

Comentarios

ACERCA DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

por

Angel Cea Ayala

Ltrado de la Administración de la Seguridad Social

Sumario:

- I. Concepto.
- II. Legislación aplicable.
- III. Prestaciones.
 - 1. Requisitos generales.
 - 1.1. Sujetos causantes.
 - 1.2. Alta o asimilada al alta.
 - 1.3. Carencia.
 - 2. Auxilio por defunción.
 - 2.1. Cuantía.
 - 3. Viudedad.
 - 3.1. Cuantía.
 - 3.2. Extinción de la prestación de viudedad.

4. Prestaciones en favor de familiares.
 - 4.1. Antecedentes.
 - 4.2. Pensión en favor de familiares.
 - 4.3. Subsidio en favor de familiares.
 - 4.4. Cuantía.
 - 4.5. Extinción de las prestaciones en favor de familiares.
5. Pensión de orfandad.
 - 5.1. Beneficiarios.
 - 5.2. Cuantía.
 - 5.3. Extinción de la pensión de orfandad.
6. Indemnización a tanto alzado por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

IV. Regímenes especiales.

1. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
2. Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.
3. Régimen Especial de la Minería del Carbón.
4. Régimen Especial de Trabajadores del Mar.
5. Régimen Especial de los Empleados de Hogar.
6. Viudedad - SOVI.
7. Funcionarios públicos.

V. Derecho Comunitario.

VI. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

VII. Nuevo Proyecto de Ley.

VIII. Necesidad de reforma.

Resulta en principio difícil en tan reducido espacio, efectuar un análisis exhaustivo de un tema tan complejo como es el de las prestaciones de muerte y supervivencia en el actual Sistema español de Seguridad Social, su historia, presente y futuro. Tal vez estemos ante uno de los temas más controvertidos, y que tiene planteado grandes controversias, no sólo a nivel doctrinal sino jurisprudencial, surgiendo cada vez con mayor número de voces encaminadas a su reforma, de cara a ajustarlas a la nueva realidad social, no faltando tampoco los partidarios de su supresión tal y como aparecen configurados en la actualidad.

De todo ello va a tratar el siguiente trabajo.

I. CONCEPTO

Las prestaciones de muerte y supervivencia son aquellas que tienen un carácter «anómalo, excepcional, revolucionario en la cotidiana existencia, acontecimiento abrumador y grave» (1). La muerte de una persona es en sí misma «productora de necesidades sociales», que acarrea como consecuencia un aumento de los gastos así como una pérdida de los ingresos necesarios «para la subsistencia de los familiares supervivientes» (2), en donde «la protección otorgada tiene como fundamento la necesidad provocada en los beneficiarios a consecuencia de la desaparición de la persona que sostenía al grupo familiar del que formaban parte» (3).

«La muerte no plantea problemas de definición, pero sí de articulación de la acción protectora», «tal protección debe tomar en cuenta, por tanto, la propia estructura del núcleo familiar, la repercusión del fallecimiento sobre el total de ingresos del mismo y el grado de autonomía económica de los integrantes de la familia» (4).

El enfoque de la muerte es distinto al Derecho Civil, en que puede originarse una transmisión patrimonial *mortis causa*, mientras que en el área de Seguridad Social, «se está presuponiendo una situación inversa: La falta del causante da lugar a una notable disminución del acervo material de la familia» (5).

(1) ALVAREZ DE MIRANDA Y TORRES. (Año 1981).

(2) JOSE MARIA ORDEIG FOS «El Sistema Español de Seguridad Social», Editorial *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1989.

(3) En este sentido JOSE M. ALMANSA PASTOR «Derecho de la Seguridad Social», Editorial TECNOS, Madrid, 1989, al hablar de las consecuencias jurídicas a que da lugar la muerte, señala que éstas pueden ser de estos dos tipos.

(4) Manual de Seguridad Social. Editorial ARANZADI. Autores: LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL y AURELIO DESDENTADO BONETE.

(5) JOSE MARIA ORDEIG FOS.

El fundamento de la protección tiene por tanto su base en la situación de necesidad originada.

Como señala ALMUDENA DURAN la supervivencia tiene una relación compleja con el estado de necesidad que justifica la protección (6). Los huérfanos que reciben pensiones de orfandad, tienen una mayor necesidad y correlativamente necesitan mayor protección cuanto sea menor su edad, al carecer de posibilidades de trabajar, mientras que tales situaciones desaparecen con el aumento de edad, y la posibilidad a partir de los 16 años, de obtención de ingresos mediante la realización de un trabajo retribuido (7). La situación de necesidad de los viudos y viudas se acentúa con la edad, especialmente a partir de los 60 años, si bien no hay que olvidar que en una sociedad como la española, con un nivel de desempleo tan importante, tales necesidades abarcarán a un grupo de edad más amplio (8).

Por lo que a prestaciones en favor familiares se refiere, los perceptores en mayor número, se encuentran tanto en edades tempranas 15 a 29, como de los 55 años en adelante, siendo mayor el número de mujeres que de hombres (9).

II. LEGISLACION APLICABLE

1. Orden 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.

2. Decreto 1646/1972, de 23 de junio, sobre prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

3. Orden de 31 de julio de 1972: Normas de aplicación y desarrollo del Decreto 1646/1972, de 23 de junio.

- (6) ALMUDENA DURAN «Economía y Sociología del Trabajo». Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Número de marzo del 93.
- (7) El Estatuto de los Trabajadores de 1980 impide a los menores de 16 años el desarrollo de un trabajo. Artículo 6.
- (8) Si tomamos los datos estadísticos recogidos en la Memoria anual del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 1991, es mucho menos numeroso el grupo de hombres perceptores de la pensión de viudedad 65.317, frente a 1.561.542 mujeres. El grupo más numeroso de edad de perceptores se encuentra entre los 70 y los 85 años, y la edad media es de 71 años para los hombres y 72 para las mujeres.
- (9) El número de perceptores varones es de 3.441, con una edad media de 55 años, y 23.789 mujeres cuya edad media es de 65 años.

4. Ley General de la Seguridad Social (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo) artículos 157 a 166.

5. Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Disposición adicional décima.

6. Orden de 18 de enero de 1984, por la que se modifica el número 3 del artículo segundo de la de 13 de febrero 1967.

7. Resolución de 23 de junio de 1989, de la Secretaría General para la Seguridad Social, sobre no exigencia del requisito de convivencia matrimonial para causar el derecho a la pensión de viudedad en los regímenes del Sistema de la Seguridad Social en los supuestos de separación de hecho.

- Resolución 3 de septiembre de 1990, por la que se dictan criterios de distribución de las pensiones de viudedad cuando se dan determinados supuestos de extinción.
- Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.
- Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 26/1990 en materia de prestaciones no contributivas.

III. PRESTACIONES

La Ley General de la Seguridad Social establece las siguientes prestaciones por razón de la muerte de una persona:

- a) Auxilio por defunción.
- b) Pensión de viudedad.
- c) Pensión de orfandad.
- d) Pensión en favor de familiares.
- e) Subsidio en favor de familiares.

Al mismo tiempo se incluye para los supuestos de muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional una indemnización a tanto alzado.

1. Requisitos generales.

1.1. Sujetos causantes.

Pueden ser sujetos causantes de estas prestaciones:

1. Los trabajadores afiliados y en alta o en situación asimilada a la misma, que reúnan otros requisitos de carencia.
2. Los trabajadores en situación de invalidez provisional y los perceptores del subsidio por recuperación.
3. Los pensionistas de invalidez permanente y los pensionistas de jubilación, así como los trabajadores que han cesado en su trabajo por cuenta ajena y que falleciesen sin haber solicitado la pensión de jubilación, siempre que tuvieren derecho a la misma.

Todas estas prestaciones se entienden causadas en el momento del fallecimiento, que constituye la fecha del hecho causante.

1.2. Alta o asimilada al alta.

Requisito de que el causante se encuentre en alta en el momento del fallecimiento.

Tanto el artículo 158 como los artículos 94 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 y 7.1 b), respectivamente, de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, establecen el requisito de alta del causante.

En este sentido a las prestaciones de muerte y supervivencia no es de aplicación la Ley 26/1985, de 31 de julio, como a mi juicio erróneamente establece alguna sentencia de los Tribunales Superiores de Justicia (10), que en su artículo 1 suprime el requisito de alta o

(10) Así la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 21 de febrero de 1992, en recurso de suplicación número de rollo 1739/1991.

asimilada al alta para causar derecho a las pensiones de jubilación o invalidez permanente absoluta para todo trabajo y de gran invalidez derivada de las contingencias comunes, exigiéndose además otros requisitos de carencia. Sin embargo no cabe realizar una interpretación extensiva que permita la aplicación de este precepto a las prestaciones de viudedad, ya que el legislador no incluye expresamente las mismas.

Tal requisito puede interpretarse de forma flexible, como se hace en determinadas sentencias (11) de acuerdo con la postura mantenida por el desaparecido Tribunal Central de Trabajo, y que puede resumirse de la siguiente forma: Si el causante se encontraba en alta y con cotización a la Seguridad Social y pasa después a percibir prestaciones o subsidios asistenciales por desempleo, y aun cuando con posterioridad y al cesar su derecho a cualquier subsidio se haya inscrito como demandante de empleo, no puede negársele la situación asimilada al alta en la que se encuentra, de acuerdo con esta doctrina flexible y avanzada, siempre y cuando haya sido completado el período de carencia y aparezca una voluntaria desvinculación del sistema.

Por último, el artículo 95 de la Ley General de la Seguridad Social recoge, entre otras, las siguientes situaciones asimiladas al alta:

1. La situación de excedencia forzosa. Sobre esta materia algunas resoluciones, como la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de marzo de 1992 (recurso núm. 3970/1990), se pronuncia sobre la no consideración de asimilada al alta de la excedencia voluntaria del sujeto causante, a consecuencia de la aplicación de la Ley 53/1984, de incompatibilidades para los funcionarios públicos (12).
2. La suspensión del contrato de trabajo por prestación del servicio militar.
3. Traslado por la empresa fuera del territorio nacional.
4. Convenio Especial con la Entidad Gestora.
5. Huelga legal. El trabajador no causa baja en la Seguridad Social, sino que continúa en ella en situación de alta especial.

(11) Entre otras las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla de 2 de mayo de 1990, Sentencia número 342/1990.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de mayo de 1990, dictada en recurso número 2411/1987.

(12) Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1993, recurso número 3890/1992 y 28 de octubre de 1993, recurso número 52/1992, mantienen la postura contraria.

1.3. Carencia.

Para causar derecho a la protección por supervivencia, cuando estamos ante un supuesto de muerte originada por enfermedad común es preciso que el causante haya completado un período de cotización previa o de carencia de 500 días dentro de los 5 años anteriores a la fecha del fallecimiento, requisito este tan sólo exigible cuando la contingencia es de enfermedad común, pero no en los supuestos de accidente y de enfermedad profesional, supuestos en los que no es preciso una cotización previa. Se establece la ficción del alta de pleno Derecho a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo aunque el empresario hubiere incumplido sus obligaciones originándose un sistema de responsabilidades que según los supuestos afecta al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y empresario incumplidor (13).

La propia Ley General de la Seguridad Social establece dos presunciones legales:

- Se reputarán de derecho muertos a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional quienes tengan reconocida por tales contingencias una invalidez permanente absoluta o gran invalidez Presunción que tiene el carácter de *iuris et de iure* (14).
- En los demás supuestos, la presunción es *iuris tantum* de muerte originada por riesgo común, «salvo el supuesto anterior, deberá probarse que la muerte ha sido debida a accidente laboral o enfermedad profesional» (15), prueba que no puede hacerse más que dentro del plazo de 5 años siguientes al mismo: Transcurrido el cual no se considera procedente de accidente aunque puede serlo de enfermedad profesional.

Como venía diciendo, el período de cotización mínimo viene establecido con carácter general en el artículo 7.1 b) de la Orden Ministerial, y consiste en 500 días de cotización dentro de los 5 años anteriores a la fecha del óbito (STSJ de Cataluña de 14-1-1992, recurso núm. de rollo 477/1991).

(13) Artículo 95 de la vigente Ley General de la Seguridad Social.

(14) Artículo 158.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

(15) ALMANSA PASTOR «La protección por muerte. Derecho de la Seguridad Social», Editorial TECNOS y JOSE MARIA ORDEIG FOS Editorial. *Revista de Derecho Privado*. «El Sistema Español de Seguridad Social». Si se produjo por enfermedad común o contingencia profesional o bien accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Cabe la aplicación de la conocida teoría del paréntesis, a los efectos de cotización de cara a tener en cuenta de que esos 500 días lo sean en el período inmediatamente anterior al hecho causante, y así se cumple este requisito si el causante se encontraba en situación de desempleo involuntario no subsidiado (STSJ de Andalucía, con sede en Sevilla de 27-3-1992, recurso 1007/1990, y Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 20-12-1990, en recurso núm. 3756/1990, entre otras) (16).

Estamos por tanto ante prestaciones de un carácter eminentemente contributivo, que requieren como presupuesto necesario y básico la existencia de una cotización previa al régimen correspondiente de la Seguridad Social. La Ley de prestaciones no contributivas, Ley 26/1990, ignora a mi juicio de forma injustificada las prestaciones de muerte y supervivencia dentro de las prestaciones no contributivas, ya que sólo contempla las siguientes prestaciones en su modalidad no contributiva:

- a) Pensión de invalidez.
- b) Pensión de jubilación.
- c) Prestaciones por hijo a cargo.

Aun de escasa cuantía, por no decir ínfima (aunque en cierta forma equivalentes y en relación directa con el actual sistema económico y carencia de medios, presupuestos y recursos, para satisfacer ésta y otras prestaciones de carácter social), es claro que pueden plantearse y de hecho en la realidad diaria, el hecho de la muerte de una persona, quedando otra u otras desprotegidas por la falta de cotización o cotización insuficiente del causante al régimen correspondiente de la Seguridad Social. Punto este que adquiere mayor relevancia en las prestaciones de viudedad y orfandad, no así en las prestaciones en favor de familiares, que pueden ser sustituidas por las distintas ayudas asistenciales que otorgan determinadas entidades públicas. Tal vez una visión más generosa y realista habría llevado a incluirlos en la Ley 26/1990, siempre y cuando además de la posible falta de carencia, concurrieran en el beneficiario otros requisitos como la carencia de medios de subsistencia suficientes (17).

(16) Nota del autor. En gran parte de los pleitos que existen sobre prestaciones por muerte y supervivencia se discute en principio y sobre todo aquellos supuestos de falta de carencia o cotización insuficiente del causante, si estamos o no ante una contingencia común o profesional.

(17) Sobre las prestaciones no contributivas. Véase el texto de NICOLAS MARTINEZ PEREZ MENDAÑO, *Guía de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social*. Ediciones EINSA. Madrid 1991.

Tal vez con ello se habría cumplido el objetivo establecido en el artículo 41 de la Constitución Española, de mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

2. Auxilio por defunción.

La Ley General de la Seguridad Social de 1974 lo reconoce como prestación de muerte y supervivencia, estableciendo que el fallecimiento del causante da derecho a la percepción inmediata de esta prestación con la finalidad de atender a los gastos de sepelio, a quien los haya soportado.

La primera denominación como subsidio de defunción fue sustituida con posterioridad por la de auxilio a través de lo establecido por la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora del Régimen General de la Seguridad Social de 1972, y recogida en su nueva denominación por la Ley General de 1974.

La legislación establece una presunción *iuris tantum* de que los gastos han sido soportados por el orden siguiente:

- a) Por el cónyuge sobreviviente.
- b) Por los hijos.
- c) Por los parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente.
- d) Persona distinta de los anteriores familiares siempre que demuestre haber soportado tales gastos, en la cuantía de los mismos, sin que pueda superarse el tope máximo establecido para esta prestación. La prueba de su pago ha de efectuarse a través de la aportación de la correspondiente factura o documento acreditativo de haber satisfecho los gastos de sepelio.

2.1. Cuantía.

La cuantía de la prestación queda recogida tanto en el artículo 30 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y las condiciones para el derecho a las mismas, y en el sexto de la Orden 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, en cuantía de 5.000 pesetas, sea cual sea el montante de los gastos efectivamente ocasionados por el sepelio, con las limitaciones que para personas distintas hemos señalado con anterioridad.

El auxilio por defunción no comprende los gastos de traslado del cadáver (S. del 30-10-1987) sin que pueda establecerse la cuantía superior a las 5.000 pesetas, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid continuador del extinto Tribunal Central del Trabajo, a través de Sentencia de 30 de octubre de 1990 (18), señalando que «los jueces pueden modificar las cuantías de las prestaciones de la Seguridad Social que establecen las normas reglamentarias, lo que es cuestión de política económica impuesta por los presupuestos de ingresos y gastos en los que se consignan los recursos previstos para el ejercicio económico correspondiente y la totalidad de las obligaciones que hayan de atender».

3. Viudedad.

En materia de viudedad varias son las disposiciones legales aplicables.

En primer lugar la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Decreto de 30 de mayo de 1974, Texto Refundido (BOE de 20 y 22-7-1974) que establece en el Título Segundo, dentro del Capítulo Noveno al referirse a las prestaciones de muerte y supervivencia, una regulación de los requisitos necesarios para tener derecho a esta prestación.

Efectivamente, el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social recoge como requisitos la convivencia habitual entre los dos cónyuges y la exigencia de un plazo de carencia, que debía reunir el causante siempre que la muerte se derive de contingencia común, período de cotización previo no exigido en los supuestos de accidente de trabajo o no laboral y de enfermedad profesional.

De estos requisitos, dos fueron posteriormente dejados sin efecto:

- El carácter de prestación que sólo se concedía a las viudas, como presupuesto necesario e imprescindible para la obtención de la pensión de viudedad y que fue dejado sin efecto por el Tribunal Constitucional al considerar que el mismo atentaba contra el principio de no discriminación entre sexos, mediante la resolución dictada en el recurso 103/1983 (publicada en el BOE de 14 de diciembre del mismo año).

(18) Recurso de suplicación numero 1358/1988, Sala de lo Social, Sección Cuarta.

- El requisito de la convivencia habitual entre cónyuges fue suprimido con la Resolución de 23 de junio de 1989, dictada por la Secretaría General para la Seguridad Social (BOE núm. 156 de 1 de julio), que recoge la reiterada doctrina del Tribunal Central de Trabajo eximiendo de este requisito cuando existía un matrimonio válidamente constituido, a los efectos de obtención y nacimiento del derecho a la pensión de viudedad.

Por otra parte, las disposiciones adicionales de la Ley de 7 de julio de 1981 que introducen la figura del divorcio en nuestro ordenamiento jurídico intentan dar solución a los numerosos problemas planteados por la legislación anterior claramente antidivorcista, y que existía tanto en el ámbito civil como en materia de Seguridad Social. A través de estas disposiciones se reconoce el derecho a que determinadas personas que se encuentren en la situación prevista por ellas, puedan obtener las prestaciones de muerte y supervivencia fijadas en el Sistema Español de Seguridad Social (19).

No hay que olvidar que el principio de indisolubilidad del matrimonio regía con carácter inspirador de la legislación matrimonial anterior, careciendo la institución del divorcio de arraigo en nuestro ordenamiento, ya que tan sólo aparece en el breve período que va del año 1932 a 1938 en que estuvo en vigor.

La introducción de esta figura en España como consecuencia de la Ley de 7 de julio de 1981, es el resultado de un proceso complejo y sinuoso (20).

Conviene recordar aquí la disposición adicional décima de la ley, que comprende con carácter provisional un conjunto de normas que regularán las prestaciones de Seguridad Social, al amparo de los principios generales establecidos por esta disposición. Concretamente son cinco normas, señalando la primera que a las prestaciones de la Seguridad Social tendrán derecho los cónyuges y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación matrimonial o divorcio.

La norma segunda concede el derecho a las prestaciones a quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación hasta entonces vigente pero que hubieran vivido como tal, obteniendo su derecho si el fallecimiento hubiera ocurrido con anterioridad a la entrada en vigor de la ley.

(19) Artículo 22 del Fuero de los Españoles «el matrimonio es uno e indisoluble».

(20) GABRIEL GARCIA CANTERO. Editorial *Revista de Derecho Privado* de Editoriales de Derecho Reunidos. Madrid 1982.

– Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales.

Dentro de esta línea, la norma tercera garantiza el derecho a la pensión de viudedad y demás prestaciones por muerte y supervivencia, a quien haya sido cónyuge legítimo del causante y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el fallecido, todo ello sin perjuicio de las causas que hubieran determinado la separación y el divorcio.

Por último, las normas cuarta y quinta garantizan a los que se encuentran en separación legal los mismos derechos pasivos respecto de sus ascendientes o descendientes de los que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio, equiparándose la extinción de estos derechos, siendo de aplicación los supuestos previstos en el artículo 5.1 del Código Civil.

Los Tribunales de Justicia vienen resolviendo las numerosas dudas y controversias surgidas en aplicación de esta disposición adicional, siendo numerosas las sentencias dictadas por la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que interpretan los temas prácticos que ante ellos se plantean.

Tal vez para resumir cuales son estas cuestiones, podría efectuarse el siguiente esquema:

Primero sobre la interpretación del número segundo de la citada disposición, y quedando claro que no cabe derecho a pensión de viudedad si no ha existido un previo matrimonio, la jurisprudencia ha venido aclarando algunos supuestos excepcionales planteados en aplicación de esta ley. Aquellos supuestos en los que, aun a pesar de haber transcurrido tiempo desde la entrada en vigor de la ley y el fallecimiento del causante, por la proximidad de ésta, no se hubieran iniciado aún los trámites adecuados para la disolución civil del matrimonio, concediéndose en estos supuestos la prestación. Así se ha reconocido por algunas resoluciones, tanto del Tribunal Central de Trabajo (de 7-1-1987), como del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de febrero de 1990.

La doctrina general podría resumirse a través de dos puntos, como efectúa la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 24 de abril de 1990:

- a) Iniciación en fechas próximas a la entrada en vigor de la ley de los trámites de divorcio, aunque el matrimonio entre los convivientes no se llegara a celebrar por producirse el fallecimiento del causante antes de obtenerse la sentencia de divorcio, o en fechas posteriores pero tan próximas a aquélla, que permitan presumir que realmente no hubo tiempo para celebrarlo.
- b) Existencia desde el momento de la entrada en vigor de la ley hasta la fecha del fallecimiento del causante, de una situación de auténtica imposibilidad física o material para iniciar los trámites legales de disolución del vínculo matrimonial.

En aplicación del número tercero de la disposición adicional décima, la tesis general apunta a que la convivencia conyugal sólo puede ser tenida en cuenta a los efectos de distribuir la prestación, si hay varias personas llamadas a su disfrute y en proporción al tiempo de su duración con cada uno de los posibles beneficiarios, sin que quepa la denegación del derecho a la viudedad a quien conserva la condición de cónyuge sobreviviente, y si no existen varios beneficiarios el cónyuge legítimo lucra la totalidad de la pensión (21).

Por otra parte la distribución de la pensión de viudedad, en el caso de existir varios beneficiarios, debe realizarse conforme al período de convivencia efectiva, considerando que por tal tiempo debe entenderse «el tiempo vivido» con el causante, tal y como señala el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha a través de un Auto de 11 de octubre de 1989.

Por último, podría analizarse otro supuesto que aunque menos frecuente se plantea a veces y referido al derecho a la pensión de viudedad, cuando existía una previa declaración de nulidad del matrimonio por los Tribunales Eclesiásticos, con anterioridad al fallecimiento del causante. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha 21 de junio de 1990, considera que existe derecho a la pensión, ya que el tiempo en que se permaneció en convivencia y las relaciones propias del matrimonio crearon apariencia de vínculo matrimonial, generador de consecuencias equiparables a la del matrimonio válido y posteriormente resuelto, manifestándose en el mismo sentido la Sentencia del mismo Tribunal de 6 de abril de 1990 sobre un tema semejante.

La ley dejaba abierto otro tema de gran trascendencia: Las uniones de hecho, uniones entre hombre y mujer en las que falta el previo vínculo matrimonial, sin olvidar tampoco la controversia aunque con menor trascendencia en la práctica de los efectos que se han de otorgar a las uniones entre personas del mismo sexo (22).

Sobre este tema se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en las Sentencias del Pleno números 30/1991, 31/1991, 35/1991 y 38/1991, todas ellas de 14 de febrero (publicadas en el BOE de marzo), y la Sentencia 77/1991, de 11 de abril (BOE 14 de mayo), que establece como principio general que la exigencia del requisito del matrimonio para acceder a la pensión

(21) Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero y de 8 de octubre de 1985.

(22) En nuestro Derecho el vínculo matrimonial queda vedado a personas del mismo sexo. Así el artículo 44 del Código Civil que expresamente afirma: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código».

de viudedad en el Sistema español de la Seguridad Social no supone una vulneración del artículo 14 de la Constitución ni, por tanto, el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social que recoge tal requisito está viciado de inconstitucionalidad (23), si bien tales sentencias contaron con votos discrepantes del sentir mayoritario.

Conviene recordar que en el Derecho español se reconocen efectos jurídicos de forma aún incipiente a las uniones de hecho.

Así la reforma del Código Penal, de 25 de junio de 1983, reconoció efectos a las uniones de hecho a través de dos preceptos, en el artículo 11 al referirse a las circunstancias que pueden atenuar o agravar la responsabilidad criminal, y en el artículo 18 (24) que se refiere a los encubridores que quedan exentos de penas, y la reforma del Reglamento del Registro Civil de 1986, sobre expedición del Libro de Familia, por citar sólo algunas.

En el mismo sentido también se han dictado algunas sentencias, en el ámbito estrictamente civil, que vienen a reconocer estos derechos al sobreviviente aun cuando previamente no existía un vínculo matrimonial (25).

(23) Este tema ha sido objeto de un abundante estudio por parte de distintos autores. Conviene citar aquí algunas opiniones doctrinales:

- a) «La misma denominación de unión de hecho es cuestionable, pues tanto en el matrimonio como en la familia nos encontramos ante relaciones que funcionalmente son absolutamente idénticas estén o no normalizadas jurídicamente, aquella denominación supone un auténtico prejuicio en cuanto que implica reconocer que existen tales matrimonios y familias a las que se les considera sin protección jurídica ...».
ANTONIO TAPIA HERMIDA. «La pensión de viudedad en el marco de la protección a la familia sin matrimonio o de hecho en el Sistema español de Seguridad Social». *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, número 105 de diciembre de 1991, pág. 81 y ss.
- b) Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre, véase comentario detallado realizado por MANUEL ALONSO OLEA, en la *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 46, marzo-abril de 1991. «Familia, matrimonio y pensión de viudedad», pág. 311 y ss.
- c) Las parejas que conviviendo de hecho, no hayan contraído matrimonio por haber elegido libremente vivir de tal manera y por ello no encajen en el supuesto contemplado en la norma segunda de la disposición adicional décima, deberán buscar protección para el caso en que uno de los dos fallezca fuera del sistema providencial de la Seguridad Social».
LOURDES BLANCO PEREZ RUBIO. «Parejas no casadas y pensión de viudedad». Editorial TRIVIUN. S.A. Madrid 1992.
- d) Nueva pensión de viudedad. LUIS MARTINEZ CALCERRADA, LUIS GOMEZ DE ARANDA y MANUEL MARIA ZORRILLA RUIZ. Doctrina general y comentarios a la Ley de 7 de julio de 1981. Jurisprudencia. COLEX-Madrid 1986, que analiza la prestación de viudedad desde este punto de vista.

(24) Artículo 18 que habla de cónyuge «o persona a quien se hallen ligados por análoga relación de afectividad» incluyendo el artículo 11 el término *permanentemente*.

(25) Entre otras sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid.

3.1. Cuantía.

La cuantía de la prestación de viudedad se obtiene aplicando un porcentaje determinado, el 45% (26), a la base reguladora, que se obtiene de distinta forma si el causante era trabajador en activo o bien si éste era pensionista de vejez o invalidez.

- a) En el primer caso, la base reguladora se obtiene sumando las bases de cotización de 24 meses ininterrumpidos elegidos por el beneficiario dentro de los 7 años anteriores al fallecimiento dividido por 28, sin que se integren las lagunas existentes, o por el contrario con los salarios reales del año anterior al accidente de trabajo o enfermedad profesional, si el fallecimiento del causante se ha producido por accidente de trabajo o enfermedad profesional (27).
- b) En el segundo caso, la base reguladora será la misma que se tuvo en cuenta para la pensión de vejez o invalidez originaria. Aplicado el porcentaje correspondiente, la pensión de viudedad será mejorada de acuerdo con las revalorizaciones producidas, desde la fecha en que se causó la pensión originaria de vejez o invalidez (28).

3.2. Extinción de la prestación de viudedad.

Las prestaciones de viudedad se extinguen cuando se produce cualquiera de los supuestos establecidos en la actualidad:

- Contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso, teniendo en ambos casos, y siempre que el cambio de estado tuviera lugar antes de los 60 años, derecho a percibir una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de la pensión que estuviese percibiendo.

(26) Seguridad Social Año 1992, Centro de Estudios Financieros. EUSTASIO DEL VAL Y DE LA FUENTE.

(27) En este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sentencia de 26 de febrero de 1991, en recurso número 521/1991, 16 de mayo de 1991, recurso número 1873/1991, y Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León con sede en Burgos, de 24 de enero de 1991, recurso 612/1990.

(28) El Real Decreto de revalorización de pensiones establece como cuantías mínimas las siguientes: Titular con 65 años: 686.280 pesetas anuales; Titular con edad entre 60 y 64 años: 598.990 pesetas; y titular con menos de 60 años: 456.890 pesetas en cómputo anual.

Sobre este particular conviene citar determinadas resoluciones judiciales, que consideran que no cabe realizar una equiparación entre la convivencia extramatrimonial con el matrimonio, sin que esta convivencia pueda ser por tanto causa de la extinción de la pensión (29).

En relación con la toma de estado religioso, tal causa conviene considerarla como ha hecho algún Tribunal Superior de Justicia, como excluida por la aparición de la Constitución Española, sin que pueda privarse de la pensión de viudedad por contraer estado religioso.

La finalidad de esta causa de extinción no es otra que extinguir la pensión, al considerar que desaparece la situación de necesidad que da lugar a tal prestación, al ingresar el viudo o viuda en una orden religiosa (30).

Tal causa en principio es establecida única y exclusivamente pensando en la religión católica, pero en la actualidad debe interpretarse ampliándolo a otras confesiones religiosas, dado que en nuestro artículo 16 se garantiza el principio de la libertad religiosa.

El apartado b) del citado artículo 11 considera también como causa de extinción la pérdida o privación de la patria potestad, en virtud de alguna de las causas previstas en los artículos 169 y 171 del Código Civil, o ausencia que implique abandono de los hijos.

Los apartados e) y f) del precepto consideran como causas la declaración en sentencia firme de culpabilidad en la muerte del causante y fallecimiento, quedando en la actualidad sin efecto las otras dos causas previstas:

(29) Así las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de 23 de junio de 1992, dictada en recurso de suplicación número 139/1991 y la del mismo Tribunal de 8 de octubre de 1991 en recurso de suplicación número 738/1991, que señalan claramente que al no quedar recogidos dentro de las previsiones legales del artículo 11 letra c) de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, la convivencia marital extramatrimonial, como causa legal de cese de la percepción de la pensión de viudedad y no poderse asimilar a otros supuestos las previsiones legales, es por lo que no procede la estimación del recurso planteado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

A pesar de todo el Instituto Nacional de la Seguridad Social mantiene en estos casos una postura contraria a la ya señalada como mantenida por la jurisprudencia, postura que es apreciable con claridad en el Oficio Circular de 15 de noviembre de 1984, que no equipara el hecho de convivir maritalmente con otra persona con nuevo matrimonio del viudo o viuda, de cara a su consideración como causa de extinción.

(30) Sobre este punto véase JOSE LUIS CABEZAS ESTEBAN. «Extinción de la pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social por contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso y por observar una conducta deshonesto o inmoral». *Revista Española de Derecho del Trabajo* número 43, julio/septiembre de 1990.

- Observar una conducta deshonesto e inmoral dejada sin efecto por la propia Entidad Gestora, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de Oficio Circular de 15 de noviembre de 1984 (31).
- Cesar en la incapacidad por la cual se otorgó la pensión; esta causa no surtirá efectos cuando se produzca después que la viuda haya cumplido 40 años o el viudo 60.

4. Prestaciones en favor de familiares.

4.1. Antecedentes.

El Régimen de subsidios familiares fue creado por la Ley de 18 de julio de 1938, extendiendo sus beneficios con carácter meramente asistencial, a través de la Ley de 23 de septiembre de 1939 y la Orden de 11 de junio de 1941. El seguro obligatorio de enfermedad, creado por la Ley 14 de diciembre de 1942, establece una indemnización para gastos de sepelio. A través del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955 establece las prestaciones de viudedad SOVI, recogiendo la Ley de Bases de la Seguridad Social, en su base décima, pensiones y subsidios a otros familiares que quedan expresamente regulados, tanto en la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, como en la actual Ley General de la Seguridad Social (32).

En la actualidad estas prestaciones tienen un carácter «cuasi-residual»; se conceden a personas desamparadas que carecen de medios de subsistencia. Estamos ante una prestación que se acerca más al concepto de asistencial que al de Seguridad Social.

4.2. Pensión en favor de familiares.

- Nietos y hermanos, huérfanos de padre, menores de 18 años o mayores incapacitados para todo trabajo, siempre que la incapacidad sea anterior al cumplimiento de dicha edad.
- Madres y abuelas viudas, casadas, cuyo marido sea mayor de 60 años o esté incapacitado para el trabajo, separadas judicialmente o divorciadas y solteras.

(31) Véase JOSE LUIS CABEZAS ESTEBAN, referencia anterior: Considera difícil su definición y contenido actual, haciéndose «necesario revisar el concepto de inmoralidad y deshonestidad».

(32) GUILLERMO RODRIGUEZ INIESTA: Las prestaciones en favor familiares. *Revista Española de Derecho del Trabajo* número 49, de septiembre y octubre de 1991.

- Padre y abuelos con 60 años cumplidos o incapacitados para todo trabajo.
- Hijas/os o hermanas/os de pensionistas de jubilación o invalidez, solteras/os, viudas/os, separadas/os judicialmente o divorciados mayores de 45 años, que hayan cuidado del causante hasta su fallecimiento.

4.3. Subsidio en favor de familiares.

- Hijas, hijos, hermanas y hermanos mayores de 18 años solteros, viudos, separados judicialmente o divorciados.

En todos estos casos deben reunirse varios requisitos, como son la convivencia con el causante y la dependencia económica, que constituyen el requisito de vivir a expensas, y la carencia de medios suficientes de subsistencia que han sido interpretados por la jurisprudencia a través de diversas resoluciones.

¿Pero qué debe entenderse bajo el concepto genérico de vivir a expensas?

Resulta difícil delimitar los extremos de tal expresión en la que influyen de cara a su concreción determinados factores tanto económicos, como sociales y jurídicos.

Tal principio general debe interpretarse de forma individualizadora teniendo en cuenta las características particulares de cada supuesto concreto, sin que quepa una interpretación global sobre este tema.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina se aproxima a dar una solución adecuada al tema, interpretando el artículo 12 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972 en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 163.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (33).

La resolución llega a la conclusión de entender que tal requisito se cumple cuando las rentas del grupo familiar al que contribuía el trabajador fallecido no superaban, excluida su contribución y ponderando el número de miembros de dicho grupo, el importe del Salario Mínimo Interprofesional para cada uno de éstos.

(33) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1992, dictada en recurso de unificación de doctrina número 149/1992, Ponente D. AURELIO DESDENTADO BONETE.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 14 de enero de 1993, que resuelve cuestión de inconstitucionalidad número 231/1987, promovida por la Magistratura de Trabajo número 5 de Málaga, declara la inconstitucionalidad del inciso del apartado 2.º del artículo 162 de la Ley General de la Seguridad Social, Decreto Legislativo 2065/1974, de 30 de mayo, en cuanto excluye a hijos y hermanos, por infringir el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española, al establecerse una discriminación por razón de sexo.

Conviene citar aquí para tener un mejor conocimiento del tema, algunas referencias contenidas en esta sentencia en las que se apoya la línea argumental mantenida por el Alto Tribunal.

«La referencia al sexo en el artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer», «con todo, en la perspectiva del artículo 9.2 de la Constitución Española, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer».

«El artículo 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social, en tanto que introduce el sexo como factor diferencial de la situación jurídica que contempla, lleva a considerar que el tratamiento favorable a los hijos y hermanos que allí se contiene está falto de fundamento racional, por lo que no debería ampliarse el beneficio a los hijos y hermanos, ya que se configuraría como un privilegio injustificado de las mujeres».

Sin embargo tal sentencia carece de efecto práctico como efectivamente se recoge en la misma, ya que el artículo 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social fue reformado en cuanto a su redacción anterior por el artículo 4.º de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que establece en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

En efecto, en la Exposición de Motivos de la Ley se indica que con la presente ley se efectúan algunas modificaciones «para garantizar la igualdad de trato entre hombre y mujer en el ámbito de la Seguridad Social (34)».

Así, a través de la nueva redacción de la ley se reconoce el derecho a pensión a los *hijos o hermanos* de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez, en quienes se den determinados requisitos.

(34) Número VI de la Exposición de Motivos de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. BOE de 22 de diciembre de 1990 y corrección de errores de 31 de enero de 1991.

Esta necesidad se ve justificada por varias razones: Su carácter preconstitucional, regulación establecida por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que parte de una situación social ya superada de protección a la mujer, paternalista (valga la expresión), a través de la legislación vigente, «norma protectora de la mujer no trabajadora» tal vez motivada por un contexto que descansaba en el de la mujer dedicada casi en exclusiva a las actividades domésticas y al trabajo del hogar familiar.

4.4. Cuantía.

La cuantía de las pensiones en favor de familiares se obtiene aplicando el 20 por 100 a la base reguladora que sirve para calcular la pensión de viudedad, y ésta podrá ser incrementada en el porcentaje correspondiente a la pensión de viudedad, si a la muerte del causante no quedase cónyuge sobreviviente o éste falleciese estando en el disfrute de la pensión de viudedad.

El subsidio temporal en favor de familiares que puede recibirse por un período no superior a los 12 meses se calcula aplicando el 20 por 100 a la base reguladora de la pensión de viudedad.

No obstante, el Real Decreto sobre revalorización de pensiones del Sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1994, establece las siguientes cuantías mínimas para las prestaciones en favor de familiares.

- Por beneficiario: 202.860.
- Un solo beneficiario con 65 años: 522.900.
- Varios beneficiarios: El mínimo asignado a cada uno se incrementará en el importe que resulte de prorratear 254.030 pesetas entre el número de beneficiarios.

4.5. Extinción de las prestaciones en favor de familiares.

Dentro de este apartado es necesario distinguir entre las causas de extinción de la pensión y las causas de extinción del subsidio temporal, diferencia fijada por la Orden Ministerial (35).

(35) Artículo 24. Sobre causas de extinción de la pensión en favor de familiares.
Artículo 27. Sobre causas de extinción del subsidio temporal en favor de familiares.

- Sobre las primeras:
 - a) La de los nietos y hermanos: Por las mismas causas de orfandad.
 - b) La de los ascendientes por:
 - a') Contraer matrimonio o adquirir estado religioso.
 - b') Vivir maritalmente con otra persona.
 - c') Fallecimiento del beneficiario.

Se ha dejado inaplicada por la Entidad Gestora la causa recogida en el apartado b'), que se refería a "observar una conducta deshonesto o inmoral".

- El subsidio temporal en favor de familiares se extingue además de por el fallecimiento, por el agotamiento del período de duración fijado como máximo para esta prestación, siendo de aplicación aquí las mismas reflexiones en cuanto a la conducta deshonesto o inmoral.

5. Pensión de orfandad.

5.1. Beneficiarios.

- a) Los hijos del causante menores de 18 años y los mayores incapacitados cualquiera que sea su filiación (36).
- b) Hijos adoptivos del causante, exigiéndose además que la adopción hubiera tenido al menos lugar con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante (37).

(36) El Código Civil establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción, pudiendo ser la primera matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. Artículo 108 del Código.

(37) El mismo artículo señala «que la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código», precepto elaborado conforme al principio general de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución Española y 39.2 del mismo texto, aunque si bien este último referido a los hijos.

- c) Hijos del cónyuge sobreviviente aportados al matrimonio siempre que éste se hubiera celebrado dos años antes de su fallecimiento: Estableciéndose como necesarios:
- Que hubieran convivido a sus expensas.
 - Que no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social.
 - Que no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil (38).

5.2. Cuantía.

A consecuencia del fallecimiento de los padres, o de alguno de ellos, se produce una situación de necesidad que afecta directamente a los hijos que se ven privados de parte de sus fuentes de ingresos, y que por tanto conlleva la necesaria protección del Sistema de la Seguridad Social efectuada a través de una prestación de carácter periódico, bajo la forma de pensión, y que a diferencia de otras carece del carácter de vitalicia al extinguirse cuando desaparecen las causas que la originaron.

La cuantía de la pensión alcanza al 20 por 100 de la base reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia para cada uno de los hijos sin que en ningún caso, cuando concurra la pensión de orfandad con la pensión de viudedad, ni en el caso en que existan varios huérfanos, pueda superar el límite del 100 por 100 de la base reguladora.

Si no existiera cónyuge superviviente con derecho a pensión de viudedad, éstas se incrementarán proporcionalmente con la cuantía de la pensión de viudedad.

Actualmente el Real Decreto de revalorización de pensiones del Sistema de la Seguridad Social establece unas cuantías mínimas por beneficiario de 202.860 pesetas anuales que en los supuestos de orfandad absoluta se incrementarán en 456.890 pesetas, distribuidas en su caso entre los beneficiarios.

(38) Artículos del Código Civil referidos a las prestaciones por alimentos. Artículos 142 a 152.

5.3. Extinción de la pensión de orfandad.

Las causas de extinción de la pensión de orfandad quedan perfectamente reguladas en el artículo 21 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que señala cuáles extinguen la pensión siempre que afecten al beneficiario:

- a) Cumplir los 18 años el huérfano, salvo que en este momento sufre una incapacidad.
- b) Ceser la incapacidad que le otorgaba el derecho a la pensión.
- c) Adquirir estado matrimonial o religioso.
- d) Observar una conducta deshonesto o inmoral.
- e) Fallecimiento (39).

6. Indemnización a tanto alzado por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Los beneficiarios de tal prestación son generalmente el cónyuge y los hijos, si bien el artículo 163 de la ley reconoce el derecho a la percepción de esta indemnización al padre o la madre que vivieran a expensas del trabajador fallecido, siempre que no existieran otros familiares con derecho a pensión por muerte y supervivencia, y no tenga derecho a recibir ninguna otra prestación por el hecho de la muerte del trabajador (40).

(39) Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 26 de marzo de 1992, en Sentencia número 337 de 1991, señala que la extinción del derecho a la pensión de orfandad se produce al cumplir el beneficiario los 18 años.

La jurisprudencia emanada de los Tribunales Superiores de Justicia ha matizado estas causas de extinción.

Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 19 de mayo de 1992, Sentencia de suplicación número 973/1992, reconoce el derecho a la prestación de orfandad a una mujer casada y posteriormente separada legalmente.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía a través de Resolución de 13 de julio de 1992, en recurso de suplicación 1577/1990, reconoce el derecho a obtener la prestación a una huérfana inválida permanente absoluta, con estado civil de viuda, al considerar que el que la huérfana sea viuda no impide el acceso de la misma a la pensión de orfandad.

- Con respecto a las causas de extinción c) y d) véase lo expuesto en este trabajo acerca de la extinción de la pensión de viudedad.
- Por otra parte sobre el tema de extinción por razón de matrimonio, aparece analizado en Sentencia de 3 de octubre de 1992, Tribunal Constitucional, recurso de amparo número 398/1989.

(40) La regulación específica de tales prestaciones queda desarrollada en el artículo 35 del Decreto de 23 de diciembre de 1966, Reglamento General sobre cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General y condiciones para el derecho a las mismas y artículos 28 y 29 de la Orden de 13 de febrero de 1967.

La cuantía de la prestación consiste en el pago por la Entidad Aseguradora del Riesgo de Accidentes de Trabajo o Enfermedades Profesionales (bien sea ésta el INSS o una Mutua de Accidentes de Trabajo), de una cantidad a tanto alzado de seis meses de la base reguladora para el viudo o viuda, y de un mes para cada uno de los hijos.

Si los beneficiarios son el padre o la madre del trabajador fallecido, la cantidad asciende a una indemnización de 9 meses de la base reguladora si existe sólo uno de ellos, y de 12 meses de la misma base para ambos.

Cuando falta el cónyuge pero no los huérfanos, las seis mensualidades se distribuyen entre los mismos.

IV. REGIMENES ESPECIALES

Las consideraciones hasta el momento efectuadas aún referidas al Régimen General de la Seguridad Social tienen aplicación a los distintos Regímenes Especiales de la Seguridad Social, aunque con algunas particularidades que a continuación vamos a destacar.

1. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Efectivamente sobre estas prestaciones pueden hacerse unas previas reflexiones:

La entrada en vigor del Real Decreto 9/1991, de 11 de enero (BOE 16-1-1991), sobre normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional en 1991, recoge en su disposición adicional decimotercera una equiparación en cuanto a las prestaciones de muerte y supervivencia de este colectivo, a las del Régimen General, en lo relativo a sujetos causantes, beneficiarios, períodos previos de cotización, cálculo de la base reguladora y porcentaje a aplicar sobre ésta para hallar la cuantía de la prestación.

Tales disposiciones son aplicables a los hechos causantes posteriores a la entrada en vigor de esta disposición pero no a las anteriores, que se señalan por las disposiciones reguladoras: Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Tales especialidades son las siguientes:

- a) **Carencia:** Es necesario que se acredite un mínimo de cotización de 60 meses dentro de los 10 últimos años.
- b) **Base reguladora:** Cuando el causante provenga de activo, será el cociente que resulte de dividir entre 60 la suma de las bases de cotización del mismo, durante un período ininterrumpido de igual número de meses naturales, elegidos por el interesado dentro de los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se cause la prestación. Por el contrario, cuando el causante sea pensionista, será la misma que sirvió para calcular su pensión, con la salvedad de que el período mínimo de cotización exigido para causar dicha pensión fuera superior al requerido para las prestaciones por muerte y supervivencia, en cuyo caso deberá ser calculada en la forma establecida para los derivados de activo.
- c) La cuantía de la pensión es el 50 por 100 de la base reguladora.

En cuanto a las pensiones en favor de familiares no reconoce a los hijos/as o hermanos/as de pensionistas de jubilación o invalidez, aun cuando puede reconocérseles el subsidio temporal en favor de familiares.

El hecho causante será el último día del mes del fallecimiento del sujeto causante, salvo para los supuestos del subsidio por defunción, que es la fecha del fallecimiento y la pensión de orfandad en que habrá que estar al último día del mes de su nacimiento, si es hijo póstumo.

2. Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

En este régimen el contenido de las prestaciones por muerte y supervivencia se acerca a la protección establecida en el Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes matizaciones contenidas por las disposiciones reguladoras de este Régimen Especial. Así el Decreto 2123/1971, de 23 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, por los que se establece y regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, establecen como requisito indispensable para la obtención de las diversas prestaciones de muerte y supervivencia, que el causante se encuentre al corriente en el pago de las cuotas, si bien con la siguiente peculiaridad en caso de muerte derivada de enfermedad común o accidente no laboral; se considerará en estos casos al corriente en el pago de sus cuotas al trabajador que al fallecer tuviera cotizaciones pendientes,

siempre que sus derechohabientes satisfagan su importe y cuando el período en descubierto no fuera superior a doce meses de cotización a efectos de percibir el subsidio de defunción, y a seis meses respecto a las demás prestaciones (41), salvedad esta aplicable a los trabajadores por cuenta ajena.

El resto de las personas incluidas en este Régimen Especial, trabajadores por cuenta propia, también gozan de algunas variaciones con respecto al Régimen General. En principio el artículo 29 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio, regulador de este Régimen Especial, establecía para obtener derecho a las prestaciones de viudedad, en los casos de enfermedad común o accidente no laboral, el requisito de ser viuda del trabajador por cuenta propia o pensionista, tener cumplidos los 65 años o encontrarse incapacitada para el trabajo, reservándose el derecho a esta prestación a la viuda que no hubiera alcanzado esta edad pero tuviera 50 años, a partir del momento que alcance los 65 años.

Posteriormente, la Ley 20/1975, de 2 de mayo, reconoce a los trabajadores por cuenta propia de este régimen en el apartado segundo de su artículo uno en los casos de muerte por enfermedad común o accidente no laboral, la pensión de viudedad en los mismos términos aplicables a los trabajadores por cuenta ajena de este Régimen Especial.

El artículo 1 de la Ley 1/1980, de 4 de enero, reconoce la pensión de viudedad en los supuestos de muerte derivada de enfermedad común o accidente no laboral, producida con anterioridad a 1 de julio de 1975, cuando reúnan en aquel momento los demás requisitos exigidos por la normativa reguladora del Régimen Especial para el disfrute de esta prestación, siempre que tuvieran menos de 50 años en la fecha del fallecimiento, devengándose la pensión a partir de la fecha en que se presente la solicitud y si bien en la actualidad se establece una regulación equivalente al Régimen General para los hechos causantes posteriores.

En cuanto a las prestaciones de orfandad se reconocen a los trabajadores por cuenta propia para los fallecimientos acaecidos a partir de 1 de julio de 1975, y los de favor de familiares, para los ocurridos a partir del 17 de mayo de 1979 (42).

(41) Esta tesis aparece recogida en la reciente sentencia dictada por el Tribunal Supremo, en recurso de casación para unificación de doctrina, Sentencia de 14 de diciembre de 1992, recurso número 2764/1991.

(42) Aplicable a este régimen y a todos los Regímenes Especiales son las precisiones que el profesor ALONSO OLEA realiza en su Manual de Instituciones de Seguridad Social. Editorial CIVITAS. Madrid.

«Todos ellos tienen una cierta provisionalidad legal, dada su aproximación al Régimen General como ideal de cobertura; la protección que ofrezcan los Regímenes Especiales debe tender a "la mayor homogeneidad" o a "la máxima homogeneidad" con el Régimen General».

3. Régimen Especial de la Minería del Carbón.

En ciertos campos, como la Minería del Carbón, la Seguridad Social establece un Régimen Especial (43) que aparece regulado a través del Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Minería del Carbón, de acuerdo con la Ley 24/1972, de 21 de junio, y por la Orden de 3 de abril de 1973, para la aplicación y desarrollo del anterior Decreto.

Escasas son las especialidades de este Régimen Especial, que en las prestaciones de muerte y supervivencia se remite expresamente al Régimen General y tan sólo las hay en cuanto al cálculo de las pensiones, «causadas por pensionistas de invalidez permanente cuyas pensiones hayan pasado a tener la nueva cuantía de jubilación, que se determinarán de acuerdo con la base reguladora que haya servido para el cálculo de la nueva cuantía de la pensión, incrementada con las revalorizaciones, que para las prestaciones de igual naturaleza hayan tenido lugar desde la fecha en que se produjeron los efectos de la nueva cuantía de la pensión del inválido causante, o desde la fecha en que se produjo el hecho causante de la pensión a que renunció, según proceda (44)».

Algunas sentencias han resuelto el problema que conlleva la interpretación del artículo 7 del Decreto de 23 de junio de 1972, en relación con el artículo 29 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, sobre determinación de la base reguladora de la indemnización de seis mensualidades reconocida en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando el causante era pensionista de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional de silicosis, que ha de ser aquella que sirvió de base para fijar la pensión de viudedad, es decir, la pensión que percibía el causante, y no a la cuantía de la pensión ya obtenida.

Así Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 de junio de 1990, rollo número 683/1990, y 2 de abril de 1990, en rollo número 137/1990.

(43) Véase ALMANSA PASTOR, JOSE M., *Derecho de la Seguridad Social*. Editorial TECNOS. Sexta Edición «La especialidad de la Seguridad Social de la Minería del Carbón se ha pretendido justificar en el preámbulo de la Exposición de Motivos del Decreto que la creó dentro del actual sistema, en atención a razones y argumentos que no resulten convincentes, porque la especial naturaleza y las características diferenciales del sector son similares a las de la restante minería, la cual está subsumida en el Régimen General».

(44) Guía de prestaciones de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Instituto Nacional de la Seguridad Social.

4. Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

Tal Régimen Especial, gestionado en la actualidad por el Instituto Social de la Marina, aglutina a los trabajadores del mar, bien pudiera refundirse con el Régimen General y con el de Trabajadores Autónomos al estar compuesto en la actualidad por unos y otros, pasando a gestionarse por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, postura esta tal vez la más adecuada y coherente (45).

El actual estudio al tomar como punto de referencia la realidad más inmediata, con la existencia de este régimen, obliga a efectuar una breve mención a la acción protectora recogida en dos normas: El Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, y Decreto 1867/1970, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento regulador del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, prestaciones de muerte y supervivencia que no difieren en su regulación de la actualmente prevista en el Régimen General.

5. Régimen Especial de los Empleados de Hogar.

Tal Régimen Especial queda regulado a través de los Decretos 2346/1969, de 25 de septiembre, y el Decreto 825/1976, de 22 de abril, sobre cotización a este régimen.

Este régimen, como todos los analizados, toma como base de las prestaciones de muerte y supervivencia el marco de protección específica previsto para el Régimen General de la Seguridad Social (46), con algunas breves modificaciones.

Así la carencia viene determinada por una necesaria cotización previa de 60 meses en los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento del causante si ésta proviene de contingencia común.

La base reguladora de las prestaciones por muerte y supervivencia se obtiene de forma diferente al Régimen General, según estemos ante trabajadores en activo, en situación de alta o situación asimilada al alta o ante pensionistas.

(45) Véase JOSE MARIA ORDEIG FOS. «Sistema Español de Seguridad Social», *op. cit.*

Una de las propuestas efectuadas en su día por el Partido Popular relativas a la reforma de la Administración Pública recogía la desaparición del Instituto Social de la Marina.

(46) Artículo 28 relativo a las prestaciones en particular y 33 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula ese Régimen Especial de la Seguridad Social.

En el primer supuesto será el cociente que resulte de dividir por 24, la suma de las bases de cotización correspondientes a los 24 meses elegidos dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.

En el segundo supuesto, será la misma que sirvió para determinar la pensión de aquél, tanto de jubilación o invalidez, a la que se aplica el porcentaje del 45 por 100, más todas las revalorizaciones aprobadas para las pensiones de viudedad desde la fecha en que se causó la pensión originaria.

6. Viudedad-SOVI.

No hay que olvidar que el Régimen SOVI estableció una pensión de viudedad a través del Decreto-Ley 29 de 1955. El SOVI, en la actualidad de carácter residual y de escasa aplicación, prevé entre las prestaciones la viudedad, y no otras distintas como las de orfandad, favor de familiares y auxilio de defunción, no incluidas en este seguro.

La prestación tiene un carácter vitalicio de cuantía fija e imprescriptible, siempre y cuando, en este último caso, el hecho causante se haya producido con posterioridad a la fecha de 22 de junio de 1967.

Los requisitos exigidos para su obtención varían según estemos ante un causante que tuviera la condición de pensionista del SOVI, o bien si no tuviera esta condición, distinguiéndose en el primer caso si el fallecimiento se ha producido con anterioridad o posterioridad a 31 de diciembre de 1966. En el caso de fallecimiento anterior a esta fecha es necesario que el causante haya fallecido con posterioridad al 1 de enero de 1956, debiendo reunir él o la solicitante los siguientes requisitos:

Tener cumplidos 65 años o estar incapacitado totalmente para el trabajo, o tener más de 50 años en el momento del hecho causante en cuyo caso se le reconoce la pensión a partir del cumplimiento de los 65; no recibir ninguna otra pensión SOVI, y por último convivencia y matrimonio con el causante 10 años antes del fallecimiento.

Si el pensionista SOVI causante fallece con posterioridad a 31 de diciembre de 1966, los requisitos exigidos son idénticos a los establecidos en el Régimen General.

Sin embargo, si se trata de un causante no pensionista, se exigirá que el mismo hubiera reunido determinados requisitos como el haber estado afiliado al Retiro Obrero Obligatorio o en su defecto acreditar un período de cotización de 1.800 días (47).

7. Funcionarios públicos.

Aun cuando el Régimen de Funcionarios Públicos no puede considerarse propiamente como incluido dentro del sistema, merece una especial consideración y un análisis aunque sea breve sobre el contenido de la acción protectora en el campo ahora analizado (48). En la actualidad existe una tendencia a integrar los distintos regímenes dispersos en el Sistema de la Seguridad Social, muestra de ello es la integración de la Mutualidad de Funcionarios de la Administración Local en el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y a sus afiliados dentro del Régimen General de la Seguridad Social, integración efectuada a partir de 1 de abril de 1993 (49). Tendencia integradora que se ha reflejado en una primera fase a través de MUFACE (Mutualidad de funcionarios de la Administración Civil del Estado), que a su vez ha recogido las distintas Mutualidades existentes con algunas excepciones y que cabe considerar que finalizará con su inclusión en el Régimen General. Con ello se evitaría la situación paradójica que en la actualidad existe, y que permite que el personal al servicio de las Administraciones Públicas pueda quedar incluido en MUFACE o en la Seguridad Social, en virtud del organismo en que cada momento preste sus servicios (50).

(47) La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1988, dictada en recurso de amparo número 1194/1986, reconoce el derecho a percibir tal prestación de viudedad SOVI a los viudos.

El SOVI actualmente se encuentra extinguido y es escaso el número de expedientes y procedimientos judiciales que se siguen sobre reconocimiento de la prestación de viudedad de este seguro.

(48) JOSE M.^a ORDEIG FOS, lo denomina como régimen exorbitante, ya que «sustraer al concepto y naturaleza ordinaria de la actividad cubierta por la acción protectora del sistema, relación de carácter laboral, en sentido estricto, ... desempeño de una función pública estatal (centralizada o no), que supone una actividad por cuenta ajena ... retribuida como medio de vida ... y es objeto tradicional de otro sector del ordenamiento jurídico».

«El Sistema Español de Seguridad Social». *Editorial Revista de Derecho Privado de Editoriales de Derecho Reunidos*. Madrid.

(49) A partir de 1 de abril de 1993 se efectúa la integración en el Régimen General de la Seguridad Social del Régimen Especial de la Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Local.

Tal normativa contiene tanto la inclusión de los pensionistas como de las personas en situación de activo, así como un conjunto de reglas relativas a las prestaciones por muerte y supervivencia causadas con anterioridad a la entrada en vigor de la integración, y las causadas con posterioridad a esa fecha. Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, desarrollado por la Orden de 7 de abril de 1993, en materia de cotización y pago de pensiones.

(50) Así el personal laboral y los funcionarios que prestan sus servicios dentro de la Administración de la Seguridad Social, están sujetos al Régimen General de la Seguridad Social, y los funcionarios que prestan sus servicios en la Administración quedan incorporados a MUFACE, con excepción del personal de Justicia incluido en MUGEJU (Mutualidad General Judicial).

No obstante conviene señalar cuáles son estas *características* especiales, previstas en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas.

Con respecto a los funcionarios de la Administración Civil del Estado, encontramos las siguientes prestaciones económicas, de carácter indemnizatorio unas, que constituyen el pago de una cantidad a tanto alzado, y de carácter periódico otras.

Entre las primeras se encuentra el subsidio de defunción, cuya cuantía se obtiene multiplicando un módulo de 25.000 pesetas por la edad del fallecido, hasta llegar a una cuantía máxima de 200.000 pesetas, estableciéndose al mismo tiempo una ayuda de sepelio para la muerte de familiares del funcionario con condición de mutualista, en cuantía actual de 35.000 pesetas.

Con respecto a las prestaciones periódicas, se contemplan tres tipos: Pensión de viudedad, orfandad y por último en favor de padres y familiares.

La pensión de viudedad no exige el requisito de carencia previa, estableciéndose unas normas en la Ley de Clases Pasivas para la obtención de la base reguladora, a la que se aplica finalmente un porcentaje del 50 por 100 que constituye la cuantía de la pensión.

Diferente al anterior, la pensión de orfandad se concede a los hijos del mutualista menores de 21 años al fallecimiento del causante, o que aun siendo mayores de dicha edad se encuentran incapacitados para todo trabajo antes de llegar a dicha edad.

En el Derecho español como hemos visto también existe dentro de este régimen una pensión en favor de padres, que se diferencia de la prestación en favor de familiares establecida en el Régimen General de la Seguridad Social, no solamente en cuanto a los requisitos, sino en cuanto a la cuantía, beneficiarios y base reguladora.

Junto al Régimen de Clases Pasivas propiamente dicho en lo referente a los funcionarios de la Administración del Estado, los funcionarios de la Administración de Justicia reciben prestaciones de muerte y supervivencia, si bien éstas son gestionadas por la Mutualidad General Judicial que tiene personalidad y patrimonio propio, encontrándose adscrita en la actualidad al Ministerio de Justicia.

Por último, en cuanto al Régimen Especial de las Fuerzas Armadas regulado en la Ley 28/1975, que recoge las personas incluidas dentro de su ámbito, establece una serie de prestaciones entre las que quedan incluidas la viudedad, la orfandad y en favor de padres y familiares.

Como hemos visto, los funcionarios de la Administración Local quedan integrados a partir de 1 de abril de 1993 en el Régimen General de la Seguridad Social, dando cumplimiento a lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, y la disposición transitoria tercera de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993.

Pese a todo, son muchas las diferencias que separan el Régimen General, en cuanto a su ámbito de protección, sobre la protección otorgada a los funcionarios públicos. En este sentido, las particularidades que se plantean por la inclusión de los funcionarios públicos pueden ser de dos tipos: Tanto las relativas a las peculiaridades derivadas de la contribución al sistema, como las relativas a la falta de armonización de las legislaciones, que obligarían a una previa reforma del sistema de cara a la unificación de los sistemas protectores en materia de funcionarios públicos (51), (52).

V. DERECHO COMUNITARIO

Merece una mención, aunque sea breve, al Derecho comunitario y a la visión que da a las prestaciones por muerte y supervivencia.

La integración de España en el mercado común ha supuesto la aplicación en España de un conjunto de normas pertenecientes al Derecho comunitario, entre ellas algunas de contenido social.

Tales normas aparecen recogidas en el Reglamento 1408/1971, que sustituye a los Convenios de Seguridad Social vigentes entre varios Estados miembros, normas que si bien (53) escasas en cuanto a los trabajadores nacionales de cada país resuelven los problemas relativos a los trabajadores emigrantes.

(51) La Seguridad Social de los funcionarios públicos: «Diferentes regímenes de previsión social y problemática derivada de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social». FRANCISCO JUAZOS VALLES y VICENT CERVERA I FORNAS, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* del Centro de Estudios Financieros. Legislación y comentarios, número 107. Febrero 1992.

(52) CLEMENTINO CALVO RAMIREZ realiza en un trabajo publicado en la *Revista de Seguridad Social*, número 37 de enero-marzo de 1988, págs. 117 a 206, un estudio comparativo de las pensiones.

(53) Lecciones de Seguridad Social. EUSTASIO DEL VAL Y DE LA FUENTE. Tomo Segundo. Madrid. Centro de Estudios Financieros.
«La normativa comunitaria es escasa con respecto a lo que se refiere a la protección social, dentro de cada Estado, para los trabajadores nacionales»... «Sin embargo, la CEE regula con suficiente precisión la Seguridad Social de los trabajadores emigrantes».

Dentro de esta escasa normativa, el artículo 45.1 del Reglamento 1408/1971, relativo a la aplicación de los Regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la comunidad, contiene algunos principios de aplicación a estas prestaciones:

- a) El principio de totalización (54), consecuencia lógica del principio de conservación de los derechos en curso de adquisición y por el cual, cuando la legislación de un Estado miembro subordine la adquisición, la conservación o recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de que hayan sido cumplidos determinados períodos de seguro o de residencia, dicho Estado miembro tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro o de residencia, cumplidos de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro, teniendo en cuenta dichos períodos cumplidos de acuerdo con su legislación.

Una nueva regla se establece para aquellos casos en los que se exige como requisito que tales períodos se hubieran cumplido en una profesión sometida a un Régimen Especial a trabajadores por cuenta ajena, o en su caso, en un empleo determinado, sólo se computan tales períodos cubiertos en otro Estado miembro si han sido cumplidos al amparo de un régimen de igual naturaleza, o en su defecto, en la misma profesión o empleo. Por último, dichos períodos le serán computados para la concesión de las prestaciones del Régimen General, o en caso de inexistencia del régimen aplicable a los obreros o a los empleados.

- b) Principio de extraterritorialidad, que se aplica a los efectos del eventual requisito de alta.
- c) Reglas de liquidación de las prestaciones, previstas en el artículo 46, se pueden exponer a través del siguiente esquema:

Primero. Se calculará la cuantía de la prestación correspondiente, con cálculo por la Institución correspondiente tanto de la cuantía teórica, como de la cuantía real prorrateada. La primera de ellas es la que correspondería al trabajador en ese Estado, como si todos los períodos de aseguramiento o residencia se hubieran cubierto en ese Estado, siendo la «cuantía real prorrateada» la que se obtendría sobre la teórica, calculando el Estado la parte de prestación a su cargo proporcionalmente a los períodos de cotización cumplidos bajo la propia legislación.

(54) Véase: Derecho Social Comunitario, Autores: MIGUEL COLINA ROBLEDO, JUAN MANUEL RAMIREZ MARTINEZ, TOMAS SALA FRANCO, TIRANT LO BLANCH, Valencia 1991, que cita el Asunto Bcrowtz, no impide que un Estado totalice las cotizaciones satisfechas en terceros países con los que él tenga suscrito un Convenio bilateral, junto con las satisfechas en un tercer Estado no se totalizarán por otros Estados miembros.

Además, nos encontramos con la cuantía real no prorrateada, prevista en el artículo 46.1 para los supuestos en que se tenga derecho a la pensión sin necesidad de proceder a la acumulación, se calcula la pensión conforme a lo cotizado o residido en ese Estado.

Segundo. Según el artículo 46.3, el interesado tendrá derecho a percibir de la Institución competente de cada Estado la prestación más elevada, determinada de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 1 y 2, sin perjuicio, llegado el caso, de la aplicación del conjunto de las cláusulas de reducción, suspensión o supresión, previstos en esa legislación.

Tales normas son completadas por otras previstas en los artículos 47, que contiene disposiciones complementarias para el cálculo de las prestaciones, 48, sobre períodos de seguro o residencia inferiores a un año, y 49, relativo al cálculo de las prestaciones cuando el interesado no cumpla simultáneamente los requisitos exigidos por todas las legislaciones con arreglo a las cuales se han cumplido períodos de seguro o de residencia, o cuando el interesado haya pedido expresamente que se aplazase la liquidación de prestaciones de vejez.

El Reglamento 1408 contiene normas para coordinar las distintas maneras de calcular las cuantías de las pensiones, que se calculan por regla general tomando como referencia la base reguladora, cuya obtención varía de un país a otro (art. 47), y cada Estado calculará su base en función de los períodos de seguro cubiertos en ese Estado.

Por último, se recoge el principio de la revalorización de las pensiones que se aplica a la pensión prorrateada que corresponde, artículo 51.

VI. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En ciertos campos, como el que ahora nos ocupa, son numerosas las resoluciones del Tribunal Supremo que resuelven los numerosos problemas que afectan a estas prestaciones.

Tal vez las menos conocidas, por ser relativamente recientes, sean aquellas dictadas por el citado Tribunal a partir de la entrada en vigor de la vigente Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990 (R.D.Leg. 521/1990), que no hay que olvidar introduce el recurso de casación para la unificación de doctrina (arts. 215 a 225), con el fin de lograr una labor unificadora de la doctrina establecida por los distintos órganos judiciales del ámbito jurisdiccional social, ante las posibles discrepancias interpretativas que pudieran en el futuro surgir a consecuencia de la entrada en funcionamiento de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

Desde la entrada en vigor de la ley, numerosas resoluciones han tenido por objeto, de una forma u otra, las prestaciones de muerte y supervivencia. Sin embargo, en el presente trabajo dejaremos a un lado aquellas que no entran en el fondo, por apreciar el Tribunal la falta de contradicción, y las que resuelven temas distintos, a pesar de tratar en principio sobre estas prestaciones.

Como botón de muestra y sin ánimo de hacer un estudio exhaustivo, he aquí la siguiente relación:

a) Viudedad-ILT.

La Sentencia de 26 de junio de 1992, recurso de unificación de doctrina número 2068/1991, para un supuesto de viudedad, establece la doctrina de que durante el período de percepción del subsidio por Incapacidad Laboral Transitoria, a cargo del Instituto Nacional de la Seguridad Social, una vez finalizada la percepción de la prestación por desempleo, no existe obligación de cotizar y la base reguladora se integra con bases mínimas. Tal doctrina confirma el criterio administrativo, establecido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en supuestos semejantes al planteado, continuando una doctrina fijada con anterioridad si bien para el cálculo de la base reguladora de la prestación de invalidez (55).

(55) Véase entre otras las siguientes sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación de invalidez en situación de Incapacidad Laboral Transitoria en desempleo.

07-11-1991 Recurso n.º 909/1991
25-11-1991 Recurso n.º 1095/1991
27-11-1991 Recurso n.º 737/1991
13-12-1991 Recurso n.º 820/1991
27-12-1991 Recurso n.º 1357/1990
30-12-1991 Recurso n.º 990/1991
27-01-1992 Recurso n.º 590/1991
14-02-1992 Recurso n.º 625/1991
05-02-1992 Recurso n.º 120/1991
06-02-1992 Recurso n.º 983/1991
29-02-1992 Recurso n.º 1150/1991
02-03-1992 Recurso n.º 1203/1991
21-03-1992 Recurso n.º 1140/1991
04-04-1992 Recurso n.º 602/1991
09-04-1992 Recurso n.º 1927/1991
20-04-1992 Recurso n.º 1362/1991
02-03-1992 Recurso n.º 1447/1991
08-03-1992 Recurso n.º 1904/1991
14-05-1992 Recurso n.º 1921/1991
Etcétera.

A tal conclusión se llega en esta sentencia por aplicación del artículo 70.4 de la Ley General de la Seguridad Social, correspondiendo la obligación de cotizar a las empresas y al INEM mientras procede el abono de la prestación por desempleo, según determinan los artículos 67 de la Ley General de la Seguridad Social y el 19 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, sin que «se imponga ni en estos preceptos ni en el artículo 12 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, a las empresas, después de extinguida la relación laboral con baja del trabajador, ni al INEM, después de extinguida la prestación por desempleo, ni menos aún al Instituto Nacional de la Seguridad Social la obligación de cotizar en dicha situación, en que excepcionalmente se mantiene la percepción del subsidio por Incapacidad Laboral Transitoria» (56).

b) En favor de familiares.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1992, recurso número 1997/1991, y la de 8 de marzo de 1993, recurso número 2291/1992, consideran en las prestaciones en favor de familiares como no asimilables, las situaciones de separación de hecho a las de soltería y viudedad.

El problema se plantea en relación a una mujer de estado civil casada y separada de hecho de su marido, que convivía con su padre pensionista del Régimen Especial de la Minería del Carbón.

Efectivamente, el artículo 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social, Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, así como el artículo 22 de la Orden de 13 de febrero de 1967, señalan como requisitos para acceder a las prestaciones en favor de familiares, la soltería o viudedad pero sin hacer en ningún caso referencia a las mujeres separadas de hecho de sus cónyuges.

c) Viudedad. (Divorcio).

La Sentencia de 25 de septiembre de 1992, dictada en recurso de unificación de doctrina número 13/1992, interpreta determinados artículos: 160.1 a) de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con la disposición adicional décima, normas primera y tercera de la Ley 30/1981, de 7 de julio (57).

(56) Transcrito de la sentencia anteriormente referenciada.

(57) Sentencia dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina número 13/1992, ponente Excelentísimo Señor don ANTONIO MARTIN VALVERDE.

El tema debatido afectaba a la exigencia o no del requisito de convivencia conyugal para el reconocimiento de la pensión de viudedad a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, «denominada Ley de divorcio».

Concretamente a una mujer que contrajo matrimonio en el año 1958 con persona afiliada al Régimen Especial de la Minería del Carbón, y beneficiario de la pensión de invalidez que falleció en el año 1974, denegándose por el Instituto Nacional de la Seguridad Social la pensión solicitada al no haberse acreditado la convivencia con el causante a la fecha de su fallecimiento.

La solución a la que llega esta sentencia, tras un largo razonamiento, es la aplicación retroactiva de la norma y la no exigencia por tanto del requisito de convivencia a hechos causantes originados con anterioridad a su entrada en vigor, resumiendo la tesis «en que no existe razón clara para dar trato distinto a la esposa no conviviente y no concurrente», respecto de la esposa no conviviente que concurra en la percepción de la pensión de viudedad con conviviente *more uxorio*.

Sentencia de 20 de mayo de 1992, sobre un tema ya estudiado de forma reiterada en numerosas sentencias: «Si la simple convivencia sin matrimonio origina o no derecho a la pensión de viudedad» (58).

Concretamente estamos ante el caso de una mujer que convivió a modo de matrimonio con pensionista de la Seguridad Social y a quien se le denegó la pensión de viudedad solicitada en base al hecho de no haber contraído matrimonio legalmente.

En apenas media página el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la interesada, en principio basado en la alegación de los preceptos 14, relativo a la igualdad, 16.1, libertad y derechos ideológicos, y 24.1 de la Constitución Española, con referencia a lo ya resuelto previamente por una Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990.

A idéntica conclusión se llega en la Sentencia de 29 de junio de 1992 (59) que desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por una mujer que venía conviviendo maritalmente con otra persona perceptor de pensión de la Seguridad Social, desde fechas anteriores a 1975 hasta el fallecimiento de éste, en marzo de 1985, y a través de una argumentación más extensa desestima la petición.

(58) Sentencia del Tribunal Supremo dictada en recurso de casación número 1418/1991.

(59) Recurso número 1239/1991, ponente ANTONIO MARTIN VALVERDE.

Entre su contenido podemos entresacar los siguientes razonamientos indicativos: «el artículo 160.1 de la ley establece con claridad que la prestación de viudedad deriva de una unión matrimonial, en la que se han contraído derechos y deberes conyugales jurídicamente exigibles». «La finalidad de la norma es la de protección de la familia ... la que ha aconsejado al legislador fomentar el matrimonio, cimiento o refuerzo de la familia, mediante la limitación de la prestación de viudedad, a quienes lo hayan contraído».

Recurriendo al mismo tiempo a argumentaciones basadas en preceptos constitucionales, como el artículo 39.1 que garantiza la protección a la familia, precepto incluido dentro de los principios rectores de la política social y económica de la Constitución, fija una conclusión que por lo suficientemente clara, precisa y concisa, y en definitiva con la que está de acuerdo el autor de este trabajo, no queda otra opción que su transcripción literal aquí: «quienes han elegido libremente no asumir los deberes conyugales, procurando excluir la vinculación jurídica de ayuda mutua a que tales deberes están orientados, no tienen el mismo derecho a protección social pública en caso de fallecimiento de la pareja que quienes han constituido mediante el matrimonio una agrupación familiar reforzada para la atención de las necesidades económicas y no económicas de sus miembros.

d) Viudedad alta o asimilada al alta.

Merece considerar la doctrina establecida por esta Resolución del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1993 (60) en cuanto a la tesis sustentada por el Alto Tribunal, ya que aunque resulta evidente en aplicación de la legalidad vigente, sin embargo no deja de resultar interesante de cara a evitar interpretaciones judiciales distintas a las queridas por el legislador.

El tema puede resumirse de la siguiente forma: La demandante casada con el causante, afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, solicitó prestación de viudedad ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social, siéndole denegada en vía administrativa por no encontrarse el causante en alta o situación asimilada en el momento del fallecimiento. El Juzgado de lo Social estimó la demanda presentada y concedió la prestación. Planteado recurso de suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, éste fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en base a lo siguiente:

Declarándose probado que el causante no se encontraba en alta ni en situación asimilada a la misma en el momento del hecho causante, este requisito establecido con carácter general para estas prestaciones por el artículo 7.1 b) de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967,

(60) Sentencia de 5 de febrero de 1993, dictada en recurso de casación número 851/1992, Ponente: D. JULIO SANCHEZ MORALES DE CASTILLA.

sin embargo no cabe aplicarlo; al aparecer la Ley de 31 de julio de 1985, que en su artículo 1.º (61) suprime el requisito del alta para las prestaciones de invalidez permanente y jubilación, extendiendo finalmente esta supresión a los supuestos de viudedad y orfandad.

El Tribunal Supremo estima el recurso planteado y anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, ya que no cabe una interpretación tan amplia como la efectuada por el Tribunal de suplicación, que suprime en la práctica uno de los requisitos necesarios para la obtención de las prestaciones de viudedad, ya que tanto el artículo primero de la Ley 26/1985 como lo dispuesto en el Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, se refieren exclusivamente a la jubilación e invalidez permanente, sin que quepa una interpretación extensiva de la norma. Por lo tanto podemos concluir que son plenamente aplicables los artículos 94 y 158 de la Ley General de la Seguridad Social, y el 7.1 b) y 16.1 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967.

e) Viudedad. Autónomos y Régimen General. Cómputo recíproco de cotizaciones.

Esta materia queda recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1992 (62).

Brevemente, los antecedentes de hecho de la sentencia hacen referencia a la solicitud de prestación de pensiones de viudedad y orfandad efectuada por la demandante, encontrándose el causante en el momento del fallecimiento afiliado al Régimen Especial de Autónomos de la Seguridad Social con cotizaciones en el Régimen General de la Seguridad Social, rechazándose tal petición por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Presentada demanda ante el Juzgado de lo Social que desestima tal petición y posterior recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, éste desestima el recurso interpuesto, en razón a que el causante no reunía la cotización mínima en ninguno de los dos regímenes «es decir: 60 meses de cotización en el Régimen Especial de Autónomos dentro de los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante (art. 30 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto) o 500 días dentro de los 5 años anteriores al hecho causante, en el Régimen General (art. 7 de la O.M. de 13-07-1967)».

(61) En este sentido, el artículo primero, establece «que las pensiones de jubilación e invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivada de contingencias comunes, podrán causarse, aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta, siempre que además de los restantes requisitos generales exigibles, reúnan el período mínimo de cotización establecido ...».

(62) Recurso de unificación de doctrina 37/1992, Ponente: D. MARIANO SAMPEDRO CORRAL.

La resolución comentada analiza determinados preceptos jurídicos: Así, el artículo 67.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, artículo 7 de la Orden de 13 de febrero de 1967 y 32 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, en relación a su vez con el Decreto de 16 de noviembre de 1973.

En el presente supuesto, el causante había cotizado tanto al Régimen General como al Régimen Especial de Autónomos, llegando el Tribunal Supremo a considerar de clara aplicación el artículo 35 del Decreto 2530/1970, regulador del Régimen Especial de Autónomos, que establece en su apartado primero «que cuando un trabajador tenga acreditados, sucesiva o alternativamente, períodos de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social y en el Régimen Especial de Autónomos, dichos períodos o los que sean asimilados a ellos que hubiesen sido cumplidos en virtud de las normas que los regulen *serán totalizados*, siempre que no se superpongan para la adquisición, mantenimiento o recuperación del derecho a prestación», añadiéndose por el ordinal 2 b) «que cuando el trabajador no hubiese reunido en cualquiera de los regímenes, computados separadamente, las cotizaciones a ellos efectuadas, los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión podrán sumarse a tal efecto a las cotizaciones efectuadas a todos, otorgándose la pensión al régimen en que se tenga acreditado mayor número de cotizaciones» (63).

Cuando existan cotizaciones en ambos regímenes y no se reúna en ninguno de ellos las cotizaciones suficientes para tener derecho a la prestación, se suman las habidas en todos ellos y se reconoce la pensión en el régimen que reúna las condiciones aunque no sea el último, y en el que esté de alta en la fecha del fallecimiento.

f) Favor familiares - SOVI.

El Tribunal Supremo considera que las prestaciones en favor de familiares no están comprendidas en el Régimen SOVI. La Sentencia del Alto Tribunal de 10 de diciembre de 1992 (64), recurso de unificación número 832/1992, llega a tal conclusión al resolver el recurso planteado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra sentencia dictada en su día por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que reconoció el derecho a la prestación en favor familiares-SOVI a la recurrente, a la que previamente se le había denegado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, basándose para ello en lo dispuesto en una Circular 66/1982, de 28 de junio.

(63) Transcripción literal del razonamiento recogido en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia comentada.

(64) Ponente Sr. D. VICTOR FUENTES LOPEZ.

Como acertadamente señala esta resolución, tales prestaciones no están previstas en el Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955, que tan sólo prevé la prestación de viudedad, que con las prestaciones de vejez e invalidez completan el Régimen del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.

VII. NUEVO PROYECTO DE LEY

El capítulo 8.º del Título 2.º del Primer Borrador abarca en los artículos 193 a 202, bajo la denominación «Muerte y Supervivencia», la nueva regulación sobre esta materia y establece como novedad más importante, la incorporación al Texto Refundido de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

El artículo 193 define entre las prestaciones en caso de muerte las siguientes:

1.
 - a) Auxilio por defunción.
 - b) Pensión vitalicia de viudedad.
 - c) Pensión de orfandad.
 - d) Pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal en favor de familiares.
2. En los casos de muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional se concederá además una indemnización a tanto alzado.

El artículo 194 define cuáles son los sujetos causantes de las prestaciones, precepto que coincide con los actuales artículos 158 y 159 de la Ley General de la Seguridad Social aunque con una variación sustancial, tratando de adecuar su contenido a lo dispuesto en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social las prestaciones no contributivas, y en el 159 se sustituye el término viuda, que quedaba recogido en el texto de 1974, aunque reformado por el artículo 4.1 de la Ley 26/1990, por el de cónyuge superviviente.

Tal vez una de las modificaciones más importantes, dentro de un texto que se dedica a refundir lo ya existente, la encontramos en el artículo 196 del Borrador (65).

El número dos incorpora al nuevo Texto Refundido las previsiones legales establecidas en la norma tercera de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación o divorcio. En la misma línea el número tercero incluye lo dispuesto en la norma quinta de la disposición adicional décima de la citada ley, que se remite al artículo 101 del Código Civil en cuanto a las causas de extinción del derecho a la pensión, y entre las que se recogen, «cuando cese la causa que lo motivó, por contraer nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona».

Las pensiones de orfandad quedan reguladas en el artículo 197 del Borrador del nuevo texto, donde se introduce alguna variación con respecto al actual artículo 161, suprimiéndose la mención a los hijos adoptivos, que en la actualidad se remite a su concesión a las normas reglamentarias de desarrollo desapareciendo por tanto el diferente trato que al amparo de estos preceptos podía otorgárseles. En este sentido tanto la Constitución Española, artículo 39.2, como el artículo 108 del Código Civil, tratan de la igualdad de los hijos con independencia de la clase de filiación.

Con respecto a las prestaciones en favor familiares, éstas aparecen en el artículo 198 del Borrador (66).

(65) Artículo 196 del Borrador.

Pensión de viudedad:

1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguno de los casos de extinción que reglamentariamente se establezcan, el cónyuge, éste si al fallecer se encontrase en activo o en situación asimilada al alta, hubiera completado el período de cotización que reglamentariamente se determine. Si la causa de su muerte fuese un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no exigirá ningún período previo de cotización.
2. En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.
3. Los derechos derivados del número anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil.

(66) Artículo 198. PRESTACIONES EN FAVOR DE FAMILIARES:

1. En los Reglamentos generales de desarrollo de esta ley se determinarán aquellos otros familiares o asimilados que, reuniendo las condiciones que para cada uno de ellos se establezcan y previa prueba de su dependencia económica del causante, tendrán derecho a pensión o subsidio por muerte de éste en la cuantía que, respectivamente, se fije.
2. En todo caso, se reconocerá derecho a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez en quienes se den, en los términos que se establezcan en los Reglamentos generales, las siguientes circunstancias:
 - a) Haber convivido con el causante y a su cargo.
 - b) Ser mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos.

El nuevo Borrador mantiene la misma línea reguladora ya recogida en el actual artículo 162, de la que es una mera reproducción, aunque con la inclusión del número 4 de la norma cuarta de la disposición adicional décima de la Ley del Divorcio.

Por último y en cuanto a estas prestaciones el artículo 199 reproduce el vigente artículo 163 de la ley con la inclusión en el párrafo segundo del número uno de una referencia a la norma tercera de la disposición adicional décima de la Ley del Divorcio, con remisión en los supuestos de separación o divorcio a lo establecido en el artículo 196.2 de la ley.

Otros temas son también objeto de regulación en el Borrador: La cuantía de estas prestaciones que se recogen en el artículo 200 del mismo, reproducción del actual artículo 164 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, y por último el artículo 201, que establece imprescriptibilidad de estas prestaciones, aunque señalando como fecha de efectos, a partir de los tres meses anteriores a la presentación de la correspondiente solicitud (67).

VIII. NECESIDAD DE REFORMA

Para finalizar, algunas precisiones pueden efectuarse con respecto a la pensión de viudedad.

La prestación de viudedad ha evolucionado de forma importante en los últimos años. De ser una prestación concedida en origen única y exclusivamente a la mujer, cuando se producía el fallecimiento del marido causante de la prestación, ha pasado, gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en aplicación del artículo 14 de nuestra Carta Magna, a una prestación que se concede al hombre y mujer indiferentemente del sexo, siempre que hubiera existido con anterioridad el vínculo matrimonial (68).

- c) Acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante.
- d) Carecer de medios propios de vida.
- 3. La duración de los subsidios temporales por muerte y supervivencia será objeto de determinación en los Reglamentos generales de desarrollo de esta ley.
- 4. A efectos de estas prestaciones, quienes se encuentren en situación legal de separación tendrán respecto de sus ascendientes o descendientes los mismos derechos que los que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio.

(67) Tales efectos están previstos en el actual artículo 165 de la ley.

(68) Véase la necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, de FRANCISCO LOPEZ-TARUELLA MARTINEZ y CARMEN VIQUEIRA PEREZ. Profesores de Derecho del Trabajo de la Universidad de Alicante. *Revista de Relaciones Laborales. La Ley* número 24, diciembre de 1990.

No hay que dudar que la actual Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 configuraba la prestación de viudedad dentro de un marco social muy específico en que la mujer ocupaba el papel de ama de casa sin haberse incorporado de forma definitiva al mercado laboral.

Qué duda cabe que la profunda evolución social con la masiva emancipación de la mujer y posterior acceso al mercado de trabajo, operada en los últimos años, ha modificado profundamente la estructura de nuestra sociedad.

A todo ello hay que sumar otras dos circunstancias que tienen una clara trascendencia, en el modelo que a mi juicio debe seguirse de nueva regulación de estas prestaciones:

En primer lugar el aumento del desempleo, fenómeno que se ha visto acrecentado en los últimos años y que según previsiones de la CEE puede llevar al 25 por 100 de la población activa para el año 1994, con lo que puede ocurrir que el viejo esquema social «hombre empleado fuera de casa» «mujer ama de casa», se vea modificado dando un giro de 360 grados, por la dificultad de encontrar empleo y que afecta por igual a ambos sexos.

En segundo lugar, la distinta concepción de la idea de vida en común, extendida en nuestra sociedad, y que hace que aparezcan junto a la figura del matrimonio cada vez más número de parejas estables que conviven de forma permanente sin que entre ellas exista vínculo matrimonial.

Finalmente, la aparición de parejas estables, si no del mismo sexo, que aunque en escasa proporción mantienen una tendencia expansiva.

Todos estos factores hacen necesaria una reforma de la prestación de viudedad tal y como aparece regulada en nuestro Derecho positivo, de cara a poder satisfacer mediante el Sistema público de Seguridad Social las situaciones de necesidad provocadas por la muerte de una persona, siempre que ésta (causante) cumpla con los requisitos de alta y cotización previa previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto tal protección tiene que estar vinculada de forma directa e inmediata a la situación de necesidad.

Algunos peligros sin embargo pueden derivarse de la ampliación de estas prestaciones. El miedo al posible fraude se extiende como una amenaza que impide la realización de tal reforma, así como el aumento del gasto público, dedicado a prestaciones, rechazo social que tal motivación pudiera crear en la sociedad.

Ahora bien, el artículo 41 de la Constitución establece con claridad meridiana la obligación de los poderes públicos de mantener un Régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante *situaciones de necesidad*, y si bien el artículo 32 de la Constitución establece el matrimonio como un derecho que corresponde al hombre o mujer, no puede darse un plus de protección jurídica a aquellas personas que han decidido contraer matrimonio sobre las que eligen como forma de vida la convivencia, ya que tal exceso de protección puede dar lugar a claras situaciones de desigualdad sobre todo en un sistema, como el español de Seguridad Social, en el que estas prestaciones se conceden siempre y cuando exista una vinculación al régimen público de Seguridad Social, necesitando para causarlas unos requisitos previos, alta y cotización durante al menos 500 días en los 5 años anteriores al hecho causante.