



LAS PRESTACIONES SOCIALES DE DERECHO DERIVADO. ANÁLISIS DE LAS PRESTACIONES DE VIUDEDAD Y ORFANDAD Y EN FAVOR DE FAMILIARES EN EL MARCO DE LOS SISTEMAS EUROPEOS DE SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN EJECUTIVO

RESPONSABLE: Santiago González Ortega
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TIN/1512/2010, de 1 de junio (premios para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS-)

La Seguridad Social no se identifica con el contenido y/o conclusiones de esta investigación, cuya total responsabilidad corresponde a sus autores.

RESUMEN EJECUTIVO

1. Las prestaciones de derecho derivado o prestaciones por muerte y supervivencia han venido teniendo como finalidad esencial la de proporcionar recursos económicos a los miembros supervivientes de las unidades familiares de convivencia en los casos de fallecimiento de uno de sus integrantes, profesionalmente activo, con la consiguiente pérdida o reducción de ingresos de dicho núcleo familiar. A este efecto, el sistema prestacional ha venido tomando como referente un modelo tradicional de vínculo de convivencia basada en el matrimonio y en la dedicación femenina a las tareas del hogar familiar y al cuidado de los hijos. Conforme a este modelo, la muerte del hombre, esposo y cabeza de familia, determinaba casi siempre el empobrecimiento económico de los sobrevivientes, no sólo en sentido relativo, como mera disminución de los ingresos, sino de manera absoluta, como carencia prácticamente total de recursos. Por este motivo, la norma presumía iuris et de iure esa situación de necesidad económica real, otorgando las prestaciones, vitalicias si se trata de pensiones de viudedad o si los hijos a cargo estaban incapacitados, siempre que el causante hubiera cumplido los requisitos contributivos que dan derecho a la prestación. Puesto que la norma no exigía la demostración de la carencia de recursos, la prestación no debía determinarse teniendo en cuenta la función de cobertura de la necesidad real sino, dando relevancia a sus aspectos contributivos, en función de las cotizaciones previas al sistema del causante y no del sujeto protegido. De aquí la denominación de prestaciones de derecho derivado de tipo contributivo. Carencia de recursos presumida y cotizaciones previas constituían el binomio caracterizador de las prestaciones, particularmente las de viudedad.

2. Los importantes cambios en los factores sociales que condicionaban las características de las prestaciones por muerte y supervivencia han generado inevitablemente la necesidad de una reforma, revisión integral o adaptación de las prestaciones para, sin provocar desprotección pero tampoco dando origen a un exceso de tutela injustificada, adaptarla a las nuevas realidades sociales de la incorporación creciente de las mujeres al trabajo, de su más habitual independencia económica, del reconocimiento en virtud del principio de igualdad y no discriminación de la pensión a los hombres en las mismas condiciones que a las mujeres, de la aparición de nuevas formas de convivencia familiar no matrimonial, y de la multiplicación de situaciones derivadas del siniestro familiar (nulidades, separaciones y divorcios). No obstante, pese a estos requerimientos sociales no ha sido infrecuente la resistencia al cambio de los sistemas de protección, anclados en el principio contributivo y cumpliendo la función más de indemnizar un daño que de cubrir una situación de necesidad económica real tras el fallecimiento.

3. La incoherencia entre la función esencial de las prestaciones de muerte y supervivencia como es la de tutelar situaciones de necesidad económica y la forma de hacerlo, prescindiendo de la comprobación de la realidad de esa situación, ha generado disfuncionalidades importantes. Tales como situaciones de desprotección para los supervivientes, durante mucho tiempo prácticamente sólo mujeres, vinculadas maritalmente con un causante que no reunía los requisitos de cotización requeridos, particularmente cuando la muerte se producía consecuencia de una enfermedad común, o prestaciones que, debido a la generosidad del número de beneficiarios y la relativa cortedad del periodo de carencia exigido, eran frecuentemente de escasa cuantía. Generosidad en la

concesión de la pensión y poca calidad de las prestaciones era, por tanto, otro de los criticables binomios característicos de este tipo de estructura prestacional. Pero la ordenación de estas prestaciones también originaba situaciones de clara sobreprotección, al otorgarse a personas que, en realidad, no se encontraban en situación efectiva de necesidad económica; o, dicho de otra manera, a las que el fallecimiento del causante sólo les generaba un cierto empobrecimiento o reducción del nivel de vida pero sin ubicarlas en una situación real de necesidad. Viudas, primero, y luego viudos, con recursos propios suficientes, incluso procedentes del trabajo y sin cargas familiares que causaban el derecho a las prestaciones; excónyuges que, sin vinculación patrimonial alguna con el causante y teniendo medios suficientes para la subsistencia, accedían a una pensión, meramente complementaria de sus ingresos y para los que la muerte no sólo no les generaba un empobrecimiento sino, incluso, un enriquecimiento; o, en fin, pensionistas de viudedad que mantenía de forma permanente y vitalicia el derecho a la pensión con absoluta independencia de la situación económica en la que encontrasen; pero, sobre todo, situaciones de sobreprotección.

4. La orientación más habitual de los últimos años en España y en muchos países europeos en esta materia, en algunos con una alta intensidad y una fuerte dosis de radicalismo, se ha inspirado en una recuperación de la función primitiva de la pensión de viudedad, sobre la base de limitarla a cubrir situaciones reales de necesidad económica, atestiguada mediante algún tipo de prueba de recursos, o bien, alternativamente, por la existencia de hijos a cargos o una edad mínima del supérstite, normalmente relacionada con el inicio de una etapa vital en que las posibilidades de ocupación o empleo, caso de que no lo viniese ya desempeñando, son enormemente reducidas. Lo que ha supuesto la reducción drástica de los beneficiarios de las pensiones de carácter vitalicio, mucho más si la permanencia de su disfrute se condiciona, bien a la existencia de hijos a cargo, bien a la carencia de recursos, bien a la edad.

5. Alternativamente, ha ampliado mucho su espacio otras fórmulas de protección, siempre de carácter temporal, con una función de adaptación a la nueva situación económica del supérstite, como se han abierto paso soluciones indemnizatorias con la misma finalidad. Todo lo anterior ha supuesto el inicio de la expulsión de las prestaciones por muerte y supervivencia del ámbito de las prestaciones contributivas para, en los modelos más cautos, introducir elementos de asistencialidad en el sistema, cada vez más intensos y frecuentes; o para diseñar un nuevo sistema de protección, de naturaleza directamente asistencial ya sea organizado como un nivel de este tipo junto a un reducto de pensiones contributivas, o como prestaciones plenamente asistenciales. Por no hablar de los casos en que las prestaciones de viudedad han desaparecido simple y llanamente, en coherencia con la crítica a la propia existencia de los derechos derivados, derivándose la contributividad hacia otras prestaciones directas conforme a métodos de reparto de las cotizaciones imputadas.

6. En todo caso, los sistemas de seguridad social europeos han dado relevancia, lo que es particularmente importante en las pensiones de viudedad, a las nuevas formas familiares tales como las uniones de hecho, los matrimonios homosexuales o con otras características peculiares; aunque algunas veces con reservas y con un tratamiento diferencial en peor pero que se basa en todo caso en la afirmación de la función asistencial de la pensión, aunque la contributividad sirva como primer filtro limitativo de los posibles beneficiarios. Lo contrario sucede con los excónyuges, en relación con

los cuales se tiende a rechazar, o al menos, a condicionar de forma muy restrictiva su acceso a la pensión de viudedad, exigiendo si acaso una prueba de su situación de necesidad económica, sólo sostenible en relación con personas con una cierta edad mínima relativamente alta y que, a su vez, se encuentren en una situación de dependencia económica, pese a la ruptura matrimonial del causante. La desaparición o atenuación de la concepción de la prestación como un mero derecho patrimonial a la percepción de rentas causadas por el fallecido y su deriva hacia su configuración como una tutela de quienes realmente están económicamente necesitados ha puesto de manifiesto lo innecesario y poco equitativo de las prestaciones económicas que perciben.

7. En relación con el tratamiento que desde distintos ordenamientos europeos están recibiendo las pensiones de derecho derivado por razón de muerte y supervivencia, se advierte una regulación más homogénea con el ordenamiento español cuando se trata de las pensiones de orfandad; siendo, por el contrario, mayores las divergencias cuando se trata de las pensiones de viudedad. Una divergencia que encuentra su razón de ser, al menos en parte, por la distinta concepción que de unas y otras se tiene por parte de los estados ya que no se cuestiona la existencia de pensiones dirigidas a ofrecer tutela a los hijos, mientras que no cabe decir lo mismo cuando la que está en juego es la pensión de viudedad.

8. De este modo, y en relación con la pensión de orfandad, la existencia de un límite de edad, o de una edad máxima para poder acceder y disfrutar de la misma, se justifica por la provisionalidad de la situación de necesidad del sujeto beneficiario. Si como tantas veces se ha insistido a lo largo de este trabajo, la función de esta pensión es la de sustituir la pérdida o disminución de ingresos que provoca (en este caso respecto del hijo), el fallecimiento de uno de los progenitores con el que conviviese, es lógico pensar que esa situación deje de estar justificada cuando el hijo adquiera (o pueda adquirir) autonomía económica. De ahí que la mayoría de los países sitúen la frontera para el reconocimiento del derecho a esta pensión en los 18 años; siendo más variable el límite temporal establecido para su disfrute posterior, entre los 21 (de Finlandia, Suecia) y los 27 años que contempla el ordenamiento alemán, generalmente vinculada esta ampliación, a que el huérfano esté realizando algún tipo de estudio (especialmente significativo resulta el tratamiento que recibe esta exigencia en el ordenamiento italiano). En cualquier caso, toda limitación o condicionante por razón de edad desaparece cuando se trata de hijos discapacitados, dado que su dependencia respecto del progenitor superviviente se entiende *sine die*. En realidad, en este segundo caso la pensión de orfandad, prácticamente se convierte en un tipo de prestación familiar por hijo a cargo, con la diferencia de que el beneficiario en el caso de la orfandad es el propio huérfano. En esta misma línea de argumentación, la condición de estar a cargo del sujeto causante también es tenida en cuenta en los países del entorno comunitario analizados como factor o elemento condicionante para acceso a la pensión de orfandad. Se habla del binomio edad y límite de ingresos del huérfano. A partir de ahí, y al igual que sucede en España, se admite la compatibilidad entre ingresos y pensión de orfandad cuando se trata de hijos menores; y se prevé la incompatibilidad de ambas variables respecto de los hijos mayores, como regla general. En este segundo caso, de manera semejante a lo que sucede con el elemento de la edad, la discapacidad del hijo actúa como factor de corrección de esa incompatibilidad; a la que hay que añadir que dichos ingresos no superen un determinado umbral.

9. Por lo que hace a la pensión de viudedad (se ha dicho) existe una mayor diversidad entre los países europeos. La idea de protección respecto del cónyuge superviviente no se proyecta por igual en según qué ordenamientos. Así, es fácil encontrar sistemas que articulan este tipo de prestación con vocación de provisionalidad; bien sea por razón de la edad del sujeto beneficiario (es lo que sucede, por ejemplo, en Portugal que establece un subsidio temporal cuando aquél tenga menos de 35 años, reservándose la pensión para los que superen dicha edad; o el caso del Reino Unido que, igualmente, contempla una prestación de viudedad de dos años para quienes no alcancen la edad de 45 años). O bien, por motivos que tienen que ver con la propia configuración de la tutela a dispensar; en concreto, en Finlandia la pensión nacional básica se articula en dos momentos, una pensión inicial de seis meses que podrá prorrogarse, posteriormente, siempre que el sujeto beneficiario no haya alcanzado la edad de 65 años. O el caso de Alemania, que diferencia entre una pensión menor que exige la incapacidad del superviviente o tener a su cargo hijos del causante, cuya duración se limita a dos años. Y una pensión mayor que, a diferencia de la anterior, se caracteriza por ser vitalicia.

10. Este tratamiento de la pensión de viudedad bajo el prisma de la temporalidad parece ir en la idea de establecer diferencias por razón de la tutela demandada. O lo que es lo mismo, si de lo que se trata es de hacer frente a una situación de necesidad momentánea, más propia de los momentos inmediatamente posteriores al fallecimiento del cónyuge. Lo que explicaría que la protección se proyecte sobre la base de una duración limitada en el tiempo (más o menos prolongada) que suele cifrarse en dos años. O si, por el contrario, se trata de ofrecer tutela a una situación de necesidad real y efectiva; respecto de la cual parece que lo oportuno será diseñar un tipo de pensión permanente. Por eso, por un lado, el elemento de la edad aparece como otro posible factor de corrección (o de limitación) en orden a causar derecho a esta pensión; de este modo, hay Sistemas que no permiten el acceso a la misma a edades tempranas (es el caso de Austria que la sitúa en 35 años, los 45 años de Alemania y Reino Unido, o los 55 de Francia). Bien es verdad que en muchos de estos Sistemas, en contrapartida, se articulan mecanismos de protección cuando se pruebe que el sujeto se encuentra en situación de necesidad real y efectiva (que puede ser por una incapacidad), aunque no tenga la edad (por ejemplo, en Francia se le reconoce la denominada “allocation veuvage”. Y por otro, los posibles ingresos del superviviente, actúan igualmente como mecanismos que van a incidir en la pensión de viudedad, sea para modular su cuantía, como sucede en Italia; e incluso, para evitar que pueda llegar a ser causada, como se ha visto puede ocurrir en Alemania respecto de supervivientes con rentas muy elevadas.

11. De cualquier forma, no se puede olvidar que existen, además de las pensiones de viudedad, una variada gama de prestaciones y ayudas dirigidas a ofrecer algún tipo de tutela para aquellos casos que, conforme a los criterios antes apuntados, determinen la expulsión de sujetos de la tutela dispensada por la pensión de viudedad. Al margen, claro está, de aquellos sistemas de Seguridad Social que igualmente contemplan la modalidad no contributiva de esta pensión, caso de Irlanda y Portugal, por citar algunos.

12. Es práctica común de los ordenamientos estudiados, la exigencia de contar con algún tipo de dependencia económica para que el excónyuge pueda adquirir la condición de beneficiario de la pensión de viudedad. Una exigencia de la que también participa el ordenamiento español y que responde a la idea de que la función de este tipo

de pensión es atender una situación de necesidad (sea temporal o permanente en los términos antes indicados). Por tanto, difícilmente se puede proyectar esa idea respecto de alguien con el que el sujeto causante ha dejado de convivir, salvo que exista una dependencia de tipo económica. Cuestión distinta es cómo se proceda al reparto de la pensión entre los diferentes cónyuges o parejas de hecho. Sobre este particular, es significativo el sistema de reparto y compensación de cotizaciones establecido en el sistema alemán (el conocido como *splitting*); conforme al mismo, los cónyuges aceptan en vida un reparto equitativo de las pensiones de jubilación que ambos pudieran causar. Lo que implica, como sucede en el trasvase de cuotas en caso de divorcio, un reparto entre los cónyuges de la parte del importe de la pensión de jubilación que hayan obtenido durante la vigencia del matrimonio y, a su vez, una renuncia a un futuro derecho a una pensión de viudedad. Aunque es evidente que esta fórmula está pensada para aquellos casos en los que ambos sujetos sean trabajadores; lo que cada vez más será una circunstancia habitual.

13. Centrándonos en el tratamiento que han recibido en España, el régimen jurídico originario de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, instaurado por la Ley 193/63, sobre las Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre, presentaba, aparte de otras, dos características esenciales: de un lado, por la exigencia de que los sujetos beneficiarios, que también como característica destacada de esta contingencia son distintos al sujeto protegido, se encontraran en una probable situación de carencia real de rentas, ya que los presupuestos que tenían que reunir para ostentar la condición de sujeto beneficiario indirectamente aludían a esta situación, como sucedía, por ejemplo, respecto a la prestación de viudedad, al requerirse la concurrencia de presupuestos que evidenciaban la dificultad del sujeto beneficiario de procurarse por sí solo ingresos, es decir, que la viuda tuviera una determinada edad, estuviera incapacitada para el trabajo o tuviera hijos habidos del causante. De otro lado, por la desigualdad en la ostentación de la condición de sujeto beneficiario por razón de sexo, puesto que los presupuestos para acceder, entre otras, a la prestación de viudedad eran distintos, si el cónyuge del sujeto causante era la mujer o el marido, siendo más restrictivos en éste último caso. No obstante, la primera de estas características, pronto fue desplazada, lo supuso un importante cambio en la concepción de los principios sobre los que asentaba esta régimen, al suprimir la Ley 24/1972, de 21 de junio, la exigencia de que la beneficiaria de la prestación de viudedad se encontrara en una situación de carencia real de rentas, mediante la eliminación de los presupuesto que indirectamente presumían esta situación: edad, incapacidad para el trabajo o hijos a cargo habidos del sujeto causante con derecho a la percibir la pensión de orfandad.

14. Igualmente, la aprobación de la Constitución Española de 1978 en la que se reconoce expresamente el derecho de igualdad ante la ley y no discriminación entre sexos supuso un nuevo cambio sustancial en la configuración de en uno de los presupuesto de la contingencia, puesto que cada uno de los cónyuges, independientemente de su sexo, puede generar o percibir la prestación de viudedad, eliminándose con ello la otra característica esencial de régimen jurídico originario de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia. Así, la situación de necesidad encuentra ocasionada por el hecho causante de esta contingencia tiene su fundamento, como en el resto de contingencias, en la actualización de un riesgo social que provoca una disminución de ingresos, en este caso, el fallecimiento de uno de los cónyuges, independientemente de su sexo. Asimismo, el derecho de igualdad de los hijos ante ley

equipara a todos los hijos del progenitor causante de la protección, independientemente de la naturaleza de su filiación, adoptiva o natural, y, en este último caso, sin distinción por haber sido concebidos por progenitores casados o no entre sí, desapareciendo, en consecuencia, la diferenciación entre, los denominados en el pasado, hijos legítimos e hijos ilegítimos en el acceso a los derechos que por condición de filiación establece el ordenamiento jurídico, entre estos derechos, específicamente el acceso a la prestaciones de Seguridad Social.

15. La aprobación de la denominada “ley del divorcio” produjo otro importante cambio sustancial en los presupuestos para causar la prestación de viudedad y de las reglas para determinar su contenido, ya que conllevó la desaparición de la exigencia de la convivencia habitual del beneficiario de la prestación de viudedad con el causante y flexibilizó el cumplimiento del presupuesto de la existencia de matrimonio para causar la prestación por viudedad, al exigirse, a partir de ese momento, que hubiera existido matrimonio con anterioridad al momento del hecho de causante, independientemente de que continuara plenamente vigente en todos sus extremos. Asimismo, generó un cierta discusión doctrinal y jurisprudencia acerca del criterio para la determinación del contenido de la prestación de viudedad, en los casos de concurrencia de beneficiarios derivada de la ostentación de la condición de beneficiario tanto por el cónyuge como por el ex cónyuge del sujeto causante, resuelta por el Tribunal Supremo, hasta que hace relativamente poco tiempo se especificó legalmente, en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

16. Las recomendaciones establecidas en el denominado “Pacto de Toledo” y, correlativamente, por los Acuerdos Sociales alcanzado a partir de 1995, transformaron la metodología para realizar las reformas sobre el Sistema de Seguridad Social y, en consecuencia, sobre el régimen jurídico de la contingencia y prestaciones por muerte y supervivencia, en la que reforzamiento de los principios de “contribución” o “contributividad” y de “equidad”, así como, fundamentalmente, respecto a este régimen jurídico, de “solidaridad” y de “garantía de suficiencia”, constituye el elemento sustancial de los sucesivos cambios normativos. Con base en el reforzamiento de estos principios, se explican las continuas reformas operadas en la regulación de esta contingencia y prestaciones y que suponen el retorno, parece que definitivo por el momento, al presupuesto de la carencia real de rentas para acceder, mantener o ampliar la protección por esta contingencia, en sus distintas prestaciones: viudedad (incremento de la prestación, extensión de la prestación a las parejas de hechos y, en determinados supuestos, supresión o reducción de la protección al ex cónyuge), orfandad (elevación de la edad para acceder o conservar el derecho a las prestaciones y especificación de la situación de discapacidad del sujeto beneficiario) y a favor de familiares (incremento de la edad en términos similares a los previstos para la prestación de orfandad). Incluso, las realizadas en otros sectores del ordenamiento jurídico, concretamente, en el fiscal, con objeto de mejorar, aún de forma indirecta, mediante la disminución de la presión fiscal, el importe de estas prestaciones.

17. Pese a que la prestación de viudedad ha sido objeto de importantes reajustes en los últimos años a fin de adaptar su regulación a los principios constitucionales y la plena admisibilidad jurídica de las distintas formas de disolución del vínculo matrimonial, incluido por supuesto el más cualitativo de todos en cuanto que afecta a su concepto definitorio, llegándose poco menos que a crear una especie de estado civil operativo a

efectos del Derecho de la Seguridad Social, como es el de la pareja de hecho, el tratamiento dispar que se observa entre las distintas formas de convivencia afectiva o marital resultan difícilmente comprensibles en una lógica netamente contributiva como la que informa el conjunto de las prestaciones por muerte y supervivencia.

Requisitos exigidos sólo en los casos de disolución de la pareja de hecho por muerte de uno de sus componentes y aunque quizás podrían informar en el futuro al conjunto de la pensión de viudedad, como es el de la medición cuantitativa del desequilibrio económico que efectivamente se produce (la situación real de necesidad), pueden llegar a ser excesivamente restrictivos sin que se tenga nada clara su razón justificativa. Muy en especial también, en lo que respecta a la falta de previsión expresa respecto del tratamiento que merecen los hijos aportados a la pareja por el miembro superviviente, en comparación a cuando esos mismos hijos se aportan constante matrimonio.

La multitud de reglas transitorias aplicables en función de la fecha en que se contrajo y se disolvió el matrimonio, y hasta el tiempo que duró efectivamente la convivencia, pueden provocar y de hecho provocan soluciones finales muy diferentes por razones casi aleatorias como es una data concreta. Máxime, si se tiene en cuenta que son normas diseñadas para desplegar sus efectos respecto de situaciones anteriores a su aprobación y entrada en vigor. Parece plausible, por el contrario la irrupción de las pensiones de viudedad de carácter temporal, aunque su ámbito subjetivo parece excesivamente reducido y no exento de problemas prácticos muy importantes (prueba del carácter de la enfermedad, fecha de su diagnóstico y conocimiento efectivo de sus consecuencias por ambos contrayentes), en cuanto que más acorde con la regulación que en el Derecho de Familia se realiza respecto de las pensiones complementarias.

Un problema singular y que debiera ser objeto de reflexión autónoma es el de la adecuación del tratamiento que se dispensa a figuras matrimoniales existentes en otras culturas y ordenamientos jurídicos como la que representa la poligamia. No ya por ser una conducta expresamente penalizada en nuestro país o porque la ley nacional del causante no deja de ser un principio ordinario en el ámbito del Derecho Internacional Privado, sino por lo que comporta respecto del principio de igualdad y no discriminación de la mujer, auténtico e irrenunciable vector a nivel nacional y comunitario.

La regulación del periodo de carencia de la pensión de viudedad, general y específica, se antoja excesivamente reducida o generosa. No sólo por la duración que pueden alcanzar este tipo de prestaciones, sino también como por los resultados que origina cualquier comparación con el régimen predicable de las principales prestaciones contributivas (jubilación e invalidez permanente). Idéntica reflexión merece la generosísima regla de compatibilidad indiscriminada de su percibo y la obtención de toda clase de rentas, incluida la derivada por realización de todo tipo de trabajos.

18. La pensión de orfandad, cuyo régimen jurídico es bastante más sencillo y menos problemático que el de la viudedad, con el que comparte sin embargo menciones clave que se convierten ahora en mucho más razonables, como por ejemplo la de la carrera contributiva mínima del causante si se tiene en cuenta que es una prestación temporal por definición (salvo en el caso de los huérfanos con un alto grado de discapacidad a los que se le aplica el derecho de opción entre distintas prestaciones públicas posibles),

presenta tras las últimas reformas operadas una penalización evidente respecto del hijo mayor de 21 años que opte por desarrollar algún tipo de trabajo, por cuenta ajena o propia, respecto del que no necesite siquiera desarrollar dicha actividad. Penalización que dista mucho de ser comprendida ni explicable, sobre todo, si se tiene en cuenta la utilización cada vez más generalizada en otras prestaciones del sistema de computar toda clase de rentas o rendimientos que obtengan los beneficiarios de sus prestaciones para el reconocimiento de toda clase de complementos y ampliaciones.

19. El régimen de las prestaciones a favor de familiares debiera ser replanteado casi en su totalidad no solo por la difícil aprehensión de sus reglas de ordenación (preferencias en supuesto de concurrencia de beneficiarios), excesivamente complejas por falta de un desarrollo mínimo y adecuado, sin que tampoco deba ser un obstáculo para ello el argumento de su escaso peso económico para el conjunto financiero de la Seguridad Social, sino porque sociológica e incluso jurídicamente dista mucho de revestir las notas actuales del sistema público de pensiones contributivas. Existen acciones suficientemente válidas en el conjunto del sistema de protección social, incluidas muy en especial sus distintas ramas asistenciales, como para dar idéntica o parecida solución a estos supuestos con una lógica más adecuada.

20. La prestación pública de la indemnización a tanto alzado diseñada exclusivamente para familiares de trabajadores fallecidos como consecuencia directa de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, quizás debiera ser también reconsiderada a poco que se repare en las numerosas vías que el actual Derecho de Daños provee para un resarcimiento pleno de los perjuicios que conlleva la siniestralidad laboral. Máxime, en aquellos casos en solo puede servir para ser detráido su importe del monto que deba abonar quien deba ser declarado como civilmente responsable.

21. El auxilio por defunción, en cuanto que prestación económica de cuantía casi incalificable en relación a los gastos que conlleva cualquier sepelio, no cumple en la actualidad una verdadera función de protección social. Como atestigua incluso el hecho que manifiesta la práctica administrativa cotidiana respecto del olvido de su propia solicitud por parte de muchos beneficiarios. Si se comparase además el peso económico de la prestación con el coste de gestión que supone su tramitación, es probable que aun resulte más evidente su falta de virtualidad y funcionalidad.

22. Con todo, el análisis de estas prestaciones plantea tres puntos de especial conflicto. De un lado, la tensión entre las lógicas contributivas y asistenciales. De otro, el distinto tratamiento de las parejas de hecho así como todas las cuestiones que plantea el acceso a la pensión de viudedad en igualdad de condiciones que los matrimonios con efectos civiles. Y, finalmente, los problemas que se plantean en cuanto a los tipos de matrimonio diferentes al tradicional, así como las situaciones de crisis o de ruptura del vínculo conyugal.

23. Por lo que se refiere a la tensión entre las lógicas contributivas y asistenciales, las prestaciones por muerte y supervivencia han contado con una regulación específica desde las primeras formas de aseguramiento público de carácter obligatorio, quedando igualmente incluidas en el marco de las protecciones del sistema de Seguridad Social desde el inicio, como se ha indicado antes. A pesar de esta clara determinación de incluirlas en el sistema de Seguridad Social, su regulación ha estado fuertemente

marcada por la concurrencia de las lógicas contributivas y asistenciales, lo que se manifiesta en los sujetos, en las situaciones protegidas, en la relación entre cotizaciones y prestaciones, así como en las reglas de la compatibilidad.

24. En relación con los sujetos, las prestaciones contributivas tutelan la situación de necesidad de quien ha realizado aportaciones al sistema de Seguridad Social, sin que algunos requisitos de carácter asistencial, como la discapacidad, la carencia de recursos, sean relevantes a los efectos de delimitar la situación protegida. Tampoco lo es la edad, salvo para la causar la jubilación. Sin embargo, en las prestaciones por muerte y supervivencia, el legislador emplea requisitos o criterios de carácter asistencial con bastante frecuencia. De hecho la edad, la incapacidad para trabajar, la responsabilidad familiar o la carencia de recursos tienen una importante notoriedad en todas estas prestaciones por muerte y supervivencia. Pese a que, como resultado del propio diseño legal, operan de forma muy desigual, siendo menos significativos en la viudedad (que la prestación por muerte y supervivencia donde se manifiestan de forma más clara los rasgos contributivos), sin embargo, tienen más presencia en la orfandad, y sobre todo, en las prestaciones en favor de familiares (que es la prestación por muerte y supervivencia más asistencial).

25. Del mismo modo, las situaciones protegidas son distintas concurriendo las lógicas contributivas (situación de necesidad presunta) con las no contributivas o asistenciales (situación de necesidad real que exige la prueba de la carencia de recursos económicos tanto en el acceso como durante el devengo). Las prestaciones de viudedad así como las de orfandad (de menores de veintiún año e incapacitados) se basan en esta presunción de la ausencia de recursos económicos suficientes cuando se actualiza el riesgo, de manera que el beneficiario no tiene que probar, ni en el momento de la solicitud ni durante el devengo, que carece de medios materiales con los que afrontar sus necesidades básicas (situación de necesidad presunta). Por el contrario, las pensiones de viudedad cuando se acredite una situación de necesidad, las pensiones de orfandad de los mayores de veintiún años y menores de veinticinco, las prestaciones en favor de familiares, ya sean temporales o vitalicias, contienen fuertes requisitos relacionados con la prueba de encontrarse en una situación de necesidad cierta, no sólo en el momento del nacimiento de la prestación, sino también mientras ésta se devenga (situación de necesidad real).

26. Pese a lo anterior, el acceso a las prestaciones aquí estudiadas siempre se condiciona a los mismos requisitos contributivos, sin que sea relevante los sujetos beneficiarios, el tipo de prestaciones o la duración. De manera que nos encontramos con unas prestaciones donde la correspondencia entre las cotizaciones y las prestaciones es muy débil. A diferencia de lo que sucede con las prestaciones contributivas, donde existe una fuerte relación entre cotizaciones y prestaciones, aunque no sea estrictamente directa o matemática. Pues, en las prestaciones por muerte y supervivencia, concurren requisitos que matizan esta relación, como son la flexibilidad en los requisitos de acceso, el escaso esfuerzo contributivo, el incremento de la cuantía cuando se acredita una situación de especial necesidad. Además, la prestación devengada es siempre muy marginal, acercándose en algunos casos, como sucede con la orfandad, a la cuantía de las prestaciones no contributivas. Pese a lo anterior, los rasgos contributivos también se manifiestan en aspectos concretos del régimen jurídico, como la importancia que tiene la base reguladora para el cálculo del importe económico, los porcentajes fijos que se

aplican a la base reguladora para extraer la cuantía final, la distribución de los derechos prestacionales cuando concurren varios beneficiarios de las prestaciones por muerte y supervivencia.

27. Las amplias reglas sobre la compatibilidad de la viudedad y de la orfandad con otros ingresos (prestaciones o rentas del trabajo) crean situaciones desiguales, donde pueden existir beneficiarios que no necesiten la prestación (por los ingresos o rentas que generan), mientras que otros pueden precisar la tutela del sistema de protección social, pero quedan desprotegidos por la escasa cuantía que normalmente se genera a su favor. En especial, la sobre-protección se produce porque algunas prestaciones (como la mayoría de las prestaciones de viudedad o la orfandad de los menores de veintiún años o los incapacitados) están basadas en una presunción sobre la carencia de recursos económicos suficientes que no considera la capacidad de trabajo o de generar ingresos de los viudos y los huérfanos tras el fallecimiento del trabajador. Esto provoca, entre otros efectos, una inadecuación entre la situación presuntamente protegida y el destino final de la tutela, especialmente sintomática en relación con la compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones de muerte y supervivencia con otros ingresos o rentas. Esta falta de adaptación tiene su foco en la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, lo que afecta tanto a la viudedad como a las prestaciones en favor de familiares, donde un importante número de beneficiarios son mujeres. Pero también, en la medida que los huérfanos incapacitados pueden prolongar la prestación de orfandad más allá de la edad inicialmente establecida, se produce una falta de adecuación de esta tutela a la realidad social, por las importantes intervenciones de empleo realizadas en los últimos años para favorecer la presencia de los discapacitados en el mercado de trabajo.

Es cierto que estas mismas presunciones se aplican a otras prestaciones contributivas. No obstante, en la viudedad y la orfandad se mantiene inalterada la capacidad de trabajo del beneficiario, a diferencia de lo que sucede con las otras prestaciones contributivas del sistema de Seguridad Social, donde la protección precisamente se justifica por las dificultades de continuar desempeñando la actividad laboral en las mismas condiciones que antes. De tal manera que las reglas de la compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones por muerte y supervivencia no se adaptan a las existentes para otras prestaciones contributivas del sistema de Seguridad Social, ni tampoco funcionan de forma correcta en las citadas pensiones de viudedad y de orfandad (a las que se accede sin demostrar la carencia de recursos económicos suficientes).

28. Estas inadecuaciones la pensión de viudedad a la realidad social también se manifiestan en el tratamiento dispensado a las diferentes formas de convivencia. Y, especialmente, en cuanto al acceso o reconocimiento pleno de la pensión de viudedad a las parejas de hecho. En este sentido, consideramos acertado el reconocimiento de la pensión de viudedad al superviviente de una pareja de hecho así como el rasgo o carácter de asistencialidad que presenta su régimen jurídico; sin embargo, manifestamos nuestras dudas sobre si los requisitos que se les exige al superviviente de una pareja de hecho, comparados con los requeridos en caso de unión matrimonial, son respetuosos con los principios de igualdad y no discriminación.

29. La situación en que se ve inmerso el superviviente de una unión de hecho es idéntica a la del cónyuge superviviente, puesto que, en ambos casos, se puede generar un defecto

de ingresos, que podrá producir o no una situación de necesidad real, dependiendo de la situación económica del superviviente –pero al margen de que exista o no vínculo matrimonial-.

30. No existe una imposibilidad legal ni constitucional para la equiparación del régimen jurídico de la pensión de viudedad que pueda causar el superviviente de una pareja de hecho y el cónyuge viudo. Sin embargo, se exigen requisitos diferentes para causar pensión de viudedad, según exista o no vínculo matrimonial, de difícil justificación desde la óptica de los principios de igualdad y no discriminación. Y es que entre el matrimonio y la pareja de hecho existen divergencias que se aprecian no sólo en el propio vínculo familiar en cuanto presupuesto para generar la protección del sistema de Seguridad Social y en los requisitos de carácter conceptual que conforman a ambas instituciones, sino también en el propio fundamento y finalidad de esta pensión que es consecuencia de la configuración legal del hecho causante.

31. A pesar de que existen manifestaciones de la equiparación en el tratamiento jurídico del matrimonio y de la pareja de hecho en relación con la pensión de viudedad –tales como el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo o la consideración de ambas instituciones como causas de extinción de la pensión de viudedad ya causada-, el vínculo, matrimonial o no, en cuanto presupuesto para el reconocimiento de dicha pensión, presenta dos diferencias importantes: por un lado, en el caso de parejas de hecho es necesario, en todo caso, que el vínculo entre el beneficiario y el sujeto causante sea presente, sin que el legislador haya reconocido, a diferencia de lo que ocurre cuando existe vínculo matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad a quienes en el pasado hubieran constituido pareja de hecho con el sujeto causante, por lo que consideramos conveniente que en la programada reforma integral de la pensión de viudedad se atienda a esta realidad; y, por el otro, el subsidio temporal de viudedad sólo se puede generar si existe vínculo matrimonial, lo que constituye una consecuencia del distinto tratamiento que la ley otorga al matrimonio y a la unión de hecho, siendo partidarios del reconocimiento de una prestación temporal de viudedad para aquellos supervivientes de uniones de hecho que no cumplieren los requisitos legales para causar la pensión.

32. En la configuración legal del hecho causante de la pensión de viudedad de las parejas de hecho es donde se encuentran las más importantes divergencias con respecto al matrimonio. Por un lado, en la exigencia de la acreditación de la existencia de la pareja de hecho y, sobre todo, en el propio concepto de ésta, que exige una mínima convivencia, no requerida en el caso de que se haya contraído matrimonio. Y, por el otro, en la regulación de la situación de dependencia económica, exigiéndose su acreditación sólo al superviviente de una pareja de hecho y presumiéndose en el caso del cónyuge supérstite. La explicación –que no justificación- de la demostración de la situación de dependencia económica la encontramos en la decisión del legislador de dar un giro hacia la asistencialidad de la pensión de viudedad que se reconoce a las parejas de hecho, en cuyo caso carece de sentido que dicha asistencialidad no tenga por qué manifestarse en los supuestos en los que el beneficiario causa la pensión acreditando que sus ingresos no alcanzaban el cincuenta por ciento de los ingresos totales, sumados los suyos y los del sujeto causante. En tales casos, al igual que ocurre cuando existe vínculo matrimonial, la finalidad de la pensión de viudedad es compensar el desequilibrio económico que produce el fallecimiento de unos de los miembros,

pudiendo generarse o no una situación de necesidad real. De esta forma, sólo cuando el superviviente de una unión de hecho cause el derecho a la pensión de viudedad en aplicación del criterio que exige acreditar ingresos por debajo de un determinado umbral de pobreza se protege una verdadera situación de necesidad.

33. Por ello, la naturaleza contributiva que, según el artículo 86.2 de la LGSS, tiene la pensión de viudedad y que se manifiesta plenamente cuando el beneficiario y el sujeto causante están unidos en matrimonio, se relativiza en el caso de que el beneficiario sea un superviviente de una pareja de hecho, puesto que éste ha de demostrar una situación de dependencia respecto del causante que hace que emerja un cierto carácter asistencial. Tal asistencialidad se presenta claramente en el supuesto en el que el superviviente de una pareja de hecho causa derecho a la pensión tras acreditar que no supera unos determinados ingresos.

34. En consecuencia, podemos diferenciar, atendiendo a la mayor o menor manifestación de la asistencialidad en la pensión de viudedad que puede causar el superviviente de una pareja de hecho, dos supuestos diferentes: por un lado, la pensión del supérstite de una unión de hecho que acceda a la misma por demostrar, entre otros, el requisito de la dependencia económica por no superar sus ingresos el cincuenta por ciento de los ingresos totales de la pareja, que es de carácter contributivo pero con cierto rasgo de asistencialidad, que se manifiesta, aunque no siempre, sólo en el momento del hecho causante; y, por el otro, la pensión del superviviente causada tras acreditar que no supera un determinado nivel de rentas, que está claramente impregnada por la asistencialidad tanto en el momento del hecho causante como durante todo el tiempo de disfrute de la pensión.

35. Si, como hemos afirmado, la situación de necesidad que se produce cuando fallece uno de los miembros de la unidad familiar, matrimonial o no, es la misma, la configuración del régimen jurídico de la pensión de viudedad debería equipararse, puesto que no se puede ignorar la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación. Tal equiparación podría hacerse o bien eliminando los requisitos adicionales exigidos a las parejas de hecho, sobre todo el requisito de la demostración de la situación de dependencia económica respecto del sujeto causante, o bien exigiendo al cónyuge viudo la acreditación de la situación de necesidad, en una apuesta hacia la asistencialidad de la pensión de viudedad que implicaría, pues, su reformulación integral, en aras de su modernización y adecuación a la realidad social actual.

36. Por lo que se refiere a los tipos de matrimonio diferentes al tradicional y de las situaciones de crisis o de ruptura del vínculo conyugal, igualmente la pensión de viudedad plantea importantes cuestiones jurídicas. A este respecto, la relación conyugal continúa siendo la situación principalmente protegida por la pensión de viudedad, pese a los importantes cambios realizados en los últimos años en el régimen tradicional de la protección por muerte y supervivencia. Esta circunstancia justifica la aplicación, al ámbito social, de las instituciones, los preceptos y los principios civiles que regulan los requisitos de validez del matrimonio, las relaciones privadas derivadas del vínculo matrimonial, así como las consecuencias personales y económicas de la nulidad, la separación o el divorcio de los cónyuges.

37. Respecto a la constitución del vínculo matrimonial, y aparte de las consecuencias que la ausencia de alguno de los requisitos de validez generan sobre la nulidad de la relación, se plantea el carácter, constitutivo o meramente probatorio, del requisito de inscripción registral, siendo admisibles dos interpretaciones claramente diferenciadas. En el sistema actual, la funcionalidad del Registro Civil como medio cualificado de acreditación de las circunstancias personales de los ciudadanos, y singularmente, como requisito común a las distintas formas de matrimonio, justifican el mantenimiento de una condición formal que permite al Estado conocer la existencia de los matrimonios celebrados. Por el contrario, en un modelo de protección asistencial, la inscripción en el Registro Civil ha de considerarse un requisito superfluo, que no aporta nada a la relación de dependencia o necesidad económica que justifica la protección del Sistema.

38. En cuanto a la forma de celebración del matrimonio, y aunque en la ordenación actual se admite una pluralidad de modelos, civil y religiosos, se han cuestionado los efectos que haya de atribuir el legislador a las relaciones constituidas a través de ritos no reconocidos por el legislador, como el matrimonio gitano, así como, de aquellas relaciones válidamente constituidas conforme a otras disposiciones normativas pero que, en España, constituyen una relación contraria al ordenamiento interno, como sucede con los matrimonios poligámicos. En principio, y aunque haya razones que justifican la denegación del derecho (en el primer caso, porque se trata de una forma de celebración no reconocida por el Derecho interno y, en el segundo, porque puede constituir una infracción al “orden público”) debe darse una respuesta coherente al carácter de la protección. En un sistema de protección de las relaciones matrimoniales reconocidas, se ha de partir de una forma de celebración del vínculo admitida en Derecho, siendo incluso defendible la exigencia de una única forma válida de constitución del matrimonio, de carácter civil, sin perjuicio de la ulterior celebración de la relación así constituida conforme a los ritos elegidos por los particulares. Frente a esta opción, en un modelo puramente asistencial, la forma de celebración del matrimonio habría de pasar a un segundo plano para basar la protección en las relaciones efectivas de dependencia o necesidad económica.

39. Más claro resulta el régimen actualmente aplicable a las relaciones homosexuales. En este aspecto y frente al sentido de la regulación y de la jurisprudencia tradicional que venía negando el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, se produjo, en la reforma de 2005, un giro en la ordenación sustantiva que, desde entonces, reconoce el matrimonio, con plenos efectos, entre personas del mismo sexo. Desde entonces, se permite el acceso a la pensión de viudedad, en las mismas condiciones, al cónyuge superviviente de un matrimonio homosexual válidamente constituido.

40. A pesar de la regla que limita la pensión de viudedad al cónyuge superviviente, tradicionalmente se ha reconocido la prestación en los casos de nulidad, separación y divorcio. Las condiciones en las que actualmente se reconoce el derecho en los casos de nulidad matrimonial permiten limitar el beneficio a los matrimonios putativos, esto es, a aquellos en los que exista buena fe, al menos, en alguno de los contrayentes, y una relación efectiva de convivencia que permita crear una apariencia de matrimonio. Siendo clara esta condición, los problemas en este aspecto derivan de la inoportunidad de condicionar la protección a la obtención de la indemnización prevista en el artículo 98 CC. De un lado, porque tal exigencia deja sin protección a las relaciones en las que concurre buena fe por las dos partes. De otro, porque si el sentido de la indemnización

es sancionar al cónyuge de mala fe y resarcir el daño sufrido por el de buena fe, resulta inapropiado atribuir a una prestación social una función de sustitución o continuidad de obligaciones o responsabilidades puramente privadas. Y, de otro, porque en ningún caso se trata de compensar la pérdida de una pensión periódica que se ha extinguido como consecuencia del fallecimiento del causante; se trata, en este caso, de una cantidad a tanto alzado, normalmente satisfecha antes de la muerte del causante. En definitiva, con la utilización de este parámetro ni se logra atender una relación de dependencia económica, ni se limita la protección a quienes se encuentren en situación de necesidad real, ni se protege a quienes hayan sido desfavorecidos por la celebración del matrimonio, ni siquiera a quienes hayan sufrido un desequilibrio económico.

41. Durante años, la pensión de viudedad se ha atribuido al cónyuge superviviente aún en los casos de separación y divorcio, al margen del mantenimiento entre las partes de una relación efectiva posterior a la ruptura. Por ello parece que el fundamento de la protección era, sencillamente, la existencia de una relación matrimonial y, en función de la misma, la participación del sobreviviente en las cotizaciones abonadas por su cónyuge al Sistema durante el período de convivencia. Tras la reforma operada por la Ley 40/2007, se produce un cambio sustancial en la regulación sustantiva para exigir al beneficiario que hubiera percibido, en vida del causante, una pensión compensatoria que se extingue como consecuencia de su fallecimiento. Sin embargo, ha optado el legislador por un criterio que, por una parte, expulsa de la protección a quienes, conforme a los pactos acordados por las partes o por decisión judicial, no recibe la pensión privada, por ejemplo, por ausencia de recursos por ambas partes. E igualmente, se concede la protección social a personas que tienen sus propias fuentes de ingresos o, incluso, obtienen rentas suficientes para vivir, sencillamente, porque por cualquier motivo se ha acordado la satisfacción de una pensión compensatoria. Dicha exigencia también expulsa de la protección a quienes, en lugar de una pensión periódica, han pactado la satisfacción de una indemnización a tanto alzado, así como, de aquellos que reciben una pensión temporal que haya concluido antes del fallecimiento del causante. Por ello cabe cuestionarse si no hubiera sido más apropiado, por ejemplo, condicionar la prestación social a la satisfacción de una pensión alimenticia que, conforme a la regulación civil, confirman una verdadera situación de precariedad económica.