

LA «FAMILIA DE HECHO» Y LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

por

Josep Fargas Fernández

*Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social de
la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)*

Sumario:

- I. Supuestos en los que se considera a la familia.
 1. En el nivel de las normas generales del Sistema.
 - 1.1. Estar encuadrado o no en el Sistema de la Seguridad Social.
 - 1.2. Mecánica de la acción protectora.
 2. En el nivel de las particulares contingencias protegidas.
 - 2.1. La alteración de la salud.
 - 2.2. Nacimiento o adopción de hijos.
 - 2.3. Desempleo.

- 2.4. Hijos a cargo.
- 2.5. Invalidez y vejez no contributivas.
- 2.6. Asistencia Social.
- 2.7. Muerte y supervivencia.

3. Conclusiones provisionales.

II. En especial, la pensión de viudedad.

1. Antecedentes.
 - 1.1. La prestación de viudedad en España.
 - 1.2. Los textos internacionales y de Derecho comparado.
2. La pensión actual.
3. ¿Debe seguir existiendo la pensión de viudedad?
 - 3.1. La pareja y su desaparición como contingencia.
 - 3.2. El modelo de Seguridad Social.
4. Conclusiones.

En el ámbito del régimen jurídico de la Seguridad Social la familia (1), y dentro de este concepto los subconjuntos de «familia de hecho» y «familia matrimonial» son contemplados en numerosas situaciones y con efectos diversos. Al referirnos a la «familia de hecho» lo hacemos habitualmente en este sentido de subconjunto del hecho familia y opuesto a «familia matrimonial»; es evidente que esta última también es una familia de hecho pero, para aclararnos, atribuimos a esta denominación el significado antedicho de familia jurídicamente informalizada; también es claro que unas mismas personas pueden pertenecer a la vez a los dos subconjuntos (por ejemplo, tío y sobrina, o cuñados que sean pareja de hecho) por lo que se trata de dos subconjuntos conceptualmente distintos, no personalmente incompatibles (2).

(1) Para un análisis de los conceptos de familia y Constitución, más las consecuencias en el ámbito del Derecho Civil, *vid.* ROCA TRIAS, E.: *Familia, familias y derecho de familia*, Anuario de Derecho Civil, 1990, págs. 1.057 y ss.

(2) Sobre los conceptos de pareja de hecho; familia de hecho; parejas no casadas y otros, *vid.* CERDA GIMENO, JOSE: *La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho*, Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, n.º 1.482, págs. 103 y ss. con abundante bibliografía y jurisprudencia.

I. SUPUESTOS EN LOS QUE SE CONSIDERA A LA FAMILIA

En un inventario de los supuestos en los que el ordenamiento jurídico de nuestro Sistema de Seguridad Social contempla a la familia, podemos ver que existen, además de los que se reseñan más adelante, una multitud de normas que hacen referencia a los familiares, por ejemplo, las referentes a los emigrantes y sus «familiares» que son tutelados en materia de Seguridad Social tanto a nivel nacional como internacional (3). Por citar un ejemplo reciente: El Convenio de Seguridad Social entre España y Australia, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 11 de junio de 1991, contiene numerosas referencias en su articulado a situaciones familiares; así, ya en el artículo 1.º se especifica: «"Viuda" no incluye una mujer que sea esposa "de facto" de un hombre». Aunque somero, un inventario de la normativa actual de Seguridad Social es necesario hacerlo con el fin de situar cuál es la dimensión aproximada del problema de la relación existente entre familia de hecho y prestaciones de Seguridad Social. Este inventario lo realizaré en base a lo que prevé la normativa legal que es la que me interesa analizar en vistas a su posible reforma; posteriormente es cuando podremos detenernos en algún aspecto concreto y ver las posibles líneas de solución.

1. En el nivel de las normas generales del Sistema.

1.1. Estar encuadrado o no en el Sistema de Seguridad Social.

En la delimitación de quiénes son los sujetos protegidos, los distintos regímenes de la Seguridad Social han establecido históricamente un elenco de situaciones de exclusión de la afiliación, de obligación de afiliación a un régimen determinado, o de condicionamiento a una prueba de su situación. Ejemplos típicos serían la exclusión del cónyuge y de familiares hasta el tercer grado del Régimen Especial de Empleados de Hogar, o la del cónyuge en el artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social antes de su modificación por el Decreto-Ley 7/1989 (4). Aunque hoy, tras la modificación de dicho artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social -y especialmente tras diversas sentencias del Tribunal Constitucional, sobre todo la STC 92/1991, de 6 de mayo (que ratifica y completa la doctrina fijada en la STC 79/1991) que obliga a realizar una interpretación en clave constitucional de estas normas de exclusión, no realizada hasta ahora por la jurisprudencia (5)-, parece que únicamente subsiste la presunción *iuris tantum* de que el cónyuge y otros parientes no son trabajadores, lo cierto es que las

(3) Una relación extensa pueda verse en el anexo a la obra de GARCIA RODRIGUEZ, I.: *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, Madrid, 1991, y en el *Código de Migraciones Ministerio de Trabajo*, Madrid, 1989-1990.

(4) *Vid.* en la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 14 de abril de 1989 (A. 3133) un ejemplo típico de la pérdida de derechos en materia de Seguridad Social que supuso el que una empleada de un bufete de abogados contrajera matrimonio con uno de dichos abogados.

(5) Aunque sí por la doctrina: *Vid.* GARCIA BLASCO: *Desajustes entre el ordenamiento laboral y el de la Seguridad Social y principios constitucionales*, Relaciones Laborales, 1990, Tomo 1, pág. 426.

parejas y familiares de hecho no han tenido ni tienen que soportar ni la carga de probar nada ni el calvario judicial (siete años de recursos en el caso de la STC 92/1991 mencionada) para ser reconocidos como sujetos protegidos por nuestro Sistema de Seguridad Social (6), viéndose así favorecidas en relación a las familias matrimoniales.

1.2. Mecánica de la acción protectora.

En este ámbito se dan principalmente dos supuestos en los que la familia es tomada en consideración:

a) Cuando fallece un beneficiario de la Seguridad Social que había devengado alguna prestación y no la había percibido; por ejemplo, el pensionista que no ha percibido la última mensualidad o la parte proporcional del último mes. La Orden Ministerial de 9 de febrero de 1988, en su artículo 3, arbitra un sistema de pago más ágil que la liquidación del caudal hereditario en el que se halla integrada esta prestación ya devengada, sobre la base de presumir herederos forzosos a determinados familiares, entre ellos el viudo o la viuda, que cuando menos percibirían la legítima, y especialmente a aquel familiar que haya solicitado una prestación por la contingencia de muerte y supervivencia. La pareja de hecho se ve en este caso desfavorecida al no poder beneficiarse de esta presunción de heredero para poder percibir rápidamente la cantidad solicitada, debiendo utilizar -caso de ser realmente heredero- la vía más lenta prevista en los artículos 4 y 5 de la citada Orden. En el Régimen de Clases Pasivas (art. 8.2 del R.D.Lg. 670/1987 modificado en 1990) se prevé únicamente que cualquier heredero por Derecho Civil -incluyendo así en términos de igualdad a la familia de hecho si fuera heredera- puede instar el pago.

b) Anualmente las pensiones son revalorizadas mediante un sistema complejo de reglas que se determinan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y normas de desarrollo (para 1992, Ley 31/1991 y R.D. 2/1992) cuyo redactado es similar cada año. Entre estas reglas se halla el establecimiento de un complemento para las pensiones que no alcancen un importe mínimo, y este complemento es superior en muchos casos para aquellos pensionistas que tengan el cónyuge conviviendo y a su cargo, presumiéndose la convivencia del cónyuge si se conserva el vínculo matrimonial. Por ejemplo, en 1992 las pensiones mínimas de jubilación para mayores de 65 años son: Con cónyuge a cargo 742.280 pesetas, y sin cónyuge 630.840 pesetas anuales.

Las parejas de hecho no se contemplan en este caso, por lo que se encuentran perjudicadas en relación a las matrimoniales.

(6) Aunque a veces también deban acudir a los Tribunales: *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1986 (A. 2223) sobre empleada de hogar pareja de hecho del dueño (separado de su esposa legal), con el que tuvo un hijo, obtiene del Tribunal la declaración de ser válida su afiliación a la Seguridad Social, pues se excluye al cónyuge pero no a la pareja de hecho. En contra: Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 10 de febrero de 1989 (A. 1605).

2. En el nivel de las particulares contingencias protegidas.

Debe tenerse en cuenta que las consecuencias de una norma que otorgue, deniegue o condicione una determinada prestación no se limitan exclusivamente a la contingencia a la que inicialmente contempla la norma, ya que el otorgamiento de una determinada prestación puede suponer, a veces, la entrada del sujeto en el Sistema de Seguridad Social con las consecuencias que de ello se derivan. Así por ejemplo, la concesión de una pensión de viudedad puede significar que una persona que no estaba encuadrada en la Seguridad Social adquiriera el status de pensionista lo que significará que tiene derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, es decir, que se amplía la tutela del Sistema a otra contingencia: La alteración de la salud [art.100.1 b) de la LGSS] y precisamente bajo las condiciones más favorables que se otorgan a los pensionistas: Exentos de aportación económica en las prestaciones farmacéuticas (art. 2 R.D. 945/1978) aunque realice simultáneamente un trabajo (Res. DGRJSS 15-3-1979, BOE de 31 de marzo); además, significa el acceso a las prestaciones de servicios sociales (residencias, ayudas, etc.). Es decir, que el favorecer o restringir la concesión de una prestación puede suponer hacerlo en relación a todo un universo de protección de la Seguridad Social.

Las prestaciones que se detallan a continuación hacen referencia al Régimen General de la Seguridad Social, salvo que se especifique otra cosa, ya que éste es el más extendido (más de la mitad de los afiliados al Sistema) y constituye la base para otros regímenes. Para un estudio más exhaustivo debemos recordar que las diferencias más notables en la regulación de cada una de las prestaciones que se otorgan se encuentran en los Regímenes Especiales de funcionarios, sea en sus Mutualidades (MUFACE, MUNPAL, etc.), sea en el Régimen de Clases Pasivas.

2.1. La alteración de la salud.

En esta contingencia, protegida mediante prestaciones de asistencia médica y farmacéutica, se dan tres supuestos principales en que se contempla a la familia:

a) La extensión de la protección a determinadas personas, comúnmente llamadas «beneficiarios», que son tuteladas por el Sistema a título secundario, derivado de ser familiares de otro sujeto del que dependen económicamente y que a su vez éste se halla encuadrado formalmente en el campo de aplicación del Sistema como cotizante o como pensionista. Los artículos 100 c) Ley General de la Seguridad Social y 2.2 del Reglamento de Asistencia Sanitaria (Decreto 2766/1967) confieren el derecho a la asistencia sanitaria a los familiares y asimilados, concepto que ha permitido su aplicación a las familias de hecho a partir de la Resolución

de la SGSS de 29 de diciembre de 1984 (BISS 2/1985) con el requisito adicional a los establecidos con carácter general (convivencia, dependencia, ausencia de recursos, subsidiariedad) de estar conviviendo ininterrumpidamente desde hace un año como mínimo con el titular principal del derecho (7).

b) Esta misma legislación prevé también la conservación por parte de la familia del derecho a la asistencia sanitaria en los casos de separación de la pareja, y ello por tiempo indefinido. En estos casos se tutela únicamente al cónyuge o pareja «matrimonial» e hijos. La familia de hecho que se separa pierde el derecho al no cumplir ya el requisito de convivencia con el titular principal, aunque puede adquirirlo naturalmente por otra vía dado que ésta es una prestación muy universalizada, especialmente después del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, y Orden Ministerial de 13 de noviembre de 1989, y sin perjuicio también de las normas que prevén un período transitorio antes de la pérdida del derecho (por ejemplo, el Decreto 2766/1967).

c) La Ley General de Sanidad prevé [art. 10.6 b)] que, en caso de no estar capacitado un enfermo para tomar decisiones relativas a las opciones distintas de tratamiento médico que se le ofrezcan, podrán tomarlas sus familiares o personas a él allegadas, expresión esta que permite comprender sin dificultad a la familia de hecho. No se prevé en caso de concurrencia de familiares de hecho y familiares legales ningún tipo de prioridad, por lo que en caso de existir un conflicto no sería distinto al producido en caso de discrepancias dentro de la familia «matrimonial» acerca de cuál es la mejor decisión a adoptar.

2.2. Nacimiento o adopción de hijos.

Esta contingencia, comúnmente denominada de forma reductiva «Maternidad» (8), a menudo considerada erróneamente como una especificación de la alteración de la salud, es protegida, en lo que a la Seguridad Social afecta, mediante un período de descanso que el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores fija actualmente en dieciséis semanas, o seis u ocho -según la edad del niño- en caso de adopción.

Normalmente este descanso es disfrutado por la madre y no se plantea ningún problema, incluso si se diera el supuesto de sucesión de madres (natural adoptiva) en la que cada una disfrutaría de su propio derecho al descanso.

(7) Vid. Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 21 de abril de 1986 (A. 2628), que, en cambio, entiende que el matrimonio comporta la exclusión de la unidad familiar y, por tanto, del requisito de dependencia.

(8) Digo reductiva por cuanto contempla a la maternidad y a la paternidad, aunque ni una ni otra son definitorias: La contingencia es el advenimiento -por nacimiento o adopción- de hijos; como puede verse por la finalidad que el Estatuto de los Trabajadores atribuye al mismo y las posibilidades de elección de las fechas y del progenitor que usará de dicho descanso. El quebranto físico de la madre se tutela por otra vía, aunque puede coincidir parcialmente con el período llamado «de descanso». Véase asimismo la nota 13.

Pero se prevé explícitamente que este descanso puede ser disfrutado por el padre, sea en su totalidad (casos de muerte de la madre o en los de adopción), sea por un período de cuatro semanas, lo que, dicho sea de paso, demuestra que este descanso se establece en favor del hijo y no de la madre (el propio 48.4.1.º del ET habla de «para el cuidado del hijo»). En caso de que el varón que cuide al hijo no sea el «padre» sino un padre de hecho (por ejemplo, una mujer embarazada que forma una familia de hecho antes de dar a luz a su hijo), el tenor literal del precepto no permite que este padre de hecho pueda disfrutar del citado período de descanso, lo que es contradictorio con la tutela del hijo que es a quien se quiere proteger.

2.3. Desempleo (9).

Las prestaciones por desempleo pueden dividirse en dos grupos: La llamada «prestación» y los «subsidijs». En ambos casos la existencia y composición de la familia afecta a la protección otorgada.

a) La prestación por desempleo consiste en un porcentaje decreciente de la Base Reguladora, que se halla sometido a unos límites mínimos y máximos; en la fijación del límite máximo se tiene en cuenta el número de hijos a cargo del beneficiario. Tanto la Ley (art. 9.3) como el Reglamento (art. 4.4) de Protección al Desempleo hablan de hijos, no de niños a cargo, por lo que según el tenor literal no se incluyen las situaciones de los «hijos de hecho» que convivan con el solicitante de la prestación por desempleo. En el ejemplo ya visto de un hombre que forma una familia de hecho con una madre y sus hijos, si este hombre pierde su trabajo, no se considerará a efectos de desempleo que tiene hijos a cargo, aunque de hecho ejerza de padre y tenga los niños a su cargo.

b) En casi todas las diferentes modalidades de subsidio por desempleo (excepto en el de pre-jubilación para mayores de 52 años) se contempla a la familia del beneficiario. En unos casos como requisito para tener derecho a las prestaciones, como en los de responsabilidades familiares [LPD 13.1 a)] o el subsidio para desempleados que no alcancen los 6 meses de cotización [LPD 13.1 d)]; en otro caso para excluirlo de un determinado subsidio si se tienen estas responsabilidades familiares: Tal ocurre con el subsidio por edad mayor de 45 años [LPD 13.1 b)]; en el subsidio para parados de larga duración (LPD 13.3) es el importe de la prestación el

(9) Por supuesto el desempleo es una contingencia de la Seguridad Social, por muchas razones, pero sobre todo porque lo dice la Constitución y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España; los intentos de separar esta contingencia del Sistema de Seguridad Social no tienen otro valor que el de mera opción de organización administrativa.

que cambia según la familia a cargo (del 75 al 125% de la Base Reguladora). En todos estos casos, y con distintos efectos, estas responsabilidades familiares se refieren al cónyuge o a familiares por afinidad o consanguinidad hasta el segundo grado (LPD 13.4), por lo que de existir una familia de hecho supondrá (10):

b.1) Si no se tiene ningún otro familiar «legal» a cargo, se considerará al trabajador como una persona que vive sola -ya que el formar una pareja de hecho es irrelevante- y, por tanto, será excluido de la posibilidad de acceder a todos aquellos subsidios que exigen tener responsabilidades familiares, y le predeterminará a acceder al subsidio de edad madura (mayor de 45 años).

b.2) En todos los casos tendrá más facilidades para acceder a los subsidios, al no computarse los ingresos de la familia de hecho entre los ingresos cuyo disfrute puede eliminarle de la percepción de dichos subsidios según el artículo 18.1 del Reglamento de Protección al Desempleo. En efecto, al definirse en dicho artículo el requisito de «responsabilidades familiares» en función de los ingresos de la unidad familiar (los ingresos *per cápita* deben ser inferiores al SMI), no serán tomados en consideración los ingresos -por elevados que sean- que pueda aportar la pareja de hecho. Mientras que en una familia «matrimonial», el hecho de que el cónyuge trabaje, puede dar lugar a que se sobrepase el citado tope máximo (11).

b.3) En el subsidio por edad madura (mayor de 45 años) no se tendrá en cuenta a dicha familia de hecho para elevar la cuantía del subsidio a percibir.

c) El artículo 16 de la Ley de Protección al Desempleo otorga, con carácter subsidiario, la prestación de asistencia sanitaria a quienes hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo y a sus familiares. No se especifica aquí a los «asimilados» que se prevén en el Reglamento de Asistencia Sanitaria, y aunque parece lógica una interpretación extensiva en base a una igualdad de trato, el tenor literal del precepto juega en contra de la tutela a la familia de hecho en este supuesto.

(10) La constitucionalidad del artículo 13 Ley de Protección al Desempleo, que no considera a la pareja de hecho, fue examinada en los Autos del Tribunal Constitucional 1021 y 1022 de 1988 en los que fue hallado conforme al principio de igualdad ex artículo 14 Constitución Española.

(11) En esta prestación no ocurre el efecto contrario que veremos en otras prestaciones, de que el cónyuge sirve para rebajar los ingresos *per cápita* al ser más las personas entre las que repartir -a efectos de cómputo- los ingresos percibidos por el beneficiario. En esta prestación, el beneficiario -él personalmente- no puede percibir nunca, según el artículo 13.1 Ley de Protección al Desempleo, rentas superiores al Salario Mínimo Interprofesional, por lo que los ingresos significativos a los efectos del artículo 18 Reglamento de Protección al Desempleo serán siempre los aportados por la familia.

2.4. Hijos a cargo.

A partir de la Ley 26/1990 se ha realizado una importante transformación de la protección otorgada a esta contingencia, y las asignaciones por hijo a cargo se conceden en dos grandes supuestos:

a) Hijos menores no afectados por una minusvalía: La asignación se condiciona al hecho de no alcanzar la unidad familiar un determinado nivel de ingresos (1 millón + importe de la prestación + 150.000 por cada hijo a partir del segundo) (12). Los ingresos que se computan son los del padre y los de la madre, sumándose ambos si conviven. De la redacción del artículo 168.4 de la Ley General de la Seguridad Social y del artículo 7.2 del Real Decreto 356/1991 que regulan el supuesto normal de convivencia del padre y de la madre y las separaciones transitorias, puede deducirse para las parejas de hecho:

a.1) Si la pareja de hecho son los padres, sus ingresos se suman igual que si se tratara de cónyuges.

a.2) Si alguno de los componentes de la pareja de hecho no fuese el padre o la madre, ni sus ingresos ni los del padre/madre que no convive con los hijos se tendrán en cuenta, con lo que se favorece en este supuesto a los familiares de hecho para la percepción de la asignación. Refuerza esta interpretación la previsión que hace expresamente la Ley General de la Seguridad Social (art. 168.7) y el Decreto 356/1991 (art. 4.3) para los casos de separación judicial o divorcio: La asignación se percibe por el padre o madre que tenga los hijos a su cargo siempre que sus ingresos no superen los límites, es decir, que las eventuales parejas de hecho no pueden ocasionar la pérdida del derecho (dicho sea de paso, a igual conclusión se llega en caso de que la separación conyugal sea *de facto* y no judicial, siempre que no sea meramente transitoria, ya que la suma de ingresos sólo se produce en caso de convivencia de los padres).

a.3) Si la relación familiar de hecho se da entre el menor y los que lo tengan a cargo (que pueden ser cónyuges o no, esto es indiferente) en los casos de orfandad o de abandono del menor, sólo los ingresos del menor son tomados en consideración, al considerarse como beneficiario al menor aunque perciba la prestación quien lo tuviera a su cargo (arts. 168.5 LGSS; 3.3 y 4.4 del Decreto 356/1991). Esta relación familiar de hecho se ve así favorecida notablemente en relación a otra situación similar pero legalizada: La adopción de un (necesariamente menor) huérfano o abandonado.

(12) Se citan a veces las recomendaciones a limitar las prestaciones según los ingresos familiares, con olvido de las que argumentan lo contrario (*Vid.* la memoria adjunta al proyecto de Ley 26/1990 publicado por la Revista de Seguridad Social n.º 42, 1989). Una reseña de argumentos contradictorios y de los países europeos que los aplican (sólo Grecia e Italia tienen en cuenta en todo caso los ingresos familiares para las asignaciones familiares básicas) puede verse en GONZALEZ SANCHO, E.: *Apuntes sobre la situación de la protección de la familia ...* en Documentación Laboral n.º 29, 1989.

b) Hijo minusválido: Las prestaciones por hijo minusválido se conceden sin tener en cuenta ningún límite de ingresos económicos, por lo que no se ven afectados por las anteriores consideraciones. Sin embargo, es en la valoración del grado de minusvalía que la situación familiar puede afectar, ya que de acuerdo con el sistema actual (contenido en los anexos a la Orden de 8-3-1984) la valoración del grado de minusvalía se realiza mediante la ponderación de factores físicos y sociales. Entre estos últimos figuran las situaciones familiares y económicas puntuándose algunas que son más fácilmente alegables en situaciones familiares de hecho (ausencia de miembros responsables de la unidad familiar, abandono encubierto, ingresos familiares escasos, número de miembros que trabajan en la familia, etc.).

Así, un minusválido, mayor de 18 años, que lo sea por pérdida total de un brazo (equivalente al 60% de menoscabo global) podrá más fácilmente alcanzar, por estos factores económicos y familiares, el porcentaje del 65% por debajo del cual no percibiría ninguna asignación.

c) Prestación económica indirecta: Aunque el Real Decreto 356/1991 (Cap. III) la califica como «prestación no económica», es claro que tiene valor económico la consideración como cotizado del período de 1 año de excedencia por nacimiento (13) de hijo que pueda disfrutarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores. Esta excedencia -y por tanto la cotización presunta y los efectos que de ella se derivan- puede ser disfrutada sólo por el padre o la madre por lo que, aparte de que las relaciones entre ellos (de hecho o conyugales) son irrelevantes, no abarca a quien tuviera una relación sólo de hecho con el hijo, aunque conviva con uno o más niños y los tenga a su cargo.

2.5. Invalidez y vejez no contributivas.

En la Ley 26/1990 se establecen dos requisitos generales para tener acceso a las prestaciones no contributivas de invalidez o jubilación [mal llamada de jubilación, por cuanto debería haberse llamado de vejez (M.R. Alarcón: Compendio, 4ª Ed.)]; estas condiciones son: La residencia legal en España y carecer de rentas o ingresos suficientes. En cuanto a la residencia, indirectamente la situación familiar de hecho puede afectar, ya que la adquisición de la nacionalidad o de un permiso legal de residencia son bastante más difíciles para quien sea una pareja de hecho que para quien sea cónyuge legal de un/a español/a (14) al no quedar comprendidos respectivamente en los supuestos de los artículos del Código Civil (22.4 y 26.2) y de la Ley Orgánica 7/1985 [18.2 b) y h)].

(13) Debería decirse, propiamente, para cuidado del hijo, después que la Audiencia Nacional (S. 8-3-1990, Actualidad Laboral: Marginal 515) ha reconocido que el período debe contarse desde el momento en que se solicite la excedencia, no desde el nacimiento del hijo.

(14) Aunque a veces la jurisprudencia ha equiparado ambas situaciones: *Vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de julio de 1990.

El requisito de carecer de ingresos o rentas suficientes ha sido regulado en la Ley General de la Seguridad Social y en el Real Decreto 357/1991 con bastante detalle y complejidad, y en el sistema de cómputo de estos ingresos las relaciones familiares juegan un importante papel:

a) Se suman los ingresos del beneficiario con el 70 por cien de los de su cónyuge y parientes por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado. Luego la pareja de hecho del beneficiario no se toma en consideración, favoreciéndose así a las parejas de hecho en relación a las matrimoniales, ya que más fácilmente estas últimas sobrepasarán el límite máximo de ingresos.

b) En cuanto a la influencia de la familia en la valoración del grado de minusvalía, es idéntico a lo ya explicado en la prestación por hijo minusválido, pues se aplica el mismo baremo de 8 de enero de 1984 en el que pueden ser favorecidas las familias de hecho.

c) Cuando dos o más beneficiarios convivan, es decir, el supuesto más normal de jubilación de una pareja, ya que -en cuanto al requisito de carecer de rentas suficientes- si se computan conjuntamente sus ingresos ambos carecerán o no de rentas suficientes (dicho en términos coloquiales: Ambos beneficiarios serán «pobres» o no lo serán); y -en cuanto al requisito de la edad- las parejas tienden mayoritariamente a ser de edades próximas por lo que alcanzan la contingencia de jubilación aproximadamente al unísono. No es posible prácticamente el supuesto mixto de que uno de ellos perciba una pensión contributiva por haber cotizado, y el otro miembro de la pareja la prestación no contributiva que estamos analizando, puesto que dado el importe mínimo que se fija anualmente para las pensiones contributivas de jubilación, ya superaría la pareja el umbral máximo de ingresos.

En este supuesto, la prestación del segundo beneficiario -y siguientes, si los hay- se reduce al 70 por cien del importe general, repartiéndose esta minoración entre todos los beneficiarios convivientes para que perciban idéntica cuantía. No obstante, esto sólo sucede si la convivencia se produce en la unidad económica «típica» (R.D. 357/1991, art. 14.1.2.º) compuesta por el cónyuge o parientes por consanguinidad hasta el 2º grado.

Consecuencia: A las parejas matrimoniales se les reducirá en este caso la pensión, y a las parejas de hecho se les mantendrá la cuantía íntegra.

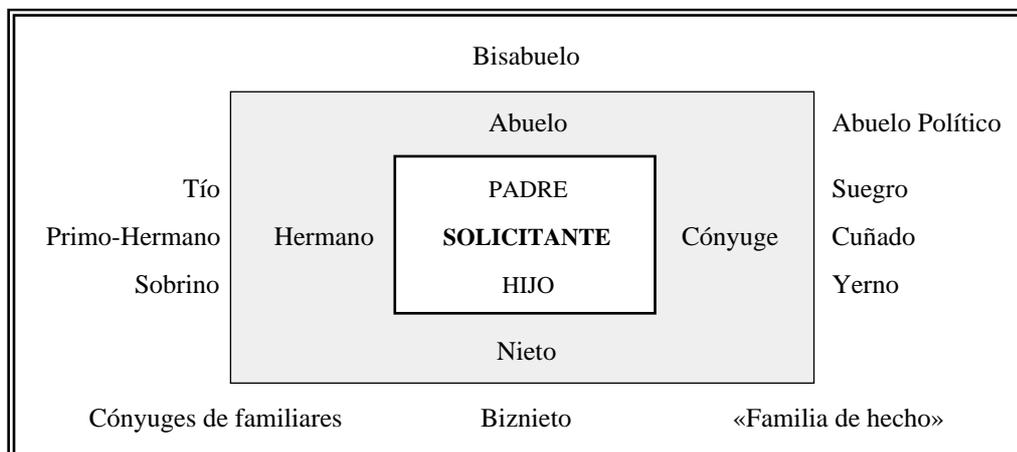
d) En aplicación del principio de que estas pensiones son «diferenciales», si el beneficiario convive con personas no beneficiarias, por ejemplo, con su pareja no beneficiaria (por ser más joven o no ser inválida), los ingresos de estas últimas reducirán el importe de la pensión de forma que, peseta que gane el/la esposo/a, peseta que se deducirá de la pensión (15). Una

(15) Sistema que no cumple, a mi entender, con las prioridades marcadas por la Decisión CEE de 26 de noviembre de 1990 sobre acciones comunitarias en favor de las personas de edad avanzada que habla de «inserción económica y social, con inclusión de sus ingresos», «fomentar la autonomía», y «capacidad para llevar una vida independiente».

vez más esto sucede, según el artículo 14.3 del Real Decreto 357/1991, en la unidad económica «típica» definida en el artículo 13 del Decreto. Por tanto, el beneficiario que forme una pareja de hecho se verá favorecido mientras que el beneficiario que contraiga matrimonio verá reducida su pensión en la misma medida que su cónyuge gane algún dinero o posea algún bien que represente una imputación de rentas presuntas.

A continuación podemos ver un cuadro en el que se muestra gráficamente cuál es la distinta influencia de los familiares del solicitante en este mecanismo de cálculo de los ingresos diseñado por la Ley 26/1990, y que podría resumirse en un círculo de familiares cuya convivencia favorece la concesión de la prestación, un círculo que dificulta dicha concesión, y un tercer círculo externo de familiares irrelevantes a estos efectos.

**INVALIDEZ Y VEJEZ NO CONTRIBUTIVAS:
GRADOS DE PARENTESCO Y CALCULO DE INGRESOS**



Explicación:

- El núcleo interior es el que da derecho a multiplicar el límite máximo de ingresos por 2,5.
- El segundo recuadro incluye a los miembros de la familia que, juntamente con el núcleo interior, componen la unidad económica a efectos de sumar todos los ingresos.
- El resto o círculo más externo son familiares que, aunque convivan con el beneficiario-solicitante, no influyen con sus ingresos en el cálculo de su derecho a una pensión no contributiva. En este círculo se encuentra la familia de hecho.

2.6. Asistencia Social.

Según algunas concepciones jurídicas las prestaciones de Asistencia Social quedan fuera de lo que es Seguridad Social, idea que se ha visto reforzada últimamente al crear algunas Comunidades Autónomas que era la única vía para defender su ámbito competencial ex artículo 148.1.20 de la Constitución Española: Véase, por ejemplo, el recurso de inconstitucionalidad planteado el pasado mes de marzo por la Diputación General de Aragón contra la Ley 26/1990, de Pensiones no Contributivas. Sin embargo -y de acuerdo con Manuel Ramón Alarcón- creo que la Asistencia Social está integrada conceptualmente en la Seguridad Social, es Seguridad Social aunque complementaria y prestada directamente a cargo de los presupuestos de la Administración estatal, autonómica o local, y no por los de la Seguridad Social; y regulada por normativa estatal o autonómica, puesto que se trata de normas no básicas que, al no estar incluidas en las competencias estatales exclusivas del artículo 149.1.17 de la Constitución Española, pueden ser dictadas por las Comunidades Autónomas si han asumido la competencia en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Las principales prestaciones y la concepción de la familia que contemplan son:

a) Las previstas por la Ley de Integración Social del Minusválido (LISMI) algunas de las cuales han sido derogadas por la Ley 26/1990 aunque pueden conservarse a título transitorio por los actuales perceptores. Todas las prestaciones LISMI tienen como característica importante que se conceden si los recursos económicos personales son inferiores al 70 por cien del Salario Mínimo Interprofesional vigente; la familia y sus ingresos no influyen para nada por lo que es indiferente la existencia de relaciones familiares de hecho.

b) Las pensiones asistenciales por ancianidad o enfermedad provenientes del antiguo Fondo de Asistencia Social (FAS) creado por la Ley 45/1960. Estas prestaciones se supeditan a carecer de ingresos personales *per cápita* inferiores al importe de la pensión, incluido el derecho de alimentos por parte de familiares, computándose a estos efectos el cónyuge y todos los hijos vivos, convivan o no con el beneficiario. En consecuencia, las familias de hecho pueden resultar favorecidas a la hora de ver si se sobrepasa el umbral máximo de renta, ya que los ingresos de la pareja de hecho -si los percibe- no serán computados, pero puede resultar perjudicada si el único perceptor de ingresos es el beneficiario que no podrá computar a su pareja de hecho entre los miembros entre los que repartir sus ingresos a la hora de hallar la renta *per cápita* familiar.

c) Las ayudas del «régimen unificado de ayudas para disminuidos», cuya convocatoria para 1991 se contiene en la Orden Ministerial de 15 de febrero de 1991: Para la mayoría de prestaciones individuales -las hay institucionales y para empresas-, y excepto para las familias numerosas, exigen no sobrepasar una renta personal del 70 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional vigente. A estos efectos no se considera dentro de la familia a las parejas de hecho, por lo que la situación, al igual que en el apartado anterior, será más o menos favorable dependiendo de quienes sean perceptores de rentas o ingresos en la familia.

d) La práctica totalidad de Comunidades Autónomas han creado las Rentas de Inserción, las mal llamadas, a veces, «salarios sociales». Estas prestaciones se han regulado de forma distinta en cada Comunidad Autónoma aunque siguiendo un modelo similar: Diferenciales, familiares, subsidiarias, vinculadas a unas actividades de inserción social, etc. En todas ellas se contempla a la familia incluyendo a las eventuales parejas de hecho del beneficiario: Así en la Renta Mínima de Inserción de Cataluña (Decreto 144/1990, art. 4) se habla de la unidad familiar como integrada por el cónyuge «u otra relación estable análoga» más los parientes por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado y por afinidad hasta el primero. En el Ingreso Mínimo de Inserción de Asturias (Ley 6/1991, art. 6) y en la Renta de Integración Social de Galicia (Ley 9/1991, art. 10) incluyen en el hogar familiar a «otra forma de relación estable análoga a la conyugal» más los parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo, y en los Ingresos Mínimos de Inserción de Castilla y León (Decreto 286/1991, art. 3.2) integran la unidad familiar «quienes mantengan una convivencia de hecho acreditada y análoga a la conyugal», quienes convivan aunque «su vínculo marital o similar se haya roto», además de otros familiares hasta el segundo grado.

Estos ejemplos nos muestran, además de la diferente amplitud de grados con la que se concibe a la familia, que ninguna diferencia supone para el beneficiario el que su pareja sea de hecho o matrimonial, si bien en el caso de Cataluña el texto legal se refiere únicamente a la pareja de hecho del beneficiario y no comprende a las parejas de hecho de otros parientes que convivan con el beneficiario, que en este caso no serían tomadas en consideración, tanto para computar sus ingresos a efectos de ver si se sobrepasa el umbral máximo, como para establecer el importe diferencial de la prestación, como para percibir el importe del complemento que se establece (entre tres mil y cinco mil ptas.) para cada miembro adicional de la unidad familiar además del beneficiario.

2.7. Muerte y supervivencia.

La necesaria concurrencia en esta contingencia de dos o más sujetos afectados por la misma, el causante y el/los beneficiario/s, comporta que sea en una de las que se planteen sistemáticamente los problemas de relación familiar dado que todas las prestaciones incluyen entre los requisitos del hecho causante la existencia de una previa relación entre ambos sujetos.

a) La prestación de auxilio por defunción, que desde 1967 se halla fijada en la fastuosa cantidad de cinco mil pesetas para hacer frente a los gastos de sepelio (y que prevé incluso un supuesto de cuantía inferior si los gastos reales no superaran esta cifra), es pagada a quien los haya soportado, presumiéndose que lo han hecho la viuda, los hijos o los parientes que convivieran con el causante. Al no contemplarse a la familia de hecho -a mi entender no puede considerarse incluida en la expresión de parientes- la única consecuencia práctica es que no queda cubierta por la presunción de que se ha hecho cargo efectivamente de los gastos y de su importe mínimo, pero no parece representar una gran dificultad justificar gastos por un importe igual o superior a cinco mil pesetas.

Como mero ejercicio teórico, obsérvese que la norma [art. 159 LGSS y art. 5 O.M. 13-2-1967 (OMS)] presume para los citados parientes legales la realidad del gasto y el importe mínimo, pero no les otorga ninguna prioridad en su percepción en caso de que hubieran compartido los gastos de sepelio entre parientes de hecho y parientes legales, por lo que habrá que acudir al régimen civil de obligaciones.

b) La pensión de orfandad tiene por beneficiarios a los hijos, cualquiera que fuese la naturaleza de su filiación y con restricciones a los adoptivos y a los hijastros, es decir, a los aportados al matrimonio por el cónyuge superviviente. El detalle con que se regulan estas relaciones familiares, con reiterada exigencia de matrimonio y ausencia de familiares con obligación de prestar alimentos según la legislación civil, excluye claramente a la familia de hecho del causante. Sin embargo, la previsión que realiza el artículo 161.2 de la Ley General de la Seguridad Social, de que la prestación se pagará a quien tuviera los hijos a su cargo sin más requisitos, incluye a cualquier familiar de hecho o de derecho a cargo del cual queden los menores o incapacitados.

Existe un supuesto particular: El artículo 17 Organización Mundial de la Salud prevé el incremento de la pensión de orfandad con el importe previsto para la pensión de viudedad cuando fallezca el cónyuge sobreviviente que disfrutara de pensión de viudedad o no quede cónyuge sobreviviente. El tenor literal de la norma supone que el huérfano que quede a cargo de quien hubiese sido pareja de hecho del causante se equipara a huérfano absoluto, viéndose así favorecido al incrementarse su pensión precisamente con el importe de la pensión de viudedad que -según veremos más adelante- es la que se niega a dicho cónyuge de hecho, sin necesidad de interpretaciones extensivas por parte de los Tribunales que, aunque se han producido, son siempre inciertas y costosas.

A continuación expongo de forma esquemática algunos de los varios supuestos de orfandad que pueden producirse, que son suficientes para comparar los supuestos de matrimonio (línea continua) con sus paralelos con una pareja de hecho (línea discontinua).

El primer supuesto es el de un matrimonio en el que un cónyuge fallece en el momento t^1 y el otro cónyuge fallece en el momento t^2 ; en dicho momento t^2 el hijo percibirá dos prestaciones de orfandad -una por cada progenitor fallecido- más el importe de la prestación de viudedad que percibía hasta este momento el segundo cónyuge fallecido y que pasa a incrementar las prestaciones del huérfano. Comparemos ahora este supuesto con el segundo: Una pareja de hecho en la que fallece un miembro en el momento t^1 el hijo percibe una pensión de orfandad, y según como se interprete el artículo 17 Organización Mundial de la Salud, puede percibir una pensión de viudedad puesto que no queda ningún «cónyuge» -recordemos que se trata de una pareja de hecho- que perciba una pensión de viudedad y que esta prestación que se niega a la pareja puede pasar al hijo, aunque también puede interpretarse que el hijo no se halla en la misma situación de necesidad que el huérfano absoluto puesto que aún tiene un padre sobreviviente, y que por tanto no precisa percibir el incremento de la pensión (16). Depende, pues, de la interpretación jurisprudencial, al igual que en el supuesto quinto de los que se muestran, que corresponde al de un huérfano absoluto de una madre soltera.

(16) Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 31 de julio de 1990 en *Tribuna Social* de marzo de 1991.

En el supuesto tercero se trata de una madre que enviuda en el momento t^1 contrae un segundo matrimonio en el momento t^2 y fallece en el momento t^3 ; en caso de que el segundo cónyuge -el que sobrevive- no tenga derecho a pensión de viudedad (por ejemplo, por falta de cotización suficiente) es discutible si el huérfano tendría derecho al incremento de su pensión, discusión que no se producirá en el supuesto paralelo -el cuarto esquema- en el que en lugar de contraerse un segundo matrimonio se formó en el momento t^2 una pareja de hecho. En este caso el miembro de la pareja de hecho sobreviviente no tendrá derecho a pensión de viudedad, pero el hijo -que es legalmente huérfano absoluto, acogido de hecho por un «amigo» del segundo cónyuge fallecido- tendrá derecho a las dos pensiones de orfandad más el incremento correspondiente a la pensión de viudedad.

En resumen, y para no detallar los numerosos supuestos posibles -especialmente complejos cuando hay hijos nacidos tanto en matrimonio como en una anterior o posterior pareja de hecho-: El hecho de que la prestación de orfandad y sus incrementos considere el hecho del matrimonio (al hablar de «cónyuge») y no únicamente la situación de necesidad o únicamente las relaciones de filiación, comporta distorsiones que en la mayoría de los casos favorecen a los huérfanos de parejas de hecho, justamente -como ya se ha dicho- en la misma medida que se ha perjudicado a dichas parejas en la prestación de viudedad.

Esquemas orfandad	Prestaciones que pueden otorgarse al hijo
\emptyset ——— ——— \emptyset $\dagger t^1$ O t^2	$t^2 = P. \text{ orfandad} + P. \text{ Orf.} + P. \text{ viudedad} \text{ (17)}$
\emptyset - - - - - \emptyset $\dagger t^1$ O	$t^1 = P. \text{ orfandad} + \zeta P. \text{ viudedad?}$
\emptyset ——— ——— \emptyset ——— O $\dagger t^1$ O $\dagger t^3$ $\textcircled{X} t^2$	$t^3 = P. \text{ orfandad} + P. \text{ Orf.} + \zeta P. \text{ viudedad?}$
\emptyset ——— ——— \emptyset - - - \emptyset $\dagger t^1$ O $\dagger t^3$ $\textcircled{X} t^2$	$t^3 = P. \text{ orfandad} + P. \text{ Orf.} + P. \text{ viudedad}$
\square ——— \emptyset O $\dagger t^1$	$t^1 = P. \text{ orfandad} + \zeta P. \text{ viudedad?}$
\square ——— \emptyset ——— O O $\dagger t^2$ $\textcircled{X} t^1$	$t^2 = P. \text{ orfandad}$
\square ——— \emptyset - - - \emptyset O $\dagger t^2$ $\textcircled{X} t^1$	$t^2 = P. \text{ orfandad} + \zeta P. \text{ viudedad?}$

(17) El símbolo \textcircled{X} representa unión (matrimonial o de hecho) en el tiempo X. La prestación de viudedad, o más exactamente su importe que incrementa a las de orfandad, se ha colocado entre interrogantes cuando ésta depende de una interpretación jurisprudencial de la expresión «no quede cónyuge sobreviviente».

La prestación de orfandad se extingue, entre otras causas, por adquirir estado matrimonial o religioso (art. 21 OMS). En cuanto al estado religioso, salvo que se entienda en sentido literal la tradicional expresión de «casarse con Dios», parece estar fuera de lugar en un estado aconfesional en el que coexisten diversas creencias religiosas, como lo entendió una bonita Sentencia de 17 de julio de 1989 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que se remonta además en sus referencias hasta el *Codex* para argumentar que el estado religioso no es un verdadero estado civil. La extinción de la prestación de orfandad por matrimonio la considero de dudosa legalidad en la medida que resulte opuesta a la percepción indefinida de la pensión por parte de los incapacitados para el trabajo, tal como lo establece el artículo 161 de la Ley General de la Seguridad Social; aquellos huérfanos, sin embargo, que formen una pareja de hecho no verán inquietada por este motivo la percepción de su pensión (18).

c) Existen asimismo unas prestaciones a favor de diversos familiares del causante que hubiesen convivido con él y carecieran de medios propios de vida. Estas prestaciones establecidas unas en la Ley General de la Seguridad Social (art. 162) y otras en las normas reglamentarias [Decreto 3158/1966 (RGP) y O.M. de 13-2-1967 (OMS)] pueden ser un subsidio temporal o una pensión vitalicia. En todos los casos, los beneficiarios de las mismas son exclusivamente parientes por consanguinidad (19): La familia de hecho queda parificada aquí -en su exclusión- a los familiares por afinidad. Las interpretaciones ampliatorias, en este caso, han ido dirigidas a flexibilizar los requisitos de carencia de medios de vida y otros requisitos como la soltería (20). Estas prestaciones se extinguen también por contraer matrimonio, lo que supone un trato más favorable hacia aquellos pensionistas que formen una pareja de hecho, toda vez que en general no se aplica la prohibición a los pensionistas, establecida reglamentariamente, de observar una «conducta deshonesto o inmoral».

d) En caso de que la muerte hubiera ocurrido por accidente de trabajo o enfermedad profesional, se abonan unas indemnizaciones especiales a tanto alzado, susceptibles de ser incrementadas a cargo del empresario en caso de falta de medidas de seguridad, a quienes fueran be-

(18) Véase, pues, la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 20 de febrero de 1985 (A. 1197) que reduce esta causa de extinción por matrimonio a una mera presunción *iuris tantum* de no dependencia del causante. El supuesto de pareja de hecho antes de extinguirse la pensión de orfandad no es imposible, debe pensarse en los casos de prórroga por incapacidad laboral. Más frecuente lo sería si se aceptara la Proposición de Ley 122/00066 presentada en el Congreso en diciembre de 1990, que propone la prórroga hasta los 23 años en caso de estudios o de hallarse en paro.

(19) La proposición de Ley 622/00010 presentada en el Senado en mayo de 1990 no se propone modificar el ámbito familiar, sólo aplicarlo a los pensionistas de viudedad.

(20) Para tutelar a las separaciones judiciales y los divorcios que no estaban previstos en el artículo 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social, pero no las situaciones meramente de hecho: *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de julio de 1991, en la que se deniega una pensión en favor de familiares a una persona casada, ya que, aunque se había separado de hecho hacía 40 años y había convivido siempre con el causante (su hermano soltero), mientras se conserva el estado civil de casado se tiene derecho a ser beneficiario de la pensión alimenticia entre cónyuges que establece el artículo 143 del Código Civil -obligación que no se extingue por la mera separación de hecho-, por lo que goza ya de una protección de carácter económico de la que carecen las personas solteras o viudas.

neficiarios de las pensiones de viudedad y de orfandad, o, caso de no existir tales, al padre o madre que conviviera con el causante. Sigue, pues, esta prestación la misma línea que la anteriormente comentada de considerar únicamente a los familiares por consanguinidad.

e) Llegamos, por fin, a la prestación que ha originado el debate social y jurídico más actual (21), y la más conocida (22) en cuanto a las consecuencias que para la misma puede tener el haber contraído o no matrimonio: La pensión de viudedad. Más adelante examinaremos esta prestación detenidamente; recordemos ahora que se trata de una pensión vitalicia, que se concede al cónyuge (23), que se extendió a los casos de parejas de hecho que no hubieran podido contraer matrimonio, y que en caso de concurrencia sucesiva de esposas el importe se reparte en proporción al tiempo de convivencia. Esta prestación se extingue, entre otras causas, en caso de contraer matrimonio, por lo que es de sobra conocido que para no «perder» la pensión de viudedad debe formarse una pareja de hecho en lugar de contraer matrimonio (24), o contraer un matrimonio que carezca de efectos civiles, sea por corresponder a una confesión religiosa no reconocida, sea de rito gitano, etc. (25) y que es compatible con la percepción de rentas de trabajo u otras pensiones, aunque limitada por la cuantía máxima de las pensiones (art. 166.1 LGSS y art. 10 O.M. 13-2-1967), salvo excepciones como las pensiones motivadas por actos de terrorismo (R.D. 1576/1990).

Un supuesto especial lo constituye la pensión de viudedad del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez. El Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez es el régimen creado el 1 de septiembre de 1939 en sustitución del Retiro Obrero y que rigió hasta la Ley de Seguridad Social de 1966. Entre sus prestaciones estaba la de viudedad que, por ser actualmente imprescriptible, continúa siendo concedida a algunas personas que cotizaron a dicho régimen antes del 31 de diciembre de 1966 y no tienen derecho a otra pensión. Entre las condiciones para su concesión figura el haber sido cónyuge del causante (26) con una duración del matrimonio de 10 años

(21) Especialmente por la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, que confirma la doctrina apuntada en los Autos del Tribunal Constitucional 156/1987 y 788/1987. Para el estudio de los votos particulares debe completarse esta sentencia con la 29/1991, de 14 de febrero, que recoge uno no expresado anteriormente.

(22) Pero no porque sea la prestación mayoritaria de entre las que otorga la Seguridad Social, frente a 1,58 millones de prestaciones de viudedad hay 4 millones de beneficiarios de la prestación por hijo a cargo o 4,63 millones de otras pensiones (jubilación, invalidez, orfandad, etc.). *Vid.: Presupuestos de la Seguridad Social*. Madrid, 1990; y Boletín de Estadísticas Laborales, n.º 83, Madrid, 1991.

(23) En el caso del Régimen de Clases Pasivas se especifica «cónyuges legítimos» [R.D.Leg. 670/1987, de 30 de abril, (LCP), art. 38].

(24) Claramente en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 18 de enero de 1990, sin que pueda darse más valor a la Circular 15 de noviembre de 1984 de la Subdirección de Gestión del Instituto Nacional de la Seguridad Social que sostiene lo contrario.

(25) *Vid.: CABEZAS ESTEBAN, J.L.: Extinción de la pensión de viudedad*, Revista española de Derecho del Trabajo, n.º 43 (1990).

(26) *Vid.* las Sentencias del Tribunal Constitucional 253/1988, 144/1989, 176/1989 y 142/1990 sobre equiparación de ambos sexos para la consecución de la viudedad en el Régimen del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.

como mínimo anteriores al óbito del causante si éste falleció antes del 1 de enero de 1967. La jurisprudencia ha entendido que podía ser sustituido este requisito por la prueba de que existía la voluntad de contraer matrimonio, siendo imposible por los imperativos legales de la época, por lo que la consideración de la familia de hecho en la prestación de viudedad Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, no es distinta a la del Régimen General, incluso en cuanto a considerar un posterior matrimonio como hecho extintivo del derecho a la prestación.

3. Conclusiones provisionales.

Antes de profundizar más en el debate sobre la pensión de viudedad, podemos, a la vista de lo examinado, extraer unas conclusiones parciales sobre cómo contempla a la familia de hecho la actual regulación normativa de las prestaciones de Seguridad Social.

1. La familia o, más precisamente, la existencia de unas concretas relaciones familiares, es contemplada en numerosas normas del Sistema de Seguridad Social, tanto en aquellas que afectan al conjunto del Sistema como en casi todas las reguladoras de las prestaciones otorgadas.

2. Muy raramente se menciona explícitamente a relaciones familiares de hecho; ello sucede en algunas prestaciones como la asistencia sanitaria o las Rentas de Inserción, aunque pueden considerarse aludidas -a *sensu contrario*- cuando se explicitan relaciones familiares legales concretas, por ejemplo, «cónyuge» (27) o «esposos» aluden por exclusión a pareja de hecho.

3. Las consecuencias que se derivan de la contemplación concreta en las normas de una relación familiar no son siempre del mismo signo, puesto que: Unas veces suponen la concesión de una prestación (por ejemplo, tener un hijo minusválido a cargo en las prestaciones familiares por hijo); otras suponen la exclusión (por ejemplo, el matrimonio que extingue la prestación de viudedad); en otras ocasiones la consecuencia es incierta (por ejemplo, los familiares en las Rentas de Inserción, cuyos ingresos pueden suponer la exclusión de la percepción, pero pueden producir también la percepción de un complemento); y en otras ocasiones condicionan la vinculación con el conjunto del Sistema (por ejemplo, el cónyuge que colabora con el trabajador autónomo). Todas ellas pueden verse además en sentido contrario: Si el matrimonio excluye la viudedad, la ausencia de matrimonio no; si las responsabilidades familiares permiten acceder a un subsidio de desempleo, los ingresos de estos familiares pueden excluir del mismo, etc.

(27) Igual ocurre en el ámbito de la Comunidad Económica Europea cuyo Tribunal de Justicia declaró el 17 de abril de 1986 (Asunto 59/85) que no puede interpretarse que «cónyuge» pueda equipararse a pareja de hecho.

4. No existe una determinación uniforme de lo que constituye la familia, en unos casos se atiende exclusivamente a la convivencia y dependencia económica (por ejemplo asistencia sanitaria); en otros se especifican grados de parentesco, que unas veces son por consanguinidad y por afinidad (por ejemplo, desempleo), a veces sólo por consanguinidad (por ejemplo, a familiares sobrevivientes), y en otros casos sólo por afinidad (por ejemplo, revalorización de pensiones); unas veces se tutela igual el primer grado que el segundo (por ejemplo, desempleo), y otras veces se tutela de forma distinta (por ejemplo, invalidez no contributiva).

5. No es posible realizar por aproximación un juicio global de si la familia de hecho resulta beneficiada o no en relación a la familia legalizada por varias razones:

a) A nivel individual no tiene sentido comparar dos prestaciones: Por ejemplo, la no admisión a la pensión de viudedad con la facilidad para acceder a una pensión de invalidez.

b) Un estudio global que tuviera en cuenta las probabilidades de acaecer cada contingencia en los diversos segmentos de población, se hallaría ante la dificultad de considerar las contradictorias variables expuestas en los apartados anteriores (28).

c) Si la Seguridad Social es un mecanismo de solidaridad, que debe valorarse no sólo durante toda la vida de una persona sino en una perspectiva intergeneracional y ante todas las contingencias, no es lícito emitir un juicio atendiendo a una persona, momento y contingencia concreta (29).

En suma, un panorama algo confuso, fruto de un sistema normativo que tradicionalmente ha sido muy variable -como todas las normas de contenido económico- pero que crean derechos y expectativas a largo plazo. En este sentido nuestro país no es una excepción: En Francia, Gordon (*op.cit.*) relaciona hasta 14 prestaciones familiares distintas aparte de las sanitarias por nacimiento de hijos. Un sistema, también, formado por un aluvión de normas que reflejan realidades y sensibilidades sociales distintas en el tiempo; a las que habrá que añadir las que son distintas en el espacio, unas ya reconocidas hace tiempo (como el desempleo agrario eventual que rige sólo en Andalucía y Extremadura) y otras que se han puesto de manifiesto por las Comunidades Autónomas (por ejemplo, las concepciones distintas de las Rentas de Inserción) (30).

(28) Para empezar, no se dispone ni de definiciones uniformes ni de estudios amplios sobre la familia de hecho. Resulta de obligada referencia el realizado sobre las parejas de Madrid y Barcelona en 1986: *La cohabitación en España* y publicado por el CIS en 1988.

(29) Muchos artículos se han escrito desde esta perspectiva parcializada, y propugnan una revisión de esta prestación con olvido de las demás.

(30) Esta diversidad es aún mayor a nivel internacional, incluso a nivel europeo, en el que se ha abandonado la aspiración de armonización para impulsar una más tímida «convergencia» de prestaciones a partir de Recomendaciones de la Comisión (*Vid.: Le citoyen Européen*, avril-mai 1991); y GARCIA RODRIGUEZ, I. (*op. cit.*).

II. EN ESPECIAL, LA PRESTACION DE VIUDEDAD

1. Antecedentes.

1.1. La prestación de viudedad en España.

La prestación de viudedad de la Seguridad Social tiene su antecedente en la establecida en el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, por el Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955 que amplió las ya existentes de vejez e invalidez (31). Esta prestación se concedía a las viudas de los beneficiarios del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez -lo que implicaba haber cumplido con el requisito de carencia- y que además de otros requisitos fuesen mayores de 65 años y careciesen de otra pensión. Obsérvese que no se tutelaba sólo la pérdida de la pensión del trabajador fallecido, sino que era preciso un estado de necesidad añadido: Ausencia de cualquier otra pensión; por ello la prestación se extinguía no sólo por un posterior matrimonio sino también en caso de que la viuda trabajase por cuenta propia o ajena y obtuviera unos ingresos.

La Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 escindió la prestación en una pensión vitalicia y un subsidio temporal. Para la pensión vitalicia se precisaba una situación de necesidad adicional (expresa o presunta) a la merma de ingresos familiares: Edad avanzada (mayor de 40 años), incapacidad o hijos a cargo; si faltaba esta situación de necesidad la prestación era un subsidio temporal. Sin embargo, se permitía compatibilizar en ambos casos la prestación con el trabajo de la viuda. El viudo sólo tenía derecho a pensión si estaba incapacitado y sostenido por su mujer ahora fallecida, y salvo en el caso de accidentes de trabajo se exigía siempre un período de carencia.

Este esquema se prolonga hasta el momento presente con algunas variaciones: En 1972 se suprime el subsidio temporal y la prestación será siempre vitalicia, y se suprimen también las diferencias entre el importe percibido por las viudas de pensionistas (un 60% de la Base Reguladora) y el causado por trabajadores (un 45% de la Base Reguladora). En 1981 se regula la percepción por las parejas de hecho que no hubieran podido contraer matrimonio y por los ex-cónyuges (32), y su reparto en caso de concurrir varias personas con derecho a ella (33). Y

(31) El Retiro Obrero carecía de esta prestación y la prevista en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 era de aseguramiento voluntario por el patrono, por lo que no puede calificarse propiamente como de Seguridad Social.

(32) La ley (disposición adicional 10.ª, 3.ª regla, de la Ley 30/1981, de 7 de julio) sólo contempla a los ex-cónyuges por separación y divorcio, pero la jurisprudencia lo ha extendido a los casos de nulidad, *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1985 (A. 634).

(33) *Vid.* la Resolución de la DGRJSS de 3 de mayo de 1990 (BOE de 14 de septiembre) sobre criterios de distribución de pensiones.

en 1983 el Tribunal Constitucional equipara los viudos a las viudas (34) mediante las Sentencias 103/1983 y 104/1983, de 22 de noviembre, que fueron criticadas por algunos por adoptar la solución de «igualar por arriba» (35) en sustitución del legislador.

En resumen, la prestación de viudedad se configura históricamente como tutela de una situación de necesidad que no sólo se supone que se producirá a la muerte del marido sino que, además, se exige que se dé tal necesidad. Al varón sólo se le tutela cuando este esquema se invierte y es él quien ya ocupaba forzosamente y antes del hecho causante el rol de no-trabajador. Progresivamente se van atenuando las exigencias de hallarse en estado de necesidad hasta desaparecer. Y en 1981 y 1983 se realizan los importantes cambios mencionados (36).

1.2. *Los textos internacionales y de Derecho comparado.*

La evolución que ha seguido esta prestación en España no se encuentra muy alejada de la que han seguido los otros países de nuestro entorno (37) y de su configuración en los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.

Así, el Convenio n.º 39 (1933) (art. 7) prevé que pueda limitarse la prestación según el estado de necesidad (por edad, invalidez, etc.) o exigirse una duración mínima del matrimonio y subsistencia del mismo a la muerte del causante.

Posteriormente la Recomendación n.º 67 (1944) menciona entre las sugerencias de aplicación del principio directivo n.º 13 la extensión, en las condiciones determinadas por la legislación nacional, a la mujer que forme una pareja de hecho; y sugiere, acto seguido, que la prestación debería ser temporal («de varios meses») salvo que la viuda tuviera un estado de necesidad añadido (invalidez, vejez, hijos a cargo, etc.). En cambio en las sugerencias relativas a accidente de trabajo, en la Base 16, recomienda que la prestación dure mientras dure su viudez, insistiendo en la sugestión de aplicación n.º 20 a esta Base 16 la extensión de esta prestación a

(34) No sin protestas: Vid. LOPEZ TARRUELLA-VIQUEIRA: *Uniones matrimoniales y pensión de viudedad*, Relaciones Laborales 1991, n.º 10, pág. 45.

(35) Además de los votos particulares a las citadas sentencias, Vid. GONZALO GONZALEZ, BERNARDO: *El principio constitucional de indiscriminación de los sexos en los planes de reforma de la Seguridad Social; su aplicación a las pensiones de viudedad*, Actualidad Laboral n.º 54, 1985, págs. 2.705 y ss.; *Las pensiones de la Seguridad Social y el déficit público*, Papeles de Economía Española n.º 23, 1985, págs. 137 y ss. *La Seguridad Social de los viudos varones según el Tribunal Constitucional*, Actualidad Laboral n.º 6, 1990, págs. 71 y ss.

(36) Una síntesis de la jurisprudencia ordinaria sobre la prestación de viudedad puede verse en ALONSO OLEA, MANUEL: *Familia, matrimonio y pensión de viudedad*, Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 46 (1991).

(37) Como veremos, no puede atribuirse sin más la concepción representada por el artículo 160 Ley General de la Seguridad Social a los regímenes totalitarios como hacen LOPEZ TARRUELLA-VIQUEIRA en el artículo citado *Uniones extramatrimoniales y pensión de viudedad*.

la familia de hecho. Esta recomendación ha sido repetidamente citada cuando se argumenta en pro de la reforma de la prestación de viudedad (en lo que se refiere a la extensión a la pareja de hecho, claro, no en la configuración de la prestación como temporal o limitada a un estado de necesidad añadido a la viudedad).

Ocho años más tarde, en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo n.º 102 (1952) no aparece ninguna referencia a la pareja de hecho; los artículos 1 c) y 1 d) refieren los términos cónyuge y viuda al «marido» y subsisten los condicionantes al estado de necesidad añadido al hecho de la viudedad.

Más recientemente el Convenio 128, que revisa los anteriores sobre la misma materia, y la Recomendación n.º 131 (ambos de 1967) continúan refiriendo los términos cónyuge y viuda al marido; subsiste el condicionamiento a un estado de necesidad añadido pero contemplan de forma distinta a la pareja de hecho:

a) Prevén (arts. 22 del Convenio y 2 de la Recomendación) la extensión, según la reglamentación de cada país, a otras personas a cargo del sostén de familia además del cónyuge e hijos; expresión que puede interpretarse sea para acoger a las parejas de hecho, sea para otros familiares legales.

b) El artículo 24 del Convenio prevé para el cónyuge condicionantes menores para acceder a la prestación que para las demás personas tuteladas.

c) El artículo 32.1 del Convenio prevé que pueda suspenderse la prestación a una viuda en concubinato.

En resumen, la normativa de la Organización Internacional del Trabajo diseña una prestación para supervivientes que, salvo la mención a la pareja de hecho, es más restrictiva subjetivamente y con requisitos distintos para su concesión y mantenimiento que la hacen difícilmente comparable con la que rige en España (38).

En el ámbito del Consejo de Europa (39), España es el único país de la Comunidad Económica Europea que no ha ratificado el Código Europeo de Seguridad Social (40) cuya parte X prevé para las prestaciones de supervivencia una subordinación a un estado de necesidad por carencia de otros ingresos, aunque no exige el requisito de alta o asimilada, sustituyéndolo por largos períodos (hasta 15 años) de cotización o (10 años) de residencia.

(38) Sobre las discrepancias que dificultan la ratificación por España de estos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo en la parte referente a prestaciones a sobrevivientes, *Vid.* RODRIGUEZ RAMOS, M.J.: *El Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo de norma mínima de la Seguridad Social*, Revista de Trabajo, n.º 98, 1990.

(39) *Vid.* el n.º 39 de la Revista de Seguridad Social dedicado a las actividades del Consejo de Europa en materia de Seguridad Social.

(40) Cuyos antecedentes hay que buscar en el Convenio Europeo de Seguridad Social de la UEO (1949). *Vid.* LYON CAEN, G.: *Droit Social International et européen*, París, 1985.

El Código Europeo de Seguridad Social revisado, cuyos trabajos se remontan a la Decisión del Comité de Ministros de 1975, y que se ha abierto a la firma de los Estados miembros en 1990 (sin que se admitan reservas, *Vid.* Revista de Seguridad Social, n.º 41), prevé un sistema con variaciones en la duración y cuantía según el estado de necesidad, con períodos de cotización previos de entre 3 y 30 años, y la posibilidad de condicionar la prestación al «cónyuge» a una duración determinada del matrimonio. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sin embargo, adoptó el Dictamen n.º 141 en 1988 recomendando la ampliación de prestaciones a los «cohabitantes», expresión que puede entenderse referida a las parejas de hecho, pero que parece más bien referirse al hecho de que el proyecto (art. 64) no preveía prestación alguna para los hijos, salvo en caso de accidente de trabajo (art. 35), mientras que el Código vigente sí preveía esta prestación para los hijos. Esta interpretación se refuerza por el hecho de que luego se recomienda en el citado Dictamen el reparto de los períodos cotizados entre los «cónyuges». El Código Europeo revisado prevé un período transitorio durante el cual se puede «discriminar» a los viudos otorgando la prestación de viudedad sólo a las viudas.

En Italia la prestación de viudedad se concede únicamente a las viudas que lo sean a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. En la regulación de 1965 el viudo sólo la percibía si estaba incapacitado para el trabajo, y la prestación se denegaba al cónyuge culpable de una separación; el Tribunal Constitucional italiano halló correcta esta situación en varias Sentencias de 1972, y una vez que se eliminaron en la Ley 903/1977 la mayor parte de estas diferencias, no fue hasta 1980 que el Tribunal Constitucional italiano declaró nulas las leyes que establecían dichas diferencias. Sin embargo, subsiste aún hoy la pérdida de todo derecho al cónyuge que el juez declare que la separación se «debe» al mismo (ya no se habla de culpa, pero los efectos son los mismos), considerando el Tribunal Constitucional italiano esta norma como no discriminatoria en la Sentencia 14/1980 (41).

No es muy distinta la evolución de las pensiones de viudedad en Francia (*vid infra*) en donde las distintas prestaciones se otorgan bajo condiciones de períodos mínimos de convivencia, edad, hijos a cargo, etc. (42).

En el Reino Unido, la nueva Ley de Seguridad Social de 1989 además de prohibir (pero a partir de 1993) toda discriminación entre los beneficiarios por personas a cargo (43), niega la pensión de viudedad a las parejas de hecho y a los ex-cónyuges divorciados, y sus tres prestaciones (indemnización por viudedad, prestación por madre viuda y pensión de viudedad) se modulan según el estado de necesidad pero siempre si ha habido cotización previa y suficiente del cónyuge (44).

(41) *Vid.* para más detalle BLANCO PEREZ-RUBIO, L.: *La pensión de viudedad en el ordenamiento jurídico italiano*, Relaciones Laborales, 1990, Tomo 2, pág. 1.264.

(42) *Vid.* una comparación en BLANCO PEREZ-RUBIO, L.: *Aspectos fundamentales del régimen jurídico de la protección por viudedad en Francia y España*, Documentación Laboral, n.º 30, 1990. Para otros países, *vid.*: BRO-CAS, A. M. ET ALTRI: *Las mujeres y la Seguridad Social*, Madrid, 1990, en especial págs. 121 y ss.

(43) *Vid.* Actualidad Socio-Laboral, Organización Internacional del Trabajo n.º 1/1990.

(44) *Vid.* AGREGADURIA LABORAL DE LA EMBAJADA DE ESPAÑA EN LONDRES: *Reforma de la Seguridad Social británica*, Revista de Seguridad Social, n.º 36 (1987).

2. La prestación actual.

La pensión de viudedad, al decir del Tribunal Constitucional (STC 184/1990) «en su configuración actual, no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o dependencia económica, más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente» (45). Estas afirmaciones son ciertas aunque adolecen de ser algo generosas, ya que:

1.º Es cierto que no se pretende tutelar una situación de necesidad, más claramente: Aunque ocurra todo lo contrario (por razones de azar, por cobrar un seguro de vida, etc.) y después de la muerte del causante mejore espectacularmente la situación económica de los familiares, esto resulta totalmente indiferente para la concesión y mantenimiento vitalicio de la pensión.

2.º Cuando se dice que se compensa la pérdida de los ingresos de los que participaba el cónyuge, no se es rigurosamente exacto: La pensión se otorga completamente al margen de que el cónyuge participara de estos ingresos, por ejemplo, por regir entre ellos una radical separación de bienes, o porque se divorciaron hace tiempo sin quedar ninguna obligación mutua entre ellos.

3.º Y, en fin, puede ser que ni tan sólo existieran en el momento del fallecimiento estos ingresos que se dicen compensar: En la lista de situaciones asimiladas al alta para esta contingencia, pueden hallarse varias situaciones distintas en las que el causante no tenía por qué percibir ingreso alguno en el momento inmediatamente anterior al fallecimiento, por ejemplo, por hallarse en situación de inactividad entre trabajos de temporada, o paro involuntario sin derecho a ningún subsidio o prestación.

En cambio, sí que importa que un trabajador que fallezca debido a una enfermedad común haya cotizado un mínimo de 500 días. Un solo día menos y la viuda, sea cual fuese su estado de necesidad y pérdida de ingresos, no percibirá nunca la prestación de viudedad (46).

La prestación de viudedad, a mi entender, resulta ser un híbrido tipificado legalmente, resultante de la suma de un elemento contributivo (vigente en muchas prestaciones de nuestro Sistema) que justifica que deba otorgarse siempre a alguien la prestación: Al cónyuge, al ex-cónyuge, o a repartir entre ellos, y sólo a falta de ellos a incrementar otras pensiones (hijos u

(45) Similar definición encontramos en muchos autores: Vid. ALMANSA: *Derecho de la Seguridad Social*, 5.ª ed., pág. 439; ALONSO OLEA-TORTUERO: *Instituciones ...*, 11.ª ed., pág. 114; LOPEZ TARRUELLA-VIQUEIRA: *La necesaria reforma ...*, en *Relaciones Laborales*, n.º 24/1990; GONZALO GONZALEZ, B., considera que la prestación es compensatoria de un estado civil (el de viudedad): *El País*, 9 de noviembre de 1989 y artículos citados en nota 34.

(46) La Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1984 tuvo que afrontar la cuestión de si la ausencia de un solo día de cotización de los exigidos (se exigían 181 y cotizó 180) era discriminatorio; además, el día que faltaba era debido al ejercicio de un derecho constitucional: Huelga legal. Responde el Tribunal Constitucional que no puede él suavizar las condiciones legales sin violar el principio de seguridad jurídica.

otros familiares); más un elemento de compensación, no de los ingresos, sino de un potencial generador de los mismos en el futuro, una generación de ingresos que se basa en una expectativa de continuidad de la relación conyugal más una esperanza de vida (47). Si no existe esta expectativa de ingresos futuros, por no existir matrimonio, no se concederá la prestación; y si se sustituye por otra expectativa de ingresos (la realización efectiva de los cuales es indiferente) del mismo tipo: Por un nuevo matrimonio se extinguirá la prestación prevista inicialmente como vitalicia.

3. ¿Debe continuar existiendo la prestación de viudedad?

La prestación de viudedad estaba basada en un esquema social histórico que suponía la ausencia de la esposa del mercado de trabajo, dedicada al cuidado de la familia y en especial de los hijos, el marido cotizaba en dinero y la esposa realizaba lo que se ha llamado una «cotización demográfica». La Seguridad Social, nacida y existente para asegurar el mantenimiento de un sistema social concreto tutela ambas aportaciones, dentro de un Sistema de Seguridad Social con pocas contingencias protegidas.

En el momento actual ha cambiado la composición familiar (48), ha aumentado la actividad profesional femenina, la democratización interna de la familia, y el individualismo en las decisiones vitales y patrimoniales. Paralelamente han aumentado las contingencias protegidas por el Sistema de Seguridad Social, sin que se haya seguido un proceso de adaptación a las nuevas realidades socio-familiares. Un ejemplo claro lo encontramos precisamente en la prestación de viudedad: Un reciente estudio en Francia (49) nos muestra que sólo se paga la pensión de viudedad a un 16 por ciento de las viudas menores de cincuenta y cinco años, cuando precisamente es el grupo que resulta más afectado en sus ingresos familiares. La explicación parece residir en que no existe una identificación con el papel de «viuda» que les lleve a solicitar la prestación. Un ejemplo de signo opuesto -pero igualmente revelador de los cambios que se están produciendo- se halla en las crecientes peticiones de que se contemple a la pareja de hecho en la prestación de viudedad.

Cuando se piensa en la adaptación necesaria de la pensión de viudedad, se plantean dos opciones: La modificación (ampliando o restringiendo su ámbito) o la supresión de la misma. La desaparición pura y simple parece que, en la medida que supondría una disminución de la protección social, no sería aceptada por la sociedad ni sería muy acorde con los textos normativos internacionales que hablan siempre de ampliar y mantener (50); pero tampoco debe descar-

(47) Por esto no es de extrañar que para los funcionarios integrados en MUFACE, el subsidio de defunción esté indexado según la edad del fallecido.

(48) Puede verse un resumen de los datos sociológicos en ROCA TRIAS, E. (artículo citado).

(49) Publicado por el Centre d'étude des revenus et des coûts (CERC), 3, Bd. Latour-Maubourg, París, 1991.

(50) Así la Carta Social Europea, ratificada por España en 1980, en su artículo II-12, aunque sus efectos prácticos son muy distintos según los países, a decir de LYON-CAEN: *Droit Social International et Européen*, París, 1985, los Países Bajos son el único país en el que la viuda y los hijos están eficazmente protegidos.

tarse absolutamente: De hecho, algunos autores han criticado la equiparación de los viudos a las viudas por haberse extendido la superprotección que disfrutaban «injustificadamente» estas últimas (López Tarruella-Viqueira, Gonzalo González). La segunda opción es la reforma de la normativa que regula esta prestación. El sentido de esta modificación dependería de la posición que adoptemos en dos temas clave: Qué trascendencia debe tener la familia, la pareja, en el Sistema de Seguridad Social, y qué modelo de Seguridad Social (contributivo o asistencial) queremos fomentar.

3.1. La pareja y su desaparición como contingencia.

Hemos visto antes cómo la pareja era contemplada de muy distintas formas en nuestro Sistema de Seguridad Social. En algunas prestaciones la existencia de la misma es considerada como una situación de necesidad a tutelar (por ejemplo, Revalorización de pensiones); pero también sabemos que se la ignoraba en otras o que se han derogado normas que la tutelaban anteriormente (por ejemplo: Asignación familiar por esposa a cargo). Y quien dice la pareja, dice cualquier familiar conviviente. Existen dos tendencias contrapuestas: Considerar que la convivencia supone dependencia, carga, y, por tanto, necesidad (51); o considerar la convivencia como economía de escala que resulta beneficiosa para los convivientes (52). Hoy en día ambas tendencias se entrecruzan en nuestro Sistema de Seguridad Social de forma contradictoria como hemos visto en la primera parte de este estudio.

Mi posición es algo contraria tanto a las consideraciones de dependencia como a las de economía de escala: Me parece que debe simplificarse este galimatías de relaciones familiares que condiciona a las prestaciones; que ofrece cálculos perversos sobre si convivir con un suegro es mejor que con un padre, con un padre -anciano- mejor que con un abuelo -más anciano aún-, etc. Opino que deberíamos considerar más bien a las personas y a sus derechos sin condicionarlos a otras personas, y me alarma a este respecto el descrédito práctico del artículo 12 de la Constitución: «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años» (53).

Mi opinión tampoco es favorable a la consideración de la familia como un beneficio por la «economía de escala» que supone la convivencia. Doy por reproducido todo lo que se ha escrito alrededor de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989 sobre la capacidad tributaria y la familia, y destaco dos notas:

- (51) Un argumento en contra de esta consideración se encuentra en la mala situación en que se hallan las familias monoparentales, de entre las cuales, las viudas son las mejor protegidas. Vid. DUSKIN, E., *Les resources des familles monoparentales, un cercle vicieux*, en *Revue Belge de Sécurité Sociale*, septiembre-octubre de 1988.
- (52) Estas tendencias se superponen a las que señala GONZALEZ RABANAL, M.C.: *Los problemas de la Seguridad Social española*, Madrid, 1991, pág. 41. Una concepción integral del núcleo familiar del trabajador y una concepción individualizada de cada uno de los elementos que constituyen dicho núcleo familiar.
- (53) Sobre las prestaciones personalizadas y familia, vid. MEIL, G.: *Seguridad Social y familia*, en *Revista de Seguridad Social*, n.º 42, 1989; GORDON, G.: *La política de Seguridad Social en los países industrializados*, Madrid, 1990; y el informe de la Organización Internacional del Trabajo: *De la pirámide al pilar de población*, Madrid, 1990.

a) Si se configura la viudedad como compensadora de la pérdida de la economía de escala, habría que gravar más (aumentando su cotización o disminuyendo sus prestaciones) a quien empezara a convivir.

b) Existiría idéntica economía de escala, sea cual fuese la razón de la convivencia: Afectividad, conveniencia, estudios, fundar un convento o vivir en un cuartel. La pérdida de ingresos de los que participaban los convivientes -en el caso de fallecimiento de uno de ellos- será equivalente. Diferenciar según el grado de relación afectiva es tan resbaladizo como hacerlo según el sexo de los convivientes, la mono o policonvivencia, la capacidad procreativa o su ejercicio efectivo. Todos estos factores son irrelevantes desde el punto de vista de la pérdida de ingresos compartidos.

El Consejo de Europa recomendó a España «un reconocimiento de los derechos de Seguridad Social sobre base individual teniendo en cuenta las características de cada uno de los beneficiarios» y, como reconoce Gonzalo González, B. (54), «nada importante se ha hecho en este sentido por el legislador nacional», y sigue: «El consuelo es que el resto de los ordenamientos nacionales europeos comparados, con muy pocas excepciones, tampoco ofrecen grandes progresos a este respecto».

3.2. *El modelo de Seguridad Social.*

Nuestro Sistema de Seguridad Social es de tipo mixto: Quiérese decir con ello que coexisten las tendencias asistenciales, impulsadas a partir del artículo 41 de la Constitución (55), y las tendencias contributivas tradicionales (56). Siendo imposible -y desaconsejado por la propia OIT- cambiar radicalmente el Sistema (57), es por medio de las reformas parciales, como la que nos planteamos ahora, que se va a reforzar uno u otro carácter.

1. Si optamos por mantener los elementos contributivos -contra el mandato del art. 41 CE, pero siempre es posible justificarlo- entonces el camino es la libre designación de los beneficiarios: Cualquier persona, incluidos los «familiares de hecho», no tendría ningún problema para ser designada beneficiaria, porque es propio de la concepción contributiva el considerar que el derecho generado por las aportaciones del causante está a su libre disposición.

(54) En: *La influencia en la legislación española de los instrumentos internacionales sobre Seguridad Social del Consejo de Europa*, Relaciones Laborales, n.º 12, 1991, pág. 114.

(55) Que recoge lo expresado en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (ONU, 1948): «Toda persona tiene derecho a ... seguridad en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez, o en los demás casos de pérdida de sus medios de subsistencia como consecuencia de circunstancias independientes de su voluntad».

(56) Que no dejan de ser recomendadas internacionalmente: *Vid.* Informe de la OCDE en Actualidad Socio-Laboral, Organización Internacional del Trabajo, núms. 3 y 4, 1989.

(57) Sobre los Sistemas de Seguridad Social y su posible reforma, *vid.* GONZALO GONZALEZ, B.: *Examen general de la financiación de la Seguridad Social ...*, Revista de Seguridad Social n.º 36, octubre-diciembre de 1987.

Deberíamos afrontar algunos problemas, como quién es el beneficiario en ausencia de designación, y, por otra parte, cabría aceptar cualquier designación. Los especialistas en Derecho Civil nos pueden ilustrar con muchos ejemplos de cómo coexisten la aspiración a la libre designación de herederos y legatarios y, a la vez, la resistencia a la abolición de las legítimas. La libre designación incluye el preferir a un -aparentemente- desconocido frente a la familia. En el ámbito laboral este tipo de problemas ya se plantea con una cierta frecuencia, ya que se ha generalizado en los convenios colectivos el establecimiento de seguros de vida, financiados muchas veces paritariamente, y en algunos de los cuales se establecen beneficiarios en defecto de designación expresa, que a veces se han expresado como los que lo fuesen de las prestaciones de viudedad y orfandad (58).

2. Si optamos por un modelo asistencial de Seguridad Social debemos entonces conceder la prestación a quien se halle en estado de necesidad y sólo mientras se halle en él, sea condicionando de entrada la concesión de la prestación, sea presumiéndolo durante un período inicial -prestación temporal- (59) y condicionando su prórroga a la demostración del estado de necesidad que se tipifique. Pero entonces, dado que un Sistema de Seguridad Social es -o debería ser- una tutela coordinada ante todas las contingencias que tienda a evitar tanto las lagunas como las duplicidades de protección, la definición del estado de necesidad ya no es enteramente libre sino que deberá insertarse en el conjunto del sistema de protección y tener en cuenta si la falta de ingresos se tutela ya, y en qué medida, por otras prestaciones, puesto que, en ausencia de una prestación puede percibirse quizás otra que contemple una contingencia similar, o la contingencia de no tener recursos suficientes (60), o puede darse la simple ausencia de toda prestación. Y es así que podremos entender que en Alemania históricamente, y hoy en día, no se concedan prestaciones al cónyuge sobreviviente ya que se le tutela a través de las prestaciones por invalidez, vejez y renta mínima garantizada (61).

Es en una perspectiva asistencial que tiene sentido el inventario -parcial- que hemos realizado al iniciar este análisis. Cuando argumentemos que la situación de necesidad de la familia de hecho es igual a la familia matrimonialmente formalizada, habrá que examinar cómo se tutelan ambas situaciones en el conjunto del Sistema de Seguridad Social y las contradicciones que en el mismo se dan. Debemos además dar un paso más: Contemplar el conjunto del ordenamiento jurídico; en primer lugar, porque una política familiar o asistencial tiene siempre varios instrumentos a su alcance: Junto a la Seguridad Social existen los instrumentos fiscales, las subvenciones y también el Derecho Civil, todo lo cual puede dar lugar a contradicciones en nuestras definiciones de la necesidad que queremos tutelar. Por ejemplo, el derecho de alimentos se incluye entre los ingresos a computar, un derecho que no es siempre de libre ejercicio

(58) En estos seguros de vida un conflicto entre cónyuges o parejas de hecho se enardece por la elevada cuantía en juego.

(59) Sobre la irracionalidad de la pensión vitalicia española de viudedad, *vid.* GARCIA RODRIGUEZ, I. (*op. cit.*), nota 44 en pág. 319.

(60) La Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1991 (Fundamento Jurídico 3.º) menciona como posible alternativa de tutela para las parejas de hecho «viudas» la protección dispensada por la Ley 26/1990, de Pensiones no Contributivas.

(61) *Vid.* GORDON, M. (*op. cit.*), y *Cuadros comparativos de los regímenes de Seguridad Social*, publicados por la Comisión de la Comunidad Económica Europea.

puesto que algunas regulaciones subrogan a la Administración en el ejercicio del mismo (siendo la prestación un adelanto de lo que se obtenga por este concepto); pero se nos podrá oponer que quienes no quisieron que se les aplicara el deber de exigirse compartir sus ingresos (alimentos, ayuda y socorro mutuo entre cónyuges), no pueden alegar que sufren necesidad por la pérdida de estos ingresos, porque no puede perderse lo que antes no podían pedir (62).

Y por supuesto, es posible una opción mixta, como es el caso de Francia en donde coexisten:

a) Prestaciones por fallecimiento de base contributiva, una en forma de pago único (90 días del salario cotizado) y una pensión de «reversión» que, aunque diferenciada según situación familiar y edad, se calcula en función de los derechos «adquiridos», «del capital representativo de su pensión» por el cónyuge a una pensión futura de jubilación, y

b) Una pensión de viudedad de base asistencial, decreciente y condicionada a la existencia de una situación de necesidad. La primera prestación (la de pago único) es pagada también al «concubino/a» mientras que las demás sólo a la «viuda» (63).

4. Conclusiones.

Mis opiniones sobre el tema pueden resumirse así:

a) La prestación de viudedad tiene cada vez más difícil su justificación como prestación vitalicia y sin ningún condicionante más que permanecer en situación de viudedad.

b) La ampliación a la familia de hecho no puede hacerse para esta sola prestación sino en relación con otras, y contemplando también al resto del ordenamiento jurídico (fiscal, civil, etc.) (64).

c) Debe potenciarse el que la evaluación de la necesidad se haga personalmente a cada sujeto cuando se trate de otorgar prestaciones que son derechos subjetivos; de forma que no se trate de ofrecer consecuencias iguales a situaciones distintas (pareja de hecho-pareja matrimonial) sino una protección igual a cada persona en igual situación jurídica y real de necesidad.

(62) Y no simplemente porque se hallen fuera de la ley: Coincido en esto con la opinión de LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Convivencia «more uxorio»: Estipulaciones y presunciones*, en «Centenario del Código Civil (1889-1989)», Madrid, 1990, pág. 1.061.

(63) Vid. LESCOT, B.: *Legislation du travail-Sécurité Sociale*, París, 1990; y CRESPAU, N.: *Dossier veuvage*, en «50», Février 1991. En Canadá (y en el régimen equivalente en Québec) existe también un sistema mixto. Vid.: CRIJNS, LHJ. ET ALTRI: *La Sécurité Sociale aux Etats Unis et au Canada*, RBSS, n.º 8-9 (1989).

(64) En los beneficios y en las obligaciones, pues, se puede añadir el argumento de que también se trata de evitar un pseudoanarquismo insolidario que «pasa» del Estado o de las obligaciones civiles sólo cuando las normas le hablan de contribuir, pero no cuando con ellas algún beneficio puede pedir.