

SOBRE EL ESTUDIO DE DON MANUEL ALONSO OLEA LAS PENSIONES DE VIUDEDAD HOY

Raquel AGUILERA IZQUIERDO

Secretaría General de la UCM
Catedrática de Universidad
Departamento de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
aguilera@der.ucm.es

«Las pensiones de viudedad hoy» es el título de un breve artículo de don Manuel Alonso Olea publicado en la *Revista Documentación Laboral* núm. 154 (2003), artículo publicado poco después de su fallecimiento.

El origen de este trabajo, como el propio don Manuel Alonso Olea señala, fue una comunicación al II Congreso Complutense de Derecho del Trabajo celebrado en esta Facultad los días 8 y 9 de abril de 2002, bajo la dirección de mi maestro y querido discípulo de don Manuel Alonso Olea, el profesor Alfredo Montoya Melgar, y organizado por el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de esta Facultad.

Este trabajo analiza las modificaciones introducidas por la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 2002 (Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) y por el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, en la pensión de viudedad.

En concreto, el artículo de don Manuel Alonso Olea hace alusión a tres cuestiones, introducidas por las citadas normas, en relación con la pensión de viudedad. A continuación, se trata de poner de manifiesto si ha habido alguna modificación en esta materia, veinte años después de dicho trabajo, o si siguen planteándose los mismos problemas.

1) La primera cuestión que plantea el profesor Alonso Olea es la relativa al caso singular de la separación o divorcio de los cónyuges cuando ha habido un matrimonio posterior. Como es sabido, en estos casos no nos hallamos ante dos o más pensiones, una para cada cónyuge, sino ante una sola pensión que se reparte entre los distintos cónyuges en proporción al tiempo vivido con el cónyuge fallecido.

De este modo, si habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión de viudedad, esta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante.

Ahora bien, como señalaba Alonso Olea, el derecho a la pensión corresponde al cónyuge al tiempo del fallecimiento del causante, deduciéndose de la pensión, con destino a la pensión del primer cónyuge, la proporción correspondiente al tiempo que va desde la fecha del primer matrimonio hasta la fecha del cese de la convivencia.

De este modo, decía Alonso Olea, el tiempo que probablemente habrá entre el cese de la convivencia con el primer cónyuge y el matrimonio con el segundo juega a favor de este último, y a favor de este juega con indiferencia de que durante el mismo haya o no convivido con quien acabaría siendo su cónyuge. Además, aunque de la unión no matrimonial o convivencia *more uxorio* no deriva derecho alguno a la pensión de viudedad, hay una excepción a esta norma: y es el tiempo muerto entre ambos matrimonios, que puede ser de *more uxorio*, y que, como decimos, beneficia al segundo cónyuge.

¿Cuál es la situación con posterioridad a la elaboración de este trabajo de don Manuel Alonso Olea?

Pues bien, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, mantiene la regla de proporcionalidad en atención al tiempo de convivencia para los supuestos de concurrencia de beneficiarios. Además, la Ley 40/2007 minora el derecho a la pensión para el excónyuge ya que solamente surge su derecho si viene percibiendo pensión compensatoria y, además, la Ley mejora y cuida el derecho del cónyuge superviviente frente al excónyuge dado que al cónyuge superviviente se le garantiza, en todo caso, el 40 por 100 de la pensión de viudedad.

No obstante, el legislador sigue sin precisar en la norma si los tiempos en los que no ha habido convivencia comportan una minoración de la pensión.

La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, introduce nuevos cambios en los casos de separación o divorcio. Esta norma modifica el primer párrafo del apartado 2 del art. 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, eximiendo del requisito de la pensión compensatoria en determinadas condiciones y para los «hechos causantes» producidos hasta el 31 de diciembre de 2009. En efecto, se contempla de manera específica la protección para las vícti-

mas de violencia de género y se prosigue en la línea de debilitar los derechos del excónyuge pues, según la nueva redacción del art. 174.2 TRLGSS (1994) la pensión de viudedad que perciba el excónyuge (con o sin concurrencia) queda topada por el importe de la pensión compensatoria que viniera percibiendo del causante¹.

El nuevo cambio legislativo, que ha pasado al actual art. 220 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, sigue sin despejar la duda relativa a qué efecto tiene el tiempo sin convivencia matrimonial.

El Tribunal Supremo, sin embargo, ha despejado esta duda. En Sentencia de 23 de junio de 2014 (RJ 2014, 5198, rec. 1233/2013), recuerda que cuando el cónyuge supérstite concurre con el excónyuge la norma indica que la pensión «será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante». Se opta así, por la llamada «tesis distributiva», en razón de la cual los períodos en los que el causante no mantuvo convivencia matrimonial con ninguno de los beneficiarios, se distribuyen entre ellos con arreglo al tiempo vivido con aquél, frente a la situación anterior en la que se le atribuían al cónyuge superviviente.

Por otro lado, como se ha visto, opera la regla atenuadora de la estricta proporcionalidad: al cónyuge superviviente se le garantiza en todo caso un porcentaje del 40 por 100.

Por tanto, la pensión se otorga al cónyuge último, y solamente decrece su cuantía —si existe concurrencia de beneficiarios— atendiendo al tiempo de convivencia.

2) La segunda cuestión que plantea en su estudio el profesor Alonso Olea es la relativa al nuevo matrimonio del cónyuge viudo.

¹ Art. 174.2 TRLGSS: «2. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 CC y esta quedará extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho».

Recuerda que la pensión de viudedad se extinguirá por contraer nuevo matrimonio, sin embargo, la pensión no se extingue por la convivencia *more uxorio*, con lo que estamos, en palabras del profesor Alonso Olea, «en la situación anómala o pintoresca según se quiera, por muy legalmente normal que sea, en la cual el pensionista pierde su pensión si se vuelve a casar y no la pierda si meramente convive [...]»; dicho de manera casi idéntica el pensionista se casa a costa de perder su pensión». Esta situación, que se mantiene sin cambios, se ha venido a calificar por la doctrina como de «razonable neutralidad», en el sentido de que la convivencia *more uxorio* no da derecho a la pensión, ni tampoco lo quita².

El nuevo matrimonio tampoco extingue la pensión de viudedad cuando el pensionista sea mayor de sesenta y un años, la pensión sea su principal o única fuente de ingresos y el nuevo matrimonio tenga ingresos anuales que no excedan de dos veces el SMI vigente en cada momento (artículo segundo del Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia)³.

Esta situación sigue siendo igual actualmente.

De este modo, al exigirse junto a la edad, otros dos requisitos que, como hemos señalado, en sustancia consisten en la falta de medios para atender a la subsistencia, podemos afirmar, como hace el profesor Alonso Olea, que en estos casos se convierte la pensión de viudedad en asistencial, al depender de una situación de pobreza o cuasipobreza del pensionista, que se ha de probar.

3) La tercera, y última cuestión a la que alude en su trabajo el profesor Alonso Olea, y que enlaza con este carácter asistencial que en muchos

² M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, «Comentario a la STC 126/1994», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR (dirs.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XII, Madrid, Civitas, 1996, ref. 845.

³ «La pensión de viudedad se extinguirá por las siguientes causas:

1. Contraer nuevo matrimonio. No obstante, podrán mantener el percibo de la pensión de viudedad, aunque contraigan nuevo matrimonio, los pensionistas de viudedad en quienes concurren los siguientes requisitos:

a) Ser mayor de sesenta y un años o menor de dicha edad, siempre que, en este último caso, tengan reconocida también una pensión de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad absoluta o de gran invalidez, o acrediten una minusvalía en un grado igual o superior al 65 por 100.

b) Constituir la pensión o pensiones de viudedad percibidas por el pensionista la principal o única fuente de rendimientos [...].

c) Tener el matrimonio unos ingresos anuales, de cualquier naturaleza, incluida la pensión o pensiones de viudedad, que no superen dos veces el importe, en cómputo anual, del salario mínimo interprofesional, vigente en cada momento [...].».

casos tiene la pensión de viudedad, es la relativa al incremento de la cuantía de la pensión. La modificación parcial por el RD 1465/2001 del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia supuso el incremento de la cuantía de la pensión de viudedad al 46 por 100 frente al 45 por 100 anterior y la posibilidad de que la cuantía de la pensión se incremente al 70 por 100 cuando la pensión sea la principal o única fuente de ingresos del pensionista y esta no supere la cantidad prevista cada año para que se concedan los complementos por mínimos.

Desde el 1 de enero de 2004, el porcentaje aplicable a la pensión de viudedad ha quedado fijado, con carácter general, en el 52 por 100. No obstante, cuando la pensión constituye la principal o única fuente de ingresos del pensionista, estos no superan un determinado límite y el pensionista tiene cargas familiares, el porcentaje será del 70 por 100 (art. 31 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas).

Como señala el profesor Alonso Olea, las modificaciones normativas han llevado a la asistencialidad de las pensiones de viudedad. Este carácter asistencial se muestra, por un lado, en la posibilidad de que el cónyuge viudo contraiga, en determinadas circunstancias, un segundo matrimonio sin que su pensión se extinga por ello; y, por otro lado, en el añadido de un complemento asistencial a la pensión ordinaria de viudedad.

Se introduce así una mezcla de derecho estricto y de asistencialidad en una sola pensión, mezcla que el profesor Alonso Olea considera poco razonable.

Ha habido una evolución de la pensión de viudedad desde el campo de lo absolutamente contributivo (exigencia de alta o situación asimilada, carencia prolongada y carencia específica, y cuantificación sobre base reguladora dependiente de las de cotización) al ámbito de las prestaciones asistenciales.

Ahora bien, aunque esto es cierto, también lo es que la evolución de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia se ha caracterizado por una paulatina ampliación tanto del elenco de beneficiarios de la prestación como de las situaciones protegidas. En efecto, son beneficiarios de la pensión de viudedad no solo el cónyuge superviviente y los cónyuges separados, divorciados y aquellos cuyo matrimonio fuese declarado nulo, sino también el superviviente de una pareja de hecho. De esta manera, en la práctica no se ha restringido el acceso a la prestación a aquellas personas que económicamente no la necesitan.

Por tanto, podemos afirmar que hay una clara mezcla de contributividad y asistencialidad en esta prestación. De este modo, si en una futura reforma se pretende que prevalezca el carácter asistencial de la pensión de viudedad deberíamos plantearnos, si deberían sacarse las pensiones de viudedad del ámbito de la Seguridad Social y financiarlas, de forma asistencial, vía Presupuestos Generales del Estado.

Como sabemos, una de las recomendaciones del Pacto de Toledo⁴ es precisamente una reforma integral y gradual de la pensión de viudedad que todavía no ha tenido lugar. La comisión del Pacto de Toledo considera que la acción protectora debe concentrarse en las personas beneficiarias de la pensión de viudedad con sesenta y cinco años o más, cuya pensión es la única fuente de ingresos. ¿El objetivo? «Garantizarles una situación de renta equiparable a la existente antes del fallecimiento del cónyuge o conveniente». Ahora bien, la Comisión defiende el mantenimiento del carácter contributivo de estas prestaciones, y entiende que la adopción de medidas que introduzcan criterios basados en condiciones específicas para el acceso a ellas (edad, renta, hijos, compatibilidades, etc.) no puede modificar dicha naturaleza básica. Todo ello tiene por objeto acomodarse a las nuevas realidades sociales y familiares, así como a las circunstancias socioeconómicas, a fin de mejorar la protección de los pensionistas sin otros recursos, y de adecuar la protección de colectivos menos vulnerables.

El problema como podemos comprobar lleva muchos años sobre la mesa y el profesor Alonso Olea, con la claridad que siempre le caracterizó, lo puso ya de manifiesto, sin que a día de hoy la reforma de la pensión de viudedad, en muchos momentos anunciada, haya llegado a materializarse.

⁴ Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 19 de noviembre de 2020.