

**LA PENSIÓN DE VIUDEDAD Y LA VIOLENCIA DE
GÉNERO. EL ARTÍCULO 174.2 LGSS TRAS LA RE-
FORMA DE LA LEY 26/2009, DE 23 DE DICIEMBRE.**

Máster en los malos tratos y la violencia de género. UNED.

Alumna: Isabel Abella.

Directora: Concepción Torres.

Junio 2013

A Jon, mi gran compañero de viaje. A mi querida familia.

Por su amor, apoyo y por darme mis alas.

AGRADECIMIENTOS

Lo que sigue intenta ser un pequeño homenaje a quienes de una u otra manera han hecho posible que ahora escriba estas líneas.

A todas las viudas, y con cariño a “nuestras viudas”.

A todas aquellas que habéis emprendido un camino tedioso para ver (no siempre) reconocido vuestro derecho a la prestación de viudedad, por vuestra fuerza y tenacidad.

A todas aquellas que se encontraron obstáculos por el camino. Y siguieron.

A aquellas que recibieron un “no tienes derecho” y se conformaron porque confiamos que algún día os llegue la información de que si lo tenéis.

A Lucía Linares, por aquel entonces, Presidenta de la Federación de Viudas de Euskal Herria, por su lucha incansable en favor de la mejora de las viudas y por la confianza que depositó en mi.

Y muy especialmente a Arantxa, la primera perjudicada que llegó a nuestras manos. Es nuestra espina, porque a pesar de los logros, no conseguimos que disfrutara de su pensión.

A mis compañeras y amigas incansables, Georgina y Teresa, por su cariño, mirada y optimismo, y por todas las horas dedicadas a ellas y a su causa, nuestra causa.

A Carmen, colega de profesión, por su gran capacidad de análisis y bagaje jurídico.

A Emilio, por apoyarnos desde el Congreso.

Y a todas aquellas personas que han contribuido a mejorar la vida de las viudas y de las mujeres que han sufrido violencia y que con su trabajo promueven una sociedad igualitaria.

A vosotras, a todas.

1 RESUMEN	6
2 INTRODUCCIÓN	7
3 OBJETIVOS Y METODOLOGÍA	10
4 APUNTES AL ARTÍCULO 174.2 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN RELACIÓN A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.	11
4.1 Antecedentes: La Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social	11
4.2 Ley 26/2009 de Presupuestos generales del Estado	13
4.3 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.	19
5 CRÍTICA A LAS REFORMAS Y PROPUESTAS DE MEJORA	21
6 ACRECIMIENTO DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD COMO ALTERNATIVA A LA DENEGACIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD	23
7 CONCLUSIONES	26
8 BIBLIOGRAFÍA	28
9 ANEXO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL	29

1 RESUMEN

La nueva reforma del artículo 174.2 de la LGSS, a través de la Disposición Final Tercera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2010, reconoce el derecho a percibir la pensión de viudedad para las víctimas de violencia de género tras la separación judicial o divorcio, sin someterles al requisito de ser acreedoras de una pensión compensatoria.

El presente estudio se limita al supuesto señalado y a las reformas operadas en la LGSS, sin desarrollar las afectadas al Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, así como a los problemas que plantea pero sin abordar el supuesto general de la pensión de viudedad en caso de separación judicial o divorcio.

PALABRAS CLAVE: Pensión de viudedad, violencia de género, separación, divorcio, Ley 40/2007, Ley Orgánica 1/2004, Seguridad Social, Artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social, Acrecimiento de la pensión de orfandad.

2 INTRODUCCIÓN

La interpretación restrictiva del artículo 174.2 LGSS efectuada por el Instituto General de la Seguridad Social tras la reforma de la Ley 40/2007¹ provocó la denegación sistemática de las pensiones de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas, incluidas las víctimas de violencia de género². Su defectuosa redacción favoreció que la entidad gestora denegara la prestación a aquellas personas separadas y divorciadas, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007 (1 de enero de 2008) que en cuyos procedimientos de familia no se había establecido pensión compensatoria alguna, o se había renunciado, o ésta era de carácter temporal o de tracto único.

La restricción de los supuestos en los que se concederán pensiones de viudedad es reconocida por Llorente Álvarez: *“En primer lugar, parece evidente que la exigencia de cualquier nuevo requisito añadido a los anteriores, normalmente, traerá como consecuencia la reducción de las prestaciones reconocidas, toda vez que el número de potenciales beneficiarios que podrá cumplirlos será menor, y ello al margen de que con la introducción de este requisito sólo uno de los ex cónyuges podrá tener, en su caso, eventualmente derecho a una pensión de viudedad, esto es, sólo aquél que haya obtenido a su favor una pensión compensatoria, con lo que aquel que no la obtenga perderá la posibilidad de lucrar, en su caso, una pensión de viudedad en el supuesto de premoriencia del ex cónyuge, consecuencia que no se producía con la regulación precedente. Dicho de otro modo, la nueva regulación supone evidentemente, un aquilataamiento de las situaciones que darán derecho al nacimiento de la prestación o, en terminología más contundente, es una restricción de los supuestos en los que se concederán las prestaciones en estos casos”*.

¹ LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I. “Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, de 4 de diciembre”, *Revista Abogados de familia*. Diciembre 2008.

² El término Violencia de género se emplea por ser el recogido en la LO 1/2004.

El apoyo mostrado por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria³ acogiendo la LO 1/2004 y la LO 3/2007 fue decisivo para recoger la realidad de las mujeres que habían padecido de violencia y exonerarlas del cumplimiento de percibir una pensión compensatoria para la percepción de la pensión de viudedad.

A la entrada en vigor de la Ley 40/2007, le siguieron dos años de debate jurisprudencial, críticas doctrinales y clamor social y ciudadano, acallándolo parcialmente con la publicación de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2010, donde el legislador silenció en el Preámbulo las razones por las que se modificó el artículo 174.2 LGSS pero que del nuevo párrafo introducido se evidenció que, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 1/2004, se ampara la realidad de las mujeres que han padecido violencia y se les otorga una especial protección en materia de Seguridad Social, aunque dicho artículo no haya estado exento de controversias desde el 1 de enero de 2010, fecha en la que entró en vigor.

El Tribunal Supremo en Sentencia 5861/2012 de 19 de julio estableció:
“...que el acierto en la solución dada por el TSJ de Cantabria venía reforzado por la aplicación de lo dispuesto en la nueva Disposición Transitoria Decimotava de la LGSS introducida por la Ley 26/2009, de 23/12, que entró en vigor el 1/1/2010. Esta Ley, que es la de Presupuestos Generales del Estado para 2010, en su Disposición Final Tercera apartado 10, dio nueva redacción al artículo 174.2 de la LGSS en el sentido de eximir del requisito de la pensión compensatoria a las

³ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Pérez Obregón. Sentencia 38/09; y Sentencia de 4 de febrero de 2009. Ponente: Ilma. Sra. Mercedes Sancha. Sentencia 80/2009. Recurso 1193/2008. Así estableció que *“no cabe efectuar una interpretación indiscriminada de la norma de la Seguridad Social (art. 174.2 de la LGSS) como hace el juzgador de instancia al afirmar que como “la ley es igual para todos” no caben distinciones”. Deben superarse los efectos perversos de esa aplicación indiscriminada con la conjunción interpretativa de las dos leyes orgánicas citadas, la 1/2004 y la 3/2007, y está claro que si una mujer sometida a violencia de género no ha solicitado una pensión por desequilibrio económico como consecuencia de su difícil situación familiar y personal (con un cónyuge alcohólico que la agredió) fue por la imposibilidad de hacerlo. En consecuencia estima que la actora tenía derecho a la pensión compensatoria pese a su percepción y procede estimar el recurso y revocar la resolución de instancia”.*

viudas que hubieran sido víctimas de violencia de género por parte del causante fallecido. (...) A partir de esa primera sentencia, la doctrina en ella contenida se ha repetido en las SSTS de 26/1/2011 (RCUD 4587/2009), 30/5/2011 (RCUD 2598/2010 y 13/7/2011 (RCUD 3040/2010)."

3 OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

El objetivo fundamental del presente estudio es contribuir a la mejora de la situación de las mujeres que padecen violencia y en concreto, en su derecho a la prestación por viudedad, a través de una interpretación de las normas que se adapte a su realidad y contribuya a su recuperación y a paliar la victimización secundaria.

La metodología del presente estudio ha sido eminentemente cualitativa basada en el análisis de las normas jurídicas en materia de violencia y pensiones de viudedad. No se ha podido analizar desde un punto de vista cuantitativo dado que el INSS no facilita las estadísticas y datos, y menos aún desagregados por sexo, por lo que resulta muy difícil conocer el impacto real de esta normativa en mujeres y hombres.

Una muestra representativa pudiera ser las personas que hemos atendido en Abella Legal desde el 1 de enero de 2008. Han sido más de un centenar las personas perjudicadas por la interpretación efectuada por la Seguridad Social del artículo 174 LGSS, en términos generales (no sólo por violencia de género⁴) y casi en su totalidad han sido mujeres.

De ahí que, salvo el articulado que se transcribe de las diferentes leyes que se mantiene el uso del masculino genérico que utiliza, en el resto de los casos, al hacer referencia a las personas perjudicadas será en femenino, por ser las grandes perjudicadas por la discriminación indirecta de la Ley 40/2007 y sucesivas modificaciones.

⁴ Se usará la terminología *violencia de género* y *víctimas* por ser las recogidas en la Ley Orgánica 1/2004, si bien no se comparte conceptualmente.

4 APUNTES AL ARTÍCULO 174.2 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN RELACIÓN A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

4.1 ANTECEDENTES: LA LEY 40/2007 DE 4 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La Ley 40/2007 nace con la finalidad de dar cumplimiento a una serie de compromisos asumidos en el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, que, a su vez, trae causa de la Declaración para el Diálogo Social firmada por los mismos interlocutores el 8 de julio de 2004, tal como se afirma en el Preámbulo de dicha Ley.

El Acuerdo Social de 13-7-2006 explica en su apartado III.3.a) que *«la pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstites»*.

La propuesta adelantada en el Acuerdo resultó muy polémica por su propia naturaleza restrictiva y por la alteración que introduce en los esquemas tan largo tiempo arrastrados en la protección de la viudedad en España. El tratamiento de la pensión de viudedad presentó modificaciones cualitativas y de envergadura, dirigidas, en lo principal, a delimitar su función protectora específica vinculándola con la dependencia real de rentas recuperando su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de sus familiares supérstites.

Y aunque éstos eran los propósitos, sin embargo el Preámbulo de la LMSS (RCL 2007, 2208) únicamente menciona *«el propósito de modernización del sistema al abordar las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares»*, sin hacer referencia la recuperación de su carácter de renta de sustitución, dejando claro que esta LMSS no ha supuesto la esperada reforma en pro-

fundidad de la pensión de viudedad, como lo evidencia su disposición adicional 25ª, que prevé que el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de esta pensión.

El artículo 174.2 de la LGSS, tras la reforma operada por la Ley 40/2007, dispone:

“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 hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante.

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 % a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente”.

La redacción del precepto adoleció de rigor científico y durante dos años planteó un intenso debate en la ciudadanía, instituciones y tribunales. El INSS interpretó que se establecía una *condictio iuris* para poder acceder a la prestación por viudedad en el caso de personas separadas y divorciadas y que se tenía que estar percibiendo una pensión compensatoria y que ésta se quedara extinguida con el fallecimiento del causante/deudor.

Esa *condictio iuris* infringía el principio de seguridad jurídica y de irretroactividad, pues la supeditación a la pensión compensatoria que se extingua al fallecimiento del deudor es un efecto de separaciones y divorcios acaecidos antes de la entrada en vigor de la norma que producen cosa juzgada y supone aplicar la misma con efectos retroactivos, perjudicando los derechos de las beneficiarias que en el momento de su separación o divorcio tenían intactos sus eventuales derechos a la prestación de viudedad, al no

tener influencia alguna la pensión compensatoria en la pensión de viudedad.

Sin embargo, la interpretación que sostuvimos, mucho más garantista, protectora, más ajustada a equidad y adecuada a la realidad, sostenía, brevemente, que la reforma de tal precepto afectaba a aquellas personas que a la muerte del causante estaban percibiendo la pensión compensatoria y que entraba en juego el optar entonces entre la pensión compensatoria o la de viudedad.

4.2 LEY 26/2009 DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

Acallar el debate suscitado y solucionar de alguna forma alguno de los problemas generados en un número considerable de beneficiarias a las que sin previo aviso se les había privado de su pensión de viudedad quedó reducido con la aprobación de la Ley 26/2009 de Presupuestos Generales del Estado de 2010, en su Disposición Final 3ª, apartado catorce, al introducir una Disposición Transitoria 18ª al RDL 1/2004, titulada: *Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008*. Dicha Norma estableció:

El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concurra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

- *a) La existencia de hijos comunes del matrimonio o*
- *b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.*

La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.

En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley.

No se entrará a desarrollar en este estudio los aspectos relativos al ámbito de aplicación temporal, los requisitos y la cuantía de la pensión de viudedad (cuantía que obliga a la jurisdicción de familia a replantearse las pensiones compensatorias, no solo su nacimiento, sino también su forma de pago y su cuantía), que igualmente han generado diferentes criterios interpretativos si bien esta norma se recoge dado que ha sido y es un vía legal para percibir la pensión de viudedad, y en concreto para las mujeres que han padecido violencia y que no han podido demostrar su condición.

El artículo 174.2 de la LGSS, además es reformado por la Ley 26/2009 y dispone:

*“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 artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. **En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación.**”*

ción 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.

Según la instrucción del INSS de 16 de febrero de 2010, “*debe entenderse que, de acuerdo con el último párrafo de la nueva DT 18ª la existencia de violencia de género exime de tener pensión compensatoria cuando el hecho causante se haya producido a partir del 1 de enero de 2008. Los dos primeros aspectos que se han mencionado, y, salvo lo dispuesto en la DT 18ª de la GSS que a continuación se analiza, se aplicarán a hechos causantes producidos a partir del 1 de enero de 2010, con independencia de que la separación judicial o el divorcio sea anterior o posterior al 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.*”

En el anexo I de la Instrucción se establece que en los casos de violencia de género para que nazca el derecho a la pensión de viudedad no se exige ni pensión compensatoria, ni cumplimiento de los requisitos de la DT 18ª, ni siquiera para hechos causantes acaecidos entre el 1 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009.

Para los casos de concurrencia de circunstancia de violencia y ser acreedora de la pensión compensatoria, no está contemplado en la LGSS pero sí en relación a las clases pasivas. Así, en Real Decreto 2005/2009, de 23 de diciembre, sobre revalorización y complementos de pensiones de Clases Pasivas para el año 2010 se estableció en la Disposición adicional quinta:

Pensiones de viudedad en supuestos de divorcio o separación judicial.

De conformidad con lo establecido en la disposición final décima Uno de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010, el importe de la pensión de viudedad, o de la prestación temporal, que pueda corresponder a la víctima de violencia de género no se reducirá, en ningún caso, aun cuando la víctima fuera acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil.

Benito-Butrón, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco señalaba “*El RD 2005/09, avisa que siguiendo la DF 10ª 1 de la LGPE 26/09 el importe de la viudedad, o la temporal, a la mujer*

víctima de violencia de género no se le reducirá, en ningún caso, aún cuando la víctima fuera acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 Cc, con lo que parece que se extra limita ultra vires de lo que dice el artículo 38.2 RDLeg (que solo prevé cuando no tiene esa compensatoria darle toda la viudedad),(...). En suma, parece que damos más problemas que los que solucionamos.⁵

La redacción del artículo 174.2 LGSS está planteando nuevamente problemas de interpretación, generados por la propia entidad gestora al entender que para que las víctimas de violencia puedan tener derecho a la pensión de viudedad, la nueva redacción exige que lo fueran en el momento de la separación judicial o divorcio.

Esta interpretación nuevamente es restrictiva y alejada de la realidad legislativa desarrollada en violencia contra las mujeres, que resultó muy insuficiente hasta la aprobación en 2003 de la Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de violencia doméstica; de la LO 11/2003, de 29 de Septiembre, de Medidas concretas en materia de Seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros; de la LO 13/2003, de 24 de Diciembre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional; y de la LO 15/2003, de 25 de Noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de Noviembre del Código Penal. Un año después hay un gran avance normativo con la aprobación de la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género que viene a dar respuesta integral y multidisciplinar ante la violencia de género en distintos ámbitos, desarrollando una serie de medidas de sensibilización a la ciudadanía, prevención y detección de la violencia e intervención en diferentes ámbitos.

La legislación desarrollada a partir de 1.993, no puede oscurecer la realidad social, falta de formación y sensibilización generalizada y el paupérrimo desarrollo legislativo vigente en los años precedentes, en los que muchas mujeres que padecieron violencia antes de esta regulación han visto denegadas sus pensiones de viudedad, desoyendo el INSS su realidad y contraviniendo el principio regulado en el art. 3 del Código Civil. Tampoco se puede condicionar el acceso a dicha prestación por tener que acreditar ser víctima de violencia en el momento de la separación puesto

-
- ⁵ BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C.: *Pensión de viudedad y Derecho de Familia. Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, Editorial Librería-Editorial Dykinson, 2011, p. 489 y ss.

que, es de sobra conocido, que un gran número de mujeres no denuncian la violencia que padecen y conducen sus crisis matrimoniales a través de los juzgados de familia sin acudir a los juzgados de violencia sobre la mujer.

En **sentencia de nuestro Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 31.01.2012, recurso 3154/2011**, pese la literalidad que pueda desprenderse del artículo 174.2 de la LGSS, señala que **la situación de violencia de género no tiene por qué ser coetánea al momento del refrendo judicial del divorcio, y que basta con que con anterioridad ya se haya producido situación calificable de esa manera**; en el caso de esta sentencia determina que hay relación de causa-efecto entre los hechos violentos y el divorcio tras 45 años de matrimonio.

Cabe señalar que otra práctica desarrollada en los últimos dos años por la entidad gestora es la denegación de la prestación en función de las pruebas documentales aportadas en sede administrativa basándose en el último inciso del citado artículo 174.2 LGSS: *“así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho”*. Así en la Sentencia 494/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Ponente Ilma. Sra. Carmen Hilda González recoge y desoye las alegaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social que argumenta en su recurso *que la prueba **testifical** practicada en el acto del juicio no es suficiente para considerar probado que era víctima de **violencia de género** porque, a su juicio, los testigos tienen interés directo en el pleito, han relatado unos hechos con grandes imprecisiones y la referencia que el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social hace a cualquier medio de prueba admitido en derecho no significa que la simple declaración de un testigo, en un momento determinado, sea prueba suficiente para probar el delito de **violencia de género**, sin que hubiese otras pruebas coadyuvantes como las denuncias reiteradas, las órdenes de alejamiento, etc.*

Sin embargo esta sentencia acierta al señalar que **la violencia de género si cabe sea acreditada por la sola testifical**, pues el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social admite que tal situación pueda ser acreditada no sólo mediante las pruebas que expresamente señala, sino también *“por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho”*, como es la prueba testifical, y en todo caso la función de valorar la fuerza probatoria de las declaraciones prestadas por los testigos corresponde en exclusiva a la Magistrada de Instancia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, sin que pueda discutirse en suplicación su apreciación y la convicción a la que haya llegado por impedirlo las normas reguladoras de este extraordinario recurso.

La Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado también se ha hecho eco de la presente problemática y ha estipulado:

“En los supuestos de mujeres extranjeras irregulares o reagrupadas víctimas de violencia de género (artículos 19.2 y 31 bis de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de extranjeros, modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre), y en los supuestos de solicitud de certificación del Fiscal de indicios de violencia de género en el momento del divorcio o separación de la mujer viuda a efectos de acceder a la pensión de viudedad de conformidad con el art. 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994), la acreditación por el Fiscal de la existencia de indicios de dicha violencia, podrá ser emitida aun cuando no se haya interesado orden de protección y sin necesidad de valorar la existencia de indicios objetivos de riesgo.”

(...)

“Por tanto en caso de que no se haya incoado procedimiento penal alguno, y la mujer solicitante pretenda acreditar la existencia de tales indicios, podrá presentar ante la Administración a la que dirija su solicitud los medios de prueba de que intente valerse, siendo la Administración la que tras su examen determinará si, a los fines que se le encomiendan, existen o no aquellos indicios. Al igual que en el supuesto anterior, la solicitud de la demandante de certificación del Ministerio Fiscal, cuando no exista sentencia condenatoria, auto de archivo por extinción de responsabilidad criminal u orden de protección, no ha de estar necesariamente ligada a la sustanciación de una orden de protección y por tanto, si del examen de los procedimientos penales que hubieren existido coetáneamente a la tramitación del procedimiento de separación o divorcio, el Fiscal advierte la existencia de indicios fundados de violencia de género, podrá emitir aquella certificación sin necesidad de valorar el riesgo. En cuanto al procedimiento para la emisión de estos certificados, rigen, también en este supuesto, las pautas establecidas en la Instrucción 2/05.”

Así se abre la posibilidad de solicitar a las Fiscalías estos informes con el fin de poder acceder a esta prestación. Otros organismos públicos vinculados con la erradicación de la violencia contra las mujeres y el fomento de la igualdad de mujeres y hombres también están participando activa-

mente en la elaboración de informes que pueden ser aportados como otra prueba documental.

4.3 LEY 27/2011, DE 1 DE AGOSTO, SOBRE ACTUALIZACIÓN, ADECUACIÓN Y MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.

El 1 de enero de 2013 entró en vigor la última reforma relativa a las pensiones de viudedad en casos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008.

A través de la Disposición transitoria decimoctava se incluye la *Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008*.

Tal norma adiciona un apartado 2 en la disposición transitoria decimoctava de la Ley General de la Seguridad Social, pasando el actual contenido a constituir el apartado número 1, con la siguiente redacción:

«2. También tendrán derecho a la pensión de viudedad las personas que se encuentren en la situación señalada en el primer párrafo del apartado anterior, aunque no reúnan los requisitos señalados en el mismo, siempre que se trate de personas con 65 o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años.

La pensión se reconocerá en los términos previstos en el apartado anterior.»

Se trata en definitiva de un nuevo parche legal por la desafortunada reforma del artículo 174.2 LGSS para intentar rescatar a más perjudicadas, principalmente que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y desprotección social considerables.

La entidad gestora debería de actuar de oficio y comunicar a todas aquellas personas, que habiéndoseles denegado la pensión tras el 1 de enero de 2008, en la actualidad, y gracias a las reformas operadas por las Leyes 26/2009 y 27/2011, cumplen los requisitos para el disfrute de la prestación por viudedad.

5 CRÍTICA A LAS REFORMAS Y PROPUESTAS DE MEJORA

Las dos reformas efectuadas a las pensiones de viudedad en casos de separación judicial, nulidad y divorcio han conllevado a la vulneración de principios constitucionales como la protección social, económica y jurídica de la familia, y parte del articulado de la Ley Orgánica de Igualdad (artículos 4, 6, 14 y 15).

Concretamente, y en el caso de situaciones de violencia de género, se les exime de estar percibiendo una pensión compensatoria, pero sin embargo se exige unos medios de prueba no siempre aceptados por la entidad gestora y que les obliga a acudir al procedimiento en el juzgado de lo social para velar por el acceso a la prestación de viudedad.

En muchos casos son mujeres que nunca han denunciado la situación y que optan por el proceso de familia para no acentuar la espiral de violencia que están viviendo. No se olvide, que la prestación de viudedad es un derecho derivado de las cotizaciones efectuadas durante el matrimonio, gananciales, y que no son liquidadas en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, como si ocurren en otros ordenamientos como el alemán.

Hay que tener muy presente que la realidad de mujeres y hombres en el mercado de laboral no es igualitaria, en muchos aspectos (acceso, promoción, retribución, derechos laborales en materia de género etc.), y que la dedicación de unas y otros a las cargas familiares tampoco es equilibrada. De ahí que haya un sinnúmero de mujeres que tras años de dedicación al cuidado de la familia, y a no haber generado sus propias cotizaciones a la Seguridad Social, o al menos las suficientes, se les aboca al desamparo por la entidad gestora tras el fallecimiento de su expareja, y muy especialmente a las mujeres que sufrieron violencia.

El legislador se olvidó de la obligación de protección de viudas y víctimas de violencia articulado en la Ley Orgánica de Igualdad, de los mandatos constitucionales de los principios de igualdad y protección de la familia, así como de los recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, especialmente en su artículo 25.

Además, estas reformas atentan directamente contra la naturaleza de la pensión de viudedad, al ser contributiva, y está generando un enriquecimiento injusto de la entidad gestora, además de imponer como requisito para el acceso a la prestación una *condictio iuris* que contradice el artículo 101 del Código Civil.

Teniendo en cuenta la especial situación de las mujeres que han padecido violencia, y del resto de mujeres separadas judicialmente o divorciadas, se proponen las siguientes reformas:

- Reconocimiento como cotizaciones propias las generadas constante matrimonio, en regímenes económicos matrimoniales como sociedad de gananciales o comunicación foral.
- Incorporar en la LGSS y sus reglamentos, el método de cálculo no proporcional y más favorables a la última cónyuge (Sentencia Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1995). Consistiría en atribuir la pensión en su integridad y con independencia de la duración del matrimonio a la última cónyuge y detraer de ella, para asignarla a las demás, la parte que pueda corresponderles, esta sí, adecuada al tiempo de convivencia en los matrimonios respectivos.
- Si se cambia formalmente la naturaleza de la pensión de viudedad y condicionar la misma a la situación de dependencia económica, , previo reconocimiento de las cotizaciones como propias en proporción al tiempo de convivencia, la *condictio iuris* ha de ser no a la pensión compensatoria, sino a la percepción por parte de la superviviente de cualquier cantidad por parte del difunto, bien en concepto de alimentos de hijos/as, esposo o ex cónyuge, contribución a las cargas del matrimonio, en su caso”.

6 ACRECIMIENTO DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD COMO ALTERNATIVA A LA DENEGACIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

Ante la denegación de las pensiones de viudedad, incluyendo las de las mujeres que han padecido violencia y que no han podido probar tan realidad a través de las vías legales establecidas, una solución jurídica estudiada y en la actualidad apoyada por gran parte de los Tribunales Superiores de Justicia, es que a aquellas mujeres que les han denegado su pensión de viudedad tras el fallecimiento de su expareja, y tuvieran hijos o hijas con derecho al disfrute de la pensión de orfandad, es solicitar el acrecimiento de la misma por la pensión de viudedad. Es decir, que podrían recibir el 20% de la base reguladora en concepto de pensión de orfandad de una o un hijo más el 52% de la base reguladora de la pensión de viudedad, en términos generales, lo que resultaría en poder percibir el 72% mientras se tuviera derecho a la pensión de orfandad.

La fundamentación jurídica para tal acrecimiento es motivo de otro estudio pero se expone brevemente aquí como alternativa a la situación de desamparo a las que se ha abocado a muchas mujeres de nuestro país.

Y así, y de forma resumida, se entiende que conforme al art. 17.2 de la Orden de 13-2-67, siguiendo la doctrina del TC se debe efectuar una interpretación de la norma que evite la discriminación de las y los hijos por razón de nacimiento y, siendo así que lo que pretende la ley es compensar al o la huérfana con una prestación equivalente a la que tendría el conjunto de la familia, y para ello es indiferente que la progenitora supérstite haya fallecido o que siga viva pero no tenga derecho a la pensión de viudedad.

El derecho a acrecer las prestaciones de orfandad con el importe de las de viudedad no generadas a la muerte del causante por la otra progenitora no puede vincularse al requisito de orfandad absoluta, dada: 1) la discriminación indirecta que trae para las y los hijos extramatrimoniales por razón de su filiación; 2) en el caso de las y los hijos de matrimonios legalmente separados o divorciados, por el desigual trato en que se quedarían en relación a los y las anteriores.

Así lo ha razonado el TS en su muy reciente Sentencia de 1 de diciembre de 2011 - Rcu. 4121/10 -, en la que sigue doctrina anterior fijada en las SSTs de 9 de junio y 24 de septiembre de 2008 - Rcuds. 963/07 y 36/08 -, razonando como sigue: "(.) Entrando, pues, en el fondo del asunto, hay que recordar que la doctrina de la sentencia recurrida coincide con la que mantuvo esta Sala Cuarta del TS en su sentencia de 18 de noviembre de 1998. Pero esta doctrina fue abandonada a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2006. En esta sentencia el TC recuerda su doctrina, establecida ya desde la STC 82/1990 y, posteriormente reafirmada en multitud de ocasiones (más recientemente, en la STC 34/2004), según la cual, a la hora de interpretar una norma jurídica, siempre hay que elegir aquella interpretación que resulte más adecuada para la eficacia de los derechos fundamentales. Por eso, en nuestro caso, hay que inclinarse, siempre que ello sea posible, por una interpretación que juegue a favor de la no discriminación por razón del nacimiento entre unos hijos y otros, como había que hacerlo en el caso - prácticamente idéntico al nuestro- resuelto por la STC 154/2006, que concluye afirmando: "En definitiva, la resolución impugnada no acoge una interpretación viable de la norma aplicable que aseguraría a los hijos extramatrimoniales una idéntica cobertura familiar a sus necesidades, ocasionando una discriminación indirecta por razón de filiación".

Pues bien, esta Sala Cuarta del TS se hace eco de esa doctrina constitucional en la STS de 9 de junio de 2008 (RCUD 963/2007) y en la STS de 24 de septiembre de 2008 (RCUD 36/2008), en las que hace precisamente una interpretación de la norma aplicable -el artículo 17.2 de la OM de 13/2/1967- perfectamente funcionalizada a conseguir la eficacia del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de filiación.

Así, en la última citada, se afirma en el Fundamento de Derecho Sexto: "El modo de cálculo del incremento de las pensiones de orfandad cuando no existe "cónyuge sobreviviente" es en nuestra legislación de Seguridad Social significativamente idéntico al de la pensión de viudedad que falta. Ello quiere decir que la ley quiere compensar al huérfano o huérfanos en tal situación familiar con una prestación social equivalente a la que tendría el conjunto de la familia de existir cónyuge supérstite. En la misma línea de consideración de la familia como conjunto se inserta el mandato de los preceptos reproducidos más arriba de repartir por igual el referido incremento de las pensiones de orfandad en caso de varios huérfanos con derecho a él. Este reparto igualitario supone la transformación de dicho incremento en prestación conjunta o mancomunada en favor de toda la unidad familiar cuando no es posible la atribución uti singuli por ser varios los que tienen derecho a ella.

El incremento de las pensiones de orfandad resulta ser así una renta social sustitutiva de aquella prestación que falta en la unidad familiar cuando no se ha reconocido en la misma el derecho a una pensión de viudedad. Desde este punto de vista resulta indiferente que la falta de tal reconocimiento se deba a orfandad absoluta por inexistencia de padre o madre superviviente, o a que el progenitor sobreviviente no tenga derecho a pensión por no haber sido cónyuge - es decir, vinculado por matrimonio - del sujeto causante. Una vez cubierto el período mínimo de carencia del asegurado, el factor decisivo a tener en cuenta desde el punto de vista de la protección de los hijos extramatrimoniales mediante el incremento de la pensión de orfandad es en esta línea de razonamiento la valoración estándar de sus necesidades; y es claro que tal valoración no puede perder de vista que en la célula familiar a que pertenecen los hijos extramatrimoniales no se han ingresado, teniendo en cuenta la normativa vigente a la sazón, rentas sociales en favor del progenitor sobreviviente". (.)"

Y como tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007 en la que no se informa a las mujeres de las vías de acceso a la pensión de viudedad, la entidad gestora no está informando a la ciudadanía de la posibilidad de tal derecho, y tampoco reconociendo tal acrecimiento en sede administrativa, lo que obliga nuevamente a acudir al amparo judicial si es que a través de otro cauce se ha podido conocer tal expectativa de derecho.

Esta solución no restablece la situación anterior a la reforma de la Ley 40/2007, pero subsidiariamente representa un camino para que estas mujeres puedan recibir amparo temporalmente, a pesar de que sea a través de sus hijos o hijas, y pueda la familia disfrutar de parte de las cotizaciones que generaron constante la sociedad de gananciales.

7 CONCLUSIONES

Desde la entrada en vigor de la Ley 40/2007 muchas han sido las personas que han visto restringido su derecho a la prestación por viudedad tanto sometidas al régimen de la Seguridad Social como a Clases Pasivas.⁶ De la realidad conocida en estos cinco años que ha llevado a que las grandes perjudicadas por esta ley sean mujeres y por ende a su empobrecimiento, sorprende la ineficacia (si es que se realizó) del informe de impacto de género de la normativa aplicada⁷ y de la evaluación de la misma y de la inobservancia de principio fundamental de igualdad.

La Ley Orgánica de Igualdad 3/2007 establece en su artículo 4 que *la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.*

En el artículo 14 recoge que “...serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos: 2. *La integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística*”.

Se recoge concretamente como criterio general de actuación de los poderes públicos la especial consideración de las dificultades en las que se encuentran las mujeres víctimas de violencia y las viudas. Lo que en la práctica provoca victimizaciones secundarias dado que lejos de verse protegidas por las instituciones públicas se ven obligadas a iniciar tediosos

⁶ Véase *Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.*

⁷ *Ley 30/2003, de 13 de octubre, del Gobierno, incorpora la obligación de realizar la valoración de impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. El Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria de análisis de impacto normativo recoge en su apartado e) Impacto por razón de género: se analizarán y valorarán los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto.*

procedimientos judiciales para ver reconocido su derecho a la prestación por viudedad.

La interpretación que efectuó la Seguridad Social durante los años 2008 y 2009, y lo recogido posteriormente en la Ley 26/2009, en vigor desde el 1 de enero de 2010 ha desembocado en la práctica supresión de las pensiones de viudedad en los supuestos de separación judicial y divorcio acordados después del 1 de enero de 2008, dado que únicamente se reconoce la pensión de viudedad a las viudas a quienes se hubiera reconocido una pensión compensatoria ex artículo 97 y la misma estuviera vigente en el momento del fallecimiento del causante y además que se extinguiera con el fallecimiento del causante.; y a las mujeres “víctimas” de violencia que pudieran acreditar su condición.

Posteriormente, la reforma efectuada por Ley 26/2009 es de mayor calado del que en principio se concluye y evidencia la supresión paulatina de la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial y divorcio.

Concluyendo, y teniendo presente que el legislador no dará marcha atrás en su deseo por la supresión de las pensiones de viudedad, se han de flexibilizar los requisitos para el acceso a la prestación por viudedad de las mujeres que han sufrido violencia exigidos desde sede administrativa, al tomar en consideración su especial vulnerabilidad y situación, permitiendo su acreditación con los medios de prueba admitidos en Derecho, tales como testifical de las personas que la presenciaron o como documental consistente en los informes emitidos desde los Servicios Sociales u otras instituciones públicas que trabajan en la atención y asistencia de las mismas.

Finalmente, con el fin de difundir las implicaciones de las crisis matrimoniales en el acceso futuro a la pensión de viudedad, se han de desarrollar campañas informativas muy especialmente en las instituciones que trabajan con mujeres en situaciones de especial vulnerabilidad y desde aquellas en las que se atiende a mujeres que han padecido violencia. Igualmente se ha de incluir este derecho dentro del listado de derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004 para que sea conocidos por toda la población e incluidos en los convenios colectivos.

- BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C.: *Pensión de viudedad y Derecho de Familia. Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, Editorial Librería-Editorial Dykinson, 2011, p. 489 y ss.
- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, Circular 6/2011.
- LLORENTE ÁLVAREZ, A.: *Aspectos prácticos de la reforma de la Seguridad Social*, Editorial Lex Nova, 2008, p. 237.
- LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I.: *Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174, tras la reforma por Ley 40/2007, de 4 de diciembre*, Revista Abogados de familia. Diciembre 2008.

9 ANEXO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de Junio de 1994, núm. 154.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de Diciembre de 2004, núm. 313.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Boletín Oficial del Estado*, 23 de Marzo de 2007, núm. 71.
- Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, de 5 de diciembre de 2007, núm. 291.
- Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. *Boletín Oficial del Estado*, de 24 de Diciembre de 2009, núm. 309.
- Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, de 2 de agosto de 2011, núm. 184.
- Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social). Sentencias de 24 de enero y 4 de febrero de 2009.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia 1245/2010 de 21 de octubre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia 5861/2012 de 19 de julio.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 821/2013 de 5 de febrero.

no me sirve tan sabia tanta rabia el grito tan exacto si el tiempo lo permite alarido tan pulcro no me sirve no me sirve tan bueno tanto trueno el coraje tan dócil la bravura tan chirle la intrepidez tan lenta no me sirve no me sirve tan fría la osadía sí me sirve la vida que es vida hasta morir el corazón alerta sí me sirve me sirve cuando avanza la confianza me sirve tu mirada que es generosa y firme tu silencio franco sí me sirve me sirve la medida de tu vida me sirve tu futuro que es un presente libre y tu lucha de siempre sí me sirve me sirve tu batalla sin medalla me sirve la modestia de tu orgullo posible y tu mano segura sí me sirve me sirve tu sendero compañero · *Me sirve no me sirve*, MARIO BENEDETTI · La esperanza tan dulce tan pulida tan triste la promesa tan leve no me sirve no me sirve tan mansa la esperanza la rabia tan sumisa tan débil tan humilde el furor tan prudente no me sirve no me sirve tan sabia tanta rabia el grito tan exacto si el tiempo lo permite alarido tan pulcro no me sirve no me sirve tan bueno tanto trueno el coraje tan dócil la bravura tan chirle la intrepidez tan lenta no me sirve no me sirve tan fría la osadía sí me sirve la vida que es vida hasta morir el corazón alerta sí me sirve me