

**SUPUESTO PRÁCTICO. SEGURIDAD SOCIAL:
MUERTE Y SUPERVIVENCIA**

**Núm.
23/95**

TRABAJO EFECTUADO POR:

ÁNGEL CEA AYALA

*Letrado de la Administración de
la Seguridad Social*

Sumario:

- Consideraciones previas.

- Enunciado.

- Solución:
 1. Planteamiento general.
 2. Sujeto causante.
 3. Solicitud de las prestaciones.
 4. Contingencia causante del fallecimiento: accidente o enfermedad común.

5. Prestaciones.

5.1. Auxilio por defunción.

5.2. Pensión de viudedad.

5.3. Pensión de orfandad.

5.4. Prestación y subsidio temporal en favor de familiares.

5.5. Otras prestaciones de Seguridad Social.

6. Documentación.

CONSIDERACIONES PREVIAS:

A continuación se publica un supuesto práctico referido a las prestaciones de Seguridad Social por muerte y supervivencia.

Las soluciones planteadas no responden a principios incontrovertibles e inmutables y pueden ser matizadas y enfocadas desde diferentes perspectivas, más aún si el supuesto de hecho se contempla con diversa interpretación de alguno de sus elementos, o más directamente si se contempla alguna variación en los mismos.

Al efecto de que puedan estudiarse con mayor profundidad algunas cuestiones planteadas se incluyen referencias jurisprudenciales y doctrinales dignas de mención.

ENUNCIADO

Don Francisco, nacido el 3 de julio de 1939, está afiliado y en alta en la Seguridad Social, Régimen General, al desarrollar sus funciones como Ingeniero en una empresa del sector de la construcción, funciones que venía desarrollando sin interrupción desde el año 1965 a la actualidad.

Los ingresos que percibe alcanzan las 400.000 pesetas mensuales, incluyendo todos los conceptos y cotizando a la Seguridad Social.

En el año 1959 contrajo matrimonio con doña María, con la que tuvo un hijo, nacido el 1 de febrero de 1961.

La convivencia entre ambos cónyuges se interrumpe y finaliza en diciembre del año 1967. A partir de esa fecha, don Francisco inicia una relación de convivencia con doña Josefa, hasta diciembre del año 1982, momento en que se inician los trámites de divorcio con la presentación de la correspondiente demanda, ante el Juzgado de Familia de la ciudad de Madrid. Tal procedimiento, tras numerosas vicisitudes procesales, finalizó en Sentencia con fecha 4 de abril de 1985, quedando disuelto el matrimonio de pleno derecho.

Con fecha 1 de enero de 1986, don Francisco contrae matrimonio con doña Josefa en el Juzgado de Móstoles. Dos años más tarde (el 3-3-1988) nace Pedro, hijo de ambos.

El 2 de diciembre de 1994 fallece don Francisco, tras una penosa y larga enfermedad del SIDA por una transfusión sanguínea.

Doña Josefa trabaja en una tienda de su propiedad, encontrándose dada de alta como autónomo.

Don Francisco y doña Josefa habían adoptado legalmente en el año 1994 a una niña, María, que en la actualidad tiene 7 años.

Don Francisco había cotizado ininterrumpidamente durante todo este período de tiempo a la Seguridad Social por la base máxima.

Junto a don Francisco, su mujer y sus dos hijos, convivía la madre de aquél, de 90 años, viuda, que percibía una pensión en cuantía mínima, cuyo montante global para el año 1995 asciende a la cantidad de 716.520 pesetas/año, por tener aquella más de 65 años. La madre de don Francisco tenía otros dos hijos, Vicente, soltero, en posición desahogada con más de 7.000.000 brutos anuales de ingresos declarados a Hacienda, y José Luis, soltero de 50 años, que realizaba trabajos ocasionales, con ingresos ínfimos y que a veces convivía también con la unidad familiar de don Francisco.

Con fecha de 5 de enero de 1995 se solicita del Instituto Nacional de la Seguridad Social el pago de las prestaciones por muerte y supervivencia.

Doña Josefa solicita la prestación de viudedad y auxilio por defunción, y la prestación de orfandad de sus dos hijos, Pedro y María, y la madre de don Francisco, así como su hermano, José Luis, prestación en favor de familiares.

Doña María (primera mujer) presentó el día 12 de enero de 1995 solicitud ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social, con el fin de que se abonara la prestación de viudedad, en función del tiempo de matrimonio con su ex marido.

CUESTIÓN A RESOLVER:

Prestaciones de Seguridad Social a que tendrían derecho los sobrevivientes originadas por el fallecimiento de don Francisco.

SOLUCIÓN

PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL A QUE TENDRÍAN DERECHO LOS SOBREVIVIENTES, ORIGINADAS POR EL FALLECIMIENTO DE DON FRANCISCO.

1. Planteamiento general.

La Ley General de la Seguridad Social en su actual redacción prevé en los supuestos de fallecimiento una serie de prestaciones económicas. Así el artículo 171 contempla entre aquéllas y para el caso de muerte:

- 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.

El referido precepto aparece desarrollado por los artículos 172 relativo a los sujetos causantes; 173 auxilio por defunción; 174 pensión de viudedad; 175 pensión de orfandad; 176 prestaciones en favor de familiares, y 177 sobre indemnización a tanto alzado.

Tales principios de carácter general fueron en su día objeto de un importante desarrollo normativo a través 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 en el Régimen General de la Seguridad Social, sin perjuicio de algunas modificaciones y especialidades introducidas en otros supuestos para los distintos Regímenes Especiales de la Seguridad Social (véase el Régimen Especial Agrario, Trabajadores del Mar, Trabajadores Autónomos, Empleados del Hogar y Minería del Carbón).

2. Sujeto causante.

¿Estamos ante una persona que reúna los requisitos de causante de pensiones de la Seguridad Social?

Para apreciar la existencia de tal requisito, imprescindible para causar pensión de Seguridad Social en el Sistema español hay que acudir al artículo 172 del texto de la Ley General de la Seguridad Social que considera como tales a las personas integradas en el Régimen General que se encuentren afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida (núm. 1 del art. 124 del mismo texto). Al mismo tiempo tendrán la consideración de causantes los perceptores del subsidio por incapacidad temporal y los pensionistas por invalidez permanente y jubilación, ambas en su modalidad contributiva.

Don Francisco trabajaba ininterrumpidamente desde el año 1965 hasta 1994, fecha de su fallecimiento, como ingeniero en una empresa del sector de la construcción que cumplía con sus obligaciones en materia de Seguridad Social. Se encontraba afiliado y en alta y cotizaba regularmente por el grupo 1 de cotización para licenciados e ingenieros, sin que existan descubiertos ocasionales o totales.

3. Solicitud de las prestaciones.

Otra cuestión se plantea sobre la necesidad de previa solicitud de las prestaciones de Seguridad Social derivadas del fallecimiento del causante. Tales prestaciones no se abonarán de oficio, sino tras la correspondiente solicitud por parte del o de los beneficiarios, tramitándose el correspondiente expediente que finaliza por resolución administrativa, concediendo o denegando aquella y contra la que cabe el planteamiento de reclamación administrativa previa a la vía judicial de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 71 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral.

No obstante, las prestaciones por muerte y supervivencia, a excepción del auxilio por defunción, son imprescriptibles, es decir, que pueden solicitarse en cualquier momento, si bien los efectos económicos quedarán limitados a los tres meses anteriores a la solicitud en función de lo contenido en el artículo 178 de la Ley General de la Seguridad Social.

En el presente supuesto no se plantearía aquel problema al haberse solicitado la prestación dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento del causante acaecido el 2 de diciembre de 1994, en concreto los días 5 y 12 de enero de 1995, respectivamente, por lo que sería plenamente de aplicación el contenido del artículo. La fecha de efectos económicos sería entonces el 3 de diciembre de 1994.

La solicitud deberá presentarse dirigida al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Entidad Gestora encargada del reconocimiento de las prestaciones de la Seguridad Social.

4. Contingencia causante del fallecimiento: accidente o enfermedad común.

La discusión tiene trascendencia práctica en cuanto a los períodos de carencia exigidos para causar la prestación, ya que si bien para los supuestos de accidente laboral o no, no se exige cotización previa, aquélla resulta imprescindible si consideramos que se trata de enfermedad común (500 días en los cinco años anteriores al hecho causante) como se deduce del contenido del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 7.º de la Orden de 13 de febrero de 1967. Aunque en el presente supuesto no se plantea aquel problema, ya que el causante reunía, con creces, el período de cotización de 500 días dentro de los cinco años anteriores al hecho causante (año 1965 a diciembre de 1994) conviene, en relación con la calificación de la contingencia, que veamos las soluciones que pueden adoptarse en relación a la naturaleza del SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida). Para ello resulta sumamente ilustrativa la doctrina del Tribunal Supremo enunciada a través del recurso de casación para unificación de doctrina. De aquélla se deduce lo siguiente:

«Aun con un criterio amplio, representado por la concepción de accidente como un suceso imprevisto y desgraciado del que resulta un daño, no podría llegarse a la conclusión que postula el recurrente; dada la divulgación, que desde años viene realizando con referencia a la enfermedad indicada como causa del fallecimiento del esposo de la demandante, no puede desconocerse que un padecimiento como el examinado es debido a un cuadro nosológico adquirido por una vía normal de contagio, que siempre es contingente por naturaleza, que se va desarrollando independientemente del hecho inicial al que se pretende atribuir la consecuencia, porque siendo externo, por lo que el ulterior desarrollo de la enfermedad, tardío, perezoso, hasta llegar al resultado fatal, no puede catalogarse como repentino en cuanto al óbito al que se llega; es una enfermedad que se adquiere y lentamente conduce al desgraciado final que no puede reputarse ni repentino, ni imprevisto, sin cabida en los conceptos que los artículos 84 y 85 de la Ley General de la Seguridad Social (1) presentan». Sentencia de 2 de junio de 1994 (rec. núm. 3276/93) y 25 de enero de 1995 (rec. núm. 1828/94).

No puede por tanto constituir accidente no laboral, al amparo de los razonamientos de la propia Sala del Tribunal Supremo, sino enfermedad común.

5. Prestaciones.

A continuación pasaremos a efectuar un análisis detallado sobre las distintas prestaciones que podrían causarse en este supuesto concreto.

(1) En la actualidad, artículos 115 y 116 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

5.1. Auxilio por defunción.

La Orden de 13 de febrero de 1967, concede tal prestación en cuantía de 5.000 pesetas, a todas luces escasa y que requiere una actualización en función del carácter de aquélla como prestación de pago único que se otorga con el fin de sufragar los gastos de sepelio ocasionados a los familiares. En este caso, el pago correspondería a la segunda mujer del causante, doña Josefa, que abonó directamente aquéllos, si bien podría otorgarse a persona distinta que los hubiera satisfecho (véanse arts. 5.º y 6.º de la Orden de 13-2-1967).

Conviene destacar aquí, el que la jurisprudencia se haya manifestado expresamente en contra de que la cuantía pueda aumentar o disminuir en función de una decisión judicial. Así los argumentos esgrimidos son del siguiente tenor:

«Sí en cambio ha de ser acogido... que el artículo 6.º de la Orden de 13 de febrero de 1967, limita el subsidio de defunción a un máximo de 5.000 pesetas y la misión de los jueces es aplicar las normas jurídicas, y en su caso interpretarlas en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en el que van a ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad; lo que en ningún momento puede conducir a que los jueces puedan 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 supuestos 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.» (Tesis mantenida por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid).

5.2. Pensión de viudedad.

5.2.1. Reparto de la pensión entre cónyuge y ex cónyuge del causante.

El problema se plantea, fundamentalmente, en la distribución de la pensión de viudedad entre el cónyuge y el ex cónyuge del causante.

Como punto de partida, parece evidente que las dos tienen derecho a percibir la pensión del causante. Así el artículo 174.2 y 3 del vigente texto de la Ley General de la Seguridad Social, determina que: «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, quedando sin efecto los derechos anteriores en los supuestos del artículo 101 del Código Civil.»

El legislador ha refundido las normas contenidas en la disposición adicional décima (normas 3.ª y 5.ª) de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinó en su día el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Sin perjuicio de las posibles modificaciones que convendría introducir, y a las que nos referiremos más adelante, parece necesario plantear en sus justos términos el problema.

La duda a la vista de los anteriores preceptos se plantea en función de aquellos casos, como el presente, en que antes del divorcio se ha producido una unión *de facto* entre el causante y el actual cónyuge. Por tanto, la discusión doctrinal y práctica se centra en determinar si se debe tomar como punto de referencia, para efectuar la distribución de la pensión, la duración real del matrimonio legalmente constituido o, por el contrario, los tiempos reales de convivencia efectiva.

La jurisprudencia emanada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este aspecto, entre otras, a través de la reciente resolución dictada en unificación de doctrina de 15 de marzo de 1993, recurso número 1712/93:

«La norma 1.^a de la mencionada disposición adicional no instaura -ni tenía por qué hacerlo- el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge superviviente que al momento del hecho causante mantuviera su matrimonio constante y normal. Tal derecho se hallaba legalmente consagrado con anterioridad a la entrada en vigor de la ley a que tal artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social se refiere. La finalidad de la aludida norma 1.^a fue reconocer derecho a la mencionada pensión, bien que bajo determinados límites, en favor de quien, habiendo sido cónyuge del causante, hubiera dejado de serlo por divorcio o de quien, manteniendo tal condición, se hallase separado, cualesquiera que hubieran sido las causas determinantes del divorcio o de la separación. El derecho en favor del divorciado se estableció *ex novo*, siendo oportuno el marco normativo en el que su reconocimiento se insertaba, ya que era el que introdujo el divorcio. La citada norma 1.^a, aun no instaurando, según se ha dicho, el derecho del cónyuge superviviente en el que concurrían las circunstancias indicadas, produjo, con relación a supuestos en los que hubiera mediado matrimonio anterior disuelto por divorcio, ciertas consecuencias negativas para aquél, en tanto que, por ser única la pensión de viudedad, la correspondiente al viudo había de quedar minorada en la porción que debía asignarse al divorciado. Tal incidencia negativa quedó reducida a lo expuesto; el derecho del viudo, salvo en lo expuesto, seguía siendo pleno como sin límite alguno derivado de la duración que hubiera alcanzado su convivencia matrimonial, pues la regla de proporcionalidad que establece la norma 3.^a se refiere exclusivamente al divorciado y al separado; no al viudo con matrimonio normal. Ello es así porque dicha norma 3.^a reduce su mandato a establecer los límites del derecho que reconoce a aquéllos la norma 1.^a, haciéndolo en mandato único, lo que excluye que pueda entenderse comprendida en su previsión la concurrencia del viudo, dado que, por definición, es imposible en el caso del separado, lo que impide entender al ser también uniforme el precepto, que con relación al divorciado comprenda implícita tal concurrencia. Por otra parte, en lo que atañe a este último, es posible e incluso frecuente que, producido el divorcio, no se hubiera celebrado un posterior matrimonio. Pero es que, además, la literalidad de dicha norma 3.^a no conduce a entender que incluya previsión del fenómeno indicado de concurrencia, dado que la mención que contiene a "quien sea o haya sido cónyuge legítimo" debe entenderse referida al separado y al divorciado, respectivamente, como lo demuestra la frase que cierra el mencionado precepto, relativa a que lo que dispone es "con independencia de las causas que hubiera determinado la separación o el divorcio".

Los límites que sanciona la norma 3.^a consisten en que la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado -único que ahora importa- es la proporcional al período de su convivencia matrimonial con el causante. Se establece así un módulo temporal de referencia, en el que se inserta el período de convivencia matrimonial, el cual, con relación a tal módulo, permite obtener la proporción que establece el precepto. Tal módulo temporal de referencia no puede ser otro que el formado por un período que se inicia con el matrimonio que después quedó disuelto por el divorcio y que finaliza en la fecha en que muriera el causante. La ley contempla el lapso temporal que hubiera alcanzado el matrimonio de no haberse truncado por el divorcio. No cabe entender, contra lo expuesto, que la norma 3.^a contempla períodos correspondientes a matrimonios sucesivos, para establecer, con relación a ellos, la debida proporción. No es así, dado que, como se ha razonado, la citada norma 3.^a no regula en manera alguna supuestos de concurrencia de personas con derecho compartido respecto a una misma pensión de viudedad.

Lo hasta ahora razonado pone de relieve cuál es la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado, consistente en la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante, actuando como módulo temporal de referencia el período que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante. Por su parte, el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último. No importa, a los fines de determinar la parte de pensión que corresponde al cónyuge supérstite, que hubiera o no precedido a su matrimonio una convivencia de hecho. Esta circunstancia es ajena a la previsión legal, siendo, por tanto, inoperativa al respecto.»

La Sentencia de 10 de abril de 1995, en recurso 1809/93, es sin duda más clara en cuanto a la solución adoptada para un supuesto semejante al planteado ahora.

Por tanto y resumiendo la doctrina emanada del Tribunal Supremo, el cónyuge divorciado únicamente tiene derecho a la parte de la pensión de viudedad que en relación con el importe del total guarde «igual proporción que la que exista entre el tiempo en que duró su convivencia marital con el causante estando vigente su matrimonio, y el lapso temporal transcurrido entre la fecha en que se celebró tal casamiento y el día del fallecimiento de éste.

Siendo claro, dadas las expresiones y términos de la norma 3.^a de la disposición adicional décima, que no se computa a estos efectos el tiempo en que esos cónyuges ya no conviven y a pesar de que el vínculo matrimonial todavía continuase vivo algunos años, hasta que se disolvió mediante la pertinente sentencia de divorcio». (S. 10-4-1995 TS).

La base reguladora de las prestaciones por muerte y supervivencia del causante se obtendrá dividiendo entre 28 la suma de las bases de cotización de aquél durante el período ininterrumpido de 24 meses naturales elegido por el beneficiario dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Éste, se supone, elegirá, por ser más favorable, el período inmediatamente anterior al fallecimiento (24 meses).

Don Francisco trabajó para la misma empresa que cotizó por la base máxima en aquel período; Grupo 1.º de cotización (Ingenieros y Licenciados):

Año 94	→	(394.950 ptas. x 11 meses)	3.849.450 ptas.
Año 93	→	(338.130 ptas. x 12 meses)	4.057.560 ptas.
Año 92	→	(321.420 ptas. x 1 mes)	321.420 ptas.
			8.228.430 ptas.

$$\frac{8.228.430}{28} = 293.873 \text{ ptas.}$$

La base reguladora de las prestaciones será la de 293.873 pesetas.

A la referida base se le aplica el 45 por 100 para obtener la pensión de viudedad

$$293.873 \times 45\% = 132.243 \text{ ptas.}$$

La pensión, así obtenida, deberá repartirse entre doña María y doña Josefa en proporción al tiempo de convivencia de cada una de ellas con el causante y teniendo en cuenta, según se ha señalado en el planteamiento del supuesto, que:

- El sujeto causante (don Francisco) contrae el primer matrimonio en el año 1959 con doña María, conviviendo con ella hasta diciembre del año 1967.

A partir de esa fecha inicia el período de convivencia con doña Josefa.

- En diciembre de 1982 inicia los trámites del divorcio, dictándose la sentencia correspondiente en 1985, tras lo cual contrae segundas nupcias con doña Josefa el 1 de enero de 1986, conviviendo con ella hasta su fallecimiento el 2 de diciembre de 1994.

Por tanto:

A) Tiempo de convivencia con doña María:

$$27 \text{ años (de 1959 a 1985)} \rightarrow 27 \times 365 \text{ días} = 9.855 \text{ días}$$

B) Tiempo de convivencia con doña Josefa:

8 años, 11 meses y 2 días (de 1-1-1986 a 2-12-1994) → 3.256 días

Total tiempo convivido: 9.855 + 3.256 = 13.111 días

Si en 13.111 días	—————	100% de la pensión
en 9.855 días	—————	X

$X = 75'1658\%$ (% tiempo convivido con doña María)

Si en 13.111 días	—————	100% de la pensión
en 3.256 días	—————	X

$X = 24'834\%$ (% tiempo convivido con doña Josefa)

Pensión de viudedad para doña María:

$132.243 \text{ ptas.} \times 75'1658\% = 99.402 \text{ ptas./mes}$

Pensión de viudedad para doña Josefa:

$132.243 \text{ ptas.} \times 24'834\% = 32.841 \text{ ptas./mes}$

La pensión de viudedad es única y sólo puede considerarse como un todo indivisible, aseveración hecha por el propio Tribunal Supremo quien, al pronunciarse sobre complementos por mínimos en supuestos de varios beneficiarios y en relación con esta prestación (Ss. de 30-3-1994 -rec. núm. 2233/93- y 27-9-1994 -rec. núm. 2017/93-) señala:

«La pensión de viudedad es considerada, a efectos de complementos por mínimos, como una sola pensión. La pensión de viudedad es una prestación de carácter contributivo, regulada con carácter único, y por consiguiente, la distribución de esta prestación entre diversos beneficiarios con arreglo al tiempo vivido con el causante no multiplica las prestaciones de viudedad, sino que distribuye una sola prestación entre varios beneficiarios, por lo que los mínimos garantizados en diversos Decretos... afectan a la prestación y no a cada uno de los beneficiarios».

Para finalizar apuntamos la conveniencia de reformar la pensión de viudedad con el fin de que, en casos como el ahora discutido, tan sólo tuviera derecho a ella el cónyuge actual.

5.3. Pensión de orfandad.

Analizando el supuesto de hecho planteado, vemos que el causante en el momento de su fallecimiento tenía tres hijos. Uno del primer matrimonio nacido el 1 de febrero de 1961, y que por tanto en el momento del hecho causante contaba con 33 años y dos del segundo matrimonio, uno de 6 años, y otro adoptado por el mismo y su actual mujer, de 7 años (adoptado plenamente en el año 1994).

Parece, a la vista de lo anteriormente expuesto, que tan sólo tendrían derecho a la prestación de orfandad los hijos menores de 18 años, quedando excluidos legalmente los mayores de dicha edad a no ser que se encuentren incapacitados para el trabajo. Así, la reciente Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León con sede en Burgos, de 17 de julio de 1995 (rec. núm. 995/94) en esta línea señala:

«El citado artículo 16.1 y... de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, preceptos estos que establecen que el derecho a la pensión de orfandad estará condicionado a que el beneficiario no haya cumplido 18 años de edad o que, aun habiendo alcanzado dicha edad, esté incapacitado para el trabajo».

Por tanto, el hijo mayor de don Francisco de 33 años quedaría excluido de la prestación.

Por lo que respecta al hijo adoptado conviene efectuar las siguientes argumentaciones jurídicas con el fin de aclarar el tema planteado. La Orden de 1967, norma reglamentaria a la que hay que remitirse de acuerdo con lo dispuesto en el vigente artículo 175 de la Ley General de la Seguridad Social, señala en su artículo 16.2 que tendrán derecho a la pensión de orfandad «los hijos adoptivos del causante, siempre que la adopción hubiera tenido lugar con dos años de antelación, al menos, a la fecha del fallecimiento de aquél».

Tal precepto debe relacionarse con el Código Civil que recoge la regulación expresa de la adopción. De esta forma el artículo 178 del Código Civil señala que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior.

Las resoluciones de los Tribunales se han pronunciado abiertamente, y en la mayoría de los casos, contra la exigencia del requisito de los dos años para los hijos adoptivos. Veamos y por sólo citar un ejemplo, la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de 28 de noviembre de 1990 (rec. núm. 97/89).

Sentencia de 28 de noviembre de 1990. Andalucía/Granada.

«ÚNICO. Frente a la sentencia de instancia, que reconoce derecho a la prestación de orfandad en favor de un hijo adoptivo, pese a que el hecho de la adopción se produjo dentro de los dos años anteriores al fallecimiento del causante, se formula el presente recurso, denunciando interpretación errónea del artículo 14 de la Constitución y del artículo 108 del Código Civil, así como ina-

plicación del artículo 16.2 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, pero tal crítica no puede ser compartida, ya que aunque el artículo 16 de la Orden citada impone como requisito para que los hijos adoptivos puedan acceder a la pensión de orfandad el de que la adopción haya tenido lugar con dos años de antelación a la muerte del causante, tal precepto ha de entenderse derogado por el artículo 14 de la Constitución, que veda toda posibilidad de discriminación por razón de nacimiento, y en contra de la tesis del recurrente, que trata de justificar la desigualdad en la evitación de fraudes a la Seguridad Social, hay que afirmar que tal discriminación se produciría de seguir su criterio, por cuanto el artículo 108 del Código Civil establece que la afiliación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva surten los mismos efectos y el artículo 39 de la Constitución dispone que los hijos son todos iguales ante la ley con independencia de su filiación, por lo que matizar cualquier distinción, fuera cual fuese la razón que la avale, contraría los principios constitucionales expuestos y tiene que ser rechazada, y como ésta ha sido la línea seguida por la sentencia que se recurre, se impone lógicamente su total confirmación.»

Por lo tanto, estamos ante un tema controvertido, si bien parece más acorde con la realidad jurídica la solución adoptada en las resoluciones judiciales, cuyos argumentos hemos expuesto, pese a lo cual, y siguiendo el tenor literal de las normas, consideraremos a efectos de la resolución del supuesto que el hijo adoptado no causa derecho a pensión de orfandad dado que la adopción se ha producido en el mismo año del fallecimiento y no con dos años de antelación.

Así, a la vista de lo expuesto, tendría derecho a la pensión de orfandad el hijo de 6 años en la cuantía de 58.775 pesetas/mes, cantidad obtenida tras el siguiente cálculo:

Base reguladora de la pensión de orfandad x 20% → 293.873 x 20% = 58.775 ptas./mes (teniendo derecho al percibo de 12 mensualidades ordinarias más 2 extraordinarias).

5.4. Prestación y subsidio temporal en favor familiares.

Don Francisco al fallecer, aparte de otros familiares, contaba con su madre y su hermano.

Su madre de 90 años convivía con aquél, percibiendo una pensión de la Seguridad Social en cuantía mínima, cuyo montante para el año 1995 ascendía a 716.520 pesetas anuales.

El hermano de don Francisco, José Luis, soltero de 50 años, realizaba trabajos ocasionales con escasos ingresos y convivía en pequeños períodos de tiempo con la familia y en el domicilio de don Francisco.

El problema se plantea a raíz de la petición formulada por aquéllos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, para que le fueran concedidas las correspondientes prestaciones en favor de familiares.

Efectuado el anterior planteamiento resulta necesario acudir al actual marco legislativo. De esta forma el artículo 176 de la Ley General de la Seguridad Social, al referirse a tales prestaciones se remite a las normas reglamentarias de desarrollo. La Orden de febrero de 1967 en su artículo 22 reconoce el pago de la pensión en favor de familiares a las madres viudas que convivieran con el causante y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquél, que no tengan derecho a pensión del Estado, provincia o municipio o a prestaciones periódicas de la Seguridad Social, carezcan de medios de subsistencia y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestar alimentos, según la legislación civil.

La madre de don Francisco, reúne los requisitos siguientes:

- a) Madre del causante, estado civil viuda.
- b) Convivencia con el causante al menos con dos años de antelación a aquél (desde el año 90).

Sin embargo, se plantean dudas con el resto:

- a) Parece claro que no cumple con el requisito de que no tengan derecho a pensión del Estado, provincia o municipio o a prestaciones periódicas de la Seguridad Social, ya que percibe una pensión de la Seguridad Social de viudedad, en cuantía mínima.

Sin embargo, no es óbice para el reconocimiento de la pensión en favor de familiares el disfrute de otra pensión distinta de la Seguridad Social, si bien, aquél queda condicionado a la opción efectuada por el interesado entre una y otra.

Así lo ha señalado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a través del recurso de casación para unificación de doctrina números 437/91 (18-9-1991), 453/91 (9-10-1991), 300/92 (1-12-1992), 442/92 (3-2-1993), 2677/91 (19-7-1993), y 2683/92 (19-7-1993).

- b) Inexistencia de familiares con obligación de prestación de alimentos conforme a la legislación civil.

El artículo 143 del Código Civil, configura las personas obligadas a prestarse entre sí alimentos:

- Los cónyuges.
- Los ascendientes y descendientes.
- Los hermanos, si bien sólo se deben los auxilios necesarios para la vida cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán a los que precise para su educación.

Por alimentos habrá de entenderse todo aquello que resulte indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, conforme al artículo 142 del Código Civil.

Los Tribunales Superiores de Justicia han entendido que tal requisito debe ser matizado, en el sentido de que los parientes obligados a la prestación de alimentos, según los artículos del Código Civil, deben tener recursos suficientes para el cumplimiento de esta obligación. [Entre otras la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia de 28 de febrero de 1992 (rec. núm. 4512/90)].

En el presente supuesto, la madre del causante tenía además otros dos hijos, uno de ellos, Vicente, soltero, en posición desahogada y con ingresos superiores a los 7.000.000 anuales, por lo que parece evidente que contaba con familiares además del causante, obligados a la prestación de alimentos, conforme a la legislación civil.

Dejamos para el final dos requisitos de trascendencia: vivencia a expensas del causante y carencia de medios de subsistencia, por tratarse de aspectos íntimamente relacionados entre sí.

La peticionaria de la prestación solicita aquélla, aun cuando percibía pensión de viudedad de la Seguridad Social en cuantía mínima. Cabría preguntarse aquí si la sola percepción de la pensión, cuando ésta es del todo insuficiente por su cuantía, sería sin más bastante para considerar que aquélla carecía de medios de subsistencia. Ello nos haría entrar en una discusión práctica sobre la necesidad de ajustar las cuantías con el fin de hacerlas más adecuadas a la realidad económica de los perceptores. Pero en el momento actual la fijación de aquellas cantidades por el legislador hace presumir que las considera razonables y suficientes para cubrir las necesidades de subsistencia del receptor, con lo que faltaría este presupuesto imprescindible para la concesión de la pensión en favor de familiares a la madre del causante.

Respecto al hermano del causante, don José Luis, señalar que no reúne las condiciones necesarias para la concesión de la pensión ya que ésta se causará por los hermanos/as, menores de 18 años o mayores incapacitados para todo trabajo, siempre que la incapacidad sea anterior al cumplimiento de dicha edad.

Por lo que respecta al subsidio en favor de familiares, se concede a los hermanos del causante, mayores de 18 años, solteros o viudos que cumplan idénticos requisitos a los ya expuestos en el supuesto de la madre del fallecido.

De esta forma don José Luis, peticionario de la prestación, soltero y mayor de 50 años, con ingresos ínfimos y conviviendo, a veces, con la familia de don Francisco, no cumpliría los requisitos necesarios para acceder al subsidio, ya que, incidiendo en lo expuesto en el supuesto anterior, falta la convivencia al menos con dos años de antelación al fallecimiento del sujeto causante, y por otro lado sí existen familiares con obligación de prestarle alimentos conforme a la legislación civil, concepto este amplio pero aplicable a este caso concreto.

En relación con el último requisito apuntado (existencia de familiares con obligación y posibilidad de prestar alimentos) la no concurrencia del mismo puede apoyarse en la doctrina emanada de los Tribunales Superiores de Justicia. Veamos a título de ejemplo la Sentencia de 8 de marzo de 1990, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha:

«Al remitir el precepto a la legislación civil, en materia de alimentos, lo hace el artículo 142 del Código Civil al que la reforma de 1981 ha traído modificaciones que no pueden menos de considerarse modificativas. Tratándose de los alimentos normales y civiles, a los que están obligados los ascendientes, según el artículo 143.2 del Código Civil, éstos comprenden una serie de prestaciones cuya finalidad no es sólo la estricta supervivencia, sino que también buscan una mejor reinserción social que, suprimida la frase de la antigua redacción del artículo 142 del Código Civil "según la posición social de la familia", pueden distinguirse así:

- 1.º La prestación de sustento que comprende la comida y las ropas y vestidos de uso ordinario.
- 2.º La prestación de habitación, en la que hay que entender incluidos el disfrute del local necesario para vivienda y un conjunto de mobiliario y enseres por sucinto que sea.
- 3.º Las prestaciones sanitarias, comprendiendo la curación de enfermedades aunque sean extraordinarias (tal y como dispone el art. 1.041 cuando de los gastos no colacionales por ser obligatorios) pudiendo incluirse, en su caso, la asistencia odontológica, psiquiátrica, etcétera.
- 4.º Las prestaciones de educación y de instrucción comprendiendo las actividades necesarias para la enseñanza y para la formación profesional, aun después de la mayor edad cuando no haya terminado su educación por causa que no les sea imputable, pues el Código extiende los alimentos a las necesidades morales y culturales, extensión admitida hoy universalmente como una imposición del progreso cultural del hombre y del momento respecto de sus necesidades espirituales, y de la que se hace eco el artículo 10.1 de la Constitución Española, y
- 5.º La prestación de los gastos funerarios, pues, aunque parezca curioso y paradójico, el contenido de la obligación alimenticia se completa con el párrafo 2.º del artículo 1.984 del Código Civil al disponer que «los gastos funerarios, proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad, deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiera dejado bienes, por aquellos que en vida habían tenido la obligación de alimentarles».

5.5. Otras prestaciones de Seguridad Social.

En primer lugar, tendrán derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria las dos perceptoras de la pensión de viudedad, por tener el carácter de pensionistas de la Seguridad Social.

Asimismo, tendrán derecho a la misma el hijo de 6 años, que tiene al mismo tiempo la condición de pensionista de orfandad y la hija adoptiva.

La madre del causante ya ostentaba este derecho por gozar ella misma la condición de pensionista de viudedad.

El problema más importante de dilucidar se plantea al hilo de la situación del hermano, que en sentido amplio podría alcanzar la condición de beneficiario de asistencia sanitaria:

- a) Al convivir con el titular y estar a su cargo.
- b) No percibir ingresos superiores al doble del salario mínimo interprofesional.
- c) No tener derecho a esta prestación por título distinto.

Pero, podría interpretarse su situación personal en sentido estricto denegándosele el acceso al derecho por faltar el primero de los requisitos señalados.

6. Documentación.

La solicitud presentada en el modelo oficial, prevista al efecto, deberá ir acompañada de una serie de documentos encaminados a la acreditación del estado civil y relación de parentesco con el causante. Así se deberán aportar:

- Documento Nacional de los solicitantes.
- Certificado de Acta de Defunción del causante.
- Libro de Familia o certificación en extracto de las actas de matrimonio y nacimiento de los hijos, expedidas por el Registro Civil.
- La primera mujer del causante, divorciada, al mismo tiempo presentará la sentencia de separación o divorcio.
- Certificado de cotización de la empresa.
- Certificados de convivencia con el fallecido (prestación en favor de familiares; madre y hermano del causante).