

Reformulación de la pensión de viudedad

ANTONIO OJEDA AVILÉS*

SITUACIÓN ACTUAL: MUCHO BRICOLAJE Y POCO DISEÑO

Utilizo la expresión de B. Gonzalo González, referida a la pensión de viudedad que nos ocupa, para describir de manera gráfica la situación normativa en torno a ella. Porque si bien resulta evidente la amplia evolución ontológica del supuesto de hecho, así como la continua reforma de la regulación legal, también es cierto que ni una ni otra han afectado sensiblemente a la estructura de esta contingencia, basada en la pérdida del cabeza de familia con la consiguiente desaparición de los ingresos familiares que sustentaban a la mujer, los hijos y eventualmente otros familiares convivientes. «Su reordenación es la asignatura pendiente, al no haber sufrido variaciones desde al menos los años sesenta», dicen Alonso Olea y Tortuero Plaza¹.

La pensión de supervivencia merece una reordenación porque no solo asistimos a la radical evolución de las pautas sociales, con la proliferación de las parejas de hecho, el aumento de las viudas «históricas», los matrimonios del mismo sexo, la poligamia lícita y otras situaciones impensables hace pocos años, sino también a una mutación del estereotipo de viudas que nuestra sociedad espa-

ñaola ofrece, que en breve lapso de tiempo ha pasado de considerar típica a la que podríamos denominar esquemáticamente *viuda lorquiana*, sin estudios, habitante de un pueblo cerrado, con numerosos hijos, dedicada toda la vida al hogar, a ver erigirse en típica aquella otra *viuda urbana*, con estudios y empleo retribuido, capaz de enfrentarse a la vida a pesar de su desgracia.

La enorme complejidad de situaciones comprendidas bajo el título de pensión de viudedad, de las que hace cabal descripción y análisis la reciente monografía de Rodríguez Iniesta², probablemente ha impedido al grueso de la doctrina comprender hasta qué punto se ha modernizado el horizonte subjetivo, en el sentido de rápida modificación del tipo de beneficiarias del que estamos hablando, y requiere de una inmediata alteración del tratamiento normativo en aras de la sostenibilidad del Sistema, por cuanto el exceso de pensiones de supervivencia se acumula al de jubilaciones e incapacidades para ofrecer a la vista de los expertos extranjeros y los analistas internacionales un panorama de «país pensionista» donde el porcentaje de población ocupada dista todavía mucho de alcanzar la media europea y los objetivos del Lisboa.

* Catedrático de Derecho del Trabajo.

¹ ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid 2002, 313.

² RODRÍGUEZ INIESTA G., *La viudedad en el Sistema español de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia 2006, *passim*.

Creo que este nuevo perfil del beneficiario pasa desapercibido, hasta el momento, para el experto de la Seguridad Social, sobre todo para los técnicos que aplican sus normas, demasiado apegados al diseño clásico al que aludía antes, e impregnados de una filosofía proteccionista que pierde de vista los medios escasos con que *debe* actuar la Seguridad Social para no interferir excesivamente en una competencia global donde son mayoría los países carentes de un Sistema que mínimamente se acerque al modelo europeo. Pues si queremos mantener unas pensiones dignas para quienes realmente necesitan la ayuda del Estado, hemos de renunciar a las numerosas prodigalidades, o quizá privilegios, que un Sistema tan poco racional como el nuestro –y el de los demás países europeos, cabría añadir– ha ido generando³.

El perfil del beneficiario al que aludo continúa siendo el de una mujer, por supuesto, desde el punto y hora en que hay dos millones de viudas frente a solo doscientos mil viudos⁴, y es por ello que el género adecuado para mencionar al colectivo es el femenino de «viudas». También continúa siendo claro el dato cronológico de la edad elevada, pues la inmensa mayoría de las beneficiarias supera los sesenta años. Pero sociológicamente ha dejado de ser cierta la indefensión, el desvalimiento funcional, la inhabilidad profesional de ese colectivo: con las viudas comienza a producirse una situación parecida a la de los desempleados, pues si tienen más de cincuenta años va a ser difícil, aunque no imposible, hallarles un empleo, mientras que por debajo de esa edad comienza a ser factible en nuestro país reinsertarlas en el mundo laboral si

se les proporciona la orientación y formación adecuadas. Por eso no resulta descabellada la situación legal con que el Sistema comienza en 1966 y que termina en 1972: solo tenían derecho a pensión las viudas mayores de 45 años, o con incapacidad permanente, o con hijos a cargo, pero no cualquier viuda⁵, ni tampoco los viudos, salvo contadas excepciones; en caso de no concurrir las agravantes antedichas, el Sistema otorgaba solo una prestación temporal de veinticuatro mensualidades.

La distinción anterior entre las dos clases de viudas en atención a su morfología social debe acompañarse, en esta breve descripción de fundamentos, con otra distinción, esta vez normativa, entre los dos tipos de pensión reconocidos por el Sistema: el común, actualmente del 52 por 100 de la base reguladora, para la viuda de quien hubiera cotizado los 500 días en los últimos cinco años, y el especial, del 70 por 100, para aquéllas cuya situación revista especial gravedad por carecer de ingresos suficientes y tener cargas familiares. Contra lo que a primera vista pudiera parecer, la distinción entre los dos tipos de pensión no sigue la tradicional separación entre prestaciones contributivas y no contributivas (PNC), pues en todo caso se exige para ambas la carencia acabada de mencionar. No obstante, considerar que la especial es una prestación tan contributiva como la común es simplificar demasiado la realidad jurídica. Tenemos el ejemplo del «subsidio» de desempleo, al que el legislador no se atreve a integrar en el saco de las PNC porque en la mayoría de los supuestos contemplados se requiere alguna carencia, pero al mismo

³ Véase un análisis de las principales en mi artículo «La Seguridad Social y su futuro: ¿ajuste o reconversión?», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 59 (2005), 15 y sigs.

⁴ En total, 2.229.000 pensionistas de vejez en agosto de 2007, según datos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, frente a 4.869.000 jubilados y 892.244 pensionistas de incapacidad permanente.

⁵ Ley de Seguridad Social de 1966, arts. 160 y 161. Los requisitos desaparecen con la Ley 24/1972 y el RD1646/1972. No vale la pena remontarse a los orígenes de estas prestaciones, pues en la Ley de Accidentes de Trabajo la prestación reconocida a las viudas consistía en dos mensualidades de cuantía no inferior a mil pesetas, aunque las Mutualidades de rama aumentaban hasta tres mensualidades y un mínimo de 3.000 pesetas: RODRÍGUEZ INIESTA, *op.cit.*, 97.

tiempo se guarda escrupulosamente de llamarlas prestaciones. Pues bien, a pesar de que la pensión especial de viudedad requiere también una carencia de 500 días en los últimos 5 años, el hecho de venir acompañada de unos requisitos de carencia de recursos, unidos a los amplios cauces de atenuación de la carencia, y al hecho de que la misma no es abonada por el beneficiario, sino por un tercero —me refiero al causante—, la acercan más a la condición de prestación no contributiva que contributiva. En este sentido han incidido ya autores como Rodríguez Iniesta o Cavas Martínez y comienza a ser aceptada por otros autores⁶, en paralelo con la crítica realizada por Alonso Olea, Tortuero Plaza o Gutiérrez Solar, sobre «los problemas de la arcaica estructura contributiva de estas pensiones», que se resuelven mediante técnicas asistenciales⁷.

LA EVOLUCIÓN PROGRESIVA EN ESPAÑA

En la confusa evolución normativa del instituto, quizá lo único claro parece ser una línea firme y sostenida en pro de la mejora de la prestación, extendiendo los beneficios a grupos, situaciones y aspectos no contemplados con anterioridad. La tendencia no merece ningún tipo de reproche en sí misma, pues parece natural e intrínseco a la Protección

Social el abarcar todos los supuestos de infortunio. Sin embargo hay un punto límite en el Estado Providencia, situado allí donde la situación de necesidad acaba, como expresamente indica el art. 41 de la Constitución Española: la garantía de prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad no pueden entenderse vitalicias allí donde la causa es externa, como sucede con el desempleo o la viudedad, a diferencia de las situaciones en donde la causa es immanente, como la vejez o la incapacidad. Una renta de sustitución como la aquí contemplada debe valorarse en atención a las circunstancias del caso, porque en definitiva se trata de proteger al afectado en una situación de cambio ofreciéndole los medios para dulcificar el tránsito hacia la nueva posición, sin considerar en principio que, mediando la requerida diligencia de buen padre o madre de familia, la ausencia de rentas vaya a mantenerse durante toda la vida.

Los sociólogos estudian tales pasos de una situación a otra como *transiciones*, y la ayuda que los poderes públicos puedan prestar en tales circunstancias la denominan *puentes institucionales*, que se unen a los que puedan prestar las familias. Queda claro, no obstante, que toda regla tiene sus excepciones, y la situación de penuria de un viudo o viuda de treinta años que pierde al cónyuge pero dispone de un puesto de trabajo no puede considerarse igual a la de una anciana cuyo difunto esposo constituía su único medio de sustento. De ahí la necesidad de una reforma que diversifique los tratamientos y otorgue a cada uno lo necesario para salir de la contingencia, de igual modo que la prestación por desempleo contempla una diversidad de situaciones, especialmente en el caso del subsidio.

Semejante reformulación de la viudedad se opone a cuanto el legislador nos viene señalando desde la misma aparición del Sistema y mantiene con denuedo el grueso de la doctrina y la gran mayoría de los técnicos: la viuda es por definición un ser absolutamente desvalido y su protección nunca es suficiente.

⁶ RODRÍGUEZ INIESTA G., *La viudedad*, pág. 291: «particularidad que le asemejan mucho a la figura de los complementos a mínimos»; DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L., *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, CARL, Sevilla 2002, 210: «añade elementos asistenciales en el ámbito de unas prestaciones netamente contributivas».

⁷ ALONSO OLEA M., «Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de viudedad», *RMTAS* 39 (2002), 13 y sigs.; TORTUERO PLAZA J.L., «Reflexiones sobre la reforma de la pensión de viudedad y el nuevo derecho de pobreza», *Tribuna Social* 154 (2003), y GUTIÉRREZ SOLAR B., «Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial: un motivo más para una necesaria reforma del artículo 174 LGSS», *Relaciones Laborales* 7 (2005), 66 y sigs.

El hecho de que una buena parte de ellas consigan rehacer su vida al lado de otra pareja, o sencillamente rehacer su vida como personas independientes, no basta para abandonar la idea bien arraigada en la mente y el corazón del legislador español: cual es la de que la pérdida del cónyuge no solo arrastra al superviviente a una honda y permanente melancolía, sino que lo hunde para siempre en una degradación económica absoluta. Los avances en la protección a lo largo de los cuarenta años del Sistema han sido enérgicos y continuos. No hay un solo retroceso en todos estos años, a pesar de que en incapacidad permanente y jubilación ha habido fuertes, quizá enormes retrocesos, con solo recordar el aumento espectacular de los años de carencia en la pensión de jubilación. Refresquemos la memoria con los hitos más importantes de la protección de viudedad:

- Los requisitos agravantes (edad, incapacidad o cargas familiares) desaparecen en 1972.
 - El requisito de la convivencia habitual con el causante desaparece a partir de 1986, a través de la interpretación judicial de la Ley de Divorcio de 1981.
 - Los viudos adquieren plena equiparación a las viudas, a raíz de las sentencias del TC 103 y 104/1983.
 - Las cuantías aumentan paulatinamente, desde el 45 por 100 de la base reguladora, al 46, 48 y 52 por 100.
 - La situación de multiplicidad de viudas, ya sean en sucesión o concurrencia, viene admitida a efectos de pensión⁸.
- La compatibilidad de la pensión con rentas del trabajo y con otras pensiones se amplía (Ley 9/2005).
 - El tipo de vínculo con el difunto queda ampliado a las parejas homosexuales (Ley 13/2005).
 - En la práctica los complementos a mínimos se otorgan incluso en el caso de pensiones compartidas, aunque la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo vaya en sentido contrario.

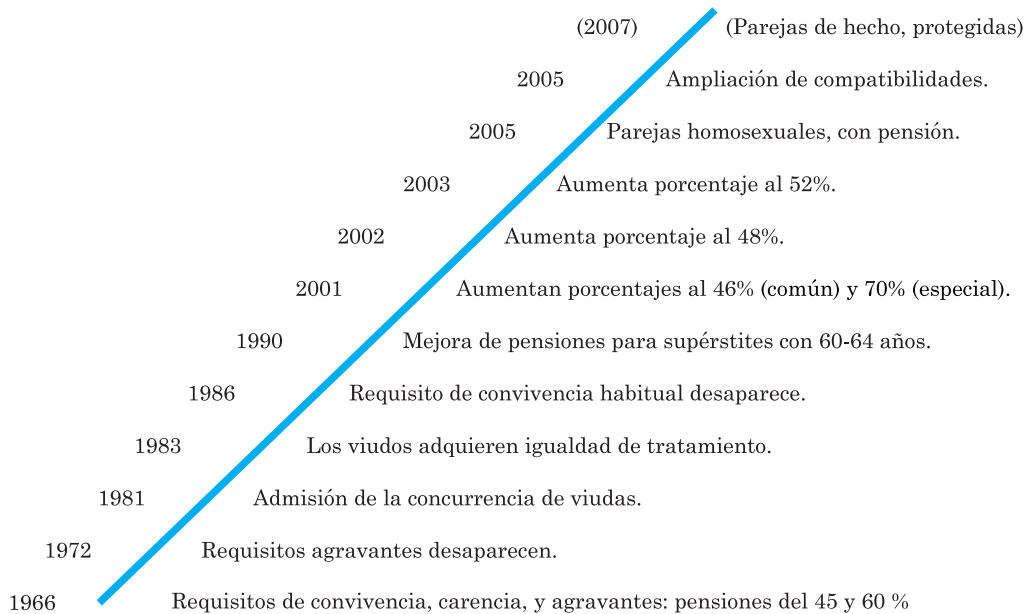
En el momento de escribir estas líneas, septiembre de 2007, el proyecto de Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social 121/000126 ha superado el debate en el Congreso y no parece que vaya a encontrar especiales dificultades para su aprobación. En ella aparecen otras mejoras significativas, como las de ampliar la pensión, con ciertos requisitos, a los supervivientes de las parejas de hecho. Ciertamente que hay también lo que parece ser una regresión y por tanto ruptura de la continuada línea ascendente: las viudas divorciadas —o «históricas»— solo tendrán derecho a pensión cuando con la muerte del excónyuge perdieran la pensión de alimentos que tenían reconocida en base al artículo 97 del Código Civil. Pero la reforma más bien pretende unificar la pensión en cabeza de la viuda «actual», evitando lo que gráficamente Tortuero ha denominado «el reparto de miseria». En su conjunto, el proyecto de Ley de Medidas significa varios avances en la protección de la viudedad; tómense como elementos de contraste sus artículos sobre la pensión de jubilación y repárese que para ésta la medida principal consiste en suprimir el cómputo de los días teóricos de cotización, es

⁸ Se trata en el primer caso de secuencialidad de la viuda «actual» con las anteriores esposas o esposos del difunto, que el MISSOC llama «divorciadas» y Riera Vayreda llama «históricas». En el segundo caso, de concurrencia, hablo de las viudas en caso de poligamia lícita, merced a matrimonios coetáneos a virtud de religiones que lo permiten, como la musulmana. No todos los Tribunales lo aceptan, aunque el INSS lo admite para los

nacionales de Marruecos por así venir establecido en el Convenio bilateral, y por extensión para los nacionales de otros países de religión musulmana, criterio vacilante que debería ser sustituido por el de prueba del matrimonio musulmán o de religión que admita la poligamia. Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, GORELLI HERNÁNDEZ, VILCHEZ PORRAS, *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid 2006, 329.

decir, las pagas extraordinarias, elevando de esta forma en 775 días más la carencia necesaria, desde los 4.700 días efectivos (12,5 años) actuales a 5.475 días efectivos (15 años).

Gráficamente la evolución de la pensión de viudedad puede visualizarse de la siguiente forma:



A pesar del profuso abanico de mejoras, algo debe fallar en la protección de estas personas, porque las pensiones resultantes continúan siendo bastante escasas, situándose por debajo de la pensión media general⁹. La causa no se encuentra únicamente en el escaso porcentaje del 52 por 100 asignado a las viudas, y al menos podemos hablar de un elemento perverso en el cálculo: seguramente el reducido importe debe afectar con mayor virulencia a las viudas ancianas, cuyo marido

falleció cuando ya tenía la condición de pensionista, por lo que la de viudedad ha de calcularse sobre la misma base reguladora utilizada para calcular en su momento la pensión del marido, revalorizada con las mejoras que el régimen de viudedad hubiera disfrutado desde entonces. A pesar de las revalorizaciones, el efecto del tiempo transcurrido socava las cuantías en una cifra difícil de calcular.

De todo lo anterior cabe hacer un diagnóstico de la pensión de viudedad en el cual destacar la causa principal de su fragilidad. El síntoma más obvio es la dispersión normativa, la gran cantidad de normas que persiguen mejorar la protección sin lograrlo en el fondo, como acabamos de ver, dispersión que viene acompañada por una gran cantidad de jurisprudencia a todos los niveles, incluso del Tribunal Constitucional, y una exuberante bibliografía en los últimos años. La causa que

⁹ En agosto de 2007, la pensión media de viudedad se situaba en 499 euros mensuales, lo cual significaba un importe total de 1.112 millones de euros, con un aumento respecto al año anterior del +5,9%. La pensión media suponía en cambio 675 euros mensuales. Por su parte, la pensión media de jubilación alcanzaba los 762 euros mensuales, con un importe global de 3.709 millones de euros y un aumento respecto al año anterior de +6,33%.

provoca tales síntomas radica, en mi opinión, en la *dispersión ontológica* de la figura, pues se quieren mantener en un mismo régimen jurídico lo que parece tener varias naturalezas: en el intento de guardar en una misma figura a necesidades distintas, el legislador fracasa al no adaptarse a las distintas situaciones; porque no es igual el infortunio de la viuda con hijos a cargo, la cual es tendencialmente joven, de la anciana cuyo marido pensionista ha muerto, o de aquella otra que, sencillamente, se encuentra debilitada y menesterosa por la súbita pérdida del cónyuge, aunque previsiblemente vaya a superar el penoso momento porque dispone de la capacidad para ello: tres tipos de situaciones, al menos, con tres duraciones distintas aunque quepa descubrir alguna más, como veíamos en la regulación inicial de la pensión en la LSS de 1966. Tal parece como si la función de sustitución, que la pensión de viudedad tiene asignada, haya sido objeto de tantas correcciones desde los lejanos comienzos del Sistema, que al cabo no cumpla ni ésta ni ninguna función apreciable, pareciendo perseguir el legislador más un objetivo de inundar el espacio «viudedad» que de realmente subvenir a las necesidades de quienes precisan de protección dentro de tal ámbito.

No es cierto que el legislador ordinario tenga vía libre para desarrollar a su capricho el mandato constitucional del artículo 41 CE, que como se sabe ordena a los poderes públicos mantener un régimen público de Seguridad Social con prestaciones sociales suficientes para todos los ciudadanos en situaciones de necesidad. En la configuración de cuanto podamos considerar como prestaciones suficientes y como situaciones de necesidad hay dos líneas maestras a tener en cuenta, que deben guiarnos decididamente porque de otra forma nos estaremos desviando del camino adecuado: de un lado, las normas internacionales, en particular el Convenio OIT 102 y el Código Europeo de Seguridad Social; por otro, lo que podríamos llamar el *Ius Gentium*, la regulación convergente de

los países más cercanos a nosotros, vale decir, los europeos.

LA ORIENTACIÓN INTERNACIONAL

El Convenio OIT 102, de 1951, regula la pensión de viudedad en unos niveles bastante inferiores a los contemplados por nuestra legislación, e igual cabe decir del Código Europeo, muy similar: la cotización previa exigible puede llegar a 15 años, frente a los 500 días nuestros, y la cuantía mínima de la pensión se establece en el 40 por 100 de la base reguladora, pudiendo exigirse como requisito para su concesión el de la incapacidad del beneficiario para allegar recursos por sí mismo¹⁰. En las Conclusiones de la OIT sobre los informes de los países respecto al cumplimiento del Convenio 102, se lee lo siguiente¹¹: «La protección de los supérstites se establece generalmente dentro del marco de los regímenes de jubilación e invalidez; a veces, cuando existen hijos a cargo, se asegura bajo el régimen de prestaciones familiares o similar». A tenor del informe, en la mayoría de los países los supuestos de protección son de tres tipos: viudas responsables de uno o más hijos, viudas inválidas, o viudas que han alcanzado una edad a partir de la cual no se puede esperar que trabajen¹². El informe señala también la edad carencial en los diversos países: a partir de 40 años en Israel, Japón, Suiza; de 45 años en Bélgica, Bulgaria y Yugoslavia; de 50 años en Australia, Marruecos, Nueva Zelanda, Rumanía, Suecia y Reino Unido; de 55 años en Bielorrusia,

¹⁰ Art. 60.1 del Convenio 102: «el derecho a la prestación podrá quedar condicionado a la presunción, según la legislación nacional, de que es incapaz de subvenir a sus propias necesidades».

¹¹ «Conclusions regarding Reports received under Articles 19 and 22 of the Constitution of the International Labour Organization concerning the Social Security (Minimum Standards) Convention 1952 (Nº. 102)», sin fecha ni lugar, pág. 217.

¹² *Ibidem*, pág. 218.

Dinamarca, Polonia, Ucrania y la Unión Soviética; de 62 años en Estados Unidos; y de 65 años en Francia¹³.

Un país como España, integrado en la Unión Europea y fuertemente dependiente del comercio con los países próximos, debe ser también consciente de la legislación cercana, pues indudablemente nos indicará hasta qué punto coincidimos o discrepamos, y la dirección favorable o adversa, ascendente o descendente, en que las diferencias se producen.

De los datos disponibles¹⁴ cabe establecer una distinción de los países europeos en tres grupos diferentes. He seleccionado para ello un número que estimo adecuado, catorce:

a) Países de Europa del Este, en donde el nivel de prestaciones y los requisitos para su disfrute son fuertemente deficitarios.

Así, en Eslovaquia la Ley 461/2003 otorga una prestación de un año de duración únicamente en el caso de que la viuda se encuentre en situación de incapacitada permanente del 70 por 100, o tenga hijo a cargo, y solo si, además, la muerte sobrevino por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

En Estonia, por su parte, solo vienen reconocida pensión para las viudas embarazadas

en el momento del óbito, o tengan hijos a cargo menores de tres años, o adolezcan de una incapacidad permanente.

En Letonia no existe pensión de viudedad, sino de orfandad.

Y en Lituania la cuantía de la pensión alcanza al 20 por 100 de la percibida o que podía haber percibido el causante en el momento de fallecer, sin la garantía de una cuantía mínima.

b) Los países nórdicos europeos no se muestran muy generosos con las viudas, aunque el nivel de protección sea desde luego superior al de los acabados de ver. La tibieza nórdica podría deberse a la influencia calvinista del trabajo como deber ético y medio de salvación, tan distinto a la filosofía católica del trabajo como condena que puede haber impregnado al grupo más generoso.

De los países nórdicos el más radical es Dinamarca, que ha «suprimido» la pensión en 1983, aunque mejor cabría decir que la ha diluido en otras prestaciones fuertes: su función ha sido asumida hasta cierto punto por la pensión social anticipada, y en virtud de las pensiones adicionales contributivas ATP tienen derecho los beneficiarios a un pago de cuantía única variable según la edad¹⁵.

En cuanto a Suecia, desde el año 2000 se concede la denominada «pensión de adaptación», mientras el hijo a cargo sea menor de 12 años.

¹³ Ibidem, pág. 218. Evidentemente el elenco contiene errores, y la legislación de los países puede haber cambiado en la actualidad. A España la mencionaba en el grupo de países que otorgaban pensión a partir de los 40 años, un requisito nunca existente en nuestro país, donde sí tuvimos en cambio la edad de 45 años, según se ha dicho al principio de estas páginas, como requisito.

¹⁴ Sigo en el análisis los datos suministrados por MIS-SOC (*Mutual Information System on Social Protection*), Comisión Europea, Bruselas 2006; MISCEO (*Mutual Information System on Social Protection of the Council of Europe*), Consejo de Europa, Estrasburgo 2004; los estudios dirigidos por PIETERS D. (dir.), *Los sistemas de Seguridad Social de los estados miembros de la Unión Europea*, MTAS, Madrid 2004, y *Los sistemas de Seguridad Social de los nuevos y futuros estados miembros de la Unión Europea*, MTAS, Madrid 2004, además de monografías sobre el Derecho nacional de algunos países.

¹⁵ Me baso aquí en los informes reiterados de Dinamarca al grupo de expertos del Consejo de Europa sobre incumplimientos del Código Europeo de Seguridad Social por los países miembros, informe nacional que señala cómo la legislación de 1983 suprimió la pensión de viudedad en cuanto tal. No obstante otras informaciones ofrecen una panorámica no coincidente, por ejemplo la de *Los sistemas de Seguridad Social de los estados miembros de la Unión Europea*, cit., pág. 101, y los datos suministrados por MISSOC respecto a ese país.

Noruega parece más generosa, otorgando pensión a la viudas con cinco años de matrimonio con el causante o con hijos a cargo.

Mientras, Holanda –la incluyo aquí por su afinidad con los países nórdicos, en este y otros aspectos, aunque geográficamente sea discutible la adscripción– reconoce pensión únicamente en caso de existencia de hijos a cargo menores de 18 años, o si sufre una incapacidad permanente para trabajar, o hubiera nacido antes de 1950.

c) Los países centrales europeos ofrecen el mayor nivel de protección, sin alcanzar el nivel español:

Reino Unido distingue entre las pensiones de *duelo*, para las viudas mayores de 45 años, y la prestación transitoria de viudedad para quienes tengan hijos a cargo menores, hasta tanto no cumplan la edad.

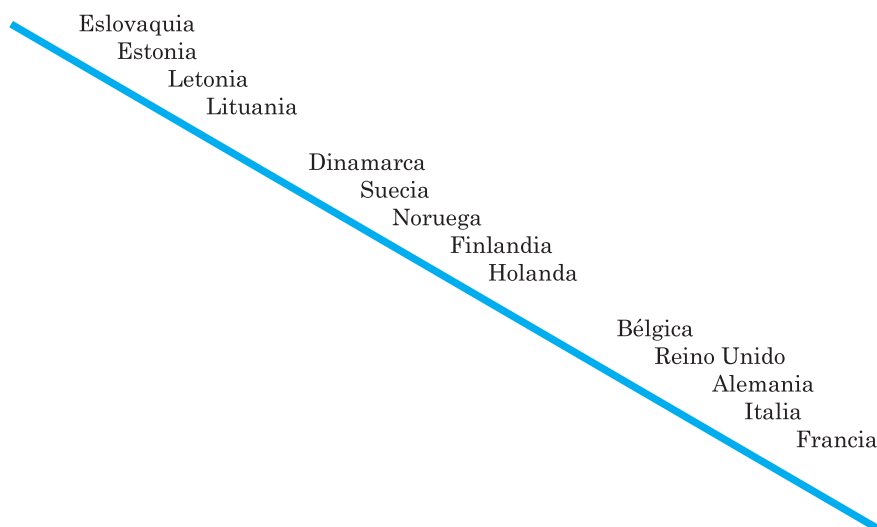
En Francia la Ley 775/2003 ha introducido paulatinamente la pensión denominada «de réversion de la retraite» para viudas menores de 55 años si el causante hubiera cotizado al menos 15 años, sustituyendo a la todavía vigente «prestación de viudedad» de dos años de duración; la pensión para mayores de 55 años queda en sus mismos términos.

Con respecto a Bélgica, bastante estricta, la viuda percibirá pensión únicamente en los casos de tener hijos a cargo, o haber cumplido 45 años, o sufrir una incapacidad permanente, y en todo caso no disponer de otro medio de vida.

La legislación italiana se acerca bastante a la española, por cuanto otorga el 60 por 100 de la *pensión* del causante, si bien exige para ello una cotización previa de cinco años.

Por último Alemania distingue en su Sozialgesetzbuch desde 1989 entre dos clases de prestaciones: la «mayor», consistente en una pensión del 55 por 100 de la pensión de vejez del causante, cuando la viuda haya cumplido los 45 años, o sufra de incapacidad permanente, o tenga a cargo hijos menores de 18 años; y una prestación «menor» para el resto de las viudas, consistente en el 25 por 100 de la pensión de vejez actual o potencial del causante, por un período máximo de tiempo de veinticuatro meses.

Solo por simetría con el modesto gráfico de la legislación española me atrevo a ofrecer el de los países próximos, aun cuando la línea de enlace vaya en sentido contrario a aquélla para significar hasta qué punto nos hallamos fuera de nuestro entorno habitual:



Cabe obtener algunas reflexiones sobre la panorámica recién desplegada, con miras a comprender mejor el sentido real de nuestras peculiaridades. Ante todo, resalta el hecho de que en prácticamente todos los países existe una prestación temporal a las viudas, la cual a veces acompaña a una pensión vitalicia para las situaciones de mayor gravedad: la espina dorsal de la protección de viudedad, cabría decir en consecuencia, es la prestación a término, que además va ligada a circunstancias modalizadoras muy similares, o acaso idénticas, a las conocidas por nosotros en los primeros momentos. Destaca además en el conjunto el rasgo de que, cuando excepcionalmente viene prevista una pensión por tiempo indefinido, las razones vienen a ser nuevamente las circunstancias agravantes de edad, incapacidad o hijos a cargo. Junto a las anteriores se tienen a veces en cuenta, para terminar, otras circunstancias específicas como el nivel de cotizaciones previas o la situación de necesidad, como llaves para el otorgamiento de prestaciones.

CONCLUSIONES: DE LA FUNCIÓN SUSTITUTORIA PERMANENTE A LA FUNCIÓN TRANSICIONAL

Es clara la utilidad de la inminente Ley de Medidas a la hora de reforzar la función sustitutoria con las restricciones a la dispersión de pensiones merced al recurso al artículo 97 del Código Civil, ya aludidas. Seguramente quedarán fuera supuestos dramáticos de quien había estado toda la vida al lado del causante hasta que éste decidió contraer nuevo matrimonio, si bien cabe suponer que pocas viudas «históricas» de esa naturaleza hayan quedado sin la pensión del artículo 97 CC. Sigue aquí el legislador el camino trazado por Finlandia y Eslovaquia, de otorgar pensión a las divorciadas solo en rigurosa sustitución de una pensión alimenticia anterior, aunque a mi juicio la opción alemana parece más completa, al otorgarles pensión en el caso de que depen-

dieran económicamente del causante en el momento del óbito.

Pero el análisis de las legislaciones de otros países indica hasta qué punto carecemos de una perspectiva realista de la viudedad actual, cuando las personas y los medios permiten recuperar para la vida activa a un buen porcentaje de supervivientes válidos y valiosos, o acaso constatar el hecho evidente de su autonomía económica derivada de un empleo previo: el número de matrimonios en donde ambos cónyuges trabajan se incrementa cada año, así como el de personas de edad plenamente capacitadas para entrar a trabajar si se les diera opción para ello.

El concepto clave para describir el elemento que falta en nuestra legislación es el de «función transicional», la *überbrückungsfunktion* de la doctrina alemana¹⁶, a cuya virtud la prestación aseguradora debe perseguir ante todo la adaptación del cónyuge superviviente a la vida activa, su mantenimiento durante el período de tiempo entre la pérdida del cónyuge y su recuperación psicológica y social. Las personas necesitan de tiempo para reorganizar su existencia, pero mientras que en la mayor parte de los casos –viudas ancianas– su adaptación nunca podrá llegar a ser plena, en no pocas ocasiones dispondrán de suficiente capacidad para reinsertarse en la vida activa con la debida asistencia de los servicios de empleo, si es que no lo hacen al cumplirse el breve tiempo de licencia que el Estatuto de los Trabajadores y los convenios otorgan para velar al difunto. Argumentar en tales casos la necesidad de corresponder a las cotizaciones efectuadas por el causante, defendiendo el derecho del superviviente a una contraprestación en todo caso, nos llevaría a un ámbito distinto al de la Seguridad Social, el de los seguros mercantiles, y desconocería además la escasez de la carencia establecida en nuestro país, que por añadidura solo es

¹⁶ FUCHS, M. y PREIS, U., *Sozialversicherungsrecht*, Editorial Dr. Otto Schmidt, Colonia 2005, pág. 779.

precisa en el supuesto de sobrevenir el fallecimiento por enfermedad común.

No faltarán objetivos razonables para las economías obtenidas al introducir el factor transicional en la normativa sobre viudedad. Podría mejorarse la pensión de quienes la necesitaran efectivamente, o bien incrementar otra prestación de enorme importancia que en España, por efecto de los anacronismos que asfixian al Sistema, no ha encontrado hasta ahora el lugar que se merece. Pues en efecto, si en materia de viudedad ocupamos la «pole position» mundial, en otra contingencia somos el farolillo rojo cuanto menos de nuestro entorno, al punto de que no hemos ratificado la parte del Código Europeo de Seguridad Social correspondiente a la materia. Me refiero a las prestaciones familiares o por hijos a cargo, a las cuales dedicamos un exiguo 1 por 100 del PIB a pesar de los avances de los últimos años, frente a países como Dinamarca, que le dedican el 4 por 100, según datos de Eurostat del mes de julio de 2007.

¿Cómo introducir en nuestro Sistema la función transicional adecuadamente? O dicho en otros términos, ¿cómo evitar una lesión indebida a las viudas a las cuales resulta improcedente exigirles el esfuerzo de incorporarse al mundo laboral? Creo que habría al menos tres soluciones para evitarlo, y alguna de ellas pudiera parecer sorprendente:

- a) La solución maximalista, *sicut Dinamarca*, consistiría en suprimir la pensión en integrar al numeroso colectivo en las demás contingencias, posiblemente con solo los requisitos de la viudedad: con los 500 días de carencia podrían incorporarse, de tal modo, a las prestaciones por incapacidad, de vejez, familia, desempleo (en el tramo correspondiente), o a los subsidios paralelos por carencia de medios.
- b) La solución minimalista, *sicut Alemania*, consistiría en distinguir una pensión mayor, que podría ser la actual, en supuestos de agravantes tales como edad, incapacidad, hijos a cargo; y una prestación temporal de adaptación en los demás casos, con unas cuantías muy bajas.
- c) La solución histórica consistiría en recuperar los tratamientos de la Ley de 1966, aunque con las cuantías y ampliaciones subjetivas alcanzadas en la actualidad: pensión indefinida para las viudas o viudos mayores de 45 años, o con incapacidad permanente, o con hijos a cargo, y prestación temporal de veinticuatro mensualidades para los supervivientes en mejor situación, a los cuales podría además otorgarse una orientación al empleo.