

Pensiones no contributivas en perspectiva de género: norma y realidad

Non-contributory pensions in gender perspective: norm and reality

RICARDO PEDRO RON LATAS

*PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL UNIVERSIDAD DE CORUÑA
MAGISTRADO SUPLENTE – TSJ/GALICIA*

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

*MAGISTRADO ESPECIALISTA DE LO SOCIAL – TSJ/GALICIA
DOCTOR EN DERECHO / GRADUADO SOCIAL*

Resumen

En este artículo se analizan las pensiones no contributivas desde la perspectiva de género. Y es que, el género ha sido desde la instauración de un sistema no contributivo de protección en el sistema español de Seguridad Social un elemento definidor de los pensionistas no contributivos, siendo el femenino el colectivo más beneficiado de tales prestaciones (o más “perjudicado”). A tal efecto, y tras una aproximación general a la dinámica de las pensiones no contributivas desde una perspectiva de género, nuestro estudio lo complementaremos con el análisis del tratamiento que la normativa legal y reglamentariamente aplicable le da a cuestiones cuyo impacto de género resulta muy evidente: las pensiones matrimoniales, los bienes gananciales, la fibromialgia y la violencia de género.

Abstract

In this article we analyse the non-contributory pensions from the perspective of gender. And it is that, the gender has been since the instauration of a non-contributory system of protection in the Spanish system of Social Security a basic element of the non-contributory pensioners, being the feminine the most benefited community of such provision (or more “prejudiced”). To such effect, and after a general approximation to the dynamics of the non-contributory pensions from a perspective of gender, our study will complement it with the analysis of the treatment that the legal rule and in accordance with the regulations applicable gives him to questions whose impact of gender results very evident: the matrimonial pensions, the matrimonial properties, the fibromyalgia and the gender-based violence.

Palabras clave

Pensiones no contributivas; Perspectiva de género; Bienes gananciales; Fibromialgia; Violencia de género

Keywords

Non-contributory pensions; gender perspective-matrimonial properties; fibromyalgia; gender-based violence

1. LA REGULACIÓN APARENTEMENTE NEUTRA DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS Y LA REALIDAD FEMINIZADA DEL COLECTIVO DE PENSIONISTAS NO CONTRIBUTIVOS

La Ley 26/1990, de 20 de diciembre¹, de Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social, introdujo, en nuestro sistema de protección, unas pensiones de jubilación y de incapacidad no vinculadas a unas previas cotizaciones, siendo desarrollada, en estos

¹ BOE de 22 de diciembre de 1990.

aspectos, en el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo². Según el proyecto de ley por el que se establecieron las prestaciones no contributivas en España, su objetivo era “completar el diseño del sistema español de pensiones”, organizando un nivel no contributivo de protección que posibilitase otorgar prestaciones a los españoles que se hallasen en situación de necesidad y que no pudiesen satisfacer esa situación a través del sistema profesional o contributivo. Así las cosas y a partir de entonces, el Sistema español de Seguridad Social se convirtió en un sistema en el que coexistían dos niveles de protección: el contributivo y el no contributivo³.

Esas prestaciones no contributivas –que la ley decidió que se concedieran a personas que nunca hubieran cotizado, o que no hubieran cotizado suficientemente al sistema para obtener protección, siempre que se encontrasen en situación de necesidad– son las pensiones por jubilación e invalidez –que ocuparán nuestra atención– y las prestaciones por hijo a cargo. Al día de hoy, las pensiones de incapacidad y jubilación encuentran su régimen jurídico en los arts. 363 a 373 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre⁴, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social –que ha refundido la Ley 26/1990–.

Oportuno es destacar que en esa Ley 26/1990 se introdujeron también cambios con relación a las prestaciones de muerte y supervivencia básicamente consistentes en sustituir “esposa, esposas y viuda” por “cónyuge, cónyuges o cónyuge supérstite” en diversos artículos de la Ley General de la Seguridad Social. Y estos cambios se inspiraron en la jurisprudencia constitucional, la cual, desde una emblemática Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre⁵, equipara a viudos y viudas en el acceso a la pensión de viudedad, condiciones de acceso hasta entonces más beneficiosas para las viudas que para los viudos⁶. Quien, proviniendo de un mundo extraterrestre, observase esta jurisprudencia constitucional y las consiguientes modificaciones legislativas a las que la misma ha dado lugar, hubiera podido pensar en una realidad de hombres oprimidos y de mujeres opresoras necesitada de rectificaciones legales y jurisprudenciales restituidoras de la igualdad de los sexos. Claramente delata todo ello la concepción *sex-blind* (o de sexo ciego como si no existieran los prejuicios de género⁷) que la Ley 26/1990 tenía en relación con el principio de igualdad.

Sin embargo, la necesidad de rectificaciones legales y jurisprudenciales restituidoras de la igualdad busca solventar una realidad totalmente diferente de discriminaciones contra

² BOE de 22 de marzo de 1991. Sobre el mismo, véase ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El desarrollo reglamentario de la Ley de Prestaciones no contributivas”, en *Relaciones Laborales*, nº. 1, 1991, pp. 1081 y ss.

³ Al respecto, véase FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Prestaciones contributivas del régimen general de la Seguridad Social*, Ed. Laborum (Murcia, 2001), *passim*.

⁴ BOE de 31 de octubre de 2015.

⁵ BOE de 14 de diciembre de 1983. Curiosamente, no se trató de una decisión unánime, al contra la resolución con dios votos particulares. Un estudio sobre los mismos puede encontrarse en TORRES DEL MORAL, A. Y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Principio de igualdad y pensiones de viudedad”, en *Revista de Derecho Político*, nº. 35, 1992, página 41 y ss.

⁶ Uno de los primeros estudios puede encontrarse en la monumental obra de AONSO OLEA, M., *Jurisprudencia Constitucional Sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo I, 1983.

⁷ Usan la expresión “*sex-blind*”, literalmente sexo ciego, REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Editorial Mc Graw Hill (Madrid, 1995), p. 9, y OLLERO TASSARA, A., en *Discriminación por razón de sexo*, CEPC (Madrid, 1999), pp. 61 y 62.

las mujeres, no contra los varones, de donde, aunque no discutamos el carácter bilateral del principio de igualdad –determinante de la necesidad de equiparar los hombres con las mujeres y las mujeres con los hombres–, su aspecto unilateral es mucho más relevante: la discriminación contra la mujer por razón de sexo –o, más técnicamente, por razón de género⁸: el género abarca las diferencias socioculturales asociadas al sexo como mera diferencia física– es, sin duda alguna, la manifestación de discriminación más extendida espacial –en todos los lugares– y temporalmente –en todas las épocas–, con la virtualidad adicional de ser una manifestación de discriminación fácilmente acumulable a otras manifestaciones –como la raza: mujer y gitana; o el estado civil: madre y soltera; o la condición social: mujer y pobre–.

Al respecto, no son inusuales los textos normativos donde se admite la unilateralidad del principio de igualdad, como con su propia denominación demuestra la Convención de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁹. Para ello no bastan las medidas de tutela antidiscriminatoria.

Y es que, a consecuencia del secular apartamiento de las mujeres de la vida pública, las leyes, y entre ellas las de protección social, han sido hechas por los hombres y, en lógica consecuencia, satisfacen sus necesidades directamente, pero las de las mujeres sólo en cuanto los hombres las conocen, las entienden y las asumen. De este modo, el ordenamiento jurídico encubre con un manto de neutralidad normas masculinas, las cuales, cuando se las aplica a las mujeres, determinan la aparición de situaciones irritantes de injusticia material¹⁰. Contra estas formas más perversas e insidiosas de discriminación contra la mujer no valen las medidas de tutela antidiscriminatoria: es necesario una revisión crítica de la totalidad del ordenamiento jurídico verificando si satisface, y en qué medida, las necesidades de las mujeres, de modo que, si las ignora totalmente o, aunque no las ignora, no las satisface adecuadamente, se deberá, para evitar la discriminación femenina, introducir, en la elaboración y en la aplicación de la totalidad del ordenamiento jurídico, la dimensión de género. Tal operación se conoce con el nombre técnico de principio de transversalidad o principio de *mainstreaming*¹¹.

Por lo que se refiere en concreto a las prestaciones no contributivas, el género ha sido desde su instauración un elemento definidor de los pensionistas no contributivos, siendo el femenino el colectivo más beneficiado de tales prestaciones (o más “perjudicado”, si se mira, como tendremos ocasión de analizar, bajo el enfoque de que, aún habiendo más pensionistas mujeres que hombres, los requisitos exigidos expulsan a más mujeres que hombres de la protección). Al día de hoy, y manteniendo una constante a lo largo de casi tres décadas de abono de tales prestaciones, las mujeres (la estadística se refiere al año 2016) constituyen el

⁸ Agotando el tema de la igualdad por razón de género, debe verse LOUSADA AROCHENA, J.F., *El Derecho Fundamental a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), *passim*.

⁹ El texto del Instrumento de Ratificación puede encontrarse en el BOE de 21 de marzo de 1984.

¹⁰ Un completo estudio sobre el desequilibrio generado por el sesgo de género en el ámbito de la Seguridad Social española en GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), *passim*.

¹¹ Las estadísticas relativas a pensiones no contributivas pueden encontrarse en la página web del IMSERSO (imserso.es) y en la del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (empleo.gob.es).

66,42 % de los perceptores de pensiones no contributivas (301.682 mujeres), y, si hablamos de pensiones por jubilación, ese porcentaje se eleva hasta el 77,35 % (197.788 mujeres)¹².

A nuestro entender, tales porcentajes muestran el peaje que las mujeres han tenido que pagar por su papel en una sociedad masculinizada, que les ha impedido, bien haberse integrado en el sistema, bien no haber obtenido un número de cotizaciones suficientes para el acceso a la protección que proporciona el sistema de Seguridad Social. Esas razones y no otras son las que exigen (mejor, deberían exigir al legislador) canalizar el estudio de las pensiones no contributivas desde la óptica de género. Y esa óptica debería exigir al legislador implementar medidas destinadas a corregir la neutralidad normativa en materia de género.

Sin embargo, la Ley 26/1990 estaba anclada en un concepto formal de la igualdad que se ha mantenido hasta su regulación actual en la LGSS. Sin embargo, un concepto material habría incluso justificado, como algún autor ha afirmado, que en el momento de la creación de las pensiones no contributivas se introdujese un tratamiento más ventajoso para las mujeres respecto de los hombres (acción positiva de carácter temporal), en base a las circunstancias discriminatorias que ocasionaron una incorporación tardía y/o intermitente en el mercado de trabajo, y dadas las insuficientes medidas que por aquel entonces existían, a fin de cubrir las lagunas provocadas por ausencias o abandonos ocasionados por las responsabilidades familiares (o, podríamos aún añadir, por la discriminatoria regulación del trabajo a tiempo parcial que impidió a muchas mujeres acceder a las pensiones contributivas)¹³.

2. EL ANÁLISIS DE GÉNERO EN LA DINÁMICA APLICATIVA DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS

A la vista de la incuria del legislador a la hora de procurar protección social a las trabajadoras del hogar familiar, se echa en falta una previsión normativa específica en la normativa sobre pensiones no contributivas que tenga en cuenta la perspectiva de género, y ello se debe verificar tanto en el acceso a las prestaciones, como en su cuantía.

2.1. Acceso a las pensiones

La normativa de Seguridad Social debería prestar atención a la dificultad o imposibilidad de acceder a prestaciones no contributivas por parte del colectivo femenino derivada de su status social en nuestro país. No sólo eso, otros factores sociales y económicos deberían tenerse en cuenta a la hora de regular el acceso a las prestaciones no contributivas. Así, por una parte, la dependencia y subordinación a las necesidades familiares por parte de todas aquellas mujeres que no han podido acceder al mercado de trabajo y cotizar al efecto; y por la otra, los distintos tipos de “unidades familiares de convivencia” en las que se integran esas personas, y las clases de ingresos que posea el hogar familiar, sin

¹² Un completo estudio sobre el desequilibrio generado por el sesgo de género en el ámbito de la Seguridad Social española en GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), passim.

¹³ Cfr. BENITO BENÍTEZ, M.A., *Análisis del sistema español de Seguridad Social en óptica de género*, tesis doctoral inédita (Universidad de Cadiz, 2016), p. 623.

olvidar el número de integrantes más allá del segundo grado de parentesco por consanguinidad y afinidad¹⁴.

Uno de los principales problemas con los que se enfrentan las potenciales beneficiarias de pensiones no contributivas lo constituye la exigencia de insuficiencia de rentas o ingresos suficientes (art. 363.1.d] LGSS, normalmente identificables con la cuantía de la pensión que solicita), pero no por el hecho de que esa insuficiencia le sea exigible al potencial beneficiario, y sí por la circunstancia de que a tales efectos siempre se tiene en cuenta la renta (esto es, cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional) de las personas con las que conviva en la “misma unidad económica”, entiendo por tal los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquel por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado¹⁵.

Se le impone así al solicitante de la pensión un doble requisito sucesivo al efecto de la obtención de la misma, de tal manera que aun cuando la peticionaria no perciba renta o ingreso alguno, deberá salvar también la circunstancia relativa a su entorno familiar más próximo. La reflexión más inmediata al respecto es que el legislador hace recaer la protección de situaciones de necesidad ante mujeres en edad de jubilación sin ingresos, primero en la familia, y de no poder ser satisfechas, es cuando la tutela del Estado entraría en juego.

Pero es que además existe un problema añadido, por cuanto que el denominado “límite de acumulación de recursos”, superado el cual no se tendrá derecho a pensión, se fija teniendo en cuenta únicamente los convivientes que sean familiares unidos por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado. De esta manera, los sobrinos o suegros de la solicitante no forman parte a estos efectos del núcleo familiar, lo que en más de una ocasión puede impedir el acceso a la protección no contributiva del Estado, sería el caso, por ejemplo, de un matrimonio, con el cual conviven los padres, hermanos y

¹⁴ Para el art. 363.4 de la LGSS, “existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquel por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado”. Un tratamiento peculiar, y posibilista, puede encontrarse en una STS de 28 de junio de 2012 (RCUD 2467/2011), en la que se incluye en la unidad económica de convivencia al nieto de la beneficiaria que convive con ella y sobre el que no tiene la guarda y custodia, al margen de que la madre del menor viva en otro domicilio y tenga ingresos propios. Para el TS, “*como regla, debe partirse de que como integrantes de la unidad económica de convivencia deben computarse todas aquellas personas que convivan efectivamente con el solicitante de la prestación no contributiva, cualquiera que sea la causa de tal convivencia –como es dable deducir de la expresión legal y reglamentaria de “existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas”–, siempre que tales personas estén unidas con el beneficiario “por matrimonio o por lazos de parentesco por consanguinidad o por adopción hasta el segundo grado” ... Es cierto que del propio concepto de “unidad económica de convivencia” en relación con lo que implica el requisito de carencia de rentas o ingresos en el plano subsidiario de dicha unidad económica, es dable deducir que entre los integrantes de aquélla debe existir un cierto grado de dependencia económica, pero, sin embargo, a diferencia de lo que se establece en otras prestaciones de la Seguridad Social en las que también se tiene en cuenta el requisito de la convivencia y el de la dependencia económica, como en las denominadas prestaciones en favor de familiares, no se establecen expresamente requisitos como el de que “no queden familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos, según la legislación civil” para poder computar, en su caso, como integrante de la unidad económica de convivencia a alguno de las parientes contemplados en la norma”.*

¹⁵ Art. 363.4 de la LGSS.

sobrinos del marido. Resultaría exigible, pues, una plena identificación del grupo familiar con el concepto legal de “unidad económica de convivencia”.

Y todo ello partiendo de la base de que la norma tampoco tiene en cuenta las parejas de hecho. Así ha afirmado algún autor que “la evolución normativa que ha tenido lugar permite demandar ... una revisión de la trascendencia que la concurrencia de una pareja de hecho debe tener a los efectos de las prestaciones no contributivas, una vez que el sistema de la Seguridad Social ha decidido tenerlas en cuenta respecto de la pensión de viudedad. Su actual irrelevancia está provocando un tratamiento diferenciador, en nuestra opinión, cuestionable constitucionalmente, en la medida en que el sistema permite el reconocimiento de su existencia a efectos del acceso a unas prestaciones, y en cambio la ignora para otras”¹⁶.

Conviene no olvidar, no obstante, que la jurisprudencia social ha intentado, y sigue intentando, en la medida de lo posible, tornar las situaciones de injusticia material que pueden surgir en la aplicación de la norma. El mejor ejemplo de ello se contiene en una ya añeja sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2000¹⁷, relativa precisamente a la determinación de si en la unidad económica de convivencia cabe o no la inclusión de parientes que van más allá del segundo grado. La situación familiar en el caso debatido era dramática. El solicitante de la pensión convivía con dos hermanos (uno de ellos el único con rentas, inferiores a 12.000 euros al año), su cuñada y tres sobrinos, y por ello mismo la pensión le fue denegada, al superar los recursos de la unidad económica de convivencia el límite de acumulación establecido legalmente, por cuanto que sólo había tres personas como integrantes de la unidad económica de convivencia, siendo excluidos de la misma los sobrinos y la cuñada.

Mediante ingeniería jurídica, apreciando lo injusto y trágico de la situación familiar, el Tribunal Supremo reconoció el derecho del demandante a la pensión solicitada. Reconoce, en primer lugar, el alto tribunal que “*la solución desde la mera literalidad*” de la norma “*sería claramente negativa a las pretensiones del demandante*”. No obstante, también asume que “*el problema no puede estimarse definitivamente resuelto con la simple argumentación anterior*”, si se parte de la base real y cierta de que el solicitante de la prestación no convive sólo con un hermano «rico» y con una hermana que tampoco percibe renta alguna, sino que, además vive también con la mujer de su hermano (su cuñada) y con los hijos de ambos (sus sobrinos). El problema nace, pues, de que no son tres los convivientes sino siete, y que el total de ingresos del conjunto es el salario de poco más de 11.000 euros anuales que percibe tan sólo aquel hermano que los mantiene a todos.

Lógicamente, continúa afirmado el Tribunal Supremo, el texto legal no contempla esta concreta situación, puesto que cuando se refiere a una unidad económica de convivencia se limita a contemplar la formada exclusivamente por parientes que tienen el deber legal de ayudarse en caso de necesidad, cual es la integrada por cónyuge, ascendientes y descendientes, y hermanos.

¹⁶ BENITO BENÍTEZ, M.A., *Análisis del sistema español de Seguridad Social en óptica de género*, tesis doctoral inédita (Universidad de Cadiz, 2016), p. 626.

¹⁷ RCU 1044/2000.

Ahora bien, el hecho de que el texto de la Ley no contemple esta situación debe interpretarse del siguiente modo: puesto que la única unidad de convivencia contemplada por el legislador ha sido la familiar antedicha, cuando una persona convive con otras personas distintas se halla fuera de aquellas concretas previsiones legales que, por lo tanto, no le serán de aplicación. Y ello, atendiendo a la finalidad y al espíritu de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre.

En efecto, tales prestaciones no contributivas estaban previstas, según la exposición de motivos de la misma como un instrumento de solidaridad social a favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos económicos propios, suficientes para su subsistencia. La falta de ingresos para la subsistencia (el umbral de pobreza, como se ha dicho en alguna sentencia anterior de la Sala) se produce normalmente, de acuerdo con la letra de la norma, cuando la suma, en cómputo anual, de los mismos sea inferior al importe, también en cómputo anual, de la prestación, o sea, cuando no se perciben ingresos o éstos se hallan por debajo del montante de la pensión no contributiva que cada año se fija en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Ahora bien, la misma norma ha previsto, como excepción, que tampoco se tiene derecho a pensión a pesar de no tener personalmente aquellas rentas mínimas, cuando se convive en una unidad económica formada por parientes próximos si dicha unidad económica alcanza un nivel de rentas determinado. De lo cual cabe deducir que el Estado ha antepuesto la solidaridad familiar jurídicamente exigible (*ex art. 143 del Código Civil*), a la solidaridad social en la que el precepto legal se sustenta, como se desprende de aquel párrafo transcrito de la exposición de motivos de la Ley. Por lo tanto, cuando la convivencia se produce con personas no vinculadas por la obligación de alimentos de la normativa civil, no existe razón alguna por la que aplicar las reglas de la excepción establecidas para aquella unidad económica de convivencia y por lo tanto habrá que volver a la regla general, o sea, a contemplar al presunto beneficiario en su individualidad.

Aplicar, también en estos casos la regla excepcional prevista para la unidad familiar equivaldría a no aplicar la solidaridad general en un supuesto en el que no es exigible la solidaridad familiar, haciendo de peor condición a quien es acogido por parientes, aunque sean lejanos, que a quien lo es por personas ajenas o por cualquier institución pública o privada de beneficencia, con el efecto contraproducente que ello produce no sólo para los intereses particulares del interesado sino para el propio interés público que la norma reguladora de estas prestaciones ha concretado en que toda persona con ingresos situada por debajo del umbral legal de pobreza, reciba atención para su supervivencia.

Como es lógico, la sentencia finaliza advirtiendo acerca de que la Sala es consciente de que pueden darse supuestos muy variados de convivencia familiar o extrafamiliar situada más allá de la “unidad económica de convivencia” prevista legalmente (desde parejas de hecho, hasta comunidades de vida en común más amplias, pasando por unidades de convivencia familiar en las que haya una mayoría de miembros de la unidad económica de convivencia contemplada en la Ley) y de que no siempre servirá en toda su amplitud la doctrina establecida, fundamentalmente en aquellos casos en los que se pruebe la existencia de una comunidad económica de hecho con autosuficiencia financiera derivada de la aportación de otro de los miembros de la misma, pues en tal caso puede llegarse incluso a la conclusión de que no existe ninguna situación de necesidad.

2.2. Cuantía de las pensiones

La cuantía de la pensión por incapacidad no contributiva se fija, por importe anual, en la Ley de Presupuestos de cada año. Y para el año 2016 la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, se fija en 5.150,60 euros íntegros anuales¹⁸, consistente en 14 pagas, correspondientes a cada uno de los meses del año, más dos pagas extraordinarias, que se devengarán en los meses de junio y noviembre.

Sin embargo, una cosa es la cuantía de la pensión y otra muy distinta el importe a pagar a cada beneficiario, que vendrá determinado en función de sus ingresos y en función, además, de los ingresos de la unidad económica de convivencia de la que forme parte; de ahí que la cuantía de la pensión varíe –aunque nunca podrá ser inferior al 25 % de la cuantía que fije la Ley de Presupuestos¹⁹–, primero, en función de los ingresos que tenga el beneficiario, y segundo, en función también de los de su unidad económica de convivencia²⁰, de lo que se pueden deducir hasta 3 hipótesis distintas:

- Si el beneficiario vive solo (o con personas que no conformen una unidad económica de convivencia), para hallar la cuantía de su pensión lo primero que se debe hacer es restar de la cuantía en cómputo anual de la Ley de Presupuestos el importe de las rentas o ingresos anuales de que disponga el beneficiario. Una vez efectuada la resta, esa será la cuantía anual a percibir, salvo que sea inferior al 25 % de la cuantía de la Ley de Presupuestos, pues, si lo es, se le dará ese 25 %, que es la cuantía mínima anual de las pensiones no contributivas.

Excepcionalmente, el beneficiario de una pensión no contributiva de invalidez podrá tener derecho a un complemento de pensión cuando cumpla los siguientes requisitos: 1) estar afectado por una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75 %; y 2) que necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. Así, cuando el beneficiario acredite cumplir ambos requisitos, se le reconocerá, además de su pensión no contributiva, un complemento uniforme y equivalente al 50 % del importe de la pensión.

- Si el beneficiario de la pensión convive con otras personas que perciben otra pensión no contributiva²¹, la pensión se hallará del siguiente modo: al importe de la Ley de Presupuestos se le sumará el 70 % de esa misma cuantía, tantas veces como número de beneficiarios, menos uno existan en la unidad económica, es decir: $5.150,60 \text{ €} + [(70 \% \text{ de } 5.150,60 \text{ €}) \times (\text{beneficiarios} - 1)]$; posteriormente, el resultado así obtenido se dividirá por el

¹⁸ Art. 45 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre (BOE de 30 de octubre), de Presupuestos Generales del Estado para 2016.

¹⁹ Art. 364.4 de la LGSS.

²⁰ Al respecto, véase el art. 364 de la LGSS.

²¹ “No se establecen en la referida Ley dos reglas distintas, en cuanto al límite de ingresos para lucrar la prestación según el beneficiario esté o no integrado en una unidad familiar, sólo existe una única regla, para los ingresos propios de quien solicita la pensión, y otra subsidiaria para el caso de formar parte aquél de una unidad familiar y carezca de rentas propias, en cuyo caso para tener derecho a la pensión deben concurrir las circunstancias antes dicha” (STS de 16 de diciembre de 2002 [RCUD 2998/2001]).

número de beneficiarios con derecho a pensión, lo que nos dará la cuantía de la pensión, a la que habrá de restarse las rentas o ingresos de cada beneficiario.

- En el caso de un solo pensionista que conviva con varias personas no pensionistas en una misma unidad económica de convivencia, la pensión se calculará así: a la cuantía de la pensión de la Ley de Presupuestos se le restarán las rentas del beneficiario (importe teórico de la pensión); a ese importe se le sumará el de los ingresos de la unidad económica. Esta cifra se habrá de cotejar con el límite de acumulación de recursos de la unidad económica. Hecha esta suma, si la pensión teórica más los ingresos de la unidad sobrepasan el límite de acumulación, el importe de la pensión se reducirá para no sobrepasar el límite. En todo caso, al beneficiario le corresponderá el 25 % de la pensión teórica.

No solo eso, si durante la percepción de la pensión varían las rentas del beneficiario o de la unidad familiar, el órgano gestor de la pensión estará facultado para revisar el importe de la pensión o incluso para suspender su percibo, con efectos económicos desde el día primero del mes siguiente a aquel en que se hubiera producido la variación; la regularización de las cuantías de pensión percibidas en el año inmediatamente anterior, que pueda producirse como consecuencia de la realización del control anual de recursos deberá estar efectuada el 31 de octubre de cada año²². Transcurrido este plazo sin realizarse la revisión, se considerará definitiva la cuantía de pensión percibida en el año inmediatamente anterior, salvo que la cuantía que hubiese correspondido percibir fuese superior o que el interesado no hubiese presentado en plazo la declaración de ingresos o rentas computables o no hubiese facilitado correctamente los datos objeto de declaración; en estos dos últimos supuestos vendrá obligado a devolver las cantidades que indebidamente haya podido percibir.

A tal efecto, los pensionistas están obligados a comunicar a la entidad gestora cualquier variación de su situación de convivencia, estado civil, residencia y todas cuantas situaciones puedan tener incidencia en la conservación o cuantía de su pensión, siendo el plazo para comunicar esa variación de 30 días desde la fecha en que se produjo. En todo caso, el pensionista está obligado a presentar, el primer trimestre de cada año, una declaración de los ingresos de su respectiva unidad económica, referida al año inmediatamente anterior.

En caso de que cualquiera de esas comunicaciones no se efectúen en tiempo y forma, y como consecuencia de ello se hayan cobrado indebidamente prestaciones no contributivas, se deberán reintegrar las cantidades percibidas desde el primer día del mes siguiente a aquel en que hubiera variado la situación, existiendo aquí un plazo de prescripción de cuatro años para el reintegro, que es independiente de la buena o mala fe del beneficiario; es decir, tanto si la pensión se cobró por causa del beneficiario –por ejemplo, ocultando datos a la entidad gestora– como si se ha hecho por causa de la Administración –por ejemplo, concediendo la pensión en una cuantía superior a la que le correspondería al beneficiario por causa de un error informático–, se deberá devolver lo percibido en los últimos cuatro años.

Sucedre, en suma, que al efecto de determinar la cuantía final de la pensión se tienen en cuenta diversos factores monetarios, y entre ellos los ingresos de la beneficiaria o su

²² Acerca de la revisión de oficio de las prestaciones no contributivas, debe verse una STS de 21 de octubre de 2009 (RCUD 2318/2008).

unidad familiar de convivencia, lo que a su vez produce el efecto perverso de retraer a los beneficiario o sus familiares a la hora de acceder a determinadas rentas, y lo que es aun peor, supone un límite importante para las discapacitadas que pretendan acceder al mercado de trabajo, frente a la encrucijada moral que ello puede llegar a suponer. No es de extrañar, pues, que la doctrina haya llegado a afirmar que “la doble consideración de la suficiencia de las rentas en el acceso y en la cuantía resulta, reiteramos, discriminatoria por razón de género, en la medida en que fomentan la perpetuación de los roles de género al fortalecer la dependencia social de la mujer. Determinados factores derivados del perfil que caracteriza la participación de la mujer en el mercado de trabajo, como la discriminación salarial, ocasiona que quienes fueron más dependientes durante su etapa profesional, cuando por su edad o incapacidad deben sustentarse con una pensión, seguirán siéndolo de quienes obtienen más ingresos, por lo que con mayor frecuencia y en mayor cuantía su pensión resultará mermada en función de los ingresos de la otra persona, fortaleciéndose el vínculo de subordinación. Es por ello que apostamos por la derogación de las reglas que reducen la cuantía de la pensión dado que, de un lado, ha quedado, previamente, de forma suficientemente acreditada la situación de necesidad del beneficiario, y de otro, porque debilitan una cuantía que ya ha sido identificada como el mínimo que garantiza la suficiencia constitucionalmente exigida”²³.

3. LA DESATENCIÓN NORMATIVA DE CUESTIONES CON IMPACTO DE GÉNERO

Hecha esta aproximación general a la dinámica de las pensiones no contributivas desde una perspectiva de género, nuestro estudio lo complementaremos con el análisis del tratamiento que la normativa legal y reglamentariamente aplicable le da a cuestiones cuyo impacto de género resulta muy evidente: las pensiones matrimoniales, los bienes gananciales, la fibromialgia y la violencia de género. Lo cual nos permitirá ratificar como, a pesar de su formalismo igualitarista, dicha normativa desconoce las necesidades reales de las mujeres.

3.1. Tratamiento del impago de pensiones matrimoniales a efectos de determinar la insuficiencia de rentas

Aunque el impago de pensiones matrimoniales –sean alimenticias a favor de los hijos sean compensatorias a favor del cónyuge– es un importante problema afectante a las mujeres y aunque el impago de pensiones matrimoniales influye en la determinación de las rentas o ingresos reales a los efectos de obtener pensiones no contributivas, la regulación de dichas pensiones se mantiene neutral frente a dicho problema –esto es, no contempla la dimensión de género–. Obviamente, al momento de verificar la concurrencia de la situación de necesidad generadora de las pensiones no contributivas, los cónyuges separados o divorciados con la custodia de hijos –normalmente mujeres– deberán computar, al tratarse de una renta o ingreso de la unidad económica de convivencia, la pensión alimenticia o compensatoria a cargo del otro cónyuge, pero, ni en la Ley General de la Seguridad Social, ni en el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, se especifica –en este momento surge el problema– si, a efectos del cómputo, la pensión debió ser efectivamente abonada o si ello es intrascendente.

²³ Cfr. BENITO BENÍTEZ, M.A., *Análisis del sistema español de Seguridad Social en óptica de género*, tesis doctoral inédita (Universidad de Cadiz, 2016), p. 631.

Las primeras aproximaciones judiciales a la cuestión resultaron decepcionantes. Una STSJ/Galicia de 27 de febrero de 1997²⁴, razonó que *“en la expresión ... cualesquiera bienes o derechos se comprende la pensión reconocida a la actora como consecuencia de su separación matrimonial”*. Otra STSJ/Aragón de 24 de septiembre de 1997²⁵, razona con crudeza, y en la misma línea, que *“es ajustado a Derecho que se tengan en cuenta los ingresos a los que es acreedora la actora por resolución judicial en pleito de separación conyugal en concepto de pensión, con abstracción de si ha obtenido o no éxito la ejecución que haya podido seguirse si el obligado al pago ha incumplido la obligación señalada”*.

Quizás para evitar que, conforme a esta doctrina judicial, una pensión compensatoria nunca abonada le resultase un impedimento absoluto para acceder a una pensión no contributiva, lo cierto es que la mujer demandante, en el caso resuelto, y bien resuelto, en la STSJ/Cataluña de 29 de enero de 1999²⁶, renunció a ella en convenio regulador. La sentencia de instancia reconoció la prestación y los motivos del recurso son casi insultantes: la atora cometió fraude de ley. La sentencia de suplicación razona que el fraude no se presume, que no es fraude el ejercicio de una facultad legalmente reconocida y que lo trascendente es la carencia de rentas suficientes, al margen de la causa de esa carencia, *“que tanto puede ser la desgracia, la prodigalidad o incluso la renuncia de bienes o derechos”*. Un caso bien resuelto, como decíamos, pero que traslada la sensación de que, para acceder a las pensiones no contributivas, las mujeres deben de renunciar a las pensiones matrimoniales.

Con este panorama judicial, no resulta extraña una nueva denegación en la STSJ/Madrid de 15 de marzo de 1999. Pero, en este caso, la mujer demandante, con un planteamiento inteligente, interpuso casación para unificación de doctrina, utilizando como de contraste una sentencia referida a otras deudas diferentes. En la STS de 22 de mayo de 2000²⁷, la cual considera *“intrascendente a estos efectos que ésta (la sentencia de contraste) se refiera a unas cantidades adeudadas por indemnización por despido y salarios de tramitación, que tampoco percibió el interesado”*, se resuelve como sigue la contradicción: *“(el art. 12 del RD 357/1991) se refiere concretamente a bienes o derechos que dispongan el beneficiario o la unidad económica de convivencia; verbo que equivale a valerse de una cosa o tenerla o utilizarla como suya; criterio que es coherente con la regulación general de las pensiones no contributivas, cuyo acceso y mantenimiento pende del estado de necesidad del beneficiario; excluyendo la ley de su percepción a quienes tienen un nivel de ingresos suficiente para subsistir, pero no a quienes, aún siendo acreedores judiciales de una determinada suma de dinero, no la han percibido, no obstante su diligencia para conseguirla”*. Argumentaciones demostrativas de que, dicho como breve comentario, la Razón no está reñida con el Derecho.

Hemos de saludar con agrado esta decisión que, sin duda alguna, ha sido el principio del fin de una irrazonable doctrina judicial, si bien, al tratarse de una decisión judicial –siempre referida a un caso concreto–, no determina –con carácter de generalidad– cuales sean los parámetros fácticos para considerar diligente la gestión de cobro: ¿Basta la

²⁴ AS 1997/1983.

²⁵ AS 1997/2966.

²⁶ AS 1999/879.

²⁷ RCU 3544/1999.

solicitud de ejecución civil o sería necesaria, además, la acreditación judicial de la insolvencia del deudor? ¿Resulta necesaria la denuncia penal? ¿Tales actuaciones deben ser coetáneas al hecho causante de la prestación o basta una razonable intermediación temporal? ¿Puede admitirse otras pruebas diferentes en orden a acreditar la diligencia en la gestión de cobro?

Por otro lado, la posibilidad de que el deudor pueda alegar como cargas las derivadas de pensiones matrimoniales –y con la finalidad de incentivar a su cumplimiento efectivo– se debería vincular a su cumplimiento efectivo del mismo modo que, para considerar como ingresos del acreedor los derivados de pensiones matrimoniales, estos deben ser efectivos.

En los documentos de trabajo previos a la redacción del Anteproyecto de la LOIEMH se planteó una reforma legal que, además de fijar con seguridad jurídica los parámetros de la diligente gestión de cobro, vinculaba las prestaciones del deudor a un riguroso cumplimiento de sus obligaciones. Pero esta reforma no salió adelante. Con lo cual la legislación nos sigue demostrando desinterés en la perspectiva de género, debiendo ello ser sometido a crítica.

3.2. Problemas de cómputo de los bienes gananciales

A los efectos de verificar la carencia de rentas o ingresos suficientes que, para acceder a las pensiones no contributivas, se establece legalmente en los arts. 363.1.d) y 369 de la LGSS, se plantea el problema del cómputo de los bienes gananciales, una cuestión aplicativa de “imputación subjetiva”²⁸ susceptible de acaecer tanto en el límite personal de recursos –la persona solicitante está casada en régimen de gananciales– como en el límite familiar de recursos –un familiar de la persona solicitante está casada en régimen de gananciales con un ajeno a la unidad familiar legal–. Desde una perspectiva estrictamente teórica, las soluciones posibles de esa cuestión aplicativa de imputación subjetiva son (1) un criterio individual, imputando la renta a quien la generó, al margen del régimen económico de su matrimonio –criterio seguido en la legislación fiscal, y, en concreto, en el art. 11 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre²⁹, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas–, y (2) un criterio matrimonial, imputando la renta en función del régimen económico del matrimonio de quien la generó –criterio que encuentra un cierto fundamento en la legislación civil, y, en concreto, en el artículo 1344 del CC en la medida en que establece que “las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos (el marido y la mujer) ... le serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla (la sociedad de gananciales)”.

Dado el silencio sobre la cuestión en la LGSS, la cuestión se ha abordado jurisprudencialmente en relación a la imputación de rendimientos gananciales de capital mobiliario. En efecto, la STS de 26 de abril de 2013³⁰, se ha enfrentado al problema de “determinar si los rendimientos del capital mobiliario que pueden disfrutar los beneficiarios de pensión no contributiva, casados en régimen de sociedad legal de gananciales, han de ser considerados como ingresos propios de cada uno de los cónyuges, imputándose la mitad de su importe al beneficiario, o si, por el contrario, ha de atribuirse la totalidad de la renta al

²⁸ Como atinadamente la denominan SEMPERE NAVARRO, A.V. y BARRIOS BAUDOR, G.L., *Las pensiones no contributivas*, Editorial Aranzadi (Pamplona, 2001), p. 55.

²⁹ BOE de 29 de noviembre de 2006.

³⁰ RCU 1651/2012.

conjunto de la unidad familiar". Y la respuesta ha sido la siguiente: *"la titularidad de los bienes gananciales pertenece, conjuntamente, a los cónyuges, que tienen una participación en todos y cada uno de los bienes que la integran, con lo que han de imputarse a un cónyuge idealmente la mitad de los ingresos del otro cuando se discuta el nivel de renta de una unidad familiar en el que está integrado un cónyuge, pero no el otro"*.

Es cierto, afirma el Tribunal Supremo, que *"la adjudicación del haber de la sociedad legal de gananciales por iguales mitades a cada uno de los cónyuges, solo se produce tras la disolución de dicha sociedad ... y aunque la solución de atribuir por mitad los ingresos de la sociedad constante matrimonio, supone utilizar una presunción en cuanto a su destino en orden a atender las necesidades del otro cónyuge que en muchas ocasiones no se corresponderá con la realidad ... este criterio se adopta por dos razones fundamentales"*. La primera en atención a la propia regulación de la unidad económica de convivencia de la LGSS que, en casos como el presente, de padre o madre solicitante de la prestación no contributiva con quien convive un descendiente casado, descompone formalmente ese matrimonio para excluir de la unidad económica al cónyuge no consanguíneo del solicitante, obviando que la convivencia real y afectiva de los esposos viene impuesta por la Ley y es obligado presumirla.

Y la segunda, porque ante esa situación, y en ausencia de porcentajes legales que señalen qué parte de los ingresos de la sociedad debe atribuirse a cada uno de los cónyuges para atender a sus propias necesidades ordinarias, se ha optado por imputarlos por mitad cuando no consta la existencia de hijos, por entender que es solución más lógica y gestionable, que la de acudir a la prueba de los gastos ordinarios satisfechos por el cónyuge no consanguíneo que, por numerosos y de escasa cuantía individual, serían en todo caso de muy difícil cuando no de imposible acreditación. Con ello ha seguido el propio criterio legal de dividir los ingresos de una familia por el número de miembros que la comprenden.

Ahora bien, esta atribución ideal de la mitad a cada cónyuge, según el Tribunal Supremo, se matiza cuando se trata de imputar rentas o cargas del matrimonio del hijo/a que a su vez tiene hijos/as –nietos/as del solicitante de la prestación–: *"En este supuesto no puede jugar la regla de atribución del 50 % de los ingresos a cada uno de los cónyuges, pues hay que ponderar la asignación de recursos a los hijos. De otra forma, como ilustra el presente caso, la atribución de recursos sería artificial, pues dejaría fuera de cómputo recursos que han de asignarse a una persona –la nieta– que permanece en la unidad de convivencia. Por ello, en estos casos hay que establecer una ponderación distinta que consiste en dividir los ingresos del grupo familiar concurrente en la unidad de convivencia por el número de sus miembros y extraer del cómputo los recursos asignados al miembro o miembros que no forman parte de la unidad legal de convivencia, lo que en el supuesto decidido conduce a asignar un tercio de los ingresos del hijo de la solicitante a la esposa de aquél"*.

Con todo, no debe olvidarse que el Tribunal Supremo ha dado recientemente una nueva vuelta de tuerca al tema, en concreto, en su sentencia de 29 de abril de 2015³¹, donde lo que se discutía era si han de ser objeto de cómputo para alcanzar el límite de acumulación de recursos los ingresos del esposo de la titular de una prestación no contributiva cuando

³¹ RCU 238/2014.

existe entre ellos una situación de separación de hecho. Sin embargo, la respuesta del Tribunal Supremo sorprende al afirmar que *“la unidad económica de convivencia subsiste jurídicamente en tanto no se formalice judicialmente la situación de separación de hecho, en su caso con el correspondiente convenio económico regulador”*. Y es que, para esta sentencia *“la interdependencia económica que el legislador supone cuando se convive en la misma unidad económica, también se presume por el ordenamiento jurídico cuando el solicitante de la prestación y su cónyuge, aunque no convivan de forma real y efectiva, siguen participando en una comunidad de bienes como es la sociedad de gananciales y siguen conservando el derecho a alimentos. Así ocurre con los cónyuges separados de hecho, que no hayan regularizado jurídicamente su situación, aunque no tengan una efectiva comunicación de ganancias”*.

El Tribunal Supremo sigue acogiendo, en consecuencia, un criterio matrimonial incluso en supuestos donde su razón de ser aparenta debilitarse, pues no es la misma la situación económica de un cónyuge en situación de normalidad matrimonial con una efectiva comunicación de ganancias que la de un cónyuge separado de hecho con derecho a participar en una sociedad de gananciales todavía no disuelta, incluso considerando su derecho a alimentos, y esta diferencia puede ser relevante para apreciar una situación de necesidad en orden al acceso a prestaciones no contributivas.

Si se nos permite una reflexión final de carácter general, acaso hubiera sido una vía de solución más segura haber prescindido del inseguro criterio matrimonial, y haber acogido el criterio individual por simple remisión a la legislación fiscal –como, por otra parte, se ha hecho con el complemento a mínimos, cfr. art. 59.1 LGSS–. No podemos pasar por alto que, en la legislación fiscal, el criterio individual es consecuencia de las emblemáticas SSTC 209/88, de 10 de noviembre³², y 45/89, de 20 de febrero³³ –que, como es bien sabido, obligaron a la declaración individual de los cónyuges en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas–.

3.3. Tratamiento de la fibromialgia a efectos de valorar la situación de discapacidad

El acceso a la pensión de invalidez no contributiva se vincula, según el art. 363.1.c) de la LGSS, a la afectación *“por una discapacidad o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al 65 por ciento”*, para cuya determinación el art. 3 del RD 357/1991, en relación con su disp. ad. 2ª, remite a los baremos de calificación del grado de minusvalía que, en su normativa vigente, se contienen en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre³⁴, y, más en concreto, en su denominado Anexo I.A se establecen *“las pautas para la determinación de la discapacidad originada por deficiencias permanentes de los distintos órganos, aparatos o sistemas”*, o, dicho en términos más asequibles, se establecen, a través de reglas generales y de tablas de valoración aplicables a cada caso individual, el porcentaje de discapacidad consecuente a cada enfermedad padecida por la persona de que se trate.

Aquí es donde surge el problema en relación con el olvido de una enfermedad feminizada como es la fibromialgia pues, atendiendo a la población general, afecta al 4,2 %

³² BOE de 12 de diciembre de 1988.

³³ BOE de 2 de marzo de 1989.

³⁴ BOE de 26 de enero de 2000.

de las mujeres, pero solo al 0,2 % de los hombres, o sea, dicho de otra manera, son mujeres más del 90 % de las personas afectadas por la fibromialgia³⁵. Y es que, a pesar de la supuesta exhaustividad de dicho Anexo I.A –en el sentido de recoger todas las enfermedades invalidantes–, la fibromialgia no aparece expresamente recogida como una dolencia de la cual se derive ninguna concreta discapacidad, a pesar de que, a la vista de la fecha del Real Decreto, la fibromialgia ya era entonces reconocida por la Organización Mundial de la Salud.

Frente a esta laguna, se ha planteado, como solución correctora utilizar las reglas generales y las tablas de valoración atendiendo a la sintomatología de la fibromialgia, y, en particular, las relativas a dolor o déficit sensorial. Solución acogida por la doctrina judicial. Y es que, como se afirma en la SJS nº. 5 Zaragoza de 22 de junio de 2010³⁶, *“ante (la laguna del Anexo I.A), la solución correcta no debe ser no atribuir ninguna valoración a la enfermedad (sino) acudir a los criterios generales previstos en el Anexo I.A”*. Más modernamente, la STSJ/Galicia de 18 de septiembre de 2015³⁷, añade que *“la no consideración de la fibromialgia ni de sus repercusiones físicas y psíquicas al socaire de la laguna en que incurre el Anexo I.A del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, supone desconocer la realidad de una enfermedad que, cuando alcanza determinada gravedad, incide profundamente en la capacidad de las personas, dando lugar a un injusto perjuicio para las personas discapaces en contra de lo previsto en el artículo 49 de la CE. Y ese desconocimiento se torna si cabe más injusto si consideramos que es una enfermedad feminizada, con lo cual se produciría vulneración del artículo 14 de la CE al encontrarnos ante una situación de discriminación indirecta en el sentido expresado en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”*.

Tal interpretación judicial correctora de la laguna normativa la cubre solo en parte –añádase ahora que la cubre en la parte en que la pueden cubrir los órganos judiciales sin saltarse la letra de la ley–, pues la laguna normativa –aún con la interpretación judicial correctora– sigue suponiendo de manera tendencial, en su aplicación a los casos individuales, una infravaloración de la fibromialgia como enfermedad causante de discapacidad. En primer lugar, porque la ausencia de contemplación específica impide valorar adecuadamente su entidad discapacitante. Y, en segundo lugar, porque ese vacío de valoración no siempre se puede cubrir con reglas generales o tablas valorativas pensadas para otras enfermedades.

3.4. Tratamiento de la violencia de género en las pensiones no contributivas

La Seguridad Social pretende proteger situaciones de necesidad, si bien, al hilo de esa finalidad principal, el legislador, en no pocas ocasiones, busca otras finalidades secundarias, y, entre ellas, se encuentra, en especial en las prestaciones de asistencia social, la reagrupación familiar³⁸. Desde la perspectiva de género, el problema surge cuando esa finalidad secundaria de reagrupación familiar se encuentra imposibilitada a causa de la

³⁵ Las estadísticas y un completo estudio al respecto de la enfermedad y su afectación según género, puede encontrarse en la web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (www.msssi.gob.es).

³⁶ Pto. 1316/2009.

³⁷ Rec. Sup. 612/2014.

³⁸ Sobre la protección social que se otorga a las víctimas de violencia de género en España, puede verse RON LATAS, R.P., “La protección social de las víctimas de violencia de género”, en VV.AA.: *Violencia de Género y Derecho del Trabajo (estudios actuales sobre puntos críticos)*, MELLA MÉNEZ, L. (Dir.), Editorial La Ley (Madrid, 2012), pp. 655 y ss.

violencia doméstica: la respuesta legislativa consecuente debería ser la renuncia a una reagrupación familiar imposible. Un ejemplo modélico es el derecho norteamericano, el cual aunque pretende, con relación a las prestaciones de asistencia social, la finalidad secundaria de la reagrupación familiar, admite, como norma excepcional frente a esa general, la no reagrupación en los supuestos de violencia doméstica. Efectivamente, las madres solas menores de dieciocho años, con un hijo a su cargo, deberán convivir con sus padres, sus tutores u otros parientes adultos para poder percibir asistencia social, salvo –aquí se encuentra, desde la óptica de género, lo interesante– en los supuestos de violencia doméstica³⁹.

Nuestro derecho conoce, asimismo, la finalidad secundaria de reagrupación familiar en las pensiones no contributivas, pero, sin embargo, no contempla en ningún momento de la regulación legal o reglamentaria la excepción de la violencia de género o, más ampliamente, de la violencia doméstica. Para fomentar la reagrupación entre el solicitante y sus descendientes o ascendientes en primer grado, el art. 363.3 de la LGSS, referido a la invalidez no contributiva, establece que los límites de acumulación de recursos de la unidad económica de convivencia se elevan, cuando en ella se integren aquellas personas, dos veces y media. Tal norma es aplicable, de acuerdo con el art. 369 de tal Ley, a la jubilación no contributiva. Pero, efectivamente, ninguna de ambas normas contempla la excepción de la violencia doméstica, lo cual conduce a situaciones irritantes⁴⁰.

Una situación irritante se ejemplifica a continuación: una mujer, pensionista no contributiva, convivente con su esposo y con dos hijos, en cuyo caso el límite de acumulación de recursos, para el año 2017, asciende a 40.025,65 euros. Abandona la convivencia, por maltrato de su esposo, yéndose a vivir con su hermano/a, su cónyuge y un hijo de éstos: el límite asciende entonces a 16.010,26 euros. Sin ánimo de hacer más truculento el supuesto, imaginemos idénticos ingresos en ambas unidades económicas, excluida naturalmente la prestación asistencial: 18.000 euros. Fácilmente se constata el perjuicio de la víctima de violencia doméstica al desagruparse de la unidad privilegiada, donde se mantiene el agresor, para integrarse en la no privilegiada: su derecho se extinguirá. El mensaje legal a la víctima es tan claro como inmoral: si no convives con el agresor, pierdes la pensión, a pesar de ser idéntica la renta per cápita de ambas unidades económicas –obviamente, el supuesto resultaría ser aún más truculento si imagináramos, dentro de los márgenes legales, ingresos superiores en la unidad privilegiada respecto a la no privilegiada, determinando una renta per cápita superior en la unidad económica privilegiada con respecto a la no privilegiada–.

También se aprecian otros efectos perversos de normas –sólo aparentemente– neutras a la violencia doméstica en el cómputo de miembros de la unidad de convivencia. El artículo 13 del Real Decreto 357/1991 establece que “existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarios, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco por consanguinidad o por adopción hasta el

³⁹ Véase GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La reforma de la asistencia social en los Estados Unidos*, Editorial Civitas (Madrid, 1997), pp. 96 a 98.

⁴⁰ Un estudio amplio de tales situaciones en LOUSADA AROCHENA, J.F., “La integración de la tutela contra la violencia de género en la Seguridad Social”, en VV.AA.: *Violencia de Género y Derecho del Trabajo (estudios actuales sobre puntos críticos)*, MELLA MÉNEZ, L. (Dir.), Editorial La Ley (Madrid, 2012), pp. 701 y ss.

tercer grado”. Resulta ser la convivencia, al lado de la existencia de lazos familiares, el elemento constitutivo de la unidad económica, no estableciéndose eventuales matizaciones derivadas de la ruptura de la convivencia por violencia doméstica, de donde, si se superasen, al reducirse el número de miembros de la unidad, los límites de acumulación de recursos, el beneficiario perdería el derecho a la pensión. Un ejemplo típico: una unidad familiar con una madre, beneficiaria de la prestación, un hijo a su cargo y otros parientes de la madre –normalmente, sus padres–, siendo el hijo común secuestrado por el ex-marido; al dejar el hijo de pertenecer a la unidad económica de la madre, los límites de acumulación de recursos de la unidad económica serán recalculados y su pensión asistencial podría extinguirse.

La prensa nos alertó de un problema similar –aunque con relación a otras prestaciones diferentes– en el derecho belga: una madre separada de su marido percibía una prestación asistencial por tener un hijo a cargo; el hijo fue secuestrado por el marido, sacándolo del país; la entidad gestora le retiró la prestación porque ya no tenía el hijo a cargo, aunque la madre denunciaba la dificultad de asumir los gastos de abogados derivados de reclamaciones a nivel nacional e internacional. Tal lógica argumental –o más bien, ilógica argumental– podría ser alcanzada en nuestro país si no integramos –como, además, se establece en el artículo 4 de la LOEIMH– la igualdad de mujeres y hombres en nuestro Sistema de la Seguridad Social.