

TRABAJO EFECTUADO POR:

JOSÉ MIGUEL ALCÁNTARA Y COLÓN

Letrado de la Seguridad Social

ANA ISABEL ESPINOSA Y GARCÍA

Licenciada en Derecho

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Doctrina general.
- III. Problemática.
- IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Como es de general conocimiento, el artículo 176 de la Ley General de la Seguridad Social vigente reconoce el derecho de los familiares o asimilados del causante, si reúnen los requisitos fijados al efecto, a obtener la pensión en favor de familiares o, en su caso, el subsidio siempre: (apartado 1.º) previa prueba de su dependencia económica respecto del causante y (apartado 2.º) con la necesidad, para los hijos o hermanos, de acreditar la dedicación prolongada al cuidado del mismo y el carecer de medios propios de vida.

El mentado artículo es sólo un reflejo del antiguo 162 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, tras la modificación sufrida por el mismo a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1993, de 14 de enero, que adaptó el mismo a las normas constitucionales, suprimiendo el inciso relativo a «hijas o hermanas» que contenía el citado artículo 162 por ser manifiestamente discriminatorio por razón de sexo y contrario, por tanto, a la Constitución de 1978 en su artículo 14.

Así, la referencia genérica a hijos o hermanos se entiende, en este orden, referida a descendientes o colaterales del *de cuius*, sin referencia al sexo.

Asimismo, previamente a la modificación realizada por el Tribunal Constitucional, el propio legislador, en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, reguladora de las prestaciones no contributivas, ya había establecido que las prestaciones a favor de familiares no contributivas, se otorgarían a los hijos o hermanos que reunieran los requisitos en tal ley establecidos.

Como se puede claramente observar, y así se ha destacado, el factor económico incide en un doble ámbito: primero, el referente a la necesidad de dependencia económica entre el causante y el familiar, y segundo, el carecer -el familiar- de medios propios de vida.

A estos requisitos económicos se adhieren los propiamente familiares: relación parental y convivencia que, a su vez plantean, sobre todo el último, importantes problemas de prueba a la Entidad Gestora aunque esta problemática escapa al objeto del presente estudio.

Todos los requisitos citados, además, han de cumplirse en un momento determinado que la jurisprudencia ha venido situando en la fecha del fallecimiento del causante, siguiendo el criterio de la Entidad Gestora.

Aplicación específica del artículo citado y, a su vez, norma concreta del mismo, es el artículo 22, en sus diferentes apartados, de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social.

Así, el artículo 22.1.º 1 c), exige convivir con el causante y a sus expensas y, el artículo 22.1.º 1 e), carecer de medios de subsistencia y no quedar familiares con la obligación y la posibilidad de prestar alimentos.

II. DOCTRINA GENERAL

Sentado el fundamento legislativo de las prestaciones a favor de familiares, el problema que nace es el resolver la cuestión de cuándo se entiende que el posible beneficiario carece de medios propios de vida, ante la existencia de familiar obligado a prestarle alimentos según la legislación civil, *ex* artículo 142 y siguientes del Código Civil, o porque percibe algún tipo de ingresos.

Al respecto, nuestro más alto Tribunal tiene sentado, con meridiana claridad, que procede el abono de la prestación a favor de familiares cuando el familiar obligado a prestar alimentos al beneficiario percibe, a su vez, retribuciones o ingresos inferiores al Salario Mínimo Interprofesional (en adelante SMI).

En tal sentido, se entiende que los ingresos en cuantía inferior a la citada, originarían que el familiar obligado a prestar alimentos desatendiese sus propias obligaciones y necesidades personales, e incluso las de otros familiares de él dependientes lo que, evidentemente, no es exigible por el ordenamiento jurídico, pues nadie puede venir obligado a satisfacer necesidades de otro, aunque sea familiar suyo, de manera que desatienda las propias.

Así, en este supuesto, existiendo familiar con obligación de prestar alimentos pero con ingresos inferiores al SMI, éste queda excluido de prestar alimentos y la protección ha de otorgarse.

En idéntico sentido, cuando el beneficiario de la prestación tiene ingresos, pero éstos son inferiores a este límite (el fijado por el SMI) entiende, generalmente, el Tribunal Supremo, que carece de medios propios de vida y que, por tanto, dependía del causante (si existía convivencia) en orden al otorgamiento de prestaciones.

Común a ambos supuestos, siendo incuestionado, sin embargo, es que el momento a valorar para determinar la concurrencia o no, de los requisitos exigidos legalmente, es el constituido por el momento del fallecimiento del causante, aunque existen sentencias que establecen períodos precedentes, más o menos largos, para establecer la concurrencia de los requisitos.

III. PROBLEMÁTICA

La primera cuestión que suscita la doctrina jurisprudencial citada es analizar el acierto o no de entender como umbral de la situación de necesidad del beneficiario y, límite de la obligación familiar de prestar alimentos, el índice constituido por el SMI.

Así, el Tribunal Supremo ha admitido la aplicación analógica del artículo 18.1 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, en Sentencias, entre otras, de 9 de noviembre de 1992 y de 23 de febrero de 1993.

En tal precepto se acude a la renta mensual del conjunto de la unidad familiar dividida por el número de miembros que la componen, sin que el importe resultante supere el SMI, para determinar la existencia o no de responsabilidades familiares.

Por ello, sólo la existencia de un familiar que supere tales rentas, puede ser considerado «con posibilidad de prestar alimentos» a los efectos requeridos por la norma.

Así lo recogen, entre otras, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de diciembre de 1994, y del Superior de Justicia de Madrid de 15 de noviembre de 1994.

El artículo 18.1 mentado desarrolla, asimismo, la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, y la jurisprudencia, en orden al artículo 4.º 1 del Código Civil, «dada la identidad de razón», lo entiende aplicable al supuesto que analizamos al establecer que tal SMI es el «mínimo vital de subsistencia», como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1994.

A ello se le añade el hecho de que, en el subsidio temporal a favor de familiares, los criterios que usan nuestros Tribunales se dispersan.

En este orden, la determinación del *quantum* referente a la posibilidad de prestación de la obligación de alimentos, resulta de indudable naturaleza relativa pues, civilmente, la obligación alimentaria se fundamenta tanto en las necesidades del alimentista como en el caudal del alimentante.

Por ello, para determinar tal «relatividad» (según los Tribunales), ha de acudir a los parámetros del propio sistema: la cuantía de la protección familiar o el SMI establecido para el desempleo.

En base a ello, los Tribunales se han pronunciado de diversas maneras, que van desde la aplicación estricta de criterios civiles, como en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de noviembre de 1993, a la aplicación analógica de la cuantía de la prestación familiar por hijo a cargo en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de julio de 1994, pasando por la aplicación de la cuantía del SMI en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de octubre de 1993.

De igual manera, todos estos criterios han tenido reflejo en el Tribunal Supremo, a los efectos de determinar si el beneficiario vivió o no a expensas del causante (STS, de 23-2 y de 9-11-1992).

Por ello, al utilizarse para el subsidio temporal a favor de familiares el criterio del SMI del desempleo, las normas civiles estrictas o la cuantía de la prestación familiar, como diferentes límites para determinar la dependencia económica y el carecer de medios propios y de familiares con obligación, nos tenemos que plantear el por qué ha de aplicarse como criterio delimitador el importe del SMI para la prestación en favor de familiares cuando el subsidio en favor de familiares, con el que guarda indudable relación, viene siendo objeto de otros criterios interpretativos.

De esta manera, entendemos que la solución idónea no es la remisión analógica a otra regulación (la de desempleo), sino la fijación anual, al igual que para las prestaciones no contributivas, del importe que a nivel de prestación se entienda determinante de la autonomía e independencia económica.

A la espera de esta creación legislativa, es más lógico acudir como límite al importe fijado anualmente para la propia prestación, ya que aun siendo un criterio analógico para cubrir un vacío legal, al menos es una cuantía de Seguridad Social y no de trabajo, por lo que estaría más cerca de la solución idónea.

Como es de todos conocido, existen personas cuyos ingresos están por debajo del SMI y no perciben ayuda en la cuantía de la prestación en favor de familiares.

Por todo ello no es de recibo, a nuestro juicio, extender el ámbito de protección de esta prestación para mantener la capacidad económica de algunos beneficiarios si no se acompaña, asimismo, de una ampliación de la protección a toda persona cuyos ingresos no alcancen el SMI.

Es decir, o se establece el SMI como mínimo en orden a todas las prestaciones o, si no, no es dable el aplicarlo para marcar el límite de una prestación, ya que produciría, a nuestro juicio, un manifiesto agravio comparativo.

¿En base a qué se aplica analógicamente el SMI a la prestación familiar y por qué no se aplica al subsidio familiar o como tope mínimo, por ejemplo, en los contratos de aprendizaje?

Por otra parte, cuando el beneficiario percibe rentas (provenientes de pensiones u otros ingresos), nuestros Tribunales entienden que si son de escasa cuantía, no excluyen la percepción de la prestación en favor de familiares, pues «de acuerdo con el artículo 3.º 1 del Código Civil, la dependencia no exige la indigencia del interesado ni su total dependencia económica respecto del causante, de modo que se halla dentro del marco de acción de dicha norma quien tiene una mínima capacidad económica, constituida en este caso por una prestación inferior al SMI, la cual no es más que un elemento que participa, sólo de modo secundario, coadyuvante, en la economía de la unidad familiar», como establece el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Sentencia de 23 de noviembre de 1994, que cita otra del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1993.

Aparte de otras consideraciones, evidentemente la capacidad económica que se analiza va relacionada con un estado de necesidad. Por lo tanto, no es de recibo establecer que la dependencia no ha de ser total, puesto que en este caso no se podría referir al límite del SMI sino que había que buscar un criterio objetivo, civil, como sería el quebranto económico que sufre el beneficiario en rela-

ción al nivel de vida del causante, o sea, según «las necesidades del alimentista y las posibilidades del alimentante», lo que llevaría a tener que mantener esta prestación para personas con alto nivel pues no dependerían «totalmente» del causante ni estarían en la «indigencia» que recogen nuestros Tribunales.

Por ello, sorprende que se establezca que la dependencia no ha de ser total, que puede ser «relativa» o parcial y que, además, se llegue a la conclusión que el criterio a utilizar sea el SMI fundamentándolo en la disminución de la capacidad económica.

Pero y ¿qué ocurre con quien vive de una pensión de viudedad, como la actora de la sentencia de Castilla y León citada pero a diferencia de ésta sin familiares? Siguiendo la lógica del Supremo, la primera disfrutó de mayor nivel de vida fruto de su pensión y de los ingresos del familiar con el que convivía. Y ahora, al fallecimiento de éste, puede percibir prestación a favor de familiares para compensar la disminución económica que sufre. En el supuesto de la segunda viuda, ésta al no convivir con familiar por carecer de ellos, se ve privada de un nivel de vida mayor que nunca antes disfrutó (aparte de los aspectos afectivos) y habrá de permanecer en esa situación, cuando las cotizaciones de sus maridos pueden ser idénticas o incluso, superiores las de la segunda.

La situación de asimilación plantea, pues, un marcado agravio comparativo.

Por otra parte, un tercer problema que se nos plantea es el referente a la realización de actividad. Así, la afiliación y alta, por ejemplo en el Régimen Especial Agrario como trabajador por cuenta propia ¿impide o no lucrar la prestación a favor de familiares? Aquí la discusión es aun más fuerte pues, generalmente, tal dato se entiende impide lucrar la prestación.

Por ello, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en Sentencia de 17 de octubre de 1994 establece que la afiliación y alta no implica necesariamente la existencia de medios económicos pero al ser, por definición, las tareas agrarias el medio fundamental de vida, hace que esta afiliación y alta cree la presunción de independencia económica que habrá de ser destruida por el interesado. En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de noviembre de 1995.

Y, en este punto, hemos de plantearnos: ¿en base a qué crean los Tribunales esta presunción? ¿Qué justifica el atribuirse la facultad de establecer presunciones?

Siendo las presunciones, ya sean *iuris et de iure* o *iuris tantum*, excepciones y especialidades establecidas por la ley, ¿dónde encuentra amparo legal esta presunción «jurisprudencial»?

Creemos que no existe amparo para ello y que, por el contrario, nos encontramos con una errónea calificación jurídica realizada por los Tribunales, pues entendemos que no estamos ante una presunción sino ante un simple problema de prueba.

Cada parte habrá de probar sus alegaciones, es decir, una habrá de probar la dependencia económica y la otra (Ente Gestor) lo contrario.

Por último, nos encontramos ante, a nuestro juicio, grave defecto normativo, y es el referente a las circunstancias de extinción de la prestación. La normativa (arts. 24 y 27 de la OM de 13-2-1967) no estableció como causa de extinción de la prestación la variación de la situación económica desencadenante de la misma, es decir, el venir a mejor fortuna el familiar obligado a prestar alimentos, circunstancia que ya destacó G. RODRÍGUEZ INIESTA en la *Revista Española de Derecho de Trabajo* núm. 49/1991. Desde entonces, sin embargo, no se ha producido variación alguna.

La solución a este problema pasa, evidentemente, por una modificación legislativa puesto que, en otro caso, sólo cabría entender aplicable la normativa general que señala la extinción de las prestaciones por modificación posterior de las circunstancias que dieron lugar a su otorgamiento aunque ello, lógicamente acarrearía las iras de los defensores a ultranza de la seguridad jurídica y de la no revisión de oficio de la Entidad Gestora.

Asimismo, sería manifiestamente injusto mantener en el percibo de la prestación a quien no reúne los requisitos para su otorgamiento, por tener familiar que ha venido a mejor fortuna y puede darle alimentos.

IV. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión sólo nos quedaría destacar la necesidad de establecer criterios simples y claros que hagan innecesaria la aplicación del criterio de la analogía de las normas, puesto que toda aplicación analógica implica forzar a una norma a regular supuestos a los que, en principio, no estaba encaminada. Además, se evitaría el otorgar a los Jueces facultades creativas que, al dictar sus resoluciones y dada la pluralidad de órganos judiciales, pueden crear injusticias comparativas.

Por último, hemos de reiterar nuestro criterio, ampliamente compartido por otros profesionales, de la necesidad de realizar una «purificación» de la normativa de la Seguridad Social, limpiando de tanta «excepción, norma en blanco y remisiones» un sistema que en aras de la justicia ha de ser claro, objetivo y justo, sobre todo porque quienes lo financian lo hacen con el objetivo de protegerse ante situaciones de necesidad existentes, igualitariamente, y con la creencia de su aplicación justa. Además, abonar a quien no reúne los requisitos carga el sistema a la hora de proteger a quien sí se encuentra en situación de protección.

Como inciso final señalar que, al igual que el Tribunal Supremo (STS de 28-2-1992), mantenemos que la unidad familiar es el grupo familiar que convive concediéndose recíproca ayuda entre sus componentes de forma estable y permanente.