabajo, según establece el artículo 223 LGSS. A esto habría que añadir la plena compatibilidad con cualquier renta de capital, teniendo en cuenta su naturaleza contributiva. Sin embargo, el artículo 223.1 de la LGSS señala una excepción, que es la de los supuestos de percepción de una pensión de viudedad por parte de miembros supervivientes de la pareja de hecho, cuando

el acceso se haya producido después de acreditar unos ingresos, en el momento del hecho causante, inferiores a 1,5 veces el SMI. Hay que entender que la superación de este nivel de ingresos no tiene que comportar la extinción de la pensión –no prevista expresamente–, sino la suspensión, teniendo en cuenta que el artículo 221 LGSS exige no superar este nivel de ingresos en el momento de acceso y, también, a lo largo de su goce.

En cuanto a las causas de extinción, las prevé el artículo 11 OMS y son objeto de comentario a continuación:

1) Contraer matrimonio o constituir una pareja de hecho (art. 223.2 LGSS) es la primera causa extintiva. Sin embargo, el mismo artículo 11 OMS establece la posibilidad de que en determinadas condiciones el nuevo matrimonio o la nueva pareja de hecho no extingan la pensión de viudedad. Por un lado, se exige una cierta vulnerabilidad en el cónyuge o la pareja de hecho superviviente, puesto que se tiene que acreditar una edad superior a sesenta y un años o una edad inferior, siempre que en este último caso se tenga reconocida una pensión en grado de incapacidad permanente total o absoluta, o bien, alternativamente, un grado de discapacidad no inferior al 65%. Así mismo, la pensión de viudedad –incluido en su caso, el complemento a mínimos– tiene que ser la principal o la única fuente de rendimientos del pensionista, para lo cual el legislador subraya que la pensión tiene que comportar al menos el 75% de sus rendimientos en cómputo anual. Finalmente, es necesario que los ingresos de la pareja no superen la cuantía del doble del SMI en cómputo anual, de forma que se exigen unos ingresos modestos en el hogar a efectos de compatibilizar el nuevo matrimonio con la pensión de viudedad derivada del anterior. Ahora bien, para evitar acumulaciones de prestaciones, se establece que la pensión de viudedad que se genere en su caso, como consecuencia de la defunción del nuevo cónyuge, sea incompatible con la pensión de viudedad que se percibía, de forma que se tiene que optar entre la una o la otra.

Por otro lado, hay que aclarar el alcance de la constitución de la nueva pareja de hecho como causa de extinción de la pensión de viudedad. Así, la LGSS (art. 223.3) se refiere a la constitución de la pareja de hecho en los términos que formula el artículo 221 LGSS, por lo cual será necesaria una constitución formal en los términos de la LGSS: inscripción en el registro de parejas de hecho, o bien constitución mediante una escritura pública, con el requisito añadido de los cinco años de convivencia, para que se generen efectos extintivos sobre la pensión de viudedad precedente.

2) Otra causa extintiva por revisión de oficio sería la declaración de culpabilidad en la muerte del causante, causa que se expresa en el artículo 11.2 OMS. De acuerdo con el artículo 231 LGSS, será causa de pérdida de la condición de beneficiario de la pensión la condena mediante una sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquier de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación.

En este sentido, la LGSS prevé que a la persona condenada le será exigido el retorno de las cantidades pagadas en concepto de pensión (art. 231.2 LGSS) con el límite de prescripción de cuatro años del artículo 55.3 de la ley. Además, cuando recaiga resolución judicial de la cual se puedan derivar indicios racionales que el sujeto investigado es responsable de un delito doloso de homicidio en cualquier de sus formas, el INSS suspenderá el pago de la pensión hasta que se clarifique la responsabilidad del pensionista en la muerte (art. 232.1 LGSS). En función del resultado final del procedimiento penal, se retomará el pago de la pensión o bien se extinguirá.

3) Finalmente, son causa de extinción de la pensión de viudedad la defunción del beneficiario (art. 11.3 OMS) y el rocambolesco supuesto de comprobación de la no defunción del causante que prevé el artículo 7.1.5 de la Orden de 31 de julio de 1972.

#### **5.4. El subsidio de viudedad**

El artículo 222 LGSS prevé el pago de una «prestación temporal de viudedad» para los supuestos que prevé el artículo 219 LGSS, en que se produce la defunción del causante por una enfermedad común no sobrevenida después de la celebración del matrimonio y, además, no ha transcurrido todavía un año desde la celebración ni hay hijos comunes, o bien no se dan los otros condicionantes que permitirían el acceso a la pensión, fundamentalmente, una convivencia de dos años entre el tiempo de pareja de hecho precedente y el de matrimonio. En estos casos, la ley prevé el pago de un subsidio de una cuantía equivalente a la de la pensión de viudedad, pero limitado temporalmente a dos años.

Esta prestación de viudedad será compatible con cualquier renta del trabajo y se extinguirá por el transcurso del plazo de dos años o bien cuando el beneficiario contraiga nuevo matrimonio (art. 223.3 LGSS).

## 6. La pensión de orfandad

### 6.1. Beneficiarios

La pensión de orfandad pretendería cubrir las necesidades económicas de los hijos causadas por la defunción de los progenitores. Por eso, el artículo 224 LGSS establece que son beneficiarios de la pensión los hijos del causante, con independencia de cuál sea su filiación, matrimonial o extramatrimonial, adoptiva o no. A todos los efectos, se tiene que recordar que el derecho no está condicionado a un requisito de carencia cuando el progenitor se encuentre en una situación de alta o asimilada en el momento de la defunción, pero para situaciones de no alta el acceso al derecho es muy comprometido, puesto que se exige una carencia de quince años (art. 224.1, 2n párrafo LGSS).

El requisito de filiación excluye del derecho los menores en situación de acogida familiar, como ha subrayado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de noviembre de 2004 (RJ 3004/8008). Con carácter excepcional, se admite que el causante pueda generar pensión de orfandad a favor de un menor que no tenga la condición de hijo. Es la figura de los hijos aportados al matrimonio por el cónyuge superviviente, regulada en el artículo 9.3 del RD 1647/1997. Para lo cual es necesario que el matrimonio se haya celebrado con dos años de antelación a la fecha de la defunción del causante. Además, se tiene que acreditar que el menor convivía con el causante, que estaba a cargo suyo, que no tiene derecho a otra pensión de la Seguridad Social<sup>2</sup> y que no haya familiares con la obligación y la posibilidad de prestar alimentos.

<sup>(2)</sup>Tened en cuenta que podría ser pensionista de orfandad de su padre o madre ya muertos.

A partir de aquí, el acceso a la pensión de orfandad es abierto para los hijos menores de veintiún años (art. 224.1 LGSS), con independencia de que lleven a cabo una actividad profesional o no y de los ingresos que esta actividad les pueda reportar.

Por el contrario, las personas huérfanas con una edad de entre veintiún años y menores de veinticinco años en el momento del deceso del causante, tienen derecho a la pensión en la medida que no lleven a cabo un trabajo lucrativo o profesional o cuando, a pesar de hacerlo, los ingresos que obtengan sean inferiores a la cuantía vigente del SMI en cómputo anual. Observad que la medida condiciona el mantenimiento o el acceso a la pensión de orfandad al pensionista o potencial pensionista que ejerza una actividad laboral o autónoma, pero no a la persona que obtenga ingresos derivados de capital mobiliario o inmobiliario. En circunstancias excepcionales, la pensión se podría mantener más allá de la edad de veinticuatro años; en concreto, cuando el pensionista esté cursando estudios y cumpla veinticinco años a lo largo del curso académi-

co, lo cual comporta que la pensión se prolongue hasta el primer día del mes inmediatamente posterior al inicio del siguiente curso académico (art. 224.2 LGSS).

Finalmente, sin que les sea aplicable ningún límite de edad, tienen derecho a la pensión de orfandad los hijos incapacitados para el trabajo. Respecto del alcance de la incapacidad para el trabajo, los tribunales no la vinculan a un porcentaje determinado de discapacidad, sino que subrayan que esta incapacidad sería asimilable al grado de incapacidad permanente en grado de absoluta o de gran invalidez (STSJ del País Vasco de 7 de noviembre de 2000 –AS 2001/2962–), valoración que no se tiene que hacer antes de la solicitud, sino que se sustancia en el mismo expediente administrativo de la pensión de orfandad.

Más allá de la identificación del beneficiario de la pensión, los artículos 224 LGSS y 11 del RD 1647/1997 prevén que, en caso de pensionistas menores de edad, la prestación se tiene que abonar a quien tenga a cargo suyo los beneficiarios, «mientras cumplan la obligación de mantenerlos y educarlos». Si se detectan situaciones de desamparo, la entidad pública de protección de menores tiene que hacer las gestiones oportunas para que la pensión se abone a la persona que tenga la guarda del menor, en los términos que prevé la legislación civil. En supuestos de beneficiarios mayores de edad, el abono se tiene que hacer directamente al pensionista de orfandad, salvo que se trate de personas mayores de edad incapacitadas judicialmente.

## **6.2. Base reguladora y cuantía de la pensión**

La base reguladora de la pensión de orfandad es la misma que la de la pensión de viudedad y, a todos los efectos, su cuantía es equivalente al 20% de esta, de conformidad con lo que señala el artículo 36 del Reglamento General de Prestaciones (Decreto 3158/1966).

En supuestos de orfandad absoluta, es posible percibir la pensión de orfandad del padre y de la madre y la normativa reconoce su plena compatibilidad (art. 36.3 del reglamento general y 17.3 OMS). La cuantía máxima del conjunto de las pensiones de orfandad no puede superar el 48% de la base reguladora de la prestación dejada libre por la pensión de viudedad, que equivale al 52% de la base. En otras palabras, cuando se genere derecho a tres o más pensiones de orfandad, la cuantía de cada pensión no es equivalente al 20% de la base reguladora de la prestación, puesto que las pensiones de orfandad, junto con la pensión de viudedad, no pueden superar el 100% de la base reguladora de la prestación (art. 18.1 OMS).

Esto comporta que, por ejemplo, cuando concurren tres huérfanos, la cuantía de cada una de las pensiones equivaldrá al 16% de la base reguladora de la prestación. Ahora bien, como señala el artículo 18.2 OMS, cuando se produce la extinción del derecho a una de las pensiones de orfandad preexistentes, se tienen que volver a calcular las cuantías de las pensiones del resto de beneficiarios, de forma que, si se pasa de tres a dos pensionistas,

estos pasan a cobrar sendas pensiones al 20%, mientras que si se ha pasado de cuatro a tres pensionistas, sería necesario repartir el 48% de la base entre los pensionistas restantes, con el consiguiente acrecentamiento de pensiones.

Tened en cuenta que, cuando se perciba una pensión de viudedad en porcentaje del 70% o del 60%, fundamentada en bajos recursos del hogar familiar, la aplicación de este porcentaje sobre la base no obsta el hecho que se reserve hasta un 48% de la base para las pensiones de orfandad, a fin y efecto de evitar que la mejora del porcentaje de la pensión de viudedad no absorba la cuantía destinada a las pensiones de orfandad.

Con esta regla se evita la situación anterior en la que, por ejemplo, si había tres huérfanos, la mejora de la pensión de viudedad al 70% limitaba el margen para pagar tres pensiones de orfandad al 30% de la base reguladora de la prestación, lo cual en el ejemplo comportaba tres pensiones al 10% de la base. Por eso, el último inciso del artículo 229.3 LGSS prevé la posibilidad excepcional de que en estos supuestos la cuantía de la pensión de viudedad y las de orfandad sobrepasen el 100% de la base reguladora de la prestación sin que en ningún caso superen la suma del 70% y del 48% de esta base, con un total del 118%.

Para los supuestos de orfandad absoluta, el Reglamento General de Prestaciones establece (art. 38.1) que, si no hay ningún beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad aumenta un 52% de la base reguladora de la prestación. Dicho de otro modo, el pensionista o los pensionistas de orfandad también son beneficiarios a partes iguales de la pensión de viudedad no percibida. Ahora bien, si hay un beneficiario parcial de la pensión de viudedad (un cónyuge histórico del padre o de la madre de los huérfanos), los pensionistas de orfandad tienen derecho a que a la pensión de orfandad se le añada la porción de la pensión de viudedad sin asignar. En todo caso, el beneficio de «incremento de prestaciones» solo puede ser reconocido para la pensión de viudedad de uno de los dos progenitores, no de los dos. Más allá de las excepciones que se comentan en el siguiente párrafo, una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo –para todas, STS de 17 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6883)– se ha manifestado contraria al acceso a la pensión de viudedad por parte de los huérfanos cuando uno de los progenitores permanece vivo, pero sin acceso a la pensión de viudedad por varias razones, como por ejemplo el no cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión, en caso de parejas de hecho o la falta de una pensión compensatoria, en caso de cónyuges separados.

El régimen del incremento de la pensión de viudedad contiene dos especialidades que comportan su aplicación a supuestos en los que no necesariamente se da una situación de orfandad absoluta. Así, el Reglamento General de Prestaciones asimila a la situación de orfandad absoluta el huérfano de un solo progenitor conocido. Así mismo, cuando el progenitor superviviente haya sido condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, el huérfano o los huérfanos tienen derecho al incremento por anticipado de la pensión no percibida por el padre

(art. 233.1 LGSS). Desde un punto de vista de la dinámica, el artículo 21 de la OMS prevé que, cuando se extinga una pensión de orfandad y continúe habiendo otro pensionista u otros pensionistas de orfandad, aumentan la parte de la pensión de viudedad que se ha dejado de percibir a causa del cese en la condición de pensionista de orfandad.

### **6.3. Dinámica de la pensión de orfandad**

Al igual que la pensión de viudedad, la pensión de orfandad es imprescriptible (art. 230 LGSS), si bien, como veremos, no es en principio una pensión vitalicia, puesto que el límite de edad actúa en la mayoría de los beneficiarios. Los efectos económicos de la pensión de orfandad nacen en el momento de la defunción (art. 3 de la OMS), que es cuando se entiende producido el hecho causante, siempre que la pensión se solicite dentro de los tres meses siguientes a la defunción (art. 230 LGSS). En el caso de hijo póstumo, los efectos serán desde la fecha de nacimiento.

La dinámica de la pensión de orfandad se puede ver afectada, en primer lugar, por el ejercicio de actividades laborales o profesionales cuando estas se ejerzan a partir de la edad de veintiún años. En este sentido, las actividades que comporten unos ingresos superiores a la cuantía del SMI en cómputo anual (art. 9.2 RD 1647/1997, de 31 de octubre) comportan la suspensión de la pensión, y se recupera el derecho a percibirla cuando se extingue el contrato de trabajo, cesa la actividad por cuenta propia o, si procede, finaliza la prestación por desempleo, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o maternidad posteriores, que logren esta cuantía. En este sentido, la pensión se recupera con efectos desde el primer día posterior al cese en el trabajo o posterior a la finalización de la prestación (STSJ de Madrid de 9 de junio de 2015 [JUR 2005/176660]). Para lo cual es necesario solicitar la reactivación de la pensión dentro de los tres meses posteriores a la finalización de la causa suspensiva. Sin embargo, si durante el año natural se obtienen ingresos superiores al salario mínimo interprofesional en la cuantía anual, aunque la fuente de los ingresos se extinga, parecería que la pensión de orfandad no se recupera hasta el primer día del año siguiente.

De acuerdo con el artículo 225.2 LGSS, la pensión por orfandad de las personas declaradas incapacitadas para el trabajo no será en principio compatible con otra pensión de la Seguridad Social por razón de la misma incapacidad, de forma que será necesario optar. Aun así, cuando el huérfano haya sido declarado incapacitado para el trabajo antes de los dieciocho años, la pensión de orfandad será compatible con otra pensión de incapacidad permanente que pudiera causar posteriormente a los dieciocho años por unas lesiones diferentes de aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente. Así mismo, esta pensión de orfandad será compatible con la pensión de jubilación que se pudiera causar por el trabajo que se desarrolle por cuenta propia o ajena. A estos efectos, la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2014 (RJ 2014/6127) –seguida después por la STS de 6 de julio de 2015 (RJ 2015/4116)–,

ha establecido que no será necesaria la calificación de la incapacidad permanente antes de los dieciocho años cuando la incapacidad haya sido evidente y pueda acreditarse como existente antes de la mencionada edad.

En el artículo 21 de la OMS se señalan las causas de extinción. La primera de ellas es superar la edad límite que permita el mantenimiento del cobro de la pensión, salvo que en ese momento, «se tenga reducida la capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez». Cuando la pensión finalice porque se han cumplido los veinticinco años, en caso de que se cursen estudios, llegar a esta edad no implica la extinción automática, porque la pensión se prolongará hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al inicio del curso académico.

También es causa de extinción de la pensión de orfandad el cese en la situación de incapacidad que permitía continuar con el goce de la pensión y la adopción del huérfano. Finalmente, comportan la extinción de la pensión la defunción del beneficiario y el hecho de contraer matrimonio. El Tribunal Supremo (STS 30 de enero de 2007 [RJ 2007/990]) ha señalado que la celebración del matrimonio comporta siempre, y en todo caso, la extinción de la pensión, de forma que la separación judicial posterior no transforma en suspensión – con la consiguiente reactivación del cobro– la extinción previa de la pensión.

De acuerdo con el artículo 21 de la OMS, si al extinguirse la pensión por cualquier de las causas previstas, excepto la de defunción, no se han meritado doce mensualidades de la pensión, se le tiene que entregar en un solo pago la cantidad necesaria para lograr el cobro de doce mensualidades.

## 7. Prestaciones en favor de otros familiares

El artículo 226 LGSS regula los aspectos básicos de las denominadas *prestaciones* en favor de familiares, con las cuales la Ley pretende proteger a familiares diferentes del cónyuge –o de la pareja de hecho– o los hijos del causante, beneficiarios respectivamente de las pensiones de viudedad y de orfandad. El rasgo más característico de las prestaciones en favor de familiares está en su relevo asistencial, puesto que se tiene que acreditar siempre que el familiar dependía económicamente del causante antes de la defunción, y este es un requisito que no se exige ni para la pensión de viudedad ni para la de orfandad. A todos los efectos, la Ley se remite con notable intensidad al despliegue reglamentario, aunque establece una doble tipología de prestaciones –pensiones y subsidios– y solo reconoce en el plan legal el derecho a pensión de hijos y hermanos de pensionistas de jubilación o incapacidad permanente (arte 226 LGSS). En definitiva, se trata de un conjunto de prestaciones con escaso peso cuantitativo dentro de la protección por muerte y supervivencia. Para acceder a ellas se tienen que cumplir los requisitos generales –alta y cotización– de acceso a la pensión de viudedad.

### 7.1. La pensión en favor de familiares

En cuanto a los beneficiarios de la pensión, ya se ha señalado que la ley limita el reconocimiento del derecho a un colectivo identificado en el artículo 226 LGSS. Se trata de los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación o incapacidad en los que se den las circunstancias siguientes: haber convivido con el causante y a cargo suyo; ser mayor de cuarenta y cinco años, solteros, divorciados o viudos; acreditar una dedicación prolongada al cuidado del causante y, finalmente, no tener medios propios de vida.

Además, de conformidad con lo que prevé el artículo 22 de la OMS, también son beneficiarios de la pensión tres grupos de beneficiarios. Por un lado, los nietos y hermanos de menos de dieciocho años o mayores que tengan reducida la capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente total o absoluta. También son beneficiarios los nietos y hermanos de menos de veintidós años en el momento de la muerte del causante que no hagan ninguna actividad laboral o profesional retribuida o que, a pesar de que la hagan, obtengan unos ingresos inferiores al 75% del SMI en cómputo anual. Así mismo, tienen que cumplir otros requisitos, como ser huérfanos de padre y madre, que convivan con el causante y a cargo suyo desde al menos dos años antes de la defunción, que no tengan derecho a una pensión pública y, finalmente, que no dispongan de medios económicos y no queden familiares con obligación de prestarles alimentos, de acuerdo con la legislación civil.

Por otro lado, los apartados 2 y 3 del artículo 22 de la OMS reconocen el derecho a la pensión, de una parte, a madres y abuelas que cumplan los mismos requisitos que los hermanos o nietos –excepto el de la edad máxima y la condición de huérfana, que no son necesarios– y que sean viudas, solteras o casadas cuyo marido esté incapacitado para el trabajo. Por otro lado, se concede el derecho a la pensión a padres y abuelos del causante que cumplan los mismos requisitos que los hermanos o nietos –excepto el de la edad máxima de veintidós años y la condición de huérfano, que no son necesarios– y que, además, hayan cumplido los sesenta años de edad o estén incapacitados para el trabajo.

En cuanto a la cuantía de la pensión, el artículo 23 de la OMS prevé un porcentaje idéntico a la pensión de orfandad, es decir, equivalente al 20% de la base reguladora de la prestación. Las causas de extinción se explicitan en el artículo 24 de la OMS, en el que se señala que, para el caso de hermanos y nietos, son aplicables las causas extintivas previstas para la pensión de orfandad. En el caso de las pensiones en favor de ascendientes, son causas extintivas contraer matrimonio y la defunción.

## **7.2. El subsidio en favor de familiares**

La LGSS remite toda la regulación del subsidio al despliegue reglamentario, tal como establecen los artículos 226.1 y 226.3. De acuerdo con el artículo 25 OMS, el subsidio en favor de familiares es una prestación temporal destinada a proteger, durante un breve lapso de tiempo, a hijos y hermanos del causante que, por razones de edad, no se puedan acoger a la pensión que prevé el artículo 22 OMS. Por lo tanto, pueden acceder a la prestación los hijos y hermanos del causante de más de veintidós años de edad, solteros o viudos, que cumplan los requisitos que prevén los párrafos *c*, *d* y *e* del artículo 22.1 OMS, es decir, ser huérfanos de padre y madre, que convivan con el causante y a cargo suyo desde al menos dos años antes de su defunción, que no tengan derecho a una pensión pública y, finalmente, que no dispongan de medios económicos y no queden familiares con la obligación de prestarles alimentos según la legislación civil. La cuantía del subsidio es la misma que la prevista para la pensión en favor de familiares, si bien la duración máxima es de doce mensualidades. En cuanto a las causas de extinción, el artículo 27 OMS prevé como tales la defunción del beneficiario y el agotamiento del periodo máximo de goce.

## 8. Indemnización especial por un tanto alzado

El artículo 227 LGSS establece una indemnización por un tanto alzado para los supuestos en los que la defunción derive de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional. En cuanto a los beneficiarios de esta pensión, lo son el cónyuge, el miembro superviviente de la pareja de hecho y los hijos del causante. Cuando no haya familiares de los mencionados con derecho a pensión, el padre o la madre del afiliado fallecido tienen que percibir la indemnización, siempre que no sean beneficiarios de una prestación en favor de familiares (art. 227 LGSS).

Como se supone, dado que se trata de una prestación derivada de contingencias profesionales, no es necesario ningún periodo de cotización, ni siquiera el cumplimiento del requisito de alta, teniendo en cuenta que la falta de aseguramiento constituye un supuesto de alta de pleno derecho (art. 166.4 LGSS).

En cuanto a la cuantía de la indemnización, esta es equivalente, en el caso del cónyuge o la pareja de hecho, al importe de seis mensualidades de la base reguladora de la pensión. En cuanto a los huérfanos, tienen derecho cada uno de ellos a percibir la cuantía de una base reguladora de la pensión. Cuando no haya viudo o viuda o superviviente de pareja de hecho con derecho a esta prestación, la indemnización de seis meses que le habría correspondido se distribuye a partes iguales entre los hijos. Finalmente, cuando los progenitores accedan a esta prestación, la indemnización comprende la cuantía de nueve bases reguladoras en caso de un solo beneficiario, y puede llegar a las doce bases cuando sobrevivan el padre y la madre (art. 12 Decreto 1646/1972, de 23 de junio.)

## Resumen

La protección por muerte y supervivencia, y especialmente la pensión de viudedad, mantiene notables paralelismos con las otras pensiones en materia de alta y afiliación, si bien se muestra menos exigente en el requisito de cotización, especialmente cuando el causante se encuentra en situación de alta o asimilada. Por el contrario, este ámbito protector aporta el requisito de periodo de convivencia para evitar matrimonios de conveniencia en el caso de enfermedades comunes contraídas antes de la celebración del matrimonio.

Las características de la defunción como hecho causante exigen de nuestro ordenamiento jurídico una cierta flexibilidad a la hora de apreciarlo en casos de desaparición, por lo cual la LGSS arbitra soluciones razonables en el caso de desapariciones producidas en contextos de accidente. Así mismo, la LGSS establece algunas reglas para facilitar la prueba del origen profesional de la defunción, aunque algunos límites temporales para acreditar la prueba de la relación parecen discutibles.

La protección por gastos de sepelio es clamorosamente insuficiente y su mantenimiento en este estado la convierte en absolutamente prescindible. En cuanto a la pensión de viudedad, el acceso a la protección no es problemático en cuanto a las parejas casadas civilmente o mediante un rito religioso, y se ha postergado el debate político a propósito de introducir condiciones de dependencia o vulnerabilidad económica para concederla. Respecto de la protección de parejas de hecho, la Ley 40/2007 introdujo una regulación con requisitos que dificultan el acceso a la protección como, por ejemplo, la constitución de la pareja y el periodo de convivencia. Especialmente problemática es la exigencia de dependencia económica del miembro superviviente para acceder a la pensión.

Por otro lado, la LGSS mantiene un cierto grado de protección para los excónyuges o cónyuges separados, si bien después de la reforma efectuada mediante la Ley 40/2007 se han introducido más dosis de racionalidad, puesto que se exige la percepción previa de una pensión compensatoria por parte del solicitante de protección por viudedad. Así mismo, la Ley 40/2007 ha aportado ciertas garantías a favor del cónyuge con vínculo matrimonial plenamente vigente en el momento del óbito.

La cuantía de la pensión de viudedad muestra a menudo una notable insuficiencia, lo cual ha llevado al hecho que, en determinadas condiciones, el porcentaje básico aplicable a la base –52%– se eleve hasta el 60% o hasta el 70%. Así mismo, esta circunstancia ha potenciado la intervención autonómica mediante suplementos.

En materia de dinámica de la prestación, destacan los problemas derivados de la causa extintiva vinculada a contraer nuevo matrimonio o constituir una nueva pareja de hecho; extinción que, en determinadas condiciones de vulnerabilidad económica, no es aplicable. Por su parte, la Ley de protección integral contra la violencia de género ha aclarado el alcance de otra causa extintiva compleja, la defunción o las lesiones graves causadas por el cónyuge.

El ámbito subjetivo de la pensión de orfandad se caracteriza por que está restringido a los hijos del causante, con muy pocas excepciones sobre este tema. En los últimos años se observa una tendencia positiva a ampliar el alcance de la pensión a edades más elevadas, aunque la ampliación se condiciona al hecho de que no se lleven a cabo actividades profesionales o laborales que generen ingresos superiores al SMI. En contraposición, es criticable que no se pongan obstáculos a compatibilizar la pensión cuando los ingresos provengan de capital mobiliario o inmobiliario.

Otro elemento positivo en la protección por orfandad se encuentra en la no fijación de una edad límite en supuestos de discapacidad grave, si bien esta circunstancia se tendría que identificar mediante un grado o porcentaje de discapacidad y no por medio de grados de incapacidad permanente para el trabajo.

Respecto a la cuantía de la pensión, es modesta, pero se tiene que valorar en una visión de conjunto con la pensión de viudedad. Por otro lado, el legislador ha previsto varias medidas tendentes a mejorar la protección de la orfandad absoluta como, por ejemplo, la posibilidad de acumular pensión del padre y de la madre, facilitar el cobro de la pensión de viudedad, o de parte de la pensión, junto con la pensión de orfandad. Se puede subrayar también la reserva para pensiones de orfandad de un 48% de la base reguladora de la prestación, incluso cuando la pensión de viudedad se perciba al 70%. En materia de dinámica de la pensión, hay que destacar la complejidad práctica del supuesto suspensivo derivado del ejercicio de actividades laborales o profesionales, mientras que los supuestos extintivos aparecen en general como razonables.

Las pensiones y los subsidios a favor otros familiares son mecanismos de protección diseñados con objeto de evitar situaciones de desamparo económico de otros familiares que dependían económicamente del causante antes de la defunción. Se trata de un subsistema protector que refleja una noción amplia de familia, típica de países del sur de Europa y que puede contribuir a evitar situaciones de pobreza y desprotección, sobre todo entre los beneficiarios de la pensión.

Finalmente, la indemnización por defunción derivada de contingencias profesionales es el reflejo de que nuestro sistema de Seguridad Social continúa sin equiparar totalmente la protección por contingencias comunes a la protección

por contingencias profesionales. El derecho a percibir las prestaciones en caso de defunción por accidente de trabajo o enfermedad profesional puede paliar la inexistencia, en la práctica, de una auténtica protección por gastos de sepelio.

## Actividades

Araceli Soriano y Jordi Gómez son una pareja que convive desde el mes de marzo de 2011 y tiene la residencia en Badia del Vallès. Fruto de su relación, tienen un hijo nacido el día 7 de octubre de 2013. Han vivido en un pequeño piso alquilado que inicialmente había arrendado Jordi en solitario y al cual después se mudó Araceli. Sin embargo, esta ha mantenido el empadronamiento en Sabadell, en el domicilio de sus padres. En la base de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social, el domicilio que consta para los dos es el de Badia del Vallès. Jordi Gómez es padre de dos niños más que tuvo en otra relación anterior que finalizó en divorcio.

Araceli y Jordi nunca han constituido pareja de hecho ni se han inscrito en ningún registro de parejas de hecho. Los ingresos de Araceli han sido, durante el año 2017, de 17.800 euros y, los de Jordi, de 16.500 euros. A lo largo de 2018 el salario mensual percibido por Araceli asciende a 1.500 euros brutos, con prorrata de pagas extraordinarias. El mes de mayo de 2018, Jordi muere atropellado al volver a casa del trabajo.

Preguntas:

1. ¿Constituye la pareja formada por Jordi y Araceli una pareja que cumple los requisitos a los efectos de la protección por muerte y supervivencia? Debéis tener en cuenta especialmente:

a) El cumplimiento y la acreditación del requisito de cinco años de convivencia.

b) La falta de inscripción y constitución formal de la pareja de hecho.

2. En caso de haberse constituido como pareja de hecho ante notario el 2012, ¿los ingresos de Araceli y de Jordi permitirían que ellos accedieran a la pensión de viudedad?

3. Supongamos que Araceli y Jordi se habían casado en el mes de noviembre de 2017 ante el hecho que a Jordi se le diagnostica una grave enfermedad degenerativa en octubre de 2017. Finalmente, Jordi muere de esta enfermedad en mayo de 2018. ¿Tendrá derecho Araceli a cobrar la pensión en base al vínculo matrimonial? ¿Por qué?

4. ¿Cuál será la cuantía de la pensión del hijo de Jordi y Araceli, teniendo en cuenta que también se solicitará pensión de orfandad en nombre de los otros dos hijos de Jordi, considerando que la base reguladora mensual de la pensión es de 1.125 euros? ¿Cuántas pagas percibirá al año de su pensión?

5. ¿Variará la cuantía de la pensión del hijo de Jordi y Araceli si dos años más tarde muere uno de sus dos hermanastros?

Normativa:

- Artículos 41 y 139.1 de la Constitución española.
- Artículos 46, 156.2.a, 219.2 y 221 de la Ley General de la Seguridad Social.
- Artículo 36 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (Reglamento General de Prestaciones).
- Artículo 18 de la Orden de 13 de febrero de 1967 sobre Prestaciones de Muerte y Supervivencia.
- Real decreto 1077/2017, de 29 de diciembre, por el cual se fija el salario mínimo interprofesional por el 2018.

Jurisprudencia aplicable:

- STS de 20 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7436). Solo FJ tercero.
- STS de 14 de junio de 2010 (RJ 2010/2646).

## Ejercicios de autoevaluación

1. El acceso a la pensión de viudedad por enfermedad común exige una cotización:

a) de quinientos días.

b) de quinientos días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.

c) inapreciable, porque solo es necesario acreditar el alta y la afiliación.

d) de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.

2. El acceso a la protección por muerte y supervivencia en caso de desaparición:

- a) es posible si la desaparición se produce en un contexto de accidente, común o de trabajo, siempre que haya transcurrido un mínimo de noventa días desde la desaparición.
- b) no es posible si la persona ha desaparecido en una situación de accidente de trabajo.
- c) solo es posible siempre que transcurran los plazos básicos previstos en el Código Civil – diez o cinco años– para proceder a la declaración de desaparición.
- d) solo es posible si la desaparición se produce en un contexto de accidente, común o de trabajo, siempre que haya transcurrido un mínimo de ciento ochenta días desde la desaparición.

3. El requisito de un año de duración del matrimonio:

- a) se exige siempre para poder acceder a una pensión de viudedad.
- b) es imprescindible en el caso de defunción por contingencias comunes ocurrida al poco de contraer el matrimonio.
- c) es imprescindible cuando uno de los contrayentes sea extranjero.
- d) es imprescindible, en principio, cuando la defunción esté causada por una enfermedad común sobrevinida antes de contraer matrimonio.

4. A todos los efectos, para acceder a la pensión de viudedad, el matrimonio:

- a) siempre es necesario.
- b) debe tener forma civil.
- c) puede tener forma de cualquier confesión religiosa.
- d) puede tener forma religiosa de confesiones inscritas, de conformidad con lo que se haya acordado con las autoridades españolas.

5. El excónyuge que no haya vuelto a contraer matrimonio:

- a) siempre tiene derecho a cobrar la totalidad de la pensión de viudedad por la defunción del excónyuge.
- b) solo tiene derecho a cobrar pensión de viudedad del excónyuge si percibe una pensión compensatoria o de reequilibrio económico.
- c) tiene derecho a cobrar pensión de viudedad del excónyuge si percibe una pensión compensatoria o de reequilibrio económico y esta se extingue por la defunción del causante.
- d) solo tiene derecho a cobrarla en caso de que haya sido víctima de la violencia de género del excónyuge.

6. El acceso a la pensión de viudedad para parejas de hecho exige en toda España:

- a) a todos los efectos, la constitución formal de la pareja de hecho, hijos comunes, convivencia durante cinco años y dependencia económica del miembro superviviente.
- b) a todos los efectos, convivencia durante cinco años y dependencia económica del miembro superviviente.
- c) hijos en común menores de edad y convivencia durante dos años.
- d) convivencia durante cinco años e hijos en común.

7. El tipo aplicable a la pensión de viudedad:

- a) es del 70%, en determinadas condiciones, entre las cuales destacan la existencia de cargas familiares y que la pensión constituya la principal fuente de ingresos del pensionista.
- b) es del 70% de la base en contingencias profesionales y del 52% en caso de contingencias comunes.
- c) es siempre del 60%.
- d) siempre es del 52%.

8. Es causa de extinción de la pensión de viudedad:

- a) la condena firme por homicidio culposo de la esposa.
- b) el ejercicio de una actividad laboral retribuida.
- c) contraer matrimonio, excepto si el nuevo cónyuge tiene ingresos muy bajos.
- d) contraer matrimonio, salvo que se cumplan determinadas circunstancias –ingresos bajos, edad elevada o discapacidad y otros– que permitan mantener la percepción.

9. Tienen derecho a la pensión de orfandad:

- a) los hijos incapacitados para el trabajo, sea cual sea su edad, y sean cuales sean, si procede, los ingresos derivados de una actividad lucrativa autónoma o laboral.
- b) los hijos aportados al matrimonio por el cónyuge superviviente, sin más condiciones.
- c) tanto los hijos, sea cual sea su filiación, como los menores en situación de acogida en el momento de la defunción del causante.
- d) los hijos menores de veintiún años. A partir de esta edad, solo pueden acceder a la pensión los que estén incapacitados para el trabajo.

10. La cuantía de las pensiones de orfandad:

- a) siempre es, y en todo caso, equivalente al 20% de la base reguladora de la prestación.
- b) no puede superar en conjunto, cuando concurren varios beneficiarios de la pensión, el 48% de la base reguladora de la prestación.
- c) puede superar en conjunto, cuando concurren varios beneficiarios con bajos ingresos en el hogar familiar, el 48% de la base reguladora de la prestación.
- d) puede superar individualmente la cifra del 20% de la base reguladora de la prestación.

11. En caso de orfandad absoluta:

- a) no se puede acumular la pensión de orfandad del padre y de la madre.
- b) la pensión de orfandad es compatible con cualquier renta derivada de trabajo por cuenta ajena o de una actividad profesional.
- c) la pensión de orfandad se incrementa con la pensión de viudedad del padre y de la madre.
- d) la pensión o las pensiones de orfandad se incrementan con la pensión de viudedad que habría causado uno de los dos progenitores.

12. Es causa de extinción de la pensión de orfandad:

- a) llegar a la edad de dieciocho años.
- b) contraer matrimonio.
- c) llevar a cabo una actividad laboral a tiempo completo.
- d) la convivencia marital.

13. Es causa de suspensión de la pensión de orfandad:

- a) el ejercicio de actividades laborales o profesionales que comporten unos ingresos superiores al 100% del SMI.
- b) la revisión de la incapacidad en un grado equivalente a la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.
- c) tomar estado religioso.
- d) el ejercicio de actividades laborales o profesionales que comporten unos ingresos superiores al 75% del SMI.

14. Las prestaciones en favor de familiares:

- a) tienen carácter vitalicio.
- b) están integradas por varios tipos de pensiones.
- c) siempre exigen que el beneficiario haya dependido económicamente del causante.
- d) se conceden solo a ascendientes: padres/madres y abuelos/abuelas.

15. La indemnización por un tanto alzado:

- a) se percibe en supuestos de accidente de trabajo y accidente común.
- b) es un derecho subsidiario en caso de falta de carencia para acceder a la pensión.
- c) equivale, en el caso de los huérfanos, a seis bases de la pensión a dividir entre todos ellos.
- d) equivale, en el caso del cónyuge superviviente, a seis bases de la pensión.

## **Solucionario**

### **Ejercicios de autoevaluación**

1. b

2. a

3. d

4. d

5. c

6. b

7. a

8. d

9. a

10. c

11. d

12. b

13. a

14. c

15. d

## Bibliografía

- Barcelón Cobedo, S.; González Ortega, S.** (2018). *Introducción al derecho de la Seguridad Social* (12.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Beltran de Heredia Ruiz, I.** (2008). «La pensión de viudedad y la Ley 40/2007: anatomía de una encrucijada». En: *Relaciones Laborales* (n.º 2).
- Blasco Lahoz, J. F.; López Gandía, J.** (2018). *Curso de Seguridad Social* (10.ª ed.) Valencia: Tirant lo Blanch.
- Desdentado Daroca, E.** (2009). *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del derecho de familia. Un estudio crítico para una prestación en crisis*. Albacete: Bomarzo.
- Fernández Domínguez, J. J.; Martínez Barroso, M. R.** (2011). *Pensiones de viudedad y orfandad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- López Terrada, E.** (2014). «Uniones de hecho y prestaciones por muerte y supervivencia: nuevos criterios jurisprudenciales». En: *Revista de Información Laboral* (n.º 6).
- Lousada Arochena, J. F.** (2010). «La extinción de las prestaciones de viudedad». En: *Tribunal Social* (n.º 235).
- Monereo Pérez, J. L.; et al.** (2018). *Manual de Seguridad Social* (14.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Moreno Gené, J.** (2010). «La pensión especial de viudedad de las parejas de hecho: aspectos legales y criterios jurisprudenciales». En: *Tribunal Social* (n.º 232).
- Pérez Alonso, M. A.** (2008). *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Follo, I.** (2010). «El rito gitano como vínculo apto para disfrutar de la pensión de viudedad: comentario de urgencia a la STEDH Muñoz Días vs. España de 8 de diciembre de 2009». En: *Actualidad Laboral* (n.º 3).
- Toscani Giménez, D.** (2008). «La reformulación de la pensión de viudedad en la Ley 40/2007: algunas reflexiones críticas». En: *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)* (n.º 302).

