

PROTECCIÓN POR MUERTE EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA

POR RAFAEL SASTRE IBARRECHE *

SUMARIO: I. Protección por muerte en el sistema español de Seguridad Social: Caracterización general: 1. *Antecedentes normativos: retrasos en la protección.*- 2. *El fundamento originario de la protección por muerte.*- 3. *Complejidades técnicas: derechos originarios y derivados, pluralidad de prestaciones, diferencias según los riesgos y requisitos de acceso.*- 4. *Una continua sucesión de reformas parciales.*- 5. *Problemas de constitucionalidad (remisión).*- II. Un escenario sensible a la problemática constitucional: 1. *Seguridad Social y principio de igualdad.*- 2. *Jurisprudencia constitucional sobre discriminación del cónyuge viudo.*- 3. *Las prestaciones en favor de familiares en la jurisprudencia del TC.*- 4. *Especial consideración de los problemas suscitados por las uniones de hecho.*- III. Las propuestas de reforma: 1. *Nuevas preocupaciones, nuevas necesidades: la pérdida del original carácter y fundamento de la pensión de viudedad.*- 2. *Un lugar secundario en las recientes propuestas reformadoras del sistema español de pensiones.*- 3. *Principales sugerencias de futuro.*- IV. Anexos.

Las reflexiones que acerca de este singular ámbito de protección del sistema español de Seguridad Social seguidamente se acometen deben ir precedidas de una advertencia que afecta al espacio analizado. En efecto, resulta frecuente referirse a las prestaciones o protección *por muerte y supervivencia*, seguramente por mimetismo con la propia expresión legislativa, cuya manifestación más relevante es la rúbrica del Capítulo VIII del Título II TRLGSS. Con todo, y como bien se ha observado, la terminología induce a confusión: la situación de necesidad genérica es la *supervivencia* que, a su vez, abarca otras situaciones de necesidad -viudedad, orfandad, supervivencia de otros familiares-, y que es un resultado producido por la muerte. No parece correcto, entonces, designar a la contingencia "por la causa en que ella consiste y por uno de los efectos que produce, ya que no todos. En suma, el término apropiado para designar la contingencia es el de *muerte sin más*" (1).

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Salamanca).

(1) J.M. ALMANSA PASTOR, *Derechos de la Seguridad Social*, 7ª ed., Madrid,

Por otro lado, he de indicar, también, que el ámbito de estudio se limitará al Régimen General. La práctica equiparación, en esta materia, de la mayoría de Regímenes Especiales respecto de aquél pienso que hace innecesario ampliar la perspectiva más allá del citado Régimen General (2), siendo válidas, pues, las consideraciones que se efectúen para el conjunto del sistema.

I. PROTECCIÓN POR MUERTE EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL: CARACTERIZACIÓN GENERAL

1. Antecedentes normativos: retrasos en la protección

Un breve repaso a los antecedentes del actual régimen jurídico de las prestaciones por muerte, además de proporcionar algunas pistas sobre otras llamativas características de dicha regulación, sirve para comprobar cómo el desarrollo de la protección frente a esta contingencia se produce, comparativamente con otros ámbitos -jubilación, incapacidad o paro, por ejemplo-, con una cierta demora, en especial por lo que se refiere al fallecimiento causado por riesgos comunes.

Efectivamente, del examen de los instrumentos protectores anteriores a la promulgación de la LBSS de 1963 y de la primera LSS de 1966, se desprende una notable dispersión protectora presente en los diversos seguros sociales (3) y que se articula en torno a dos líneas de cobertura: la derivada del régimen de accidentes de trabajo y la originada en el campo del aseguramiento por contingencias comunes, en cuyo seno cabría diferenciar, a su vez, los distintos seguros sociales gestionados por el INP y el nivel profesional (mutualismo laboral) (4).

(2) En concreto, sobre la equiparación de las prestaciones por muerte y supervivencia en el Régimen Espacial de Trabajadores Autónomos con el Régimen General y sobre el acercamiento con los demás Regímenes Especiales con trabajadores por cuenta propia -Agrario y Trabajadores del Mar-, vid. A.J. PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J., *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos (La cobertura del RETA)*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 106-107.

Para un examen de las peculiaridades subsistentes en algunos regímenes especiales, aparte de los manuales al uso, vid., específicamente, A. CEA AYALA, «Acerca de las prestaciones por muerte y supervivencia», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF) n° 134, 1994, pp. 113 y ss.

En cuanto a los distintos Regímenes de funcionarios, cuya especialidad es mayor, vid. F. AGUIRRE, *El sistema de clases pasivas*, Granada, Comares, 1989, y M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Madrid, Fundación Mapfre, 1988.

(3) J.M. ALMANSA PASTOR, «La protección por muerte en la Seguridad Social española», *RISS* n° 2, 1969, p. 240.

(4) «Históricamente en la muerte convergen dos tipos de protección diferenciados: la correspondiente a las contingencias profesionales, basada en un criterio indemn-

Así, en primer lugar, el Reglamento de Accidentes de Trabajo -Dto. de 22-1956- contemplaba dos clases de indemnizaciones: la primera, por gastos de sepelio y, junto a ella, la asignación de unos porcentajes de renta a unos determinados beneficiarios (cónyuge, descendientes, ascendientes y el Fondo Garantía) (5). Estas previsiones eran aplicables también, por remisión expresa su normativa reguladora -Dto. de 13-IV-1961 y Rglto. de 9-V-1962-, a los fallecimientos originados por enfermedad profesional. La legislación del Seguro Obligatorio de Enfermedad -Ley de 14-XII-1942-, en segundo término, establecía una indemnización para gastos funerarios en caso de muerte del asegurado. En cuanto al Seguro de Vejez e Invalidez, ha de indicarse que, por medio del DL de 2-IX-1955, fue ampliado su ámbito de cobertura, previéndose a partir de esa fecha la concesión de pensiones por viudedad. En cuarto lugar, puede decirse al Régimen de Subsidios Familiares que, desde 1939, entre las prestaciones complementarias incluyó algunas referidas a familiares supervivientes del bajador fallecido. Es el caso del subsidio familiar de viudedad, de orfandad de escolaridad, todos ellos con cuantías muy bajas. Finalmente, y con carácter complementario, el Mutualismo Laboral contemplaba un subsidio de defunción y subsidios o pensiones de viudedad, orfandad y a favor de otros familiares su Reglamento General de 10-IX-1954.

Un rápido cotejo temporal con otros campos de la acción protectora de Seguridad Social actual permite concluir, pues, que la toma de conciencia del legislador frente a la contingencia de muerte derivada de riesgos comunes produce con un mayor retraso y un notable asistematismo (6). Y no sólo porque, como inmediatamente se indicará, también se observa la extraordinaria pluralidad que la regulación anterior a la LBSS introduce en esta materia (

Sobre estos antecedentes, los criterios introducidos por la LBSS de 28-XII-1966 y su texto articulado de la LSS de 1966 -Dto. 907/1966, de 21-IV- se concretaron en la unificación protectora, dando paso a un sistema más integrado de prestaciones cuyo desarrollo reglamentario llevan a cabo el *Reglamento General de Prestaciones*

zatorio amplio, y la relativa a contingencias comunes, en la que se protege un ámbito de necesidad más estrictamente delimitado»: L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *Manual de seguridad social*, 1ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1977.

(5) En la línea de la Ley de Accidentes de Trabajo de 3-I-1900 y del DL. de 8-X-1955 que aprobó el texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo en la industria.

(6) L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *op. cit.*, p. 422. COMAS BARCELÓ habla también del «notable retraso» en la protección de la contingencia de muerte en la Ley de Seguridad Social de 1966. *Lecciones de Seguridad. El Régimen General*, Palma de Mallorca, Ilustre Colegio Oficial de Graduados Sociales de Baleares, 1992, p. 611.

(7) «Es difícil encontrar otras situaciones de necesidad que tuvieran una protección diversificada como la de las derivadas de la muerte. Y ello porque en vez de atenderse a la causa inmediata de tales situaciones de necesidad, la muerte se atiende también a las causas secundarias o mediadas de ésta, configurando así un régimen de protección extremadamente pluralista»: J.M. ALMANSA PASTOR, «La protección por muerte...», *cit.*, p. 242.

-Dto. 3158/1966, de 23-XII- y la OM para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia en el Régimen General (OMS), de 13-II-1967 (8). La promulgación de la Ley 24/1972, de 21-VI, de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social terminará por perfilar las líneas maestras de la que es heredera la actual regulación.

2. El fundamento originario de la protección por muerte

Como es de sobra conocido, la finalidad de las distintas prestaciones otorgadas con ocasión del fallecimiento del sujeto causante es, precisamente, atender a las situaciones de necesidad en que se ven inmersas ciertas personas que dependían económicamente de aquél. O, por decirlo con otros términos, se pretende «no privar de apoyo económico a los que dependen del que les presta el trabajador fallecido, compensándoles de esta pérdida» (9). Por ello, son dos los factores concurrentes en el supuesto de hecho contemplado, el primero de los cuales -la muerte o, en su caso, la desaparición- no genera excesivos problemas conceptuales. Distinto es el caso de la *dependencia económica*, que «presenta una gran cantidad de variables, que pueden ser tenidas en cuenta por el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social también de muy variada manera, lo que, en definitiva, proporciona una cierta complejidad al conjunto de prestaciones otorgadas bajo la rúbrica «muerte y supervivencia»» (10).

Precisamente, la diversidad de requisitos legales exigidos según el beneficiario de la prestación otorgada (viudedad, orfandad y en favor de otros familiares) conducen, en los dos primeros supuestos, a la pérdida de relevancia de esa relación de dependencia y a la consiguiente difuminación de los perfiles de la efectiva situación de necesidad:

«En suma, pues, las situaciones de necesidad derivadas de la muerte delimitan y tipifican algunas de las necesidades que con más amplitud pueden darse en

- (8) Y que, en términos generales, coinciden con las actuales prestaciones. Sobre las regresiones que el nuevo sistema introdujo en materia de riesgos profesionales y la escasa virtualidad práctica de alguna de las nuevas prestaciones, *vid.* L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *op. cit.*, p. 422.
- (9) STS, 6ª, 2-X-1973, Ar. 3589. De forma similar, aunque con referencia a la pensión de viudedad, la STCT 12-VI-1984, Ar. 5203, indica que «el bien jurídico que se trata de proteger mediante la prestación de viudedad está constituido por la asistencia material o económica sustitutiva de la que juntamente con la espiritual o afectiva, se recibe en la convivencia matrimonial». Sobre las funciones de compensación y sustitución en el sistema español de Seguridad Social, *vid.* A. DESDENTADO BONETE, «La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección. Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social», *RSS* nº 25, 1985, pp. 77 y ss.
- (10) M.R. ALARCCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1991, p. 280.

la realidad. Pero también, de otro lado, la tipificación de esas situaciones de necesidad prescinde en ocasiones de que la necesidad se dé efectivamente, toda vez que puede ocurrir que se proteja una situación de necesidad tipificada sin que exista efectivamente la necesidad; lo que sucede en tales casos es que la legislación presume la necesidad efectiva cuando se dé la situación de necesidad tipificada, sin requerir la demostración de la efectividad de la necesidad» (11).

La indagación acerca del fundamento del derecho a estas prestaciones, est del interés jurídicamente tutelado a través de su concesión permite, adem derivadamente, pronunciarse sobre la naturaleza del derecho de los beneficiarios. Y ello porque, básicamente, serían dos los posibles elementos que ser an de base a la protección: bien el daño sufrido por el sujeto protegido con sión de su muerte, bien la necesidad a que se ven expuestos los beneficiarios dependientes del causante. De este modo, aceptada la primera solución, el c cho de los beneficiarios se configura como un derecho hereditario, mien que, en el segundo caso, el derecho a la prestación aparece como un der propio, no necesitado de una transmisión intermedia.

Ninguna duda parece existir para sostener que es esta segunda la opción q desprende de la ordenación dada a la materia por la LSS de 1966 y por la LGS 1974, al menos hasta la STC, Pleno, 103/1983, de 22-XI. Resulta, así, que el lador no atiende al daño sufrido por el sujeto causante sino al que, debido al e so de gastos, provoca la muerte para los supervivientes y a la situación familiar penuria económica que la pérdida de rentas ingresadas por aquél ocasiona

- (11) J.M. ALMANSA PASTOR, *op. cit.*, p. 258. Los específicos requisitos exig para causar derecho a las prestaciones en favor de familiares mantienen viv embargo, la idea de la situación de necesidad efectiva. Así, la STCT 16-V-1 Ar. 3854 indica que la «ratio legis» del art. 162.2 LGSS de 1974 «no es la de porcionar, como una compensación, una ayuda a cualquier persona que conv ra con otra -una vez fallecida-, a sus expensas y dedicada a su cuidado, sinc pone unas condiciones determinantes del derecho a la ayuda, tanto por part causante como del beneficiario, que vienen marcadas por una cierta presunció necesidad, más o menos perentoria, de ser asistido por otra persona en cuan causante, presunción que se da en quienes han alcanzado cierta edad, como jubilados, y en los inválidos, y de necesidad económica en cuanto al presunto b ficiario, presumible en quienes, además de no tener medios de vida, han llega una edad, 45 años, que dificulta el acceso al mercado de trabajo, máxime cu se ha estado retirado de él durante cierto tiempo» (FJ único).
- (12) «Lo que la medida de seguridad social pretende, en suma, es reparar un sini a saber: la pérdida de una de las rentas de trabajo en las que por mediación del sante, participan los causahabientes»: M. ALONSO OLEA y J.L. TORTU PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 14ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p. En palabras del TCT, el art. 162.2 LGSS de 1974 contempla unos ciertos lír -grado parental con el pensionista, convivencia con él y a sus expensas, cierta y estado, además de la dedicación prolongada a su cuidado y carencia de me propios de vida- y cuando el beneficiario, «en vez de solucionar su carencia a luta de medios de vida con un empleo, optó por ese cuidado y gracias a ello sistió, la norma trata de propiciar esa opción» (STCT 16-XII-1987, Ar. 2858:

Son, por lo tanto, dos los intereses que inciden en el fundamento protector, aunque con diferente peso específico: el interés familiar y el interés del beneficiario a la cobertura de ciertas necesidades que la muerte del causante pone de manifiesto. Pero distinta relevancia porque la ordenación normativa originaria revela el carácter secundario que posee la relación familiar frente al elemento de la necesidad económica: lo verdaderamente importante para definir la condición de beneficiario no es tanto la vinculación familiar con el causante como la dependencia económica, «que se presume a veces en los nexos familiares y ha de demostrarse en otras, y la incapacidad de ganancia, presunta para algunos beneficiarios y que ha de probarse en otros, las cuales, conjuntamente, dan lugar a la situación de necesidad tipificada, en la que, unas veces, la ley se contenta con presumir la necesidad, y otras, en cambio, exige la demostración de la necesidad efectiva» (13).

Siendo ello así, es preciso, sin embargo, completar este diseño con dos tipos de observaciones. La primera tiene que ver con la complejidad que revisita la relación entre supervivencia y estado de necesidad (14). Al margen de las consideraciones que inmediatamente se efectuarán respecto de la pensión de viudedad, parece clara la variación, con la edad, de las necesidades reales del huérfano, necesidades escasamente socializadas, por lo general, en nuestro país y cuya cobertura se confía de modo casi exclusivo a la familia, con lo que el problema de la protección del cónyuge superviviente se agrava. La segunda, es la presencia, al lado de factores objetivos relevantes en la configuración de la acción protectora -estructura de la unidad familiar, incidencia del fallecimiento sobre los ingresos y nivel de autonomía económica de sus integrantes-, de ciertos elementos ideológicos, institucionales o económicos que actúan condicionando a los primeros. Así, la amplitud histórica del grupo familiar, la concepción dominante acerca del trabajo femenino, el lugar de la mujer en la población activa, la normativa en materia de trabajo de menores o del sistema educativo o, por fin, la tolerancia y aceptación social de las uniones de hecho (15).

Las peculiaridades que rodean a la pensión de viudedad invitan a prestarle, finalmente, una atención específica. En efecto, una aproximación a la normativa comparada pone de relieve que la regulación de las pensiones de viudedad se apoya sobre tres elementos combinados (16). El primero es la posición de la mujer dentro de la familia y de la sociedad que, tradicionalmente, ha partido de una presunción de dependencia respecto del cónyuge varón. El segun-

do tiene que ver con los problemas económicos, ya mencionados, que la muerte del causante provoca en la unidad familiar. Por último, ha de mencionarse la relación con el genérico problema de la vejez, ya que, estadísticamente, se comprueba la presencia de un alto porcentaje de viudas con una edad avanzada, circunstancia achacable, en general, al más elevado promedio de vida de las mujeres y al hecho de que, dentro del matrimonio, la mujer suele ser más joven que el marido (17). Resulta claro, sin embargo, que es el primero de los factores enumerados el que prima sobre el resto (18), de tal forma que las soluciones adoptadas y los términos del planteamiento del problema serían distintos en una situación social de plena equiparación jurídica y económica de los sexos y de participación similar en las cargas del hogar (19).

Tradicionalmente, varias teorías se han formulado para intentar explicar el concreto fundamento de esta pensión (20). Para algunas, el criterio explicativo correcto es el de la subrogación y, así, la prestación constituiría un subrogado material o económico del sujeto causante proyectado en favor del beneficiario cuando la muerte de aquél rompe el *status quo* previo de la unidad familiar. Para otras, se trataría de enmarcar la protección dentro de la figura de la tutela o deuda alimenticia, y al amparo de la prioritaria situación que los cónyuges ocupan en el juego de la institución de acuerdo con los arts. 142 a 144 Cc. En este sentido, la pensión de viudedad serviría para desempeñar una parecida función asistencial (21). Desde otro punto de vista -tesis ganancial-, se estima que el pago de las cotizaciones sociales en vida del cónyuge afiliado al sistema se efectúa con recursos detraídos de un patrimonio común y debe gozar de la consideración de carga matrimonial común, por aplicación del art. 1362.1 Cc. De ahí que, al fallecimiento del causante, el derecho generado corresponda al coti-

(13) J.M. ALMANSA PASTOR, *op. cit.*, p. 318, donde añade que «la base de fundamento de las prestaciones se halla en ese interés económico primordial y en atención a la necesidad de auxilio de los beneficiarios, siendo circunstancia concurrente la de venir referidas normalmente a familiares del causante. La prestación cobra con ello un claro aspecto asistencial de la necesidad económica y se aleja, en cierto sentido, de una conexión excesiva con el aspecto familiar».

(14) A. DURÁN HERAS, «La protección de la vejez y de la supervivencia», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo* n° 3, 1989, p. 57.

(15) L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *ob. cit.*, p. 420.

(16) P. LAROQUE, «Los derechos de la mujer y las pensiones de las viudas», *RIT*, vol. 86, 1972, p. 1.

(17) «Como el 84 por 100 de las viudas españolas tienen más de sesenta años, la protección de ambas contingencias es inseparable, y de hecho en muchos países se utiliza el mismo mecanismo»: A. DURÁN HERAS, *op. cit.*, p. 58.

(18) «El régimen de la Seguridad Social en el ordenamiento jurídico español ha concebido -al igual que los ordenamientos jurídicos de otros países, como el francés o el italiano- una protección por viudedad en función de la hipótesis de base, más o menos implícita, de una dependencia de la mujer en la familia» L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid, Trivium, 1992, p. 39.

(19) P. LAROQUE, *op. cit.*, p. 2, donde puntualiza: «Ahora bien, los regímenes de seguridad social en vigor han sido concebidos y se han desarrollado en función de la hipótesis básica, más o menos implícita, de una minoría femenina y de la dependencia de la mujer en la familia. En cambio, en la evolución contemporánea de las ideas que se manifiesta en todos los países modernos se impone cada día más la afirmación de la igualdad de sexos y la prohibición de toda discriminación entre el hombre y la mujer. Por consiguiente, cabe preguntarse si no ha llegado el momento de revisar los principios en que se basan los regímenes de pensiones de las viudas».

(20) L. MARTÍNEZ CALCERRADA, L. GÓMEZ DE ARANDA y M. M^a ZORRILLA RUIZ, *Nueva pensión de viudedad*, Madrid, Colex, 1986, pp. 76 y ss.

(21) STSJ, Com. Val., 18-I-1990, Ar. 3543, y, sobre todo, la STS, 4^a, 14-IV-1994, Ar. 3238.

tular supérstite en virtud de la subrogación real que se produce. Por último, también se han esbozado algunas tesis basadas en la sucesión *mortis causa*, para las que la pensión es un elemento económico integrado en el *totum relicto* del causante y que pasaría, tras su fallecimiento, a los herederos más cualificados (22).

Con independencia de cuál sea la postura mantenida -y ya con anterioridad he indicado cuál es el criterio doctrinal mayoritario-, el diseño de la pensión de viudedad realizado por la LGSS de 1974, en su versión originaria, se basaba en dos pilares característicos. El primero es aquel que identifica a la viuda como principal beneficiaria de la prestación, puesto que, en el caso del viudo, el acceso a la pensión se hacía pivotar sobre ciertos requisitos específicos añadidos: incapacidad y dependencia económica. Una idea de dependencia de la viuda respecto del marido late en la "mens legislatoris", así como "la preocupación constante de mantener a la mujer en una situación que corresponda sensiblemente a aquella que habría tenido de haber continuado dependiendo de su marido para la subsistencia. Se trata, por tanto, de procurarle una protección «lo más parecida posible al sustento que tenía en vida del marido»" (23). El segundo pilar apunta a la satisfacción de una necesidad de seguridad en el sujeto encuadrado en el sistema de Seguridad Social respecto de la futura situación de los miembros de la unidad familiar en caso de fallecimiento (24).

Ahora bien, es innegable el giro que la DA 10ª de la Ley 30/1981, de 7-VII -y, por supuesto, la jurisprudencia constitucional a partir de 1983, como luego se dirá- imprimió a esta cuestión. Antes de basar el derecho a la protección en la necesidad de suplir la percepción de rentas obtenidas por el supérstite a expensas del causante, parece que esta norma sienta la presunción de que la convivencia -art. 68 Cc- genera un interés legítimo cuya lesión, sin necesidad de demostrar sus efectos lesivos, produce un daño indemnizable: «El bien jurídico así protegido es la posesión de estado de cónyuge legítimo que en esa convivencia se refleja; la prueba, implícita o explícita, del socorro o asistencia patrimonial se ve sustituida por un doble refuerzo probatorio... consistente en la susodicha exención, ligada al cumplimiento del deber de vivir juntos, y la presunción *iuris tantum* que el art. 69 Cc establece en favor de este extremo» (25).

En definitiva, y como ya se adelantó, la situación de necesidad, uno de los elementos claves sobre los que se construye el modelo constitucional de

- (22) Posición, por cierto, rechazada jurisprudencialmente: *vid.* las resoluciones del TS citadas por M. ALONSO OLEA, y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 14ª ed., Madrid, Civitas, 1995, pp. 3134-3135, nota 220. En general, sobre los fundamentos doctrinales que la sustentan, *vid.* J.M. ALMANSA PASTOR, «La protección por muerte...», *cit.*, pp. 312 y ss.
- (23) L.BLANCO PÉREZ-RUBIO, *op. cit.*, p. 43. Las cursivas corresponden a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana nº 6, de 30-I-1980.
- (24) R. CUVILLIER, «Sur la protection sociale de l'épouse non active», *DS* nº 6, 1988, pp. 531 y ss.
- (25) L. MARTÍNEZ CALCERRADA, L. GÓMEZ DE ARANDA y M. Mª ZORRILLA RUIZ, *op. cit.*, p. 26.

Seguridad Social (26), se diluye a partir del juego de ciertas presunciones. Algunas ya estaban presentes en la redacción originaria de la LGSS; otras se hicieron patentes en las reglas de la DA 10ª de la Ley 30/1981; otras, por fin, derivan de la equiparación entre viudo y viuda que el TC efectúa a partir de la STC, Pleno, 103/1983. Es este uno de los datos fundamentales que habrá de tenerse en cuenta en cualquier propuesta de reforma normativa al respecto.

3. Complejidades técnicas: derechos originarios y derivados, pluralidad de prestaciones, diferencias según los riesgos y requisitos de acceso

Las singulares características de la contingencia protegida, a las que se añaden las peculiares soluciones normativas previstas por nuestro sistema de Seguridad Social, provocan que pueda afirmarse, sin duda, que nos encontramos ante un espacio revestido de una especial complejidad. En efecto, una descripción general de los mecanismos protectores revela la presencia de una regulación «causal y pluralista o diversificada» (27).

La primera particularidad deriva, naturalmente, de la distinción entre sujetos causantes, por un lado, y sujetos beneficiarios de las prestaciones, por otro, con la consiguiente atribución separada de condicionamientos para causar derecho y para el acceso a la protección, respectivamente. Esta peculiaridad ha servido para poner en pie, en algunos ordenamientos, un sistema protector basado en la técnica de diferenciación entre derechos propios y derechos derivados. Dicha técnica jurídica, útil en un momento determinado, por otra parte (28), no tiene cabida en nuestro ordenamiento, una vez rechazado el fundamento sucesorio de la protección, según se vio: porque es cierto que la condición de heredero y la de beneficiario pueden coincidir en no pocas ocasiones, pero la diferenciación es relevante, puesto que con la misma se reconoce «que el causahabiente

- (26) STC, Pleno 65/1987, de 21-V (FJ 17º). Sobre la misma, *vid.* el comentario de Mª E. CASAS BAAMONDE, en M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, tomo V, Madrid, Civitas, 1988, pp. 115 y ss.
- (27) «Causal, por cuanto que no le basta atender a las situaciones de necesidad en sí y por sí, sino que exige limitativamente que éstas hayan sido producidas por un hecho causante, es decir, por la muerte, como hecho, y por determinadas condiciones o requisitos exigidos para que aquélla dé causa a la protección. Protección pluralista o diversificada, en cuanto que siendo la misma la situación de necesidad, idéntica la contingencia protegida, y reunidos los mismos requisitos del hecho causante, la protección es distinta según que la causa secundaria o mediata tenga su origen en un accidente de trabajo o enfermedad profesional o en un accidente común o enfermedad común»: J.M. ALMANSA PASTOR, «La protección por muerte...», *cit.*, p. 246.
- (28) A. LAURENT, «El principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en la Seguridad Social y límites del mismo», *RSS* nº 33, 1987, pp. 107-108, donde propugna la construcción jurídica de los derechos propios. *Id.*, también, OIT, *La seguridad social en la perspectiva del año 2000*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1984, pp. 48-49.

tiene un derecho propio y que las prestaciones acrecen directamente su patrimonio, y no un derecho derivado del incremento del patrimonio del fallecido que se traslade por su muerte a sus herederos. Esto explica, en parte, que el orden de los llamamientos al disfrute de las prestaciones por muerte difiera del civil sucesorio legítimo e intestado, y que el dato más relevante para conferir las prestaciones sea la dependencia económica, presumida o demostrada, del beneficiario respecto del causante, y no la voluntad de éste ni el parentesco» (29).

El segundo rasgo de interés tiene que ver con la circunstancia de que un solo sujeto causante dé lugar a una pluralidad de prestaciones, a diferencia de lo que sucede con la mayoría de las contingencias protegidas por nuestro sistema de Seguridad Social. Si lo habitual en éste es que cada contingencia afecte a un solo sujeto, que es el único beneficiario -aunque en el supuesto de la asistencia sanitaria y de las prestaciones por hijo a cargo el esquema se rompe-, y si lo normal es que la prestación posea un único contenido principal, aunque con posibles contenidos accesorios -desempleo o prestaciones por hijo a cargo, principalmente-, «ambas reglas se excepcionan con rotundidad en el caso de las prestaciones a familiares del causante fallecido: un único sujeto causante origina -o puede originar- múltiples beneficiarios de prestaciones que, si bien idénticas en cuanto a su carácter económico, son diversas en su cuantía» (30).

Un repaso a las mismas pone de relieve la presencia de cuatro tipos de posibles prestaciones económicas (art. 171 TRLGSS):

1º) Pensiones de viudedad, orfandad y en favor de familiares. Poseen carácter imprescriptible y, en principio, duración vitalicia (31).

2º) Subsidios en favor de familiares, de carácter imprescriptible y duración temporal.

3º) Auxilio por defunción, como cantidad fija que prescribe a los cinco años.

4º) Indemnizaciones a tanto alzado en los supuestos de muerte derivada de riesgo profesional.

Esta última referencia permite enlazar con un tercer rasgo notable, cual es la marcada diferenciación establecida a partir del riesgo causante del fallecimiento. Como en tantas ocasiones se ha subrayado, el principio de conjunta consideración de contingencias enunciado por la LBSS de 1963 no se ha materializado en nuestro sistema de Seguridad Social. Fácilmente observable tal

(29) M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA *op. cit.*, p. 135.

En la misma línea, indica J.M. ALMANSA PASTOR, que la conclusión a que conduce el estudio del Derecho Positivo español es que «no se trata de derecho sucesorio de los beneficiarios, sino de derecho propio, toda vez que siendo la fuente de tal derecho legal, y no contractual, y fijando la ley de las prestaciones en atención directa de los beneficiarios a los que van destinadas, éstos poseen un derecho propio, originario y autónomo a tales prestaciones»: *op. cit.*, p. 316.

(30) M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, p. 285.

(31) La excepción, como es sabido, la constituyen las pensiones de orfandad, al prever el art. 21.1, a) OMS, entre las causas de extinción de las mismas, el cumplimiento de la mayoría de edad, salvo incapacidad del huérfano.

incumplimiento en el régimen jurídico de la invalidez, por ejemplo, el fenómeno se acentúa en la regulación de la muerte como contingencia protegida. En efecto, la heterogeneidad se traduce, primero, en los distintos requisitos que se exigen al sujeto causante. Es el caso de las presunciones contenidas en el art. 172.2 TRLGSS (32) o de la exigencia de un periodo de cotización previo sólo en el caso de muerte originada por enfermedad común, en la previsión del art. 174.1 TRLGSS, y concretada en quinientos días dentro de los cinco años anteriores al deceso. En segundo lugar, cabría referirse al tipo de prestaciones concedidas, visto que algunas de ellas -las indemnizaciones a tanto alzado- sólo proceden si el fallecimiento se debió a accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 171.2 TRLGSS). Por otro lado, en tercer lugar, debe subrayarse el diferente mecanismo de cálculo de las bases reguladoras de prestaciones y que remite, a su vez, a distintas normas aplicables. Así, la determinación de la base reguladora en el supuesto de causantes en activo o en situación asimilada cuya muerte se debiera a riesgos comunes viene especificada por el art. 7 del Dto. 1646/1972, de 23-VI -*Nuevo Reglamento General de Prestaciones* (33)-, mientras que si el fallecimiento se debió a riesgo profesional, el cálculo se efectúa sobre salarios reales, en la previsión de los arts. 60 y siguientes del Reglamento de accidentes de trabajo, aprobado por Dto. de 22-VI-1956. Finalmente, aunque la observación sea válida para el resto de prestaciones, no puede olvidarse el peculiar juego combinado de los mecanismos de alta presunta o de pleno derecho y de automaticidad de prestaciones (34).

La cuarta característica, que afecta de manera especial a la complejidad del sistema protector, tiene que ver con los requisitos exigidos a los beneficiarios para el acceso al derecho. Sin perjuicio del examen más detallado que de alguno de los mismos se efectuará en el siguiente epígrafe, con ocasión de su problemática constitucional, conviene ahora poner de relieve cuáles son aquellos que presentan facetas dignas de mención. En este sentido, creo que las singularidades más relevantes se refieren, sin duda, a las prestaciones en favor de familiares, hasta el punto de que aparecen revestidas de un carácter cuasi-residual y

(32) «Se reputarán de derecho muertos a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional quienes tengan reconocida por tales contingencias una invalidez permanente absoluta para todo trabajo o la condición de gran inválido. Si no se da el supuesto previsto en el párrafo anterior, deberá aprobarse que la muerte ha sido debida al accidente de trabajo o a la enfermedad profesional, siempre que el fallecimiento haya ocurrido dentro de los cinco años siguientes a la fecha del accidente; en el caso de enfermedad profesional se admitirá tal prueba, cualquiera que sea el tiempo transcurrido».

(33) Y consistirá en el cociente que resulte de dividir por veintiocho la suma de las bases de cotización por las que haya cotizado o debido cotizar durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses, elegidos por él o los beneficiarios dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de la muerte.

(34) En definitiva, observan L.E. DE LA VILLA y A. DESDENTADO BONETE, *op. cit.*, p. 427, que se trata de una protección privilegiada y, en gran parte, superflua, de los riesgos profesionales (indemnizaciones a tanto alzado).

más próximas a un concepto asistencial (35). Efectivamente, una sistematización de las reglas contenidas en los arts. 176 TRLGSS, 40 y 42 RGP- y 22 y 25 OMS, permite identificar a los beneficiarios de los dos tipos de prestaciones en favor de familiares, pensiones y subsidios, a partir del siguiente esquema:

*** Pensión en favor de familiares:**

- Nietos y hermanos, huérfanos de padre, menores de dieciocho años o mayores incapacitados para todo trabajo, siempre que la incapacidad sea anterior al cumplimiento de dicha edad.

- Madre y abuelas viudas, casadas, cuyo marido sea mayor de sesenta años o esté incapacitado para el trabajo, separadas judicialmente o divorciadas y solteras.

- Padre y abuelos con sesenta años cumplidos o incapacitados para todo trabajo.

- Hijos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez, solteros, viudos, separados judicialmente o divorciados, mayores de cuarenta y cinco años y que hayan cuidado del causante hasta su fallecimiento.

- Hermanos solteros, divorciados o viudos de tales pensionistas, mayores de cuarenta y cinco años, que hayan cuidado del causante hasta su fallecimiento.

*** Subsidio temporal en favor de familiares:**

- Hijos mayores de dieciocho años, solteros, viudos, separados judicialmente o divorciados.

- Hermanos mayores de dieciocho años, solteros, divorciados o viudos.

Los beneficiarios de las prestaciones en favor de familiares, sin excepción, deben reunir los siguientes requisitos:

- Convivencia con el causante y dependencia económica de él al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquél o desde la muerte del familiar con el que convivieran si ésta hubiera ocurrido dentro de dicho periodo.

- No tener derecho a pensión de sistemas públicos de previsión ni a prestaciones periódicas de Seguridad Social.

- Carecer de familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, así como de recursos económicos propios.

Como puede observarse, la idea de *dependencia económica*, exponente, aquí sí, de una real situación de necesidad que debe ser demostrada, es el dato fundamental tomado en cuenta por el legislador, y que se modula, a su vez, por

el elemento de la edad, como presupuesto para la confianza en la mayor o menor probabilidad de alcanzar una situación de autonomía económica en el futuro (36) y, consiguientemente, para la opción por uno u otro tipo de prestaciones. Los demás factores -estado civil o derecho de alimentos entre parientes, en lo esencial- juegan, así, como complementos de aquella primera idea básica. En todo caso, la combinación de estos elementos circunstanciales ha generado una litigiosidad importante, siendo la jurisprudencia la que ha tenido que perfilar los contornos de la noción de dependencia a través de un particular examen casuístico (37). De este modo, la materialización de ese concepto jurídico indeterminado -*vivir a expensas*- la ha llevado a cabo el TS sobre el módulo objetivo que supone la cuantía del SMI, con referencia a cada uno de los miembros del grupo familiar (38), sin llegar a exigir una situación de completa dependencia o indigencia (39) y justificando el diferente trato legal entre hombre y mujer (40), la

(36) Vid. los razonamientos que, en torno a los requisitos de acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante y de edad, efectúan las SSTCT 16-XII-1987, Ar. 28583, y 16-V-1989, Ar. 3854.

(37) Vid. una síntesis de los resultados de tal labor en A. CEA AYALA, *op. cit.*, pp. 107 y ss., G. RODRÍGUEZ INIESTA, «Las prestaciones en favor de familiares» *REDT* n° 49, 1991, pp. 761 y ss., y s.a., «Pensiones en favor de familiares por fallecimiento del trabajador», *Gaceta Sindical* n° 140, 1995, pp. 33-34.

(38) «La cuestión se centra en determinar el alcance de la expresión "vivir a expensas" que junto a un significado básico, que designa la atribución a una persona del coste o gasto que supone la subsistencia de otra, contiene un margen de indeterminación: el alcance de esa atribución que puede comprender una dependencia absoluta en una sola dirección o una dependencia en sentido amplio o relativo, que se produce cuando, aún percibiendo determinados ingresos se necesita completarlos con la aportación de otro para alcanzar un determinado nivel de vida. La dependencia en sentido amplio sería incluso susceptible de operar de forma recíproca cuando los ingresos considerados en su conjunto atienden a las necesidades del grupo familiar. En el ámbito de la Seguridad Social la noción de dependencia relativa es de especial importancia a efectos de garantizar determinados niveles mínimos de renta (...) este último criterio [el SMI], por su generalidad e identidad de razón, puede tomarse como punto de referencia para determinar el alcance del requisito de "vivir a expensas"..., en el sentido de entender que tal requisito se cumple cuando las rentas del grupo familiar al que contribuía el trabajador fallecido no superaban, excluida su contribución y ponderando el número de miembros de dicho grupo, el importe del salario mínimo interprofesional para cada uno de éstos»: STS. 4ª, 9-XI-1992, Ar. 8791 (FJ 2º).

(39) STS. 4ª, 19-VII-1993, Ar. 5739 y SSTSJ, Madrid, 18-VIII-1989, Ar. 1177; Murcia, 10-I-1992, Ar. 392.

(40) «Tal diferencia de tratamiento jurídico tiene su explicación lógica en las circunstancias socio-económicas del momento en que se publicó la norma en trance de aplicación. En aquel momento no se había producido, todavía, la incorporación de la mujer al ámbito laboral en los términos actuales y la mayor parte de ellas vivía a expensas de los ingresos aportados por el marido a la sociedad conyugal. Es de significar que aún, en la actualidad, sigue advirtiéndose una apreciable diferencia en la inserción en el mundo del trabajo de la mujer respecto del varón (...) El pro-

(35) A. CEA AYALA, «Acerca de las prestaciones por muerte y supervivencia», *cit.*, p. 106. En el mismo sentido, *vid.* AA.VV., *La reforma del sistema español de Seguridad Social*, 2ª ed., Madrid, IELSS, 1985, p. 239.

También el TC ha admitido ese carácter en su Sentencia, Pleno, 3/1993, de 14-I

exclusión de la separación de hecho (41) y la posibilidad de optar entre una de las dos posibles pensiones concurrentes (42) o interpretando, por fin, el juego del mecanismo del derecho de alimentos entre parientes (43).

Finalmente, el complicado esquema se completa, en primer término, con la existencia de unos mecanismos de incremento de la cuantía de las pensiones de orfandad y en favor de familiares, previstos en caso de inexistencia o fallecimiento del cónyuge superviviente (arts. 17.2 y 23.2 OMS), que pueden conducir a resultados llamativos al combinarse con la previsión limitativa del art. 18

blema de la posible existencia de un tratamiento peyorativo para el varón no determina que sea dable, sin más, eliminar un requisito que, como se ha dicho, permite ponderar la situación de necesidad y responde a las propias características de la prestación de referencia": STS, 4ª, 24-II-1995, Ar. 2557 (FJ 2º).

- (41) Para la STS, 4ª, 25-VI-1992, Ar. 4675, si no se produce un auténtico desamparo económico, la situación de la mujer separada de hecho de su cónyuge que convive con un ascendiente o hermano no es asimilable a la de la mujer soltera o viuda que se halle en esta circunstancia. De forma similar se pronuncian las SSTS, 4ª, 8-III-1993, Ar. 1679, y 6-V-1994, Ar. 6837.

Así, entiende la STS, 4ª, 26-XI-1993, Ar. 9080, que «la equiparación jurídica que se lleva a cabo en la sentencia impugnada entre las situaciones personales, de soltería o viudez, de un lado, y la de separación de hecho de un cónyuge, de otro lado, sí puede tener una explicación, en mérito a la aparente similitud que puedan presentar unas y otras en orden a la dedicación exclusiva y dependiente del ascendiente o hermano causante de la prestación de familiares; sin embargo, desde un plano jurídico, no son, ni pueden serlo, identificables a los fines de justificar, sin más datos, la dependencia económica respecto de aquel causante, toda vez que esa separación conyugal de hecho es susceptible de producir unos efectos de autonomía económica, no compatibles con la inexcusable dependencia vital de la persona por cuyo fallecimiento se postula la prestación en favor de familiares » (FJ 5º).

- (42) SSTS, 4ª, 18-IX y 9-X-1991, Ar. 6468 y 7209, respectivamente; 1-XII-1992, Ar. 10047; 3-II y 9-VII-1993, Ar. 1691 y 5558, respectivamente.

Para la STS, 6ª, 20-III-1985, Ar. 1356, la norma prohibitiva de la percepción de otra pensión ha de entenderse sólo «como un obstáculo para el disfrute simultáneo de prestaciones distintas, porque no es razonable ni lógico pensar que el percibo de una pensión pequeña... muchas veces notoriamente insuficiente para la subsistencia, pueda constituir barrera insalvable para el nacimiento y disfrute del derecho a otra y para ser beneficiario de la que cause el familiar fallecido con el que se viene conviviendo y a cuyas expensas, en alguna proporción, se vive, que por su importancia tendiera a proporcionar al pensionista una compensación económica, con la diferencia que la pensión superior aporta, a la pérdida que la contingencia dañosa le ha producido en su patrimonio, criterio que, además, sería contrario a la naturaleza, fundamento filosófico, sentido jurídico y finalidad social de toda la legislación ordenadora de la Seguridad Social ... debiendo reservarse al beneficiario de la pensión en favor de familiares el derecho de opción entre la pensión que percibe y la que le concede su calidad de familiar de un trabajador fallecido » (Cdo. 5º).

- (43) En este caso, STS, 4ª, 19-X-1994, Ar. 10333; y SSTSJ, Madrid, 5-VII-1989, Ar. 1119; Murcia, 18-IX-1989, Ar. 2220; Cantabria, 11-XII-1992, Ar. 5952; Cataluña,

de la propia OMS respecto de la acumulación de pensiones de viudedad y orfandad (44). En segundo lugar, y para concluir, debe mencionarse la pervivencia de las prestaciones del extinguido SOVI, al amparo de la DT 7ª TRLGSS, circunstancias, en el supuesto que nos ocupa, a la pensión de viudedad (45).

4. Una continua sucesión de reformas parciales

Si en el proceso de transformación de nuestro sistema de pensiones se han observado dos grandes líneas -aquella que, por un lado, coincide con cambios globales, sistemáticos o simultáneos y, por otro, la que se refiere a cambios parciales, asistemáticos o sucesivos-, no cabe duda de que, en el caso de las prestaciones por muerte nos hallamos claramente en el segundo supuesto, es decir, en una evolución caracterizada por la reforma «gota a gota» de sus mecanismos (46). Por otro lado, este proceso de modificaciones continuadas, discretas en algunas ocasiones, más llamativas en otras, ha contado con un doble impulso: desde luego, el proveniente del ámbito normativo, en primer término, pero, sobre todo, el efectuado por la jurisprudencia, a partir de las pautas ofrecidas por la doctrina del TC.

Si se toma como punto de partida la ordenación contenida en los arts. 157 y ss. LGSS de 1974, fruto, a su vez, de los ajustes introducidos por la Ley 42/1972 en el esquema de la LSS de 1966, según vimos, puede comprobarse cómo la adaptación al texto constitucional, primero, a otras normas postconstitucionales, después, y, por último, la incardinación de esta rama protectora en el marco de la reforma de otros aspectos que supuso la Ley 26/1990, van a marcar una costosa evolución, preñada de tensiones en muchos casos.

- (44) Como señalan L.E. DE LA VILLA y A. DESDENTADO BONETE, «basta un examen de los porcentajes aplicables a las distintas pensiones de viudedad, orfandad y en favor de familiares para comprobar que la determinación de sus cuantías es, literalmente, un puro disparate. Así, mientras que la pensión de viudedad sólo puede alcanzar el 45%, la de cualquiera de los familiares puede llegar, como consecuencia de la acumulación, al 65%; igualmente, la viuda con un huérfano del causante a su cargo recibe como máximo un 65% de la base reguladora, ampliamente superado por el 85% que podrían distribuirse dos familiares supérstites": *op. cit.*, p. 429.

Esta insólita consecuencia se desprende del juego independiente del tope del 100% de la base reguladora para pensiones de orfandad y viudedad, por un lado, y en favor de familiares, por otro. *Id.*, en este sentido, M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, p. 288.

- (45) Y sin que sea posible que los pensionistas de este régimen puedan causar, a su fallecimiento, una pensión en favor de familiares: SSTS, 4ª, 10-XII-1992, Ar. 10068, y 19-XI-1993, Ar. 8702.

En general, sobre la problemática planteada por esta pervivencia, *vid.* J.M. LÓPEZ GÓMEZ, «Las pensiones SOVI: problemas jurídicos actuales», *Temas Laborales* nº 21, 1991, pp. 71 y ss.

En efecto, el primer hito decisivo se construye a raíz de la promulgación de la Ley 30/1981, de 7-VII, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Cc, y cuya DA 10ª contenía una serie de reglas *provisionales* aplicables a la pensión de viudedad. Las cuestiones problemáticas planteadas por dicha regulación no dejaron de ser advertidas desde un primer momento (47), y vinieron referidas, principalmente, a la desaparición del requisito de la convivencia (48), a la interpretación de la regla 2ª y la excepcional posibilidad de causar derecho en caso de convivencia no matrimonial (49), a su eventual retroactividad (50), al olvido legislativo de las situaciones de nulidad matrimonial (51) o, por fin, al modo de repartir la pensión en caso de concurrencia de dos o más beneficiarios, circunstancia ésta de renovada actualidad a partir de la STS, 4ª, 21-III-1995, Ar. 2171 (52).

- (47) Por todos, *vid.* L. MARTÍNEZ CALCERRADA, L. GÓMEZ DE ARANDA y M.Mª ZORRILLA RUIZ, *Nueva pensión de viudedad*, cit., especialmente pp. 79 y ss., así como, desde una perspectiva muy crítica, J. MARINA MARTÍNEZ-PARDO, «Las disposiciones adicionales de la ley de divorcio, la Seguridad Social y la igualdad jurídica», en AA.VV., *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral*, Madrid, IELSS, 1985, pp. 357 y ss.
Para un resumen de las principales cuestiones litigiosas suscitadas y de la respuesta otorgada por los Tribunales Superiores de Justicia, *vid.*, también, A. CEA AYALA, «Acerca de las prestaciones por muerte y supervivencia», cit., pp. 101 y ss.
- (48) *Vid.* J.Mª GOERLICH PESET, «La protección por viudedad en los supuestos de separación y divorcio (Análisis jurisprudencial de la DA 10ª de la “Ley del Divorcio”)», *RL*, II, 1988, pp. 498 y ss., y B. RODRÍGUEZ SANTOS, «La pensión de viudedad tras la legalización del divorcio», *AL* n° 44, 1985, p. 2195. Por todas, *vid.* la STS, 4ª, 25-IX-1992, Ar. 7367.
- (49) *Infra*, notas 85 y 86.
- (50) *Vid.* L. MARTÍNEZ CALCERRADA, «En torno a la pensión de viudedad (El “ius aequum” y el “ius commune” en su integración)», *RSS* n° 25, 1985, pp. 109 y ss., y B. RODRÍGUEZ SANTOS, *op. cit.*, pp. 2196 y ss.
- (51) Y jurisprudencialmente corregido, incluyendo también el supuesto de nulidad dentro de los contemplados por la DA 10ª, a través de una interpretación analógica y de lo dispuesto en el art. 79 Cc. Por todas, *vid.* las SSTs, 6ª, 11-II-1985, Ar. 634, y 4ª, 11-II-1994, Ar. 870, cuyo parecer ha sido recogido por la Resolución de 3-IV-1995 (BOE de 10-IV), de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, para aplicar las previsiones del art. 174.2 TRLGSS a los casos de matrimonio declarado nulo.
En cuanto a las soluciones para otros tipos de separación no expresamente mencionados por la norma, *vid.* L. MARTÍNEZ CALCERRADA, «La separación conyugal en la nueva pensión de viudedad (Alcance de su mención en la Regla 3ª de la DA 10ª, Ley 7 de julio de 1981)», *AL* n° 19, 1986, pp. 953 y ss.
- (52) Y que cuenta con un importante y fundamentado voto particular suscrito por dos Magistrados. *Vid.*, al respecto, el comentario de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Pensión de viudedad y divorcio», cit., pp. 4 y ss.
Con anterioridad, sobre este problema, *vid.* ampliamente J.Mª GOERLICH PESET, *op. cit.*, pp. 501 y ss., y B. RODRÍGUEZ SANTOS, *op. cit.*, pp. 2198 v ss.

Naturalmente, la segunda incidencia de relieve se produce a raíz de dos pronunciamientos del TC, las muy conocidas Sentencias, Pleno, 103 y 104/1983, de 22 y 23-XI, respectivamente, y que inauguran, con la declaración de inconstitucionalidad del art. 160.2 LGSS, una importante línea jurisprudencial en torno a la equiparación entre hombres y mujeres en el acceso a la pensión de viudedad (53). Su repercusión inmediata se traslada al ámbito funcional, por medio del art. 32 de la Ley 30/1984, de 2-VIII, luego incorporado al Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas, aprobado por RD 670/1987, de 30-IV.

La fundamental reforma introducida en el sistema español de pensiones por la Ley 26/1985, de 31-VII, no va a afectar, sin embargo, a las prestaciones por muerte. Con todo, algunos estudios preparatorios sí reflejaban su concreta problemática (54), especialmente el llamado *Libro naranja*, que se elabora al amparo del art. 13 del Acuerdo Económico y Social de 1984 (55). La parcialidad de la reforma, circunstancia muy criticada desde algunos sectores sindicales (56), llama la atención, teniendo en cuenta las previas resoluciones del TC en materia de no discriminación de los viudos varones. La explicación que se ha aventurado a este respecto incide sobre los problemas técnicos y sobre un posible rechazo añadido, por parte de los sectores sociales y sindicales, a las medidas restrictivas que la ley contenía (57). La no inclusión de las prestacio-

- (53) Sentencias que abren la puerta a un notable número de posteriores resoluciones del TC sobre lo que, gráficamente, ALONSO OLEA ha llamado «el viudo discriminado»: *vid.* los comentarios a esta serie de pronunciamientos en los sucesivos tomos de su *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, y a partir del tomo I, Madrid, Civitas, 1984, pp. 243 y ss.
- (54) A grandes rasgos, *vid.* L.E. DE LA VILLA GIL, *op. cit.*, pp. 37 y ss.
- (55) Y que se publica, paradójicas cromáticas, en la colección de *libros azules* del Ministerio bajo el título de *Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social para la Comisión Tripartita del Acuerdo Económico y Social (AES)*, Madrid, MTSS, 1985.
- (56) Señala L.E. DE LA VILLA GIL, *op. cit.*, p. 57, que la Ley 26/1985 «defrauda las expectativas puestas en la reforma general o global de la seguridad social, que se pensaba iba a asumir el PSOE al acceder al poder. Esta es la crítica más frecuente y la que han utilizado, fundamentalmente, los líderes ugetistas en su radical rechazo del proyecto».
- (57) «Quizá la explicación más plausible de la exclusión es que la reordenación de las pensiones de viudedad en la línea de la jurisprudencia constitucional y de los criterios contenidos en el “Documento de base” presentaba dificultades técnicas que excedían del marco de unas medidas legislativas de urgencia. La inclusión de dichos criterios hubiera aumentado además el “frente de conflictividad” de la ley»: A. DSENTADO BONETE, B. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ y E. GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social (Un comentario sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio)*, Madrid, Civitas, 1986, p. 41.
En general, sobre la frustración y aplazamiento de la reforma prevista en el “Libro naranja”, *vid.* B. GONZALO GONZÁLEZ, «El principio constitucional de no discriminación de los sexos en los planes de reforma de la Seguridad Social: su aplicación a las pensiones de viudedad», *AL* n° 54, 1985, pp. 2708.

nes por muerte en el ámbito objetivo de la Ley 26/1985 supuso, entre otras consecuencias que hubieran podido afectar a la determinación de las bases reguladoras, por ejemplo, el mantenimiento del requisito del alta o situación asimilada para acceder a la protección, exigencia que, aunque matizada jurisprudencialmente (58), no se conserva en ciertos grados de invalidez y en jubilación.

Por su parte, la Ley 26/1990, de 20-XII, vino a incorporar, de forma un tanto tardía y en su art. 4, la mencionada doctrina constitucional sobre igualdad de trato (59). De forma un tanto asistemática, la falta de previsiones sobre el subsidio en favor de familiares se corrigió por medio del RD 1670/1990, de 28-XII, sobre revalorización de pensiones para el año 1991, cuya DA 7ª vino a modificar el art. 42 del RGP. Con todo, la protección no contributiva diseñada por esta norma no se extenderá a las prestaciones por muerte. De nuevo, una importante disposición reformadora del sistema de pensiones apenas afecta a la rama protectora que aquí se analiza, cuando los perfiles asistenciales de algunas de las figuras a que se ha hecho referencia podrían sugerir soluciones diferentes, como ya se vio.

Finalmente, el TRLGSS de 1994 tiene la ocasión de incorporar a su articulado las correcciones derivadas de la jurisprudencia constitucional y de la Ley 26/1990, así como de integrar las reglas contenidas en la DA 10ª de la Ley 30/1981 (arts. 174.2 y 3, y 176.4) (60).

En conclusión, este proceso tortuoso de adaptación a las exigencias jurídico constitucionales y sociales revela el papel de primer orden que la jurisprudencia constitucional ha asumido en ésta como en tantas otras materias, sirviendo de acicate y catalizador para las decisiones legislativas, al igual que ha

(58) Por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, prolongando una postura ya presente en el Tribunal Central de Trabajo. *Vid.*, al respecto, A. CEA AYALA, *op. cit.*, p. 95, y G. RODRÍGUEZ INIESTA, *op. cit.*, p. 775.

De manera muy llamativa, la STSJ, Asturias, 21-II-1992, Ar. 513 entendió que la Ley 26/1985 sí era aplicable a las prestaciones por muerte. La resolución fue luego casada y anulada por la STS, 4ª, 5-II-1993, Ar. 742.

La no incorporación de una protección no contributiva por muerte en la Ley 26/1990 es criticada por A. CEA AYALA, *op. cit.*, p. 97.

(59) Y dando nueva redacción, además, a los arts. 162.2 y 163.1 LGSS de 1974. La STC, Pleno, 3/1993, de 14-I declaró posteriormente inconstitucional el inciso del aptdo. 2º del art. 162 LGSS de 1974, en su originaria redacción, que excluía a hijos y hermanos. La aparente irrelevancia, por tardía, de esta resolución, debe ser matizada, al concederse efectos retroactivos a la inaplicabilidad del precepto desde la fecha de entrada en vigor de la Constitución: *vid.* B. GONZALO GONZÁLEZ, «La Seguridad Social de las mujeres en España: problemas de desigualdad formal y de injusticia material», *Tribuna Social* nº 48, 1994, p. 39.

(60) Señala J. LÓPEZ GANDÍA que la incorporación de las previsiones de la DA 10ª implica un desarrollo de temas pendientes, «que no suponen propiamente una mera refundición, sino una aclaración y armonización»: «El Texto Refundido de la LGSS de 1994 (notas de trabajo)», *Tribuna Social* nº 48, 1994, p. 31.

sucedido en otras experiencias nacionales próximas (61). Pero también resulta un eficaz exponente de los importantes desajustes normativos y de las tensiones que la convivencia entre normas promulgadas hace casi treinta años, por una parte, y las previsiones del texto constitucional y la legislación de desarrollo, por otra (62). Por último, pone de manifiesto el camino que aún queda por recorrer para completar la actualización de esta rama del sistema de protección (63).

5. Problemas de constitucionalidad (remisión)

Como a lo largo de la exposición hasta aquí efectuada habrá podido comprobarse, las referencias a la problemática constitucional de las prestaciones por

(61) Donde la jurisprudencia se ha erigido, también, en avanzadilla de la reforma de las prestaciones por muerte para su adecuación a una realidad social tan cambiante. Es el caso de Alemania —Sentencia del Tribunal Federal Constitucional de 12-III-1975—, Italia —Sentencias de la Corte Constitucional nº 6, de 30-I-1980, y nº 105, de 7-VII-1980— o Estados Unidos —Sentencia del Tribunal Supremo de 9-III-1985 (caso Weinberger vs. Wiesenfeld)— *Vid.*, brevemente, al respecto, A. LAURENT, «El principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en la Seguridad Social y límites del mismo», *RSS* nº 33, 1987, p. 111, y T. PÉREZ DEL RÍO, «El principio de igualdad en la Seguridad Social: no discriminación por razón de sexo», *RT* nº 71, 1983, p. 16. Con más detalle, y sobre el caso alemán, también se refieren a la cuestión A. FUCHS, «Reforma del régimen de seguridad social aplicable a la mujer y a los sobrevivientes en la RFA», *RIT* nº 4, 1982, pp. 485 y ss., y D. POSKE, «La jurisprudence du Tribunal Constitutionnel fédéral tendant à assimiler le mari et la femme dans la législation sur l'assurance-pensions (RFA)», *Rev. Int. de Sécurité Sociale* nº 2, 1981, pp. 191 y ss.

(62) Comentando la experiencia española sobre la aplicación del principio de indiscriminación legal de sexos en materia de protección social, indica críticamente B. GONZALO GONZÁLEZ que el proceso de reforma legislativa, por su amplitud e interconexiones, constituye «un fenómeno desordenado y confuso, contradictorio a veces y, desde luego, discutido social y políticamente en cada una de sus sucesivas manifestaciones singulares, pese a la común aceptación de sus postulados ideológicos básicos (...) Son de ver, así, frecuentes desfases entre la intensidad o la celeridad innovadora de la política y las leyes, y su contraste con las circunstancias socio-económicas en las que han de ser aplicadas, o con su, a veces, lenta asimilación por la conciencia o la opinión públicas»: «El principio constitucional...», *cit.*, p. 2707. Las cursivas son del autor.

(63) «Sigue pendiente la vasta y ardua tarea legislativa de revisión y estabilización constitucional del sistema de Seguridad Social, cada vez más difícil por la coincidencia que registran sus crisis "constitucional", "técnica" y "económica", hoy ya crónicas (crisis de legitimidad y de legalidad que siguen conviviendo sin que se hayan reducido real y eficazmente los numerosos factores de dificultad que las provocan) y acentuadas por la desordenada proliferación de normas o instrumentos postconstitucionales parciales, incapaces, como tales, de resolverlas»: MªE. CASAS BAAMONDE, «Comentario a la STC, 2ª, 68/1991, de 8-IV», en M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, tomo IX. Madrid, Civitas, 1992, p. 229.

muerte han sido constantes. Y es que los instrumentos protectores han dependido, históricamente, de dos elementos fundamentales. El primero, ya se dijo, es la existencia de un enfoque asegurativo-resarcitorio presente en los esquemas del seguro social; el segundo tiene que ver con un cierto entendimiento y una determinada estructura del matrimonio y la familia. Cuando ambos elementos se ven afectados por la irrupción de la idea de situación de necesidad y por la evolución sociológica y jurídica de tales instituciones, respectivamente, las tensiones se agudizan. De esta forma, «el sistema de protección social ha de adaptarse a estas dos nuevas exigencias, a un modelo constitucional de Seguridad Social que tiende a garantizar prestaciones adecuadas a las situaciones de necesidad y a un modelo constitucional de familia, abierto y plural, que ha de ser objeto de protección «social», y por ello también dentro de los esquemas del sistema de Seguridad Social que la Constitución consagra» (64). La incompleta adaptación legislativa respecto del texto constitucional, y a la que acaba de hacerse referencia, abrió la comentada problemática relativa al viudo discriminado, al hipotético derecho a pensión en caso de uniones extramatrimoniales o, por fin, a la influencia del divorcio en la conservación y alcance del derecho a la pensión de viudedad.

No son éstos, desde luego, los únicos problemas de constitucionalidad posibles: también ciertas causas de extinción del derecho a la protección suscitan o suscitaban dudas en su momento. Así, las previsiones contenidas en los arts. 11, 21 y 24 OMS, referentes, en primer lugar, a la circunstancia de contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso (65) o a la de observar una conducta deshonesto o inmoral, en segundo término.

Dejando a un lado a la primera, que seguidamente se examinará en profundidad por su conexión a través de una equiparación analógica con la convivencia extramatrimonial, cabe subrayar su posible discordancia con la libertad religiosa proclamada en el art. 16.1 CE, observada ya por alguna sentencia aislada (66). En cuanto a la última circunstancia, criticada tiempo antes de la

(64) M. RODRÍGUEZ PIÑERO, «Pensión de viudedad y divorcio», *RL* n° 11, 1995, p. 2.

(65) En cuyo caso —art. 11, a) OMS—, se contempla el derecho de la viuda, cuando el cambio de estado se produzca antes de cumplir los sesenta años, a la percepción de una cantidad a tanto alzado equivalente al importe de veinticuatro mensualidades de la pensión que viniera percibiendo. Esta peculiar dote por matrimonio o profesión religiosa, tan criticada por la doctrina, estaba previsto que hubiera desaparecido en la ley de acompañamiento de la Ley de Presupuestos para 1996: *vid.* J.F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M^a.A. MOMPALER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, 2^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 343.

(66) STSJ, Madrid, 17-VII-1989, Ar. 1151. Como ha indicado el TC, la religión, además de constituir una de las circunstancias personales a que alude el inciso final del art. 14 CE, expresamente se recoge por la propia norma, por lo que, en principio, «las actitudes religiosas de los sujetos de derechos no pueden justificar diferencias de trato jurídico» (STC, 1^a, 63/1994, de 28-II). La difícil justificación constitucional y la dudosa homologación entre cambio de estado civil y profesión religiosa fueron puestos de manifiesto en su día por J. MONTALVO CORREA, «Igualdad de derechos y Seguridad Social», en AA.VV., *Jornadas sobre cuestio-*

entrada en vigor de la CE y considerada como «insólita pervivencia de la España negra» (67), constituye una clara muestra de obsolescencia y desuso normativos. Aunque dejada de aplicar desde 1984 por el INSS -Oficio-Circular de 15-XI-1984-, su vigencia formal obligaba a esta breve mención.

De todos modos, se trata de cuestiones menores en comparación con el problema de la discriminación por razón de sexo, abordado por el TC a lo largo de una prolongada serie de resoluciones, así como el de la eventual toma en consideración de las uniones extramatrimoniales en el ámbito de la pensión de viudedad, aspectos a los cuales se dedica, seguidamente, un espacio propio y separado.

II. UN ESCENARIO SENSIBLE A LA PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL

1. Seguridad Social y principio de igualdad

Con carácter general, la mención de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación en el campo de la protección social evoca necesarias tensiones producidas por la aparente contradicción que supone, al lado de aquellos principios formales, la presencia de los mecanismos redistributivos de la Seguridad Social, por su propia naturaleza de instrumentos correctores de una desigualdad material y, en cuanto tales, dotados de un perfil reequilibrador (68). Se ha indicado, así, que «es poco certera la afirmación que presume de haber descubierto una transformación reciente en los fines de la Seguridad Social, que serían ahora -pretendidamente- los solidarios y de igualdad, y no los tradiciona-

nes actuales de enjuiciamiento laboral, Madrid, IELSS, 1985, p. 336.

En general, sobre estas dos problemáticas circunstancias extintivas, *vid.* J.L. CABEZAS ESTEBAN, «Extinción de la pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social por contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso y por observar una conducta deshonesto o inmoral», *REDT* n° 43, 1990, pp. 505 y ss.

(67) En las muy conocidas palabras de L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *op. cit.*, p. 431. También con bastante anterioridad a 1978 había indicado J.M. ALMANSA PASTOR que la justificación de esta causa extintiva del derecho era discutible, por introducir «consideraciones extrañas a la ecuación necesidad-protección» y por suponer una «sanción impropia a un mal comportamiento deshonesto e inmoral», advirtiendo, además, sobre la escasa operatividad de la misma, salvo que su determinación viniera realizada por la jurisdicción ordinaria: «La protección por muerte...», *cit.*, p. 305.

(68) Como observa M. ALONSO OLEA, «los temas discriminatorios (cuando a través de ellos se concede una prestación nueva; otra cosa sería si se privara de una prestación existente) han de ser abordados con cautela muy superior a los de las discriminaciones que niegan derechos esenciales a un grupo. En el pasado como en el presente la prestación en favor de un grupo pudo y puede tener precisamente por finalidad borrar o compensar discriminaciones fácticas, que una decisión igualitaria simplista no borra y puede incluso perpetuar»: «Comentario a la STC 103/1983, de 22-XI (Viudo discriminado I)», en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, tomo I, Madrid, Civitas, 1984, p. 248.

les de libertad o liberación de las necesidades públicas». Dicha afirmación contaría con un claro respaldo histórico: «la igualdad no ha sido nunca el objetivo directo de la Seguridad Social. Ni lo es ahora (...) En esas condiciones, la demanda de las mujeres a la Seguridad Social debe plantearse con precisión, consciencia de lo que ésta puede darles: garantía de medios materiales de vida ante las situaciones objetivas de necesidad que les afectan masivamente. Es decir, la demanda de libertad o liberación frente a las necesidades. El objetivo igualitarista real llegará por añadidura, siendo para su consecución necesaria, aunque claramente insuficiente, la aportación de las instituciones protectoras» (69).

Sin embargo, es claro que la exigencia constitucional había de plasmarse necesariamente en un ámbito como el de la Seguridad Social, cuya normativa preconstitucional presentaba serias discordancias en esta materia, especialmente visibles en lo que a diferencias de trato por razón de sexo se refiere (70). Y ello, aunque en relación a diversas contingencias, resultaba llamativo en el campo de la protección por muerte (71). En efecto, las imbricaciones con aspectos relativos al Derecho de familia, tan dependientes, por otro lado, de la evolución social de las costumbres y de factores ideológicos, iban a contribuir a la configuración de la contingencia que aquí se analiza como un *espacio jurídico particularmente sensible* a los problemas constitucionales. Pasaré revista, a continuación, a los momentos más destacados dentro de la doctrina constitucional y que no por conocidos pueden dejar de comentarse, aunque sea de una manera sintética.

(69) B. GONZALO GONZÁLEZ, «La Seguridad Social de las mujeres en España...», cit., p. 44.

Sobre el significado de la igualdad de trato en materia de Seguridad Social, vid. A.M. BROCAS, A.M. CAILLOUX y U. OGET, *Las mujeres y la Seguridad Social (Los progresos de la igualdad de trato)*, Madrid, MTSS, 1990, pp. 38 y ss.

(70) En general, vid. M. AZNAR LÓPEZ, «La interdicción constitucional de la discriminación por razón de sexo y el sistema de Seguridad Social», *Documentación Administrativa* n° 204, 1985, pp. 135 y ss.; B. GONZALO GONZÁLEZ, «La Seguridad Social de las mujeres en España ...», cit., pp. 37 y ss.; L. MARTÍNEZ CALCERRADA, L. GÓMEZ DE ARANDA y M.M. ZORRILLA RUIZ, *Nueva pensión de viudedad*, cit., pp. 33 y ss.; J. MONTALVO CORREA, *op. cit.*, pp. 322 y ss.; y T. PÉREZ DEL RÍO, «El principio de igualdad en la Seguridad Social: no discriminación por razón de sexo», cit., pp. 9 y ss.

(71) Vid., así, A.V. SEMPERE NAVARRO, «Sobre no discriminación y pensiones de viudedad», en AA.VV., *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid, IELSS, 1985, pp. 961 y ss.

Por otro lado, la posterior incorporación española a la CEE planteaba la trasposición de las Directivas sobre la materia, entre las cuales destacaban las Directivas 79/7, de 12-XII-1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social; 86/313, de 11-XII-1986, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre protección de la maternidad; y 86/378, de 24-VII-1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres

2. Jurisprudencia constitucional sobre discriminación del cónyuge viudo

Como ya tuve ocasión de exponer, la exigencia legislativa de ciertos requisitos adicionales -incapacidad para el trabajo y dependencia respecto de la esposa- en el caso del varón viudo para el acceso a la pensión de viudedad, generó una doctrina jurisprudencial importante sobre la cuestión. Encabezada por las SSTC, Pleno, 103 y 104/1983, de 22 y 23-XI, respectivamente, esta serie de resoluciones irá engrosando paulatinamente un cuerpo doctrinal prácticamente homogéneo (72) al extender el criterio uniformador que establecían esas primeras sentencias citadas a la normativa reguladora de la prestación en el entonces Régimen Especial de Funcionarios de la Administración Local -STC, 2ª, 42/1984, de 23-III- y, llamativamente, por su número, en el ámbito del SOVI -SSTC, 2ª, 253/1988, de 20-XII; 2ª, 144/1989, de 18-IX; Pleno, 142/1990, de 20-IX; 1ª, 158/1990, de 18-X; 1ª, 58/1991, de 14-III; y 1ª, 102/1992, de 25-VI-.

De todas formas, los pronunciamientos fundamentales son los que se contienen en las SSTC 103/1983 y 142/1990, dado que el resto aborda «problemas tangenciales para supuestos de hecho varios, a los que aplican la doctrina de las sentencias básicas citadas o los que parecen sus corolarios obligados» (73). Conviene, pues, pasar revista a las argumentaciones principales que en las mismas se contienen.

A partir de las consideraciones generales sobre la configuración de la Seguridad Social como función del Estado y sobre las ideas de situación de necesidad y compensación frente al daño en el marco del art. 41 CE (74), el TC, en la primera de las Sentencias examinadas, analiza la justificación de los requisitos específicos que al varón viudo le exigía el art. 160.2 LGSS, llegando a la conclusión de que «el trato desigual en perjuicio del varón es un hecho indiscutible desde el momento en que en identidad de circunstancias el legislador atribuye secuelas distintas» (FJ 5º). Así, sobre la idea del derecho contenido en el art. 41 CE como «minimum constitucionalmente garantizado», el TC

(72) De manera excepcional, la STC, 2ª, 49/1990, de 26-III, con criterio distinto, sorprende tanto por su fallo como por lo escueto de su fundamentación, separándose de la muy reiterada doctrina del TC sobre el particular: J.L. TORTUERO PLAZA, «Viudo no discriminado. Sobre la naturaleza de la protección otorgada por el mutualismo funcional integrado en los fondos especiales», *REDT* n° 49, 1991, p. 833.

(73) M. ALONSO OLEA, «Comentario a la STC 58/1991, de 14-III», en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, tomo IX, Madrid, Civitas, 1992, p. 222.

(74) El TC acoge, en este caso, la situación o estado de necesidad en sentido traslativo (exceso de gastos o defecto de ingresos): Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Seguridad Social y Constitución*, Madrid, Civitas, 1995, p. 94. Para la autora, resulta evidente que el TC ha empleado los diversos significados de la expresión «situaciones de necesidad» dependiendo de la solución que pretendiera otorgar a los supuestos específicos, «pero también es cierto que la ambigüedad característica de su jurisprudencia ha coincidido cronológicamente con un período, tal vez excesivamente prolongado, de la evolución legislativa en materia de Seguridad Social, una vez promulgada la Constitución»: *op. cit.* p. 97.

precisa que la situación de necesidad protegida se configura históricamente en un momento determinado, y la misma no es tomada en cuenta en el caso de las viudas, aunque sí en el de los viudos, lo que le lleva a afirmar que «si el derecho discutido se funda en la situación de necesidad ésta debe existir para todos los eventuales titulares de este derecho y que si el derecho puede carecer de este fundamento debe ocurrir así para todos sus titulares» (FJ 6º). En consecuencia, concluye el TC insistiendo en la carencia de una necesaria fundamentación justificativa de la desigualdad del régimen jurídico examinado, contraria, por lo tanto, a los dictados constitucionales. Así, sin perjuicio de las facultades inherentes al poder legislativo, el TC establece la inconstitucionalidad de los preceptos discutidos, «pues sólo de este modo se consigue que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la Seguridad Social tengan el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino» (FJ 7º).

Los dos votos particulares formulados a la Sentencia analizada resultan, en sus argumentaciones, igual de interesantes que ésta y proporcionan una perspectiva diferente de aproximación al problema planteado. El primero de ellos (75) discrepa del sentir mayoritario expresado en la Sentencia sobre la base de considerar que ésta «prescinde del dato de la necesidad, para generalizar un sistema fundado -por lo general- en la sola existencia de un matrimonio previo y la convivencia habitual, y presupone como elemento de igualdad de tratamiento, el dato de la cotización que en el régimen de una seguridad social basada en la solidaridad pasa a un segundo plano». Las consideraciones económicas adquieren un peso importante en la argumentación, dando por sentado, así, que la equiparación postulada «gravitará negativamente sobre todo el conjunto del sistema, creando con una incidencia grave en la cobertura económica, una disminución en vitales prestaciones».

El segundo voto particular (76) insiste en el argumento financiero, prediciendo un importante incremento en las cargas de la Seguridad Social, pero, sobre todo, toma en consideración la diferencia sociológica -división doméstica del trabajo- que, a juicio del firmante, pervive aún entre las funciones desempeñadas por hombres y mujeres. Reconoce que la medida legislativa que se suprime y que sancionaba dicha desigualdad, debe eliminarse en aras de la consecución de una igualdad efectiva. Lo que sucede es que ha de ser el legislador quien valore la oportunidad y modo de llevar a cabo dicha supresión, con el fin de eliminar una compensación legislativa que contribuye a prolongar la situación de discriminación social y cuyos efectos sobre estas pautas sociales de comportamiento sólo pueden producirse hacia el futuro y no hacia el pasado: «En el pasado, y de ello se trata ahora, la mujer casada se veía socialmente compelida a vivir «a cargo» del marido (por irónica que la expresión pueda resultar), mientras era excepcional la situación contraria, y, por tanto, no parece discriminatorio que se la dispense de probar esta situación, en tanto que sí ha de probarla el varón, como no es absurdo, sino razo-

(75) Formulado por el Magistrado D. Jerónimo Arozamena Sierra, y al que se adhiere el también Magistrado D. Francisco Pera Verdager.

(76) Que formula el Magistrado D. Francisco Rubio Llorente.

nable, que se le exija a éste la prueba de no estar incapacitado para el trabajo y sería absolutamente irrazonable condicionar a la incapacidad para trabajar la percepción de la pensión de viudedad de una mujer que durante toda su vida ha dedicado su esfuerzo a unas tareas domésticas fatigosas y absorbentes que le han impedido adquirir, entre otras cosas, una formación profesional». Por consiguiente, la diferencia social real y aún existente justifica el desigual trato establecido por el art. 160 LGSS, impidiendo su tacha de inconstitucionalidad.

Hasta aquí, pues, y muy resumidamente expuestos, los argumentos esgrimidos en el inicial debate constitucional. Debe reflejarse ahora que la opinión mayoritaria sustentada por el TC, aunque saludada por amplios sectores doctrinales por su innovación en aras del logro de una igualdad material (77) e inscribible en una línea de tendencia consolidada en bastantes países y respaldada por la OIT (78), no dejó de cosechar importantes críticas dentro de otros ámbitos doctrinales muy cualificados. Dichas discrepancias, generalmente en la línea de los dos votos particulares que se han examinado, se centraron, no sólo en los aspectos de fondo, censurando, por ejemplo, la escasa importancia conferida a los elementos sociológicos (79) sino, muy especialmente, en el modo de abordar la reforma legislativa, con la asunción, por parte del TC, de un cri-

(77) Así, por todos, L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid, Trivium, 1992, pp. 66 y ss.; C. LASARTE ÁLVAREZ y L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *También los varones tienen derecho a la pensión de viudedad*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 14 y ss.; y T. PÉREZ DEL RÍO, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

Quizás, en el fondo, y como indican L. MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. GÓMEZ DE ARANDA y M.ª ZORRILLA RUIZ, *Nueva pensión de viudedad*, cit., p. 61, lo más destacable sea que, tanto en el fallo de la Sentencia como en los votos discrepantes, el régimen de la pensión de viudedad «es abordado como expresión — con versiones ciertamente antagónicas— de la tendencia a una igualdad material que se busca por distintos caminos».

(78) OIT, *La seguridad social en la perspectiva del año 2000*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1984, pp. 46-47.

(79) Así, M. ALONSO OLEA, «Comentario a la STC 103/1983, de 22 de noviembre (Viudo discriminado I)», cit., pp. 243 y ss. y, especialmente, B. GONZALO GONZÁLEZ, «El principio constitucional ...», cit., pp. 2709 y ss., que ponía de manifiesto el elevado coste de los resultados generados, su inadecuación a las situaciones de necesidad reales y sus efectos discriminatorios generales, inoportunos y contraproducentes. A juicio de este autor, la declaración de nulidad de una medida de discriminación positiva como la contenida en el art. 160 LGSS conllevaba una doble consecuencia rechazable: enervar y condicionar, en primer término, la iniciativa política de reformas legislativas, con perjuicios para la mejora de los derechos de la mujer; y, en segundo lugar, privilegiar aún más al varón. En esa misma línea, *vid.* también su comentario a la STC, 2ª, 144/1989, de 18-IX, «La Seguridad Social de los viudos varones según el Tribunal Constitucional», *AL* nº 6, 1990, pp. 71 y ss., donde sostiene que, en España, «el impulso reformador que las Sentencias del Tribunal Constitucional comportan se caracteriza por una incon-

ticable papel de legislador negativo (80). Sin embargo, y al margen de estos relevantes juicios desfavorables, ha de recordarse una circunstancia que, en ocasiones, pasa a un segundo plano. Se trata de las importantes consecuencias que esta línea jurisprudencial va a producir en materia de compatibilidad de prestaciones. En efecto, de forma paralela a la pérdida de la primigenia finalidad de la pensión, extremo éste que ya he mencionado y sobre el cual volveré posteriormente, no puede dejar de subrayarse cómo la equiparación en las exigencias de acceso al derecho va acompañada de una generalización del régimen jurídico de compatibilidad de la pensión de viudedad, previsto hoy en los arts. 179.1 TRLGSS y 10 OMS, con cualquier renta de trabajo o con la pensión de jubilación o invalidez a que el beneficiario también pudiera tener derecho. Al requerirse anteriormente al viudo hallarse incapacitado y a cargo de la trabajadora fallecida, como condición para acceder a la pensión solicitada, de forma implícita se estaba excluyendo la posibilidad de percibir, a la vez, rentas de trabajo u otra prestación. Ahora, en cambio, el régimen de compatibilidad se hace extensivo a los viudos varones (81).

Por su parte, la STC, Pleno, 142/1990, de 20-IX, aborda similar problema discriminatorio, aunque, en esta ocasión, en relación a la normativa reguladora de la pensión de viudedad en el SOVI (art. 3 DL 2-IX-1955), que dejaba fuera de su acción protectora a los varones. La argumentación contenida en esta resolución discurre por cauces muy parecidos a los de la STC 103/1983 (82), contando también con otros antecedentes, como la STC 253/1988. La similitud de

veniente *obsesión principalista*. Con desprecio de las enseñanzas de la experiencia ajena, se desentende de reservas, plazos y cautelas. Ignora matices y grados. Todo ello, en un marco sociológico *menos propicio* que el de la mayoría de los demás países europeos, donde suelen ser más altas las tasas de participación femenina en la actividad productiva y, por consiguiente, menor la dependencia económica de las mujeres con respecto a sus cónyuges » (*op. cit.*, p. 75. Las cursivas son del autor).

(80) Para M. AZNAR LÓPEZ, «La interdicción constitucional de la discriminación por razón de sexo y el sistema de Seguridad Social», *cit.*, pp. 157 y ss., probablemente el TC no pudo llegar a solución distinta a la finalmente adoptada, pero trae a colación, como alternativa, el camino emprendido por la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12-III-1975, optando por conceder al legislador un plazo hasta 1984 para llevar a cabo la reforma igualitarista postulada.

En este sentido, *vid.*, también, la bibliografía mencionada *supra*, nota 61. Desde otra perspectiva, se ha llamado la atención sobre la contradicción existente entre la declaración general de la STC 103/1983 —relativa a la superación del principio contributivo como fundamento de la protección por el concepto de situación de necesidad— y los argumentos en que el TC basa las soluciones específicas: Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Seguridad Social y Constitución*, *cit.*, pp. 84 y ss.

(81) Al respecto, *vid.* F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y C. VIQUEIRA PÉREZ, «La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional», *RL* n° 24, 1990, pp. 41 y ss., y M. AZNAR LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 161 y ss.

(82) *Vid.* el comentario de M. ALONSO OLEA a la STC 142/1990 en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, tomo VIII, Madrid, Civitas, 1991, pp. 391 y ss.

supuestos es expresamente admitida por esta resolución, reconociendo el hecho de que, aunque ahora se examine un ámbito especial -SOVI-, «eso no desdibuja ni elimina la semejanza, teniendo en cuenta el elemento subjetivo determinante, es decir, el tratarse de personas del mismo sexo las afectadas por las normas y la consideración de esa cualidad como causante de la discriminación concreta que se denuncia» (FJ 4°). Siendo ello así, y partiendo del criterio de la compensación frente al daño como sustentador del sistema español de Seguridad Social en ese momento, el TC entiende que a una misma situación, como es el fallecimiento de un trabajador afiliado y que ha acreditado un periodo de carencia, debe vincularse idéntica consecuencia jurídica, a saber, el derecho del otro cónyuge a obtener la prestación de viudedad con sometimiento en todos los casos a similares requisitos: «La situación de desigualdad que se produce responde a las mismas características. Y, como en los supuestos anteriores, dicha desigualdad no encuentra más justificación que la derivada del sexo, dado que la cotización es igual para mujeres y varones y el vacío económico que produce el fallecimiento de la mujer ha de considerarse idéntico al que en iguales casos causa el marido». Así, la conclusión es idéntica a la ya establecida, en amparo, por las anteriores SSTC 144/1989 y 176/1989: la declaración de nulidad de la exclusión de los viudos por parte del art. 3 DL 2-IX-1955.

3. Las prestaciones en favor de familiares en la jurisprudencia del TC

Como ya se adelantó *-supra*, nota 59-, el TC también abordó el problema de la discriminación del varón en el marco de las prestaciones en favor de otros familiares, llegando a idéntica solución que en el caso de la pensión de viudedad. La exclusión, antes de su reforma por la Ley 26/1990, de 20-XII, de hijos y hermanos varones en la originaria redacción del art. 162.2 LGSS, no resulta admisible, según la STC, Pleno, 3/1993, de 14-I, a la luz del principio constitucional de igualdad. A juicio del TC, la prestación prevista en dicha norma opera como compensación para la hija sin derecho a pensión de orfandad y para la hermana que, después de una dedicación prolongada al cuidado del padre o hermano, respectivamente, en el ámbito familiar, se hallan, al morir alguno de éstos, en el desamparo económico más absoluto: «Esta medida, que puede calificarse como de norma protectora de la mujer no trabajadora, descansa en la secular discriminación familiar de la mujer a la que tradicionalmente se vienen confiando funciones domésticas, como si gozase de una natural vocación o predisposición hacia ellas» (FJ 3°). Así, el precepto examinado parte de la consideración de la mujer como sujeto subordinado en la estructura familiar y alejado del trabajo no doméstico, para lo cual pone en pie una serie de derechos compensatorios de protección social de la mujer vinculados especialmente al varón. Tal situación no es constitucionalmente admisible, puesto que, como medida «meramente compensadora de un estado de necesidad en la que predomina la visión paternalista y la función sustitutiva de la pensión perdida» y que toma como único criterio de diferenciación el sexo, «resulta perturbadora para lograr una igualdad efectiva de la mujer en relación con el varón, en tanto que el privilegio institui-

do en favor de la misma se revela como una forma encubierta de discriminación que se vuelve contra ella» (FJ 3º). El supuesto es similar al analizado por el TC en su Sentencia 103/1983, aunque el trato desigual en perjuicio del varón resulta superior en este caso, vista la radical exclusión. Por ello, la fundamentación jurídica ha de ser, en ambas situaciones, parecida (83). Con el añadido de que, según el TC, como los condicionamientos para acceder a la prestación en favor de familiares valoran de modo exclusivo la situación de necesidad del pariente superviviente que dependía del causante, se esfuma la duda que llegó a barajarse sobre si la concesión del derecho a pensión al viudo no promovía más que una «equiparación puramente externa, sin consideración por tanto a la verdadera situación de necesidad, y provocando con ello el efecto inoportuno de un cierto automatismo en el reconocimiento de la prestación por el mero hecho del fallecimiento del cónyuge» (FJ 4º).

Resulta interesante subrayar las diferencias que el alto Tribunal reconoce en cuanto al fundamento de las pensiones de viudedad y de estas prestaciones. En efecto, más allá del propósito tuitivo basado en una cierta idea trasnochada acerca de la función social de la mujer, la finalidad última de éstas es hacer frente a la situación de necesidad de los familiares dependientes del causante. Por eso, y en contraste con el régimen jurídico de la pensión de viudedad, «la norma atiende aquí en todos los casos a auténticas situaciones de necesidad, dada la incompatibilidad de esta pensión con la percepción de ingresos propios por parte de los beneficiarios». Así, y dada su función atributiva de rentas de subsistencia a quienes se hallan en un estado de necesidad al carecer de cualquier clase de ingresos, el juicio de igualdad sobre el precepto en cuestión «resulta menos problemático y más transparente». En principio, para el TC, los familiares de ambos sexos carentes de medios propios de vida, una vez fallecido el causante, a cuya atención y cuidado han dedicado sus vidas y con cuyos ingresos han subsistido, se hallan en idéntica situación de necesidad. «De modo que a ambos debe otorgarse igual grado de protección. Así las cosas, las diferencias de trato en el acceso a la pensión en favor de familiares, únicamente pueden venir justificadas si existe realmente una causa objetiva y razonable y sea proporcionada a la misma» (FJ 4º). Y, teniendo en cuenta que la situación de necesidad es idéntica para unos y otros, ésta no puede ser alegada como tal

(83) Opina Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA que traer a colación la STC 103/1983 resulta claramente distorsionador. A pesar de las palabras del TC, este caso no es comparable con el del viudo privado de la pensión de viudedad, teniendo en cuenta el carácter y objeto de la prestación. Si, frente a la pensión de viudedad, la prestación en favor de familiares «tiene carácter predominantemente asistencial, la adopción de la fundamentación jurídica que se utilizó para declarar contrario a la Constitución el artículo 160.2 de la LGSS 74 (...), no puede —pese a la declaración contraria del TC— resultar aplicable al precepto ahora cuestionado. Y la cita es perturbadora tanto más cuanto que, inmediatamente a continuación, el propio Tribunal afirma que «a diferencia de lo que ocurre en la pensión de viudedad, la norma atiende aquí en todos los casos a auténticas situaciones de necesidad» (op. cit., p. 106, nota 112).

causa de justificación, como tampoco la pervivencia de una situación sociológica y familiar de la mujer, lo que conduce al reconocimiento de la incompatibilidad de la originaria redacción del art. 162.2 LGSS con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE.

Ante ello, el dilema finalmente planteado consiste en elegir la vía que conduzca al restablecimiento de la igualdad rota. Porque son dos las opciones que caben: bien una igualación «or arriba», extendiendo el beneficio protector a los discriminados, y en la línea seguida, entre otras, por la STC 103/1983, bien haciendo desaparecer el privilegio injustificado o arbitrario -SSTC 28/1992 y 114/1992- en aquellos supuestos en que el beneficio concedido toma como punto de partida una circunstancia discriminatoria, es decir, «cuando constituye una excepción articulada sobre un criterio de diferenciación constitucionalmente inaceptable». Y la solución escogida por el TC va a ser la primera. Porque, aunque pudiera estimarse que el tratamiento favorable contemplado por la norma discutida está falto de fundamento racional y, en consecuencia, no es ampliable a los varones, el TC considera que «ello no explica toda la realidad», porque, con independencia de que el legislador emplee «un criterio expresamente prohibido y sin justificación objetiva alguna», debe valorarse el hecho de que la norma contemple una situación de necesidad vinculada al mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 41 CE de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad: «La hija y hermana reciben protección no sólo en razón de su condición femenina, de mujeres apartadas de las labores profesionales, sino también en función de las necesidades derivadas del defecto de ingresos producido como consecuencia de la muerte del causante. La norma dispensa una protección frente a la pobreza. Atribuye una pensión al que, al tiempo de fallecer el padre o hermano causante, se queda sin auxilio económico. es en este sentido una específica manifestación de la garantía institucional de la Seguridad Social que permite asegurar una cierta protección ante una situación de objetiva necesidad» (FJ 5º).

4. Especial consideración de los problemas suscitados por las uniones de hecho

Si, como se ha podido comprobar, el número de resoluciones del TC en materia de no discriminación del varón para el acceso a las prestaciones por muerte es notable, no menos numerosas son las sentencias relativas a la imposibilidad de causar derecho a la pensión de viudedad por parte del superviviente de una unión extramatrimonial (84). En efecto, una reiterada doctrina cons-

(84) La terminología al uso es muy diversa: parejas o uniones de hecho, convivencia de hecho, parejas no casadas, convivencia *more uxorio*, uniones extramatrimoniales, uniones libres, familia no matrimonial, vida marital. Sobre esta pluralidad terminológica, reveladora, a la vez, de la variedad en la convivencia, *vid.*, por todos, L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, cit., pp. 92 y ss.

titucional (85) viene estableciendo, como requisito *sine qua non* para causar tal derecho, la necesidad de existencia de un vínculo matrimonial, exigencia legislativa plasmada hoy en el art. 174.1 TRLGSS y que sólo de una forma excepcional y transitoria -por la propia naturaleza del supuesto planteado- se rompe en el caso de la regla 2ª contenida en la DA 10ª Ley 30/1981. En realidad, ya anteriormente el TCT había mantenido una clara línea, frente a algunas decisiones de órganos inferiores, de rechazo a la posibilidad de acceso a la protección en estos supuestos (86).

Sin perjuicio de concretas referencias a otras resoluciones, parece estar fuera de duda que las argumentaciones fundamentales sobre el problema se contienen en la STC, Pleno, 184/1990, de 15-XI (87). Después de recordar que la obtención de pensión de viudedad se halla condicionada por la legislación vigente a la existencia del vínculo matrimonial y que dicha previsión únicamente se altera para el caso de quienes no pudieron contraer legítimo matrimonio por impedírselo la legislación previa a la Ley 30/1981 y siempre que el causante falleciera con anterioridad a la vigencia de dicha Ley -regla 2ª de la DA 10ª-, el TC rechaza la posible vulneración, por parte de los preceptos discutidos

(85) AATC 156/1987, de 11-II; 788/1987, de 24-VI; 1021 y 1022/1988, de 26-IX; SSTC, 1ª, 177/1985, de 14-XII; 2ª, 27/1986, de 19-II; 2ª, 260/1988, de 22-XII; Pleno, 184/1990, de 15-XI; Pleno, 29, 30, 31, 35 y 38/1991, de 14-II; Pleno, 77/1991, de 11-IV; 2ª, 29/1992, de 9-III; 1ª, 44/1993, de 8-II; 2ª, 66/1994, de 28-II. A su vez, la jurisprudencia ordinaria, sobre dichas pautas, ha reiterado la subordinación de la pensión de viudedad a la existencia de un vínculo matrimonial entre causante y causahabiente. *Vid.* una sistematización de la misma en A. TAPLA HERMIDA, «La pensión de viudedad en el marco de la protección a la familia sin matrimonio o de hecho en el sistema español de Seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF) nº 105, 1991, pp. 86 y ss., donde clasifica los distintos pronunciamientos judiciales en cuatro grandes apartados: a) aquellos que deniegan el derecho a pensión por no existir vínculo matrimonial; b) los que lo deniegan por dicha inexistencia pero no habiendo impedimento legal para ello; c) los que reconocen el derecho por diversas circunstancias, una vez efectuado en nuestro Derecho el cambio legislativo a favor del divorcio; y d) aquéllos que excusan la necesidad del vínculo matrimonial y de actuaciones tendentes a destruir el anterior vínculo matrimonial por razones culturales. *Vid.* también M. ALONSO OLEA, «Familia, matrimonio y pensión de viudedad (Comentario a la STC 184/1990, de 15-XI)», *REDT* nº 46, 1991, pp. 312 y ss.

(86) Y ello, a pesar de que, como indica J. GARCÍA ABELLÁN, «la jurisdicción laboral no ha sido insensible, desde tiempos pasados, a concretas realidades de esta índole», tal y como lo demuestra, por ejemplo, la STS, Soc., 22-III-1949, Ar. 416, si bien en el supuesto planteado estaba en juego el reconocimiento de pensión a favor de hijos «ilegítimos»: «Las situaciones familiares anómalas y el Derecho de la Seguridad Social», *RPS* nº 136, 1982, p. 17. Para una síntesis de los argumentos utilizados por el TCT, *vid.*, por todas, las SSTCT 7-XII-1988, Ar. 8436 y 8437.

(87) *Vid.* una síntesis de las mismas en J.M. GONZÁLEZ PORRAS, *Uniones de hecho y pensiones de la Seguridad Social* Madrid Tecnos 1992, pp. 15 y ss. También,

-entonces, el art. 160.1 LGSS-, tanto del art. 10 como del art. 39 CE, respecto de los cuales no cabe establecer un contraste aislado (88).

El punto de partida argumental se sitúa en la afirmación de que, en la CE, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes (89). Así, el matrimonio aparece como institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo como derecho

partidarios de la exigibilidad de matrimonio en todo caso se muestran J.L. LACRUZ BERDEJO, «Convivencia "more uxorio": estipulaciones y presunciones», en AA.VV., *Centenario del Código Civil* (I), Madrid, Asociación de Profesores de Derecho Civil, 1990, pp. 1061 y ss., y J. MONTALVO CORREA, «Igualdad de derechos y Seguridad Social», *cit.*, pp. 342-343. Para este último, «suprimir el vínculo matrimonial formal como criterio de atribución o extinción de derechos derivados no parece fácil ni útil. No parece tampoco que el artículo 14 CE, y normas concordantes, exijan suprimir este criterio»: *op. cit.*, p. 343.

(88) Así, indica la STC en su FJ 2º que «el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido ni coartado porque al supérstite de una unión de hecho la Ley no le reconozca una pensión de viudedad. El libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado, en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio* o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole. Pero es evidente que el art. 10.1 de la Constitución no puede servir en modo alguno de fundamento, por sí solo y aisladamente considerado, del derecho a percibir pensión de viudedad en favor de uno de los que convivían extramatrimonialmente cuando el otro fallece».

Por otro lado, el entendimiento correcto que haya de hacerse respecto del art. 39 CE la lleva a señalar que este precepto «no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 de la Constitución), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*. Decisión ésta libremente adoptada por los sujetos de la unión de hecho y que diferencia el supuesto constituido por las medidas que afectan sólo a los integrantes de dicha unión respecto de otras previsiones normativas que tienen como destinatarios a los hijos, ya que éstos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2 de la Constitución) y a los cuales, habidos fuera o dentro del matrimonio, los padres deben prestar asistencia de todo orden» (FJ 2º).

(89) «Quizás la fundamental crítica que se puede hacer a esta sentencia se cierne sobre la interpretación que el Alto Tribunal hace de la institución familiar, recogida en el art. 39 CE, ya que a nuestro entender, mantiene éste una concepción sumamente restrictiva, para nada adecuada con el modelo diseñado por el constituyente»: E. REVILLA ESTEVE, «Uniones de hecho: obtención y pérdida de la pensión de viudedad», comunicación presentada a las *VII Jornadas Catalanas de Derecho Social*, (Barcelona, 23 y 24-XI-1995), p. 6.

constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2), mientras que eso no sucede con la unión de hecho, «que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia» (FJ 3º). Por consiguiente, al legislador le está permitido establecer un distinto régimen para la unión matrimonial y la meramente fáctica. Concretamente, el dispar trato otorgado en la pensión de viudedad a los cónyuges y a quienes conviven de hecho sin impedimento para contraer matrimonio, ni es arbitrario ni carece de fundamento. Aparte de las mencionadas, que en sí mismas avalan la disparidad de tratamiento normativo, «razones de certidumbre y seguridad jurídica, y la propia coherencia con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes y derechos que de la misma dimanar, abundan en la consideración de que no pueda entenderse caprichoso o irrazonable que el legislador no incluya a los unidos por vía de hecho de una pensión como la de viudedad que ha sido prevista en función de la existencia de un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario». Y, por ello, no puede calificarse como arbitraria ni discriminatoria «la exigencia de que el núcleo de convivencia institucionalizada entre hombre y mujer como casados le conste formalmente al Estado para que éste conceda la pensión de viudedad» (FJ 3º) (90).

El TC subraya cómo en el actual diseño normativo de la pensión ésta no tiene como objetivo paliar una situación de necesidad o de dependencia económica, sino más bien compensar frente a un daño: no es, pues, significativo, que el deceso origine o no un estado de necesidad (91). Así, la posible situación de necesidad del superviviente de una unión de hecho no debe quedar desatendida en un régimen público de Seguridad Social. Lo que ocurre es que dicha tutela no tiene que venir dada necesariamente por la pensión de viudedad.

La solución se corresponde con lo previsto en diversos Convenios de la OIT -específicamente, los nº 102 y 128-, así como en ordenamientos naciona-

(90) De todos modos, el TC reconoce que esa no es la única posibilidad abierta al legislador, cuyo amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social le podría llevar a «extender a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad». Que ello sea admisible constitucionalmente, no significa, sin embargo, que la otra opción, que es la actualmente vigente, no lo sea.

En este sentido, la STS, 4ª, 29-VI-1992, Ar. 4688, ha recalado que la equiparación entre dos situaciones jurídicas diferentes como el matrimonio y la convivencia *mors uxorio* sólo podrá ser planteada a través de reforma legislativa. *Vid.*, al respecto, el comentario de A.V. SEMPERE NAVARRO y R. GARCÍA LÓPEZ, *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina (1991-1992)*, Pamplona, Aranzadi, 1993, pp. 318-319.

(91) En contra, *vid.*, críticamente, J.M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, cit., p. 448.

les próximos. Que algunos textos, como la Recomendación nº 67 OIT o el proyecto de Código de Seguridad Social de Lovaina de 1977, apunten en otro sentido no es muy significativo, dado su carácter de meras recomendaciones (92). En conclusión, para el TC, «la extensión de la pensión de viudedad a quienes conviven de forma estable matrimonialmente está lejos de ser la pauta en la legislación internacional y en el Derecho comparado» (FJ 5º), circunstancia que no varía por la existencia de otros supuestos distintos en los que el legislador ha procedido a equiparar a la situación conyugal la «análoga relación de afectividad» (93). Del mismo modo, la finalidad y el fundamento de la pensión impiden compararla con la asistencia sanitaria. Finalmente, tampoco altera la decisión adoptada la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE, de 17-IV-1986.

Al igual que en su momento sucedió con la STC 103/1983, dos son los votos particulares que se formulan a la Sentencia examinada. El primero de ellos (94) no discrepa del fallo ni de la mayor parte de los razonamientos de la misma, sino de la identificación que parece llevarse a cabo entre el concepto de *familia* del art. 39.1 CE con el de *familia matrimonial*, operación poco acorde con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ello, si el fin último de la pensión de viudedad es la compensación frente a un daño, es claro que el mismo se produce tanto en el caso de una familia matrimonial como en el de una familia natural. Y siendo ambas situaciones dignas de tutela por parte de los poderes públicos a través del régimen público de Seguridad Social, disiente este voto particular «en que dicha protección debiera asegurarse a través de una nueva regulación de la pensión de viudedad, que, sin perjuicio de prever y desterrar los fraudes que pudieran cometerse (vgr.: mediante el establecimiento de un determinado plazo de convivencia afectiva), impida que, en la práctica, puedan producirse situaciones de necesidad o de desprotección similares a las que han provocado la presente cuestión de inconstitucionalidad».

Por su parte, el segundo de los votos considera que tanto el art. 160 LGSS como la regla 2ª de la DA 10ª Ley 30/1981 vulneran los mandatos del art. 14,

(92) Según E. BORRAJO DACRUZ, parecía posible interpretar el término *cónyuge* en sentido amplio. A su juicio, en la Sentencia se manifiesta una clara separación entre el plano del *ser* y del *posible ser* del Derecho: «Pensión de viudedad y matrimonio legal», *AL* nº 48, 1990, p. 2169.

(93) Citaba el TC los arts. 11 y 18 Cp; art. 3, a) LO 6/1984, de 24-V, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*; art. 10 Ley 5/1984, de 26-III, de regulación del derecho de asilo y de la condición de refugiado; y también los arts. 391 LOPJ y 101 Cc.

A ellos podrían agregarse, hoy día, el art. 955 LECrim., en la versión dada por la Ley 10/1992, de 30-IV; los arts. 320 Cc y 219 LOPJ; la DA 3ª Ley 21/1987, modificadora del Cc y LEC en materia de adopción y otras formas de protección de menores; el art. 23 del actual Cp, aprobado por LO 10/1995, de 23-XI; y los arts. 12 y 16 Ley 29/1994, de 24-XI, de arrendamientos urbanos.

(94) Expresado por el Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra. El segundo voto particular lo formula D. Luis López Guerra.

en relación con el 41 CE. De nuevo, en la argumentación se baraja la no identificación entre familia y familia matrimonial, así como el concepto de necesidad como elemento clave en el último de los preceptos constitucionales mencionados. De esta forma, el Magistrado discrepante considera que el art. 160 LGSS consagra un claro distingo en el trato: sin considerar la duración de la convivencia, ni el estado de necesidad ni el desequilibrio económico producido por la muerte, esta norma prevé que la atribución de la prestación cabe sólo en el caso de existencia de vínculo matrimonial previo. Así, «cuando la Constitución establece el criterio de la necesidad como determinante de la asistencia y prestaciones de la Seguridad Social, y ello con respecto de todos los ciudadanos (y no sólo los casados) estimo que no resulta razonable introducir otro criterio sin relación alguna con éste (el de la pre-existencia de vínculo matrimonial) para determinar si procede o no una determinada prestación».

El diferente trato entre idénticas situaciones de daño económico, carente de justificación razonable, habría de llevar, según esta argumentación, a la declaración de inconstitucionalidad del art. 160 LGSS, al excluir, como posible beneficiario de la pensión, al superviviente de una unión extramatrimonial (95).

Los razonamientos esgrimidos van a repetirse en las posteriores SSTC, Pleno, 29, 30, 31, 35 y 38/1991, de 14-II, y 2ª, 29/1992, de 9-III, resoluciones a las que, por cierto, se incorpora un tercer voto particular, favorable a la atribución de ciertos efectos jurídicos en los casos de parejas de hecho, sobre la base de un criterio analógico (art. 4.1 Cc) y de considerar como causa de la pensión el daño y no el matrimonio (96).

En este conjunto de pronunciamientos del TC debe resaltarse, en primer lugar, la novedad que supone la distinción introducida entre la configuración constitucional del sistema -y que llevaría a la atención de situaciones de necesidad- y la configuración actual y legal que, en el supuesto concretamente analizado, no toma en cuenta la existencia o no de tal estado de necesidad. Además, hay que hacer notar que, la postura mayoritaria, en el seno del TC, y también por vez primera, no va a aceptar, en este caso, que instrumentos protectores de carácter profesional-contributivo asuman medidas de tipo universalista-asistencial. Aunque no concreta cuál debería ser el mecanismo idóneo para la protección, por parte de la Seguridad Social, para el superviviente de una unión extramatrimonial, otras resoluciones posteriores, como la 77/1991 y la 29/1992, abordan el problema “desde la perspectiva que ofrece la ya vigente LPnC de 1990, es decir, a través de mecanismos de protección no contributivos. El Tribunal menciona esta Ley, sin más, en la Sentencia 77/1991 y afirma rotundamente en la 29/1992

(95) Opina M. ALONSO OLEA que «quizá pediría el equilibrio dialéctico —fuera o no éste trascendible— un imaginario tercer voto particular que, más o menos, hubiera dicho que la solución legal adoptada era la única posible para el legislador»: «Familia, matrimonio y pensión de viudedad (Comentario a la STC 184/1990, de 15-XI)», cit., p. 317.

(96) El voto es formulado por el Magistrado D. Carlos de la Vega Benayas, para quien la distinción discutida es contraria a la libertad para contraer matrimonio que se deriva del art. 32.1 CE

que, atendiendo a la situación personal de necesidad de la recurrente, ésta «puede tener abierto el acceso a una pensión de carácter no contributivo» (97).

Con independencia de las críticas que pudieran formularse frente al parecer mayoritario del Tribunal y que apuntarían a una solución distinta, más próxima al sentir de los votos particulares (98), así como la comprobación del estado de desprotección, apenas mitigado por vías indirectas, en que los convivientes pueden hallarse (99), lo que llama la atención es la postura adoptada por el TC en resoluciones posteriores que, si bien afectaban a materia distinta, tenían también como eje la figura de la unión extramatrimonial.

Me refiero, fundamentalmente, a la STC, Pleno, 222/1992, de 14-XII, cuyos argumentos harán suyos, también, las SSTC, 1ª, 6/1993, de 18-I, y 2ª, 47/1993, de 8-II. En efecto, la cuestión debatida en esta ocasión era la posibilidad de hacer uso de la facultad de subrogación, en el caso de un arrendamiento de vivienda, por parte del superviviente de una unión de hecho. La conclusión a que llega el TC es que el art. 58.1 LAU de 1964 es contrario a la CE, por reservar el derecho de subrogación sólo a favor del cónyuge viudo, y no extender tal previsión a las parejas no casadas.

(97) Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *op. cit.*, p. 87, donde concluye que estas afirmaciones del TC significan «un reconocimiento siquiera implícito de la necesaria existencia de mecanismos de protección social de fundamento y objeto diferentes: con lo que el Tribunal se acerca así a la configuración de un sistema de Seguridad Social de carácter mixto».

La mención a la LPnC, por parte de la STC 77/1991, es tachada de poco afortunada por J.M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, cit., p. 448.

(98) En este sentido, señala A. TAPIA HERMIDA que, al igual que hacen los Magistrados discrepantes, «cabe encontrar una interpretación a los repetidos fallos del Tribunal Constitucional y de la doctrina, en consecuencia, ya firmemente establecida, que no expulse de la prestación de viudedad a los convivientes *more uxorio*, esto es, «... habría la posibilidad de entender su fallo “favorabilia amplianda” no como una cláusula de cierre absoluto, que permitiera la aplicación del artículo 160 de la LGSS a cada situación concreta y en méritos de la misma»: «La pensión de viudedad...», cit., p. 96.

Id., también, de modo más matizado, L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *op. cit.*, p. 186; E. REVILLA ESTEVE, *op. cit.*, pp. 7 y ss.; y L.F. SAURA MARTÍNEZ *Uniones libres y la configuración del nuevo Derecho de Familia*, Valencia, Tirano Blanco, 1995, pp. 91 y ss.

(99) *Id.* J.M. GOERLICH PESET, *op. cit.*, pp. 513-514, que se refiere a la posible acumulación de prestaciones prevista en el art. 17.2 OMS, en el caso de existencia de huérfanos, pero recalca sus limitaciones: la existencia de hijos fruto de la unión no matrimonial, primero, y, en segundo lugar, la inexistencia de tercera persona con derecho sobre la pensión de viudedad.

Asimismo, e insistiendo en que la solución depende de la interpretación jurisprudencial de la expresión «cuando no quede cónyuge superviviente», *vid.* J. FARGAS FERNÁNDEZ, «La “familia de hecho” y las prestaciones de la Seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF) nº 117, 1992, pp. 135-136.

En este supuesto, el TC entiende que la CE, en el art. 39.1, no identifica familia con familia matrimonial (FJ 5º), careciendo la distinción entre matrimonio y unión de hecho de un fin aceptable desde el punto de vista jurídico-constitucional y entrando en colisión con otros objetivos perseguidos por la propia Constitución, como la protección de la familia, que, justamente, impregna el fundamento de la subrogación, en relación con el art. 47 CE, que reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Semejante contradicción ha sido convenientemente subrayada: no resulta explicable con facilidad la distinta solución a que se llega, aun tratándose de figuras diferentes, puesto que no parece que la subrogación pueda ser considerada más relevante que la pensión de viudedad, «de manera que mientras que ésta constituya una discriminación arbitraria, la primera responda a una distinción razonable» (100).

De todos modos, la brecha abierta por esta doctrina en materia de subrogación de vivienda ha sido utilizada, por algún órgano jurisdiccional inferior, para reconocer la pensión en caso de convivencia de hecho. Merece la pena citar aquí la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 29, de Madrid, de 7-IX-1994, que estima modificado el anterior criterio del TC a la luz de la STC 222/1992 (101).

Finalmente, y para concluir este apartado, deben mencionarse los problemas suscitados respecto de la consideración de la convivencia *more uxorio* como posible causa de extinción de la pensión de viudedad. El núcleo de la cuestión radica en la equiparación efectuada entre el hecho de contraer nuevas nupcias -causa extintiva expresamente recogida en el art. 11, a) OMS- y la convivencia extramatrimonial, interpretación ampliadora de tal precepto que fue defendida por la Administración y por cierta jurisprudencia también sobre la base de la regla 5ª de la DA 10ª Ley 30/1981 (102). Sin embargo, tanto el TC

(100) R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Las parejas de hecho», *Aranzadi Civil*, I, 1993, p. 1836, donde opina que, si el valor protegido por la subrogación es la convivencia, cabría propugnar, al amparo de esta doctrina, la extensión del derecho también a otros convivientes, y ello con independencia del sexo.

Vid. también, criticando la contradicción y los razonamientos de la STC 222/1992 que, por cierto, también contó con dos votos particulares discrepantes, M. ALONSO OLEA, «Comentario a la STC 29/1992, de 9-III», en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, tomo X, Madrid, Civitas, 1993, p. 142.

(101) Vid. el contenido de la misma en *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 167, 1994, pp. 9-10. De todos modos, señala C. HERNÁNDEZ CLAVERIE que, «sin querer prejuzgar los recursos que se hayan interpuesto o puedan interponerse contra esa resolución, es evidente que esa invocación que el juzgador hace de la sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992 olvida que el fundamento jurídico quinto de la misma salvaba expresamente la doctrina fijada en materia de la prestación de viudedad». Por otro lado, el propio TC ha confirmado su criterio en la STC, 2ª, 66/1994, de 28-II: «Las uniones de hecho en la legislación de Seguridad Social», *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 199, 1995, p. 3.

(102) Circular de la Subdirección General de Gestión del INSS, de 15-XI-1984. Asimismo, vid. STSJ, Com. Val., 30-VI-1993, Ar.3088.

como el TS han rechazado esa interpretación analógica y extensiva, entendiendo el primero, en su Sentencia, 1ª, 126/1994, de 25-IV, que la libertad de configuración atribuida al legislador le permite, sin contradecir la CE, no considerar relevante la convivencia *more uxorio* a efectos de obtener prestaciones (103). Pero ello no justifica que, judicialmente, pudiera declararse, sin que la ley expresamente lo establezca, la pérdida del derecho a la pensión por convivir extramatrimonialmente:

“No se trata sólo de que, con pleno desconocimiento de la orientación que a la labor judicial impone el art. 53.3 CE, se haya suprimido sin base legal un derecho a una prestación de Seguridad Social reconocida en favor de la actora, sino que además, se extraen consecuencias jurídicas perjudiciales y restrictivas de derechos sin base legal alguna, de una conducta privada que en sí misma es lícita en un marco constitucional de libertad, como el diseñado por nuestra Constitución (arts. 1, 10, 16 y 18 CE), creando, además, una diferenciación de trato entre situaciones no previstas por la ley. Se impone así, implícitamente, una restricción a la libertad personal y con ella se alcanza un resultado contrario a los objetivos de protección social establecidos en el art. 41 CE” (FJ 5º).

Idéntica solución otorgan las SSTS, 4ª, 14-IV-1994, Ar. 3238, y 20-XII-1994, Ar. 10345, por lo que no cabe la aplicación del art. 101 Cc a la extinción de la pensión de viudedad por convivencia *more uxorio*, siendo trasladable también esta doctrina a las demás prestaciones por muerte (104).

III. LAS PROPUESTAS DE REFORMA

1. Nuevas preocupaciones, nuevas necesidades: la pérdida del original carácter y fundamento de la pensión de viudedad

A lo largo de la presente exposición ha podido comprobarse cómo las sucesivas reformas de la regulación en materia de protección por muerte, incorporadas bien legislativamente, bien por el cauce jurisprudencial, han ido modelando paulatinamente los originarios perfiles de estas prestaciones, en especial

(103) En coherencia, pues, con la doctrina sustentada en la STC 184/1990, pero no deja de ser una reflexión criticable, por lo que supone de invitación a cerrar los ojos ante una realidad social viva: E. REVILLA ESTEVE, *op. cit.*, p. 14.

(104) C. HERNÁNDEZ CLAVERIE, *op. cit.*, p. 4.

Por su parte, indican M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA que «la convivencia *more uxorio* del pensionista, paradójicamente, no extingue el derecho a la pensión, lo que hace absurda y contraproducente la extinción por matrimonio». Sin embargo, la previsión del actual TRLGSS, en su art. 174.3, remitiendo al art. 101 Cc, provoca un «galimatías normativo sólo soluble aplicando la regla antidiscriminatoria de Const. art. 14 y borrando de nuestro derecho ambas causas extintivas»: *Instituciones de Seguridad Social*, cit., p. 130.

en el caso de la pensión de viudedad. De este modo, probablemente no puede hablarse ya, de un tiempo a esta parte, de un único fundamento común para todas las prestaciones contempladas, sino de una protección de naturaleza híbrida que toma en cuenta, en ocasiones, una real situación de necesidad, cuya existencia ha de demostrarse además -prestaciones en favor de familiares-, mientras que, en otras -viudedad y orfandad-, la compensación frente al daño parece primar, presumiéndose aquella necesidad (105). No parece necesario volver ahora sobre estas ideas, que ya fueron expuestas anteriormente -*supra*, I.2-, pero sí conviene reflejar escuetamente cuáles son los factores que, en el caso de la pensión de viudedad, han influido en el proceso, puesto que algunas propuestas reformadoras toman como punto de referencia dicha evolución.

En este sentido, puede hablarse de una *crisis de la justificación tradicional* de la pensión de viudedad (106), que se sustentaba sobre las ideas de dependencia de la mujer en la familia y de desigualdad de sexos. La inadmisibilidad de ambas concepciones, en el plano jurídico, y tanto desde el punto de vista constitucional, como de la legislación ordinaria, no tiene que ser ahora reiterada. Aunque más matizadamente, y en el plano sociológico, la atenuación progresiva de la dependencia femenina también es un hecho evidente y se refleja en el notable incremento de participación de la mujer en la población activa, si bien el dato habría de ser matizado con la referencia a la edad y a la formación profesional (107).

Por otro lado, criterios adicionales que han solido esgrimirse en el debate sobre la fundamentación de una protección preferentemente dirigida a las mujeres pierden relevancia cuando se examinan de modo crítico. La idea de seguridad, así, no puede traerse a colación si no es como preocupación general de

(105) Apuntan F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y C. VIQUEIRA PÉREZ que la doctrina del TC, plasmada en las Sentencias 103 y 104/1983, han implicado un sustancial cambio en el régimen jurídico de acceso a la pensión de viudedad «que ha trastocado la función tradicionalmente asignada a la misma en la normativa», haciéndole perder su finalidad originaria debido a no exigirse la dependencia económica, pues, exigiéndose ésta, es indiferente a este respecto (y, probablemente, innecesario e inconveniente) cuál sea la razón de dicha dependencia: la incapacidad o cualquier otra: «La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional», cit., p. 41.

(106) L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *op. cit.*, p. 45. Vid. también, sobre la misma, T. PÉREZ DEL RÍO, «El principio de igualdad...», cit., pp. 9 y 10, y L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, cit., pp. 420-421.

(107) Vid., así, A. DURÁN HERAS, «La protección de la vejez y de la supervivencia», cit., p. 4, donde advierte sobre los problemas de incorporación o reincorporación al trabajo de las mujeres de mediana y avanzada edad.

Con un enfoque más general, vid. J.A. SANTOS ORTEGA, *Sociología del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 111 y ss.

cualquier sistema de Seguridad Social (108), al igual que la noción de perjuicio o daño causado (109).

De esta forma, en un contexto social caracterizado por la incorporación generalizada de la mujer al mercado de trabajo, por la transformación de la rígida y tradicional atribución de papeles separados a hombres y mujeres, por una democratización de la estructura familiar y un incremento del individualismo en diversos ámbitos, parece que el criterio resarcitorio del daño, como fundamento de una pensión generalizada por igual a los beneficiarios de ambos sexos, se impone de acuerdo con la doctrina constitucional:

“La función que debe atribuírsele es la de resarcir el daño que provoca la muerte del trabajador, pero no el que hubiera podido afectar al patrimonio del causante, sino los propios perjuicios directamente causados al causahabiente al verse privado de los recursos que con su trabajo le proporcionaba para su subsistencia el fallecido.

Y esta finalidad resarcitoria debe ser válida cuando uno de los cónyuges no trabaje, pues nos encontramos ante el planteamiento que acabamos de exponer. Pero en el supuesto de que ambos trabajen, la desaparición de las rentas de uno de los cónyuges no creará para el otro una situación de necesidad que tenga que ser remediada o evitada, sino solamente una disminución de los ingresos comunes que afectará al nivel de vida a que venía acostumbrado, pero no a un cambio radical del mismo. La pensión de viudedad compensará el daño que causa esa pérdida o aminoración de los ingresos de los que participaba el cón-

(108) «Desde el momento en que el marido y la mujer pueden dedicarse a una actividad profesional, no hay razón para que la viuda y el viudo sean objeto de trato diferente. A la mujer casada que percibe una remuneración superior a la de su marido le preocupa tanto la inseguridad de éste en caso de que ella muriese como al propio marido la inseguridad de la viuda en el caso contrario»: P. LAROQUE, «Los derechos de la mujer y las pensiones de las viudas», cit., p. 6.

(109) En cuanto al perjuicio que tiende a reparar la pensión, el que sufre un marido que pierde a su mujer es con frecuencia tan importante, e incluso más, que el de la mujer que se queda viuda. Ello se debe no sólo a que los ingresos de la mujer pueden ser iguales o superiores a los del marido, sino también a que el papel que desempeña aquélla en la buena marcha del hogar y en la educación de los hijos representa realmente, además de la contribución financiera procedente de su actividad profesional, un elemento esencial en el nivel de vida de la familia. Puede suceder, en cambio, que el fallecimiento del marido no cause a la viuda —aparte como es natural, la perturbación consiguiente en las condiciones de existencia— ningún perjuicio material a largo plazo. En un caso semejante, la pensión, por lo menos si se paga sin límite de tiempo, no representaría ya la reparación de tal perjuicio: *ibidem.*, donde también considera, para rechazarlo, el criterio de las cotizaciones pagadas como sustentador de un derecho automático a las prestaciones. Como es sabido, la doctrina del TC viene descartando también la idea de la equivalencia automática entre cotización y prestación. Por todas, vid. la STC, Pleno 134/1987, de 21-VII (FJ 4°).

yuge superviviente. Se trata, en definitiva, de que, al haber contribuido ambos cónyuges al sostenimiento de las cargas del hogar, se perpetúe esa solidaridad patrimonial aun después de la muerte de uno de ellos" (110).

2. Un lugar secundario en las recientes propuestas reformadoras del sistema español de pensiones

Si se reflexiona acerca de la evolución legislativa de la protección por muerte a partir de la entrada en vigor de la CE, resulta patente la menor atención que, comparativamente con el resto de contingencias protegidas, ha merecido este ámbito del sistema. Las menciones ya efectuadas pienso que excusan la reiteración de ideas. Por ello, parece oportuno restringir las siguientes consideraciones a dos concretas propuestas, separadas entre sí por diez años: la primera, fue la contenida en el *Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social para la Comisión Tripartita del AES* ("Libro naranja"), que, como se dijo, no se incluyó finalmente en la Ley 26/1985; la segunda, se refiere al proyecto de Informe elaborado por la Ponencia creada el 15 de febrero de 1994 en el seno de la Comisión de Presupuestos del Congreso de los Diputados, y que, conocido como *Pacto de Toledo*, ve la luz en febrero de 1995. En ambos casos, en el de la reforma que no fue, y en la que parece gestarse en la actualidad, así como en los supuestos de reformas menores y adaptaciones legislativas que se han analizado, ese *lugar secundario* de la protección por muerte a que me acabo de referir se manifiesta con claridad. El menor volumen de gasto que estas prestaciones suponen frente a las prestaciones por jubilación, invalidez o desempleo, por ejemplo, probablemente expliquen ese relativo desinterés del legislador (111).

El diagnóstico que, a la altura de 1985, se contenía en el *Documento base* en relación a la contingencia de muerte y supervivencia, ofrecía, entre otras, dos reflexiones interesantes (112). La primera hacía referencia a una generosidad

(110) L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *op. cit.*, pp. 54-55.

Por su parte, opina J. FARGAS FERNÁNDEZ que la prestación de viudedad es «un híbrido tipificado legalmente, resultante de la suma de un elemento contributivo..., 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 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. 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»: «La "familia de hecho" y las prestaciones de la Seguridad Social» *cit.*, pp. 145-146.

(111) *Vid. Anexo 2.*

(112) En general, sobre este documento, *vid.* B. GONZALO GONZÁLEZ, «El principio constitucional...», *cit.*, pp. 2713 y ss.

protectora en los supuestos de viudedad, manifestación de sobreprotección que se concretaría en el régimen de plena compatibilidad con otra clase de rentas, en el limitado periodo de carencia y en la ausencia de ciertos requisitos anteriormente exigidos y frecuentes en otros ordenamientos. Todo ello repercute en una fácil accesibilidad a la protección, en la cual "la muerte y la vinculación de derechos con el causante se constituyen en los únicos exponentes de un estado de necesidad protegible, en base a una presunción «iuris et de iure»" (113).

Por otro lado, dicha generosidad también se traduce en la posibilidad de generarse prestaciones cuya cuantía alcance el 200% de los salarios de cotización del causante. En otras palabras, se otorgan, en algunos supuestos, rentas de sustitución por el doble valor de las sustituidas.

La segunda reflexión tiene que ver con el concepto de convivencia que, desaparecido como requisito a partir de la promulgación de la Ley 30/1981, habría de reconducirse hacia el más preciso de dependencia económica.

De este modo, los criterios específicos de reforma de las prestaciones por muerte buscaban un triple objetivo: la no discriminación por razón de sexo, evitar la sobreprotección y, por último, proteger una situación de necesidad y no un concreto estado civil. A la vez, se perseguía evitar un incremento del coste.

El resultado es un esquema protector más variado y complejo, precisamente por la atención a determinadas circunstancias conexas a estados de necesidad efectivos. Las prestaciones diseñadas eran las cinco siguientes:

1º) *Subsidio temporal de viudedad por hijos a cargo*. La prestación se reconocería a las personas que, sin tener derecho a pensión de viudedad, tuvieran a su cargo hijos con derecho a pensión de orfandad del mismo causante, menores de dieciocho años o incapacitados para todo trabajo al fallecer aquél.

2º) *Pensión de viudedad*. Corresponderá al cónyuge superviviente que, al fallecer el causante, tuviera cuarenta y cinco o más años de edad o se encontrase incapacitado, con independencia de su edad. Asimismo, tendrán derecho a la pensión los cónyuges que, agotado el subsidio temporal de viudedad por hijos a cargo, se encontraran en ese momento en algunas de las situaciones que dan derecho a la pensión de viudedad (edad o incapacidad).

3º) *Subsidio temporal por desequilibrio económico*. En cualquier caso, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a un subsidio, de la misma cuantía que el previsto para viudedad con hijo a cargo, durante los veinticuatro meses inmediatamente posteriores a la fecha del fallecimiento del causante.

La percepción de cualquiera de las dos primeras prestaciones se encuentra sometida a un régimen de incompatibilidad con cualquier tipo de rentas derivadas del trabajo por cuenta propia o ajena, así como con cualquier pensión de la Seguridad Social y con las prestaciones de desempleo e incapacidad temporal.

Paralelamente, se establece un régimen específico de reparto de la cuantía de la pensión, en los casos de separación o divorcio y si concurren varios derechohabientes, de acuerdo con la duración del tiempo de convivencia con el causante, mediando vínculo matrimonial. El acceso a la pensión o al subsidio tem-

(113) *Documento base...*, *cit.*, p. 39.

poral exigiría acreditar, en los casos de separación judicial o divorcio, la dependencia del causante al tiempo de su muerte (114).

4º) *Pensión de orfandad* para cada huérfano, menor de dieciocho años o mayor incapacitado para todo trabajo, independientemente de su filiación, y teniendo en cuenta, también, a los hijos aportados al matrimonio por el superviviente.

5º) *Subsidio por defunción*. Aunque no se especifica en el documento, sus perfiles parecen similares a la figura que, con idéntica denominación, se contempla en la protección mutualista funcionarial. Una indemnización a tanto alzado, por lo tanto.

El diseño se contemplaba con una propuesta de reforma de los períodos de cotización mínimos, salvo que el fallecimiento derivara de riesgos profesionales o el causante fuera pensionista. Así, a los sujetos causantes en alta o situación asimilada en el momento de su muerte por enfermedad común, se exigiría un período de carencia de sesenta meses. En caso de accidente no laboral, se establecía en diecisiete meses. Para causantes que no se hallaran en alta o situación asimilada, la exigencia temporal se elevaba a ciento ochenta meses.

Por último, se preveía la supresión de ciertas prestaciones. En concreto, de aquellas en favor de familiares, pero contando con la previa integración de las situaciones de necesidad correspondientes en el esquema de protección no contributiva.

En cuanto al *Pacto de Toledo* de 1995, debe señalarse que, de entre las quince Recomendaciones que contiene, sólo una, la 12ª, se refiere directamente a las prestaciones por muerte. Bajo el epígrafe de *Reforzamiento del principio de solidaridad*, este documento sugiere potenciar «el principio de solidaridad y de garantía de suficiencia, en la medida en que la situación financiera lo permita, adoptando medidas como pueden ser: la elevación de la edad máxima de permanencia en el percibo de las pensiones de orfandad; o la mejora de las pensiones de viudedad en el caso de menores ingresos». Hay que precisar que, no obstante, también la Recomendación 9ª (*Equidad y contributividad del sistema*) permite atisbar otras medidas, pues el reforzamiento de ambos principios conduciría a una mayor proporcionalidad entre las prestaciones y la cotización y a evitar situaciones de escasa equidad en el reconocimiento de aquellas: «Es preciso, por tanto, que las técnicas de cálculo de las pensiones contributivas permitan al máximo que quienes realizan similar esfuerzo de cotización a lo largo de su vida alcancen beneficios equivalentes».

Propuestas bastante genéricas, por lo tanto, como corresponde a un documento de corte más político que técnico (115), que apenas dejan entrever cier-

(114) Asimismo, se preveía una regulación de otras manifestaciones de la acción protectora en las situaciones de divorcio y separación, basada, esencialmente, «en el reparto de la cotización del período de duración del matrimonio», de forma que la medida repercutiría «no sólo en la supervivencia, sino también en las situaciones de jubilación, invalidez, protección familiar y otras que puedan afectar al divorciado o separado» (*op. cit.*, p. 133).

(115) J. BAREA, M. CARPIO y E. DOMINGO, «El futuro de las pensiones en España. Comentarios al "Pacto de Toledo"», *Cuadernos de Información Económica* n° 95, 1995, p. 14.

tas líneas de tendencia y que, además, plantean contradicciones internas, como la establecida entre los principios de proporcionalidad y de solidaridad (116).

3. Principales sugerencias de futuro

Todos los problemas normativos que, a lo largo de las páginas precedentes se han expuesto, parece que avalan, necesariamente, una profunda y seria reforma de la protección por muerte en nuestro sistema de Seguridad Social.

Una reforma que, sin embargo, creo que debe venir marcada por un rechazo de aquellas propuestas drásticas de supresión de uno de los pilares centrales de esta protección, como es la pensión de viudedad. En el proceso de eliminación de desigualdades por razón de sexo en la normativa de Seguridad Social, se ha señalado por parte de una doctrina cualificada, y así lo ha indicado también nuestro TC, que los dos posibles caminos existentes coincidían, bien con la ampliación de la prestación al varón, y en las mismas condiciones que a la mujer, bien con la supresión, sin más, de aquella (117). La opción por la primera de las soluciones propuestas, aunque también haya sido objeto de críticas importantes (118), probablemente fuera la única posible, a la luz de los postulados constitucionales y de los compromisos internacionales contraídos por nuestro país (119).

A partir de ahí, es cierto que su futura articulación podría realizarse conforme a dos modelos distintos. En efecto, si se toma como eje central la finalidad de hacer frente a un estado de necesidad, la regulación habría de buscar la demostración de dicho estado y establecer un régimen de incompatibilidad de la pensión con otras prestaciones o rentas de trabajo. Por contra, y frente a esta

(116) Así, se ha apuntado que la introducción, en la Recomendación 12ª, del reforzamiento del principio de solidaridad en el sistema contributivo, genera una quiebra del principio de proporcionalidad: «El principio de solidaridad, entendido no como la solidaridad intergeneracional inherente al sistema de reparto, sino como un medio de redistribución en favor de los menos favorecidos con independencia de la aportación efectuada al sistema, no cabe en un sistema contributivo y debe hacerse efectivo a través del sistema no contributivo o asistencial» (J. BAREA, M. CARPIO y E. DOMINGO, *op. cit.*, p. 8).

(117) Vid. A. LAURENT, «El principio de igualdad de trato...», cit., p. 112, y, proponiendo la segunda solución, P. LAROQUE, «Los derechos de la mujer...», cit., pp. 11-12, donde señala que «la evolución contemporánea de los derechos de la mujer debe conducir normalmente a la desaparición de las pensiones de viuda».

(118) Por todos, vid. B. GONZALO GONZÁLEZ, «El principio constitucional...», cit. y «La Seguridad Social de los viudos varones...», cit., *passim*.

(119) Si bien es cierto que la directiva 79/7 CEE permite mantener temporalmente las previsiones normativas que impliquen diferencias de trato en algunas prestaciones como las de viudedad.

Vid., específicamente, B. GONZALO GONZÁLEZ, «La Seguridad Social de los viudos varones...», cit., pp. 73 y ss., y F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y C. VIQUEIRA PÉREZ, «La necesaria reforma de la pensión de viudedad...», cit. p. 44.

estricta concepción, si se esgrime la finalidad de asegurar un nivel mínimo de ingresos, la protección no jugaría sólo en los casos de previa dependencia económica, sino a partir de un concreto nivel de ingresos o rentas, en función de las cargas familiares (existan o no ingresos del beneficiario), con lo que sería posible la compatibilidad mencionada siempre que no se superara dicho listón mínimo. En defensa de la segunda solución, se argumenta que la adopción de la misma respetaría la finalidad original de la pensión y su adecuación, tanto a las exigencias constitucionales, como al actual contexto social y económico: «En efecto, el modelo que se defiende, al procurar la protección únicamente en aquellos casos en que el cónyuge sobreviviente no disponga de ingresos o disponga de unos ingresos limitados, configura una pensión de viudedad que atiende la situación de necesidad que puede originar la muerte del cónyuge trabajador, devolviendo así a su finalidad original a una pensión que, hoy por hoy, en virtud de la doctrina constitucional, se otorga por el solo hecho de la muerte del cónyuge». Además, articular la situación de necesidad conforme al nivel de ingresos de la unidad familiar después del fallecimiento del cónyuge ofrecería una doble virtualidad: dar cumplimiento a la doctrina constitucional en la equiparación de sexos para el acceso a la protección y delimitar razonablemente el ámbito de cobertura, puesto que «no se procuraría el acceso a la protección por el solo hecho de la muerte del cónyuge, pero tampoco se condicionaría éste a la existencia de un estado de absoluta indigencia económica» y, además, «al establecerse el umbral de la situación de necesidad en función de las cargas familiares, se facilitaría una protección, por flexible, más adecuada al contexto concreto en que ha de actuar». Por último, y siguiendo este razonamiento, el régimen de compatibilidad limitada de la pensión facilita la adecuación de ésta al contexto social, pues «posibilita el siempre deseable contacto del beneficiario con el mercado de trabajo, o, cuando menos, porque no se exige el radical apartamiento de éste para poder acceder a la pensión. Y segundo, e igualmente importante, porque al ser limitada esta compatibilidad se evita que este contacto con el mercado de trabajo y aquella posibilidad de simultanear la pensión con otras pensiones o prestaciones pudiera devenir en una situación de sobreprotección o de protección innecesaria, ya que el sistema público de protección sólo actuará en los casos en que los ingresos que obtuviera el cónyuge sobreviviente por cualquiera de estas vías no alcanzase el umbral establecido» (120).

En todo caso, la clave de la reforma habrá de venir dada por la decisión de mantener las prestaciones por muerte dentro del nivel contributivo, incardinarlas en el asistencial o bien, como sucede en los supuestos de jubilación o invalidez, optar por el establecimiento de dos niveles separados. Aunque es cierto que su abstracción es grande, las recomendaciones contenidas en el *Pacto de Toledo* podrían avalar la última solución, de forma que, reforzando el principio de proporcionalidad en el ámbito contributivo, no se descuidara la idea de soli-

(120) F. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ y C. VIQUEIRA PÉREZ, *op. cit.*, pp. 45-

daridad en un nivel no contributivo, actualmente sólo accesible a partir de un cierto grado de incapacidad, de la edad o de las cargas familiares.

Sobre este posible marco general de partida, podrían incorporarse, a continuación, algunas sugerencias relativas a aspectos más concretos. Así, en primer término, no parece desechable la propuesta contenida en el *Documento base* de 1985, ampliando el abanico de posibles prestaciones, por un lado, para buscar una mayor adecuación a las distintas situaciones de necesidad que el fallecimiento puede provocar (121), sobre criterios objetivos como la edad del beneficiario, y, por otro, suprimiendo ciertas prestaciones actualmente previstas en nuestro ordenamiento.

La introducción del subsidio temporal para el cónyuge superviviente podría actual, así, como ayuda transitoria en los casos de que las posibilidades de encontrar un empleo para éste, por razón de edad, fueran mayores (122) jugando la pensión en aquellos supuestos de edad madura o incapacidad para trabajo.

En cuanto a la supresión sugerida, afectaría al auxilio por defunción, cuya exigua cuantía ha sido tantas veces criticada (123), y a las indemnizaciones tanto alzado en los casos de fallecimiento derivado de riesgo profesional.

Esta *reordenación de prestaciones* ha de venir acompañada, en segundo lugar, de una revisión de los requisitos de acceso a la protección, que podría afectar tanto a las exigencias de alta y cotización como a la posibilidad de ampliar el ámbito de cobertura en los casos de uniones de hecho.

En la línea de la corrección introducida por la Ley 26/1985, quizás fue conveniente suprimir también el requisito de encontrarse el causante en otra situación asimilada, reforzando, paralelamente, el principio de proporcionalidad a través del incremento del periodo de carencia actualmente exigido.

Por otro lado, la plena aceptación del fenómeno de las uniones extramatrimoniales, bien de carácter heterosexual, bien homosexual, pienso que debe ser igualmente acogida en el ámbito protector de la Seguridad Social. Como bien se ha observado, es preciso distinguir, en esta materia, entre dos tipos de normas: aquéllas que se incardinan en el Derecho matrimonial y de familia, por un lado, y, por otro, aquéllas que no regulan directamente esa relación de convivencia, sino una cuestión completamente distinta (124). En nuestro caso, es evidente que nos hallamos en el segundo supuesto y, a partir de aquí, no par-

(121) Y teniendo en cuenta, como indica B. GONZALO GONZÁLEZ, la dimensión de los problemas de inseguridad social de la mujer todavía existentes: «Seguridad Social de las mujeres en España...», *cit.*, pp. 45 y ss.

(122) *Vid.* el bosquejo general que efectúa P. LAROQUE, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

(123) Por todos, *vid.* L.E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *op. cit.*, p. 428, y M.R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, p. 286.

Y sin que sea posible incrementar su cuantía por decisión judicial: STSJ, Madrid 30-X-1990, Ar. 2957.

(124) A.F. PANTALEÓN PRIETO, «La autorregulación de la unión libre», *Revista Judicial* n° 4, 1986, p. 120.

razonable rechazar su tutela con una interpretación reductora del tipo de familia a que el art. 39.1 se refiere. Ya indiqué la apertura progresiva de otras normas de nuestro ordenamiento en este sentido, reflejando una creciente toma de conciencia, por parte del legislador español, en torno a la convivencia *more uxorio* (125). Cuestión distinta será la posterior articulación probatoria, en forma de exigencia de un determinado periodo mínimo de vida en común (126) o, incluso, de constancia en un registro *ad hoc* (127), y sin que esta opción implique un olvido de los condicionamientos económicos y financieros (128).

En tercer lugar, las sugerencias apuntadas en el *Pacto de Toledo* conllevarían una dignificación en la cuantía de estas prestaciones, actualmente caracterizadas por su exigüidad. La concreción de la idea constitucional de suficiencia protectora y su combinación con el objetivo de remedio de situaciones de necesidad (129) podría plasmarse en el incremento de los porcentajes actualmente aplicables para la determinación de las distintas prestaciones. Sin embargo, la idea de proporcionalidad que el propio *Pacto* contempla, probablemente acon-

(125) Y que habría de completarse ahora con otras referencias, como la Proposición de Ley de protección social, económica y jurídica de la pareja, presentada por el Grupo Parlamentario de IU-IC (BOC 12-IX-1994) o la Resolución adoptada por el Parlamento Europeo el 8-II-1994 (DOCE 8-II-1994).

(126) Como hace, por ejemplo, la vigente Ley 29/1994, de 24-XI, de arrendamientos urbanos, en sus arts. 12.4 y 16.1, con expreso requerimiento de dos años de convivencia.

Sobre este requisito y el de publicidad, *vid.*, en general, L.F. SAURA MARTÍNEZ, *Uniones libres y la configuración del nuevo Derecho de familia*, cit., pp. 133 y ss. En la jurisprudencia, para una descripción de los requisitos que ha de revestir la convivencia *more uxorio*, *vid.* la STS, 1ª, 18-V-1992, Ar. 4907 (FJ 4º).

(127) Por todos, *vid.* A. ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 312 y ss.

En cualquier caso, la problemática que, en materia de posibles efectos plantean estos Registros, no ha dejado de ser subrayada. *Vid.*, así, MªR. VALPUESTA FERNÁNDEZ, «La institucionalización jurídica de la pareja. Registro de parejas de hecho», en AA.VV., *Las uniones de hecho* (MªP. Sánchez González, coord.), Cádiz, Universidad, 1985, pp. 63 y ss.

(128) M. GONZÁLEZ-PORRAS, *Uniones de hecho y pensiones de la Seguridad Social*, cit., p. 21.

(129) Sobre el entendimiento que de la noción de *suficiencia* de las prestaciones ha hecho el TC, *vid.* su Sentencia, Pleno, 134/1987, de 21-VII (FJ 5º) y las críticas que, al respecto, formulan A. MONTOYA MELGAR, «Limitación de la cuantía de las pensiones en Ley de Presupuestos (Comentario a la STC, Pleno, 134/1987, de 21-VII)», en M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo V, Madrid, Civitas, 1988, pp. 268 y ss., y B. SAN MARTÍN LARRINOVA, «Seguridad Social y doctrina del Tribunal Constitucional: Límites a las pensiones», *REDT* nº 68, 1994, pp. 1000 y ss.

En general, sobre la doctrina constitucional en esta materia, *vid.* Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *op. cit.*, pp. 107 y ss., y, con referencia al ámbito comparado, G. ALIBRANDI, «La prestazione previdenziale adeguata: una nozione costituzionale», *Riv. Dir. Lav.*, I, 1977, pp. 357 y ss.

seje una modificación en las fórmulas de cálculo de las bases reguladoras, para conseguir una mayor adecuación al esfuerzo contributivo realizado por el causante, incrementando el periodo de tiempo utilizado para su determinación.

Naturalmente, y en cuarto término, ello debe ir acompañado de una profunda reforma en el régimen de incompatibilidades de las prestaciones, aspecto unánimemente señalado por parte de la doctrina y cuyo mantenimiento carece de base a partir de un sistema protector que tome como punto de referencia la idea de situación de necesidad.

Asimismo, el régimen extintivo debería contemplar la equiparación, ahora sí justificada, entre la convivencia *more uxorio* y la celebración de un nuevo matrimonio como causas de extinción del derecho y, en todo caso, incorporar ciertas propuestas relativas a la posible rehabilitación de la protección en caso de posterior ruptura de esa nueva convivencia, matrimonial o extramatrimonial (130). Por otro lado, parece conveniente incrementar el actual límite de edad de permanencia en el disfrute de las pensiones de orfandad: la prolongación de los estudios y la tardía incorporación de los jóvenes al trabajo invitan a considerar desfasado el umbral de los dieciocho años como tope máximo de edad (131) en estos casos.

Aunque seguramente cabría formular otras muchas observaciones, relativas, por ejemplo, al sistema de reparto de la prestación en los supuestos de divorcio, las sugerencias descritas pueden constituir un esbozo general de propuesta reformadora que traduzca ciertas exigencias constitucionales y que, en especial, añenda con efectividad a la cobertura de situaciones de necesidad como función inabdicable del sistema público de Seguridad Social.

IV. ANEXOS

1. Relación de sentencias mencionadas

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Sentencias

- STC, Pleno, 103/1983, de 22-XI
- STC, Pleno, 104/1983, de 23-XI
- STC, 2ª, 42/1984, de 23-III
- STC, 1ª, 177/1985, de 14-XII
- STC, 2ª, 27/1986, de 19-II
- STC, Pleno, 65/1987, de 21-V
- STC, Pleno, 134/1987, de 21-VII

(130) J.L. CABEZAS ESTEBAN, «Extinción de la pensión de viudedad...», cit., p. 507.

(131) AA.VV., *La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI (Estudio económico-actuarial)*, Madrid, MTSS, 1995, p. 232, donde también se reconoce la necesidad de una especial consideración para los supuestos de orfandad absoluta.

- STC, 2ª, 253/1988, de 20-XII
- STC, 2ª, 260/1988, de 22-XII
- STC, 2ª, 144/1989, de 18-IX
- STC, 2ª, 174/1989, de 30-X
- STC, 2ª, 49/1990, de 26-III
- STC, Pleno, 142/1990, de 20-IX
- STC, 1ª, 158/1990, de 18-X
- STC, Pleno, 184/1990, de 15-XI
- SSTC, Pleno, 29, 30, 31, 35 y 38/1991, de 14-II
- STC, 1ª, 58/1991, de 14-III
- STC, 2ª, 68/1991, de 8-IV
- STC, Pleno, 77/1991, de 11-IV
- STC, 2ª, 29/1992, de 9-III
- STC, 1ª, 102/1992, de 25-VI
- STC, Pleno, 222/1992, de 14-XII
- STC, Pleno, 3/1993, de 14-I
- STC, 1ª, 6/1993, de 18-I
- STC, 1ª, 44/1993, de 8-II
- STC, 2ª, 47/1993, de 8-II
- STC, 1ª, 63/1994, de 28-II
- STC, 2ª, 66/1994, de 28-II
- STC, 1ª, 126/1994, de 25-IV

B) Autos:

- ATC 156/1987, de 11-II
- ATC 788/1987, de 24-VI
- AATC 1021 y 1022/1988, de 26-IX

TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Soc., 22-III-1949, Ar. 416
- STS, 6ª, 2-X-1973, Ar. 3589
- STS, 6ª, 11-II-1985, Ar. 634
- STS, 6ª, 20-III-1985, Ar. 1356
- STS, 4ª, 18-IX-1991, Ar. 6468
- STS, 4ª, 9-X-1991, Ar. 7209
- STS, 1ª, 18-V-1992, Ar. 4907
- STS, 4ª, 25-VI-1992, Ar. 4675
- STS, 4ª, 29-VI-1992, Ar. 4688
- STS, 4ª, 25-IX-1992, Ar. 7367
- STS, 4ª, 9-XI-1992, Ar. 8791
- STS, 4ª, 1-XII-1992, Ar. 10047
- STS, 4ª, 10-XII-1992, Ar. 10068
- STS, 4ª, 3-II-1993, Ar. 1691
- STS, 4ª, 5-II-1993, Ar. 742
- STS, 4ª, 8-III-1993, Ar. 1679
- STS, 4ª, 9-VII-1993, Ar. 5558

- STS, 4ª, 19-XI-1993, Ar. 8702
- STS, 4ª, 26-XI-1993, Ar. 9080
- STS, 4ª, 11-II-1994, Ar. 870
- STS, 4ª, 14-IV-1994, Ar. 3238
- STS, 4ª, 6-V-1994, Ar. 6837
- STS, 4ª, 19-X-1994, Ar. 10333
- STS, 4ª, 20-XII-1994, Ar. 10345
- STS, 4ª, 24-II-1995, Ar. 2557
- STS, 4ª, 21-III-1995, Ar. 2171

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO

- STCT 12-VI-1984, Ar. 5203
- STCT 16-XII-1987, Ar. 28583
- SSTCT 7-XII-1988, Ar. 8436 y 8437
- STCT 16-V-1989, Ar. 3854

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ, Asturias, 21-II-1992, Ar. 513
- STSJ, Cantabria, 11-XII-1992, Ar. 5952
- STSJ, Cataluña, 28-I-1993, Ar. 468
- STSJ, Cataluña, 11-II-1993, Ar. 818
- STSJ, Com. Val., 18-I-1990, Ar. 3543
- STSJ, Com. Val., 30-VI-1993, Ar. 3088
- STSJ, Madrid, 5-VII-1989, Ar. 1119
- STSJ, Madrid, 17-VII-1989, Ar. 1151
- STSJ, Madrid, 18-VII-1989, Ar. 1177
- STSJ, Madrid, 30-X-1990, Ar. 2957
- STSJ, Murcia, 18-IX-1989, Ar. 2220
- STSJ, Murcia, 10-I-1992, Ar. 392
- STSJ, País Vasco, 11-X-1993, Ar. 4288

JUZGADOS DE LO SOCIAL

- Sentencia del Juzgado de lo Social nº 29, de Madrid, de 7-IX-1994

OTROS TRIBUNALES

- Sentencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, de 12-III-1975
- Sentencia de la Corte Constitucional italiana, nº 6, de 30-I-1980
- Sentencia de la Corte Constitucional italiana, nº 105, de 7-VII-1980
- Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano, de 9-III-1985 (caso Weinberger vs. Wiesenfeld)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la CE, de 17-IV-1986

2. Cuantías de prestaciones

A) Datos referentes a distintas pensiones del sistema (1)

	SISTEMA	RÉGIMEN GENERAL
Número total de pensiones:	6.996.500	3.570.800
Pensión media:	63.300 pts./mes	75.600 pts./mes

Invalidez

	SISTEMA	RÉGIMEN GENERAL
Número total de pensiones:	1.674.800	716.700
Pensión media:	66.900 pts./mes	82.700 pts./mes

Jubilación

	SISTEMA	RÉGIMEN GENERAL
Número total de pensiones:	3.284.800	1.734.100
Pensión media:	73.400 pts./mes	92.300 pts./mes

Viudedad

	SISTEMA	RÉGIMEN GENERAL
Número total de pensiones:	1.826.500	988.900
Pensión media:	45.300 pts./mes	50.400 pts./mes

(1) Fuente: *Boletín de Estadísticas Laborales* nº 128. MTSS. diciembre de 1995. Las

Orfandad

	SISTEMA	RÉGIMEN GENERAL
Número total de pensiones:	168.600	101.700
Pensión media:	34.100 pts./mes	35.400 pts./mes

En favor de familiares

	SISTEMA	RÉGIMEN GENERAL
Número total de pensiones:	42.500	29.400
Pensión media:	33.800 pts./mes	31.300 pts./mes

Viudedad (SOVI)

- Número total de pensiones: 88.400
- Pensión media: 25.600 pts./mes

B) Importe mínimo de pensiones (pts./año) (2)

Viudedad

- Titular con 65 años: 748.090
- Titular con edad entre 60 y 64 años: 652.890
- Titular con menos de 60 años: 498.120
- SOVI: 534.870 pts.

Orfandad

- Por beneficiario: 221.200
- En la orfandad absoluta, el mínimo se incrementará en 498.120 pts. di tribuidas, en su caso, entre los beneficiarios

En favor de familiares

- Por beneficiario: 221.200

(2) RD 2/10996, de 15-I, sobre revalorización de pensiones de Seguridad Social pa 1006

- Si no existe ni viuda ni huérfano pensionista:
 - Un solo beneficiario con 65 años: 570.010
 - Un solo beneficiario menor de 65 años: 498.120
 - Varios beneficiarios: el mínimo asignado a cada uno se incrementará en el importe que resulte de prorratear 276.920 pts. entre el número de beneficiarios

C) Cuadros sobre evolución y proyecciones previstas (3)

Cuadro nº 1

PENSIONES DE VIUDEDAD

Años	Número	% Δ	Pens. med.	% Δ
1990	1.570.874	3,81	31.407	12,35
1991	1.626.859	3,56	34.700	10,61
1992	1.678.159	3,15	38.191	9,93
1993	1.763.609	5,09	41.007	7,37
1994	1.799.337	2,03	42.988	4,83
1995	1.835.320	2,00	45.411	5,64
1996	1.874.263	2,12	47.586	4,79
1997	1.909.461	1,88	49.829	4,71
1998	1.944.112	1,81	52.024	4,40
1999	1.978.192	1,75	54.300	4,38
2000	2.008.552	1,53	56.654	4,33
2001	2.037.060	1,42	59.123	4,36
2002	2.065.919	1,42	61.691	4,34
2003	2.094.325	1,37	64.369	4,34
2004	2.123.747	1,40	67.145	4,31
2005	2.155.255	1,48	70.034	4,30
2006	2.186.487	1,45	73.035	4,28
2007	2.218.315	1,46	76.159	4,28
2008	2.250.025	1,43	79.409	4,27
2009	2.279.880	1,33	82.839	4,32
2010	2.309.145	1,28	86.345	4,23

Cuadro nº 2

EVOLUCIÓN NÚMERO DE PENSIONES DE ORFANDAD Y FAVOR FAMILIARES

Años	Orfandad		Favor familiares	
	Número	Pens. med.	Número	Pens. med.
1990	163.653	26.262	26.484	31.711
1991	165.032	28.093	27.230	33.960
1992	166.388	29.829	27.509	36.222
1993	168.067	31.504	41.963	30.574
1994	168.251	32.691	41.915	32.206
1995	168.418	34.221	41.193	33.881
1996	168.479	35.487	40.241	35.685
1997	168.472	36.765	39.145	37.673
1998	168.442	37.978	38.094	36.690
1999	168.345	39.231	37.076	41.814
2000	168.206	40.526	36.120	44.031
2001	167.991	41.863	35.244	46.326
2002	167.762	43.245	34.444	48.697
2003	167.458	44.672	33.745	51.117
2004	167.117	46.146	33.172	53.551
2005	166.752	47.669	32.700	56.005
2006	166.599	49.242	32.297	58.497
2007	166.404	50.867	31.957	61.025
2008	166.241	52.546	31.682	63.578
2009	165.864	54.280	31.477	66.142
2010	165.382	56.071	31.342	68.709