

UNIONES DE HECHO, PROTECCION SOCIAL Y RELACION DE TRABAJO

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA
Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. LA PROTECCION DE LA FAMILIA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. II. LAS PRESTACIONES DE MUERTE Y SUPERVIVENCIA, EN PARTICULAR, LA PROTECCION ANTE ESTADOS DE VIUEDAD. 1. La dependencia económica del beneficiario de la pensión respecto del causante. La imperiosa necesidad de corregir la interpretación del Tribunal Constitucional. 2. La ligazón con el vínculo matrimonial y la convivencia con el causante: dos requisitos de escindida aplicación. 3. Cuantía de la pensión de viudedad y tiempo de convivencia: el complejo y discutible criterio de la proporcionalidad. III. UNIONES EXTRAMATRIMONIALES Y PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ACCESO A LA PENSION DE VIUEDAD. IV. LAS PROPOSICIONES DE REFORMA DE LA PROTECCION DE LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES EN CASO DE MUERTE. 1. Una modificación inicial: la del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social. 2. La creación paralela de "otra" pensión de viudedad. 3. Uniones de hecho y protección de los hijos extramatrimoniales. 4. Prestaciones en favor de familiares. 5. El auxilio por defunción: una prestación que, en los términos en que está prevista con carácter general, debería desaparecer. 6. La indemnización a tanto alzado en caso de muerte derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional. V. LAS PROPOSICIONES DE REFORMA DE LA RELACION DE TRABAJO.

I. LA PROTECCION DE LA FAMILIA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Resulta verdaderamente desolador observar cómo el ordenamiento jurídico ha venido dando la espalda a la realidad social cada vez más extendida de las relaciones de hecho entre parejas sin vínculo matrimonial. Pero, en realidad, no sólo se ha limitado el Derecho a ignorar tales uniones, sino que se han articulado determinados mecanismos de protección del matrimonio cuyo efecto directo ha sido la limitación de ciertos derechos que como ciudadanos tienen aquellos que han optado por una unión de hecho.

En el ámbito específico de las relaciones de trabajo y, por su estrecha vinculación, de la protección de nuestro sistema de Seguridad Social, ha habido una especial incidencia de esos efectos perversos que ha traído consigo un tratamiento diferenciado entre matrimonio y unión de hecho, constitucionalmente justificado.

No es preciso insistir, pero sí hay que recordar, que el fenómeno de la extensión y progresivo aumento de las uniones de hecho se encuentra directamente relacionado con una también progresiva y cada vez mayor incorporación de la mujer al mercado de trabajo, en particular, por la mayor dosis de independencia personal, económica, etc. que dicha incorporación conlleva tanto entre los varones como entre las propias mujeres, lo cual, inevitablemente, conduce a una más amplia capacidad de opción en cuanto a la elección de las relaciones personales, familiares y sociales.

Sin duda, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo constituye uno de los hitos más importantes del siglo XX, no sólo por las novedosas consecuencias que ha propiciado en la disposición misma de dicho mercado, sino también en la configuración y entramado de las relaciones sociales y, de una manera muy especial, en aquellas que en torno al núcleo familiar se originan (1). Ello ha supuesto un gran desfase de la realidad jurídico-normativa con respecto al modelo tradicional de familia, así como a la posición que en la misma se atribuía a la mujer, una posición que, huelga decirlo, la colocaba en una situación

(1) Sobre las transformaciones que en el momento actual plantea la incorporación de la mujer al mercado de trabajo de orden no sólo laboral, sino también de carácter social y político, *vid.*, por todos, M.^a E. CASAS BAAMONDE, *Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo*, RR.LL., 1998, n.º 11, pp. 1-13. Con carácter general sobre las condiciones de dicha incorporación, *vid.* T. PEREZ DEL RIO, *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Madrid, IELSS, 1984.

de absoluta desigualdad con respecto a los varones, fundada, principalmente, en una dependencia de carácter económico unida a una concepción social y un ropaje jurídico proclive a tal consideración desigual.

En ese contexto se explica la aparición en la actualidad de otras formas de convivencia, fruto de esa mayor capacidad de elección a que antes se aludía, distintas de la que implica el matrimonio, y consecuencia, a su vez, de un clima social y jurídico más distendido frente a la rigidez de los modelos de conducta individual y social de épocas anteriores. Las uniones de hecho han pasado a convertirse en una alternativa a la convivencia matrimonial, libremente decidida y, en ocasiones, con caracteres de estabilidad y de permanencia en el tiempo comparables a aquélla.

La tradicional preocupación del Derecho por el hecho familiar como centro de gravitación de un conjunto de derechos y obligaciones entre sus miembros y como ente digno de protección, en tanto que permite servir a otros fines sociales, se ha puesto de manifiesto especialmente en nuestra ordenación de la Seguridad Social.

Al definir el alcance de la acción protectora de la Seguridad Social, esto es, tanto en la señalización de las contingencias protegidas, cuanto de las prestaciones que la misma ofrece, se toman en consideración las circunstancias familiares como elemento diferenciado de lo que son las del propio individuo y se las concibe como susceptibles de protección y tutela por sí mismas dentro del conjunto del sistema: la inexistencia o insuficiencia de ingresos de la unidad familiar se convierte en fuente de preocupación del aparato de protección social, en la medida en que en el seno de la misma se sitúan los sujetos protegidos por la Seguridad Social.

Los riesgos familiares de carácter económico que hayan de surgir tanto por defecto de rentas como por el exceso de gastos que puedan ocasionarse son, sin lugar a dudas, "*susceptibles de cobertura por la Seguridad Social*" (2). Ello explica que dentro del conjunto de la acción protectora del sistema la protección de la familia se articule a través de las denominadas "*prestaciones familiares*", pero, además, también a través de otros ámbitos de protección concebidos para hacer frente a necesidades de índole diferente. En las primeras, la carga familiar, específicamente, el mantenimiento y educación de los hijos, constituye el objeto central de la relación de ase-

(2) M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de la Seguridad Social* (15.ª edic.), Madrid, Civitas, 1997, p. 328.

guramiento. Pero, por otra parte, en otras contingencias donde la necesidad objeto de protección es distinta, presenta una influencia decisiva que el beneficiario de las prestaciones tenga o no personas a su cargo o que sean dependientes económicamente de él: las llamadas prestaciones por *"muerte y supervivencia"* no se establecen en virtud de la relación de parentesco únicamente, sino, además, atendiendo a que el o los causahabientes dependan económicamente del causante, con lo cual, se les confiere también un cierto carácter de atención y protección de la familia. Lo mismo cabe decir de otras contingencias incorporadas en el ámbito de protección social, como son, el *"desempleo"*, en el cual la existencia de responsabilidades familiares incide en la cuantía de las prestaciones y en el acceso al subsidio que por el mismo puede llegar a percibirse y, en igual sentido, influyen en las contingencias de *"vejez o jubilación"*, repercutiendo en este caso sobre todo en la cuantía de las prestaciones, así como en la *"invalidez"*, donde el grado de minusvalía de los miembros de la unidad familiar resulta de gran relevancia a la hora de acceder a la protección que el sistema brinda.

El terreno propicio en el cual la concepción jurídica de la familia, así como de la institución del matrimonio, se hace más evidente lo constituye, sin duda alguna, la contingencia de muerte y supervivencia, en la cual, la protección de los familiares supervivientes se convierte en su objeto y razón de ser, con la finalidad de compensarles de la pérdida de ingresos que, por el fallecimiento del causante se ha producido en la unidad familiar.

II. LAS PRESTACIONES DE MUERTE Y SUPERVIVENCIA, EN PARTICULAR, LA PROTECCION ANTE ESTADOS DE VIUDEDAD

En las prestaciones de muerte y supervivencia, tradicionalmente, la muerte del causante y la dependencia económica de él han constituido los dos *"elementos concurrentes"* de la prestación. Si bien el primero no ofrece dificultades de determinación (sea muerte natural o por desaparición, aunque nuestro sistema de Seguridad Social continúa estableciendo una importante barrera de diferenciación entre la muerte debida a riesgos profesionales y la que deriva de riesgos comunes); sin embargo, el segundo ha sido y es susceptible de múltiples variables por parte de la Seguridad Social, aspecto cuyo tratamiento ha resultado más problemático y de mayor com-

plejidad (3). Dicha complejidad deriva de que, especialmente, en la viudedad y orfandad la relación de parentesco y dependencia económica con el causante están sometidas a los vaivenes propios de la evolución del juicio que en cada momento se ha tenido de las relaciones personales y sociales.

La concepción dominante sobre el trabajo femenino, el lugar de la mujer en la población activa, el tratamiento jurídico del sistema educativo todo ello unido a la no diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos, la progresiva aparición y extensión de las uniones afectivas de hecho, el tratamiento igualitario de que deben ser objeto tanto las viudas como los viudos (4), entre otros, son aspectos que, a partir del marco de libertades y derechos que la Constitución española de 1978 establece, han venido incidiendo e interfiriendo en la concepción y el tratamiento que por parte de la Seguridad Social se ofrece a los familiares supérstites tras la muerte de un miembro de la unidad familiar.

Sabido es que la protección del cónyuge en caso de muerte (ya sea derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, como de enfermedad o accidente común) se articula a través de la pensión de viudedad. Dicha pensión se ha estructurado tradicionalmente sobre la reclamación de dos requisitos exigibles al supérstite, como son, en primer lugar, la dependencia económica del causante, aspecto éste que ha ido evolucionando en el tiempo hasta el punto de convertir en la actualidad la pensión de viudedad en una prestación de carácter compensador, básicamente en los casos de muerte derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, en que hay una especie de resarcimiento del cónyuge supérstite ante el fallecimiento en tales circunstancias de su cónyuge, pasando a convertirse en un pensión que se aproxima más a un aseguramiento de un determinado nivel de rentas en los demás supuestos de muerte común. En tal caso, se atiende a la

(3) Vid. los comentarios al respecto de M. R. ALARCON CARACUEL y S. GONZALEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social* (4.^a edic. renovada), Madrid, Tecnos, 1991, p. 280. El entrecomillado, en el mismo texto. Sobre las complejidades técnicas en torno a la pluralidad de prestaciones por muerte, así como la emergencia de derechos originarios o propios y derechos derivados en el acceso a las prestaciones, vid. R. SASTRE IBARRECHE, *Protección por muerte en el Régimen General de la Seguridad Social; la necesidad de una reforma*, T.L., 1996, n.º 39, pp. 11 y ss.

(4) En torno a la valoración de estos y otros elementos determinantes de cambios y transformaciones en el sistema de Seguridad Social, vid. L. E. DE LA VILLA GIL y A. DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1977, p. 420.

necesidad producida por las rentas que deja de percibir la unidad familiar debido a la muerte del causante.

1. *La dependencia económica del beneficiario de la pensión respecto del causante. La imperiosa necesidad de corregir la interpretación del Tribunal Constitucional*

El Tribunal Constitucional ha contribuido decisivamente a sentar una configuración y un fundamento a la pensión de viudedad, especialmente, diseñado a partir del pronunciamiento inicial de la S. 103/1983 (5). En aquel caso, con la pretensión de extender la pensión de viudedad a los viudos, ya que la Ley General de la Seguridad Social (aprobada mediante Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, BOE de 20 y 22 de julio, en adelante, LGSS) sólo se refería hasta entonces a las viudas (6), y en aras de facilitar la aplicación de una norma preconstitucional de acuerdo con los criterios de igualdad que la Constitución impone, se optó por no exigir al varón, como pretendía la LGSS, acreditar la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica por parte del cónyuge superviviente, ya que tampoco se venía exigiendo tal acreditación a las viudas.

Lo que se rompe con esta interpretación inicial es la idea consustancial a toda pensión de la Seguridad Social derivada de muerte de vincular el derecho a la pensión con la constatación de una real depen-

(5) Y que, con posterioridad, se reitera en las SSTC 253/1988, 144/1989, 176/1989, 142/1990 y 158/1990. De esa línea doctrinal se apartará el TC, sin embargo, en la S. 49/1990.

(6) Es curioso observar cómo los primeros Recursos de Amparo que llegan ante el Tribunal Constitucional reclamando una no discriminación por razón de sexo son Recursos interpuestos por varones que se sienten "discriminados" ante las "específicas" condiciones de trabajo y Seguridad Social que nuestro ordenamiento había establecido en relación con las mujeres. Hasta tal punto se crea esta especie de "cultura" de la discriminación masculina que en el ámbito estricto de la protección ante estados de viudedad se acuña y generaliza el concepto del "viudo discriminado", *vid.* M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia Constitucional de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, a partir del T. I y siguientes comentando los sucesivos pronunciamientos del TC sobre acceso de varones a la pensión de viudedad. Igualmente, y de forma crítica sobre la STC 49/1990, J. L. TORTUERO PLAZA, *Viudo discriminado. Sobre la naturaleza de la protección otorgada por el mutualismo funcional integrado en los fondos especiales*, REDT, 1991, n.º 49, pp. 832 y ss. De forma general, C. LASARTE ALVAREZ y L. BLANCO PEREZ-RUBIO, *También los varones tienen derecho a la pensión de viudedad.*, Madrid, Tecnos, 1991, especialmente, pp. 14 y ss.

dencia económica del supérstite respecto del causante fallecido (7). Y ello, desde luego, contrasta manifiestamente con el modo en que se conciben dentro de la contingencia de muerte, por ejemplo, las prestaciones en favor de familiares, en las que tal relación de dependencia económica, no sólo es que esté prevista en la Ley (en la actualidad, en el art. 176 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, BOE de 29 de junio, en adelante, TRLGSS), sino que en su aplicación práctica los Tribunales de lo Social no permiten ni el más mínimo resquicio a la introducción de elementos interpretativos de flexibilidad que permitan exonerar de tal requisito (8).

Esta manera de entender la pensión de viudedad conduce al TC a manifestar expresamente que la misma *"no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica..., asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de los ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges)..., siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad"* (S. 184/1990).

Tal manifestación refleja una visión absolutamente *"contributiva"*, hasta puede decirse, *"asegurativa"* y deudora de esquemas iusprivatistas que tienden a asimilar una pensión de la Seguridad Social con cualquier aseguramiento privado de un determinado riesgo y que, por tanto, casa mal, a mi modo de ver, con el régimen público de Seguridad Social que a los poderes públicos impone mantener el art. 41 de la Constitución para atender las *"situaciones de necesidad"* en que puedan encontrarse los ciudadanos. No se puede tener una concepción tan apegada al dato contributivo que permita que, por el hecho de que el causante haya

(7) De esta misma opinión, F. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ y C. VIQUEIRA PEREZ, *La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, RR. LL., 1990, T. I, pp. 596 y ss. R. SASTRE IBARRECHE, *Protección por muerte...*, op. cit., pp. 6 y ss.

(8) Así, en el caso de hermana separada de su esposo, no existe derecho a esta prestación, por continuar el cónyuge con obligación de prestar alimentos, STS de 8 de marzo de 1993, Ar. 1719, reproduciendo igual doctrina señalada en la STS de 25 de junio de 1992, Ar. 4675. Vid. igualmente, sobre la necesidad de acreditar la dependencia económica del causante, STS de 9 de febrero de 1998, Ar. 1647, y STSJ de Castilla y León de 9 de julio de 1996, Ar. 2591. STSJ de Galicia de 4 de noviembre de 1997, Ar. 4032.

estado integrado en el sistema de Seguridad Social (con sus correspondientes cotizaciones, períodos de carencia, etc.) genere automáticamente derecho a una pensión de viudedad en el cónyuge que le sobrevive, con total independencia de que la muerte haya provocado en éste y en la unidad familiar en su conjunto una situación de necesidad económica o no.

Las consecuencias a que conduce este “*modelo*” de protección ante estados de viudedad son completamente contradictorias y paradójicas. El transcurso del tiempo ha servido para poner de manifiesto lo erróneo del “*modelo*” avalado por el Tribunal Constitucional: la innecesidad de acreditar una verdadera situación de necesidad tras la muerte del causante ha conducido a otorgar dicha pensión a supérstites que, en realidad, no la necesitan porque disponen de medios económicos suficientes, cuando no, más que suficientes. De sobra es sabido que hay determinados casos en los que el volumen patrimonial o nivel de rentas provenientes del trabajo o ajenas a éste del supérstite es tal que no justifican bajo ningún concepto una pensión extraída del sistema de Seguridad Social.

Lo que se quiere poner de manifiesto es que, así como resultan criticables las medidas de infraprotección de la Seguridad Social que todavía, hay que decirlo, son muchas, tampoco resultan aceptables mecanismos de sobreprotección que se sustentan realmente en una quiebra del principio elemental de redistribución interna de los medios financieros de la Seguridad Social, en favor de aquellos beneficiarios más necesitados. La Seguridad Social no puede ser concebida como un ente asegurador de determinados “*riesgos*” (con toda su significación se utiliza este término) a cambio de una especie de “*prima*” que constituirían las cotizaciones aportadas por cada trabajador a lo largo de su vida profesional, por lo que conllevarían, en sí incorporado, el derecho al devengo automático de una prestación que habrá de concederse cuando el riesgo acaezca.

Si el modelo constitucional de Seguridad Social impone, inevitablemente, el atendimiento de “*situaciones de necesidad*”, a las que expresamente alude el art. 41 CE, no se entiende por qué la pensión de viudedad no está condicionada, como cualquier otra prestación social, a la existencia y, por tanto, a la acreditación de tal situación. Los esquemas contributivos no son, precisamente, los más adecuados para interpretar el contenido y alcance de lo que debe ser el sistema español de Seguridad Social. Todo lo contrario, el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos conduce, inevitablemente, hacia una obligada tendencia hacia la asistencialidad del

modelo (9), que mal se entiende con la concepción de una protección automática ante estados de viudedad, sin tomar en consideración la verificación o no de un estado de necesidad representado por una real situación de dependencia del causante desde el punto de vista económico. Es esta una cuestión que debe ser replanteada y resuelta sobre la base de su adecuación a los principios y a la garantía institucional que en torno a la Seguridad Social encierra el precepto contenido en el art. 41, pese a contar con estos precedentes de la jurisprudencia constitucional.

Como a lo anterior se une que la inexistencia de posterior matrimonio permite no sólo el nacimiento del derecho a la pensión, sino, además, la conservación del mismo —dado que la pensión consiste en una renta vitalicia— aparece con muchísima frecuencia el efecto nada sorprendente de la existencia de parejas o uniones de hecho en las que uno de sus miembros (o ambos) están percibiendo una pensión de viudedad en virtud de matrimonio anterior y, como efecto añadido también, se niegan a contraer nuevo matrimonio porque, en tal caso, perdería (o perderían ambos) dicha pensión.

Obsérvese, por tanto, que la pensión de viudedad así configurada aboca, irremediablemente, a determinados ciudadanos a convivir de hecho, mientras “se valen” económicamente de una pensión originada por un matrimonio que ya no existe por causa de muerte, pero cuando la vida ya la han “rehecho” con otra pareja, con la que, incluso, pueden llevar conviviendo muchísimos años. Como quiera que el legislador ha venido negándose a reconocer virtualidad alguna en el plano de la protección social a las uniones de hecho, a efectos de generar derecho a una pensión de viudedad, se han originado estas situaciones verdaderamente absurdas y rocambolescas con el fin de acceder a una pensión de viudedad o conservarla, no contrayendo nuevo matrimonio, pero sí conviviendo con otra persona. En esa tesitura resulta, cuando menos, reprochable la actitud del legislador largamente sostenida de no reconocer derechos de protección ante la muerte y supervivencia y, en concreto, ante estados de viudedad a partir de la existencia de una unión de hecho.

Si a todo lo anteriormente dicho se une que la existencia de más de un cónyuge en casos de divorcio o nulidad puede determinar que el ex

(9) L. E. DE LA VILLA GIL, “Reforma de la Seguridad Social y Estado del Bienestar en España”, en AA. VV., *Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales. Estudios en homenaje a Juan Antonio Linares Lorente*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp. 357 y ss.

cónyuge no tenga ningún tipo de necesidad económica de la pensión de viudedad y, en cambio, el cónyuge viudo realmente dependa totalmente, o en parte, del sujeto causante y, por la existencia de más de un cónyuge, se vea obligado a "compartir" la pensión de viudedad y ver minorada la cuantía de la misma (situación que, por supuesto, también puede aparecer en sentido inverso), se comprende la necesidad de revisar por completo el fundamento y, por lo mismo, los requisitos de acceso a la pensión.

En definitiva, pues, que estamos ante una cuestión relativa en estos momentos al desarrollo legislativo de lo que el marco constitucional de Seguridad Social permite, en cuanto que es el propio legislador (y de esta posibilidad ha dejado constancia manifiesta el TC) el que cuenta con "un amplio margen de apreciación" para adaptar las prestaciones a las necesidades económicas y sociales de cada momento, tomando en consideración las circunstancias, disponibilidades financieras y necesidades de los distintos grupos sociales (STS 65/1987).

2. La ligazón con el vínculo matrimonial y la convivencia con el causante: dos requisitos de escindida aplicación

Al igual que el anterior, estos requisitos exigibles al cónyuge supérstite han sido objeto de transformaciones y de modificaciones legislativas, con la finalidad de abarcar situaciones nuevas, producidas, particularmente, al amparo del nuevo marco jurídico de relaciones personales y familiares que la Constitución de 1978 ampara.

El transcurso del tiempo ha provocado una oscilación en la exigencia de requisitos referidos a la persona del causahabiente para poder convertirse en beneficiario de la pensión de viudedad, que se inician con la tradicional regla de la existencia de "vínculo matrimonial" al que se unía la necesaria "convivencia habitual" con el fallecido. Este es el modelo acuñado en la Ley de Seguridad Social de 1966 (Texto articulado, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, BOE del 22) y que será objeto de desarrollo mediante la OM de 13 de febrero de 1967 (BOE de 23 de febrero), por la que se establecen las normas de desarrollo en materia de prestaciones por muerte y supervivencia.

En un segundo momento, se va a producir una importante alteración, al permitir que aun cuando la relación de unión lo sea por la existencia de vínculo matrimonial, sin embargo, no resulta indispensable la obligación de convivencia entre ambos cónyuges en el momento del hecho causante. Esta situación se corresponde con la entrada en vigor

de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE de 20 de julio), la cual sigue exigiendo que el vínculo entre causante y beneficiario de la pensión lo sea por medio de matrimonio, pero hace desaparecer la obligación de convivencia entre ellos en el momento de la muerte (Disp. Adicional 10.^a, regla 3.^a). El cambio originado propicia la dulcificación del requisito de la convivencia dentro del matrimonio y, exactamente, la convivencia entre ambos cónyuges en el momento mismo en que se produzca la muerte de uno de ellos.

El cambio es notable, pues con anterioridad constituía un elemento imprescindible para llegar a obtener la condición de beneficiario de la pensión no sólo el estar unido al fallecido mediante matrimonio (única forma de cohabitación permitida dentro del marco jurídico correspondiente al período preconstitucional), sino y, además, la convivencia con el mismo hasta llegado el momento de la muerte. La exigencia simultánea de ambos requisitos determinaba la pérdida del derecho a la pensión de viudedad cuando, pese a existir matrimonio, la convivencia se había interrumpido por cualquier motivo (lo cual resultaba verdaderamente criticable ante casos en que la convivencia se rompía, lisa y llanamente, por resultar imposible debido al trato entre ambos cónyuges). La rigidez de este esquema de concepción de la familia llegó a provocar efectos tan perturbadores como para obligar a nuestros Tribunales laborales a hacer esfuerzos, que podrían calificarse de titánicos, para reconocer la condición de beneficiario de la pensión en supuestos en que no existía convivencia matrimonial ante circunstancias matrimoniales verdaderamente graves (10), admitiéndose, incluso, algunos supuestos de separación de hecho si la viuda dependía económicamente del causante y de separación física ocasional derivada de razones de trabajo o de salud (11).

No quiere decirse con ello tampoco que el requisito de la convivencia desaparezca por completo en la Ley 30/1981, sino que recibe un nuevo tratamiento y se le da otra dimensión, permitiendo que, según el período de convivencia con el causante, pueda aparecer más de un beneficiario de la pensión de viudedad, previsión legal que, obvia-

(10) *Vid.*, en particular, las SSTCT de 12 de noviembre de 1977 (Ar. 5514), ante un caso de alcoholismo del marido, y de 3 de diciembre de 1979 (Ar. 6836), ante la existencia de malos tratos también por parte del marido.

(11) STS de 18 de octubre de 1972 (Ar. 4971), y STS de 4 de diciembre de 1972 (Ar. 5514).

mente, conecta con el reconocimiento del divorcio como forma de extinguir el matrimonio y que habilita para contraer nuevas nupcias. Esta solución era anteriormente impensable e imposible jurídicamente, por cuanto no existía la posibilidad de disolución del matrimonio.

A partir de ahí, no se exige que el cónyuge causahabiente conviva habitualmente con el causante en el momento del fallecimiento, tal como ocurría bajo la aplicación del antiguo art. 160.1.a) de la Ley General de Seguridad Social, según redacción dada por el Decreto 2065/1974, después de que “una norma de rango ínfimo” (12), como lo fue la Resolución de 23 de junio de 1989 (BOE de 1 de julio), estableciera que la pensión de viudedad se reconocería (a partir del 2 de julio de aquel mismo año) “sin exigir en ningún caso... la convivencia... del apartado a), número 1, del artículo 160 LSS”, con todo el ropaje de ilegalidad que acompañaba a tal disposición, la cual parece responder, antes que nada, a la premura por dar soporte a ciertas situaciones ante las que ya abundante jurisprudencia matizaba o excluía el requisito de la convivencia habitual con el causante (13).

El actual Texto Refundido de la LGSS, en su art. 174.1, sólo condiciona el nacimiento del derecho a la pensión de viudedad a la existencia de un requisito exigible únicamente al causante: el cumplimiento de un determinado período de cotización con anterioridad al hecho causante, constituido, en este caso, por la muerte, siempre que el mismo se encontrara en situación de alta o situación asimilada. A su vez, este precepto ha sufrido la modificación introducida por la Ley 66/1997, de 23 de diciembre (BOE del 31), de acompañamiento de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, mediante la cual también es posible el acceso a la pensión por el cónyuge, aunque el causante no se encontrara en alta o situación asimilada en el momento del fallecimiento, siempre y cuando tuviera una cotización de, al menos, veintidós años.

Por consiguiente, ha desaparecido en la regla general de definición de los requisitos para acceder a la pensión de viudedad toda referencia a la convivencia con el fallecido. En cambio, sí se continúa conservando la existencia de vínculo matrimonial anterior para causar derecho a la misma ya que la Ley cita como posible beneficiario al “cónyuge superviviente”.

(12) M. ALONSO OLEA Y J. L. TORTUERO PLAZA, *op. cit.*, p. 129.

(13) *Vid.*, entre otras y a mayor abundamiento, las SSTs de 9 de junio de 1969 (Ar. 3119), 4 de marzo de 1974 (Ar. 1041) y SSTCT de 2 de octubre de 1978 (Ar. 4925) y 18 de diciembre de 1979 (Ar. 7200).

Ocurre, sin embargo, que la Disp. Adicional 10.^a de la Ley 30/1981, reconoció el derecho a la pensión de viudedad en favor de *"quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha"*, dando entrada así, por vez primera en nuestro ordenamiento a una pensión de viudedad originada a partir de una unión de hecho y sin exigir vínculo matrimonial alguno. Pero aquel reconocimiento se produjo con la finalidad de dar respuesta a situaciones transitorias a las que afectó la legislación preconstitucional (impeditiva de tal derecho porque, entre otras cosas, también prohibía la disolución del vínculo matrimonial mediante divorcio, supuesto al que debe asimilarse el de nulidad matrimonial) (14), y a las que la propia Ley 30/81 pretende dar un trato distinto (de protección), de acuerdo con la esfera de libertad que la Constitución de 1978 establece, contribuyendo así a resolver el problema de aquellos que no podían volver a contraer matrimonio por hallarse previamente casados.

Es evidente que aquella regla forzosamente tenía un marcado carácter temporal y extraordinario con el que se venía a indicar la voluntad explícita del legislador de poner remedio a situaciones pasadas, pero no de extenderse, con voluntad de continuidad a situaciones presentes y futuras (SSTC 29/1992 y 39/1998), por lo que se asiste a un período de tiempo en que, por medio de la pensión de viudedad se ofrece protección social al cónyuge superviviente de uniones de hecho, pero sólo ante la *"imposibilidad de haber contraído matrimonio como consecuencia de la normativa vigente con anterioridad a la reforma, en la que el divorcio era inexistente"* (STC 260/1988) (15).

3. Cuantía de la pensión de viudedad y tiempo de convivencia: el complejo y discutible criterio de la proporcionalidad.

Uno de los problemas más importantes que generó el marco legal establecido a partir de la Ley 30/1981 fue, precisamente, la determina-

(14) Asimilación que se estableció mediante Resolución de 3 de abril de 1995, de la Dirección General de Régimen Jurídico y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social (BOE de 10 de abril), por analogía con el art. 174.1 LGSS. Con anterioridad, algunos Tribunales de lo Social se negaron a poner en práctica, por vía analógica, tal asimilación, *vid.*, entre otras, la STSJ del País Vasco de 27 de enero de 1995, (Ar. 121). En cambio, *cfr.* la STSJ de Madrid, de 27 de marzo del mismo año (Ar. 1303), que sí efectúa la correspondiente interpretación analógica extensiva a los supuestos de nulidad.

(15) Admitiendo ese carácter provisional, el propio TC entendió, en su momento, que cabía hablar de una pensión de viudedad *"ordinaria"*, establecida con carácter

ción de la cuantía de la pensión de viudedad, en la medida en que la regla 3.^a de la Disp. Adic. 10.^a de dicha Ley (hoy integrada en el art. 174.2 LGSS) permite que varias personas puedan ostentar la condición de "cónyuge legítimo", al referirse al ámbito subjetivo de la pensión de viudedad, pero siempre anudando tal condición a que hubieran convivido en algún momento con el causante mediante matrimonio.

Como ocurre siempre en estos casos, los Tribunales de lo Social afrontaron como buenamente pudieron las múltiples dudas que aquella regla desde un principio suscitó: "En los supuestos de separación y divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio". En el largo iter jurisprudencial originado por causa de esta imprecisa regulación, destaca especialmente el pronunciamiento vertido por el TS en su S. de 21 de marzo de 1995 (Ar. 2171) que, además, supuso un giro importante respecto de la doctrina anteriormente sentada sobre el delicado tema del "reparto" de la pensión ante la existencia de un ex cónyuge y de un cónyuge supérstite con un largo período de convivencia (22 años en el caso de Autos, pero sólo cuatro de matrimonio).

La doctrina científica, por su parte, también realizó esfuerzos notables por buscar soluciones razonables a la exigencia de proporcionalidad en la distribución de la pensión de viudedad (16) y que, en parte, se van a ver reflejados en el fallo de la citada sentencia, en la cual, pese a la existencia de dos votos particulares, no queda empañado, sino todo lo contrario, el contenido final del veredicto: los derechos a la pensión de viudedad del ex cónyuge y del cónyuge viudo tienen un fundamento y una legitimación completamente distintos. El derecho que corresponde al cónyuge viudo emana de la propia LGSS, por lo que, en principio, ese es un derecho pleno. En cambio, el cónyuge divorciado dispone de un derecho cuyo origen legal se encuentra directamente en la Ley 30/1981 y que, con posterioridad, se introduce en la LGSS, pero al que, en principio, esta Ley no se refería. Por consiguiente, el alcance del derecho a la pensión de viudedad del ex cónyuge es exactamente aquel que la Ley 30/1981 le dio: el correspon-

general en el, entonces, art. 160 LGSS y de una pensión "extraordinaria", derivada de lo previsto en la Disp. Adic. Décima de la Ley 30/1981, STC 177/1985.

(16) Por todos, J. M.^a GOERLICH PESET, *La protección por viudedad en los supuestos de separación y divorcio. Análisis jurisprudencial de la Disposición Adicional 10.^a de la Ley de Divorcio*, RR.LL., 1988, T. II, pp. 492 y ss.

diente al tiempo de convivencia matrimonial que mantuvo con el causante fallecido.

El criterio de la proporcionalidad sólo es válido en relación con el ex cónyuge y no, con respecto al cónyuge viudo, hasta el punto de que si no hubiera concurrencia de varios viudos, el derecho del cónyuge superviviente sería totalmente pleno, con independencia de cual haya sido el tiempo de convivencia (17).

Quizá uno de los aspectos más llamativos y más interesantes para lo que luego se dirá sobre las uniones de hecho, lo constituye la aceptación por parte del TS de la famosa adjudicación de los "restos" (18), en relación con aquellos períodos en que el causante mantuvo una relación de hecho, sin existencia de vínculo matrimonial. En la Sentencia de referencia, esos "restos", en la contabilización de los períodos de convivencia entre ambos cónyuges se atribuyen al segundo de ellos, en la medida en que, con anterioridad al divorcio y posterior matrimonio estuvo conviviendo con el cónyuge viudo. Hasta entonces una, a mi entender, rígida interpretación de un precepto legal poco claro en este sentido, como es el que aquí se comenta, condujo sistemáticamente al TS a contabilizar única y exclusivamente períodos de convivencia estrictamente matrimonial, por lo que si el segundo matrimonio estuvo precedido de una convivencia de hecho quedaba excluido dicho período respecto del cómputo de la duración del matrimonio posterior y, en mi opinión, de forma completamente equivocada se computaba en el período de convivencia matrimonial anterior.

Incurría así el TS en una visión casi aritmética de la relación entre el individuo y distintas parejas partiendo de la existencia de un esquema preestablecido, según el cual, debe secuenciarse: matrimonio, más divorcio, más, acto seguido, nuevo matrimonio, cuando en la realidad es completamente frecuente que al inicio del matrimonio preceda un período de convivencia con el que será nuevo cónyuge en el que la relación con el anterior ya no existe.

La nueva versión del art. 174.2 del TRLGSS establece que para los supuestos de separación o divorcio *"el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea (refiriéndose a casos de separación) y haya sido cónyuge legítimo (para casos de divorcio) en cuantía proporcional al*

(17) Vid. los interesantes comentarios que sobre el contenido de esta Sentencia efectúa M.RODRIGUEZ-PIÑERO, *Pensión de viudedad y divorcio*, RR.LL., 1995, n.º 11, pp. 6 a 10.

(18) J. M.º GOERLICH PESET, *La protección por viudedad en los supuestos de separación y divorcio...*, op. cit., pp. 501 y ss.

tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio”, complementándose esta regla con otra relativa sólo al divorcio, en cuyo caso, se exige no haber contraído nuevas nupcias (art. 174.3).

Del marco normativo en la actualidad existente a partir de lo dispuesto en el reformado art. 174 TRLGSS se infiere que las situaciones objeto de protección quedan delimitadas de la forma siguiente:

Regla primera: el cónyuge viudo unido por vínculo matrimonial con el causante tendrá derecho al importe íntegro de la pensión reconocida.

Regla segunda: el cónyuge viudo, separado del causante (con quien aún conserva el vínculo matrimonial) dispone del derecho a la pensión de viudedad en cuantía proporcional al tiempo de convivencia con el causante.

Regla tercera: el ex cónyuge, divorciado del causante (sin que haya contraído nuevo matrimonio) tiene derecho a la pensión de viudedad en cuantía proporcional al tiempo de convivencia con el causante.

Las anteriores reglas que permiten la distribución de la pensión de viudedad en casos donde sobreviva además del cónyuge viudo, otro u otros ex cónyuges, obligan a concluir que la pensión de viudedad en su importe total sólo se concede cuando se mantiene el vínculo matrimonial y existe un único cónyuge viudo y no ha habido proceso de separación o divorcio (19). La Ley, obsérvese este dato, no exige que en tales casos exista convivencia efectiva con el causante.

Ante este soporte legal delimitador del ámbito en el cual nuestro sistema de Seguridad Social ofrece protección ante el estado de viudedad se suscitan algunas dudas en torno a si, en el momento actual, constituye el marco más adecuado de protección y, sobre todo y lo que resulta verdaderamente importante, si ese marco de protección resulta ajustado y respetuoso con las posibilidades que brinda el texto constitucional, reconocidas, como ya se dijo, por el propio Tribunal Constitucional.

Es preciso aceptar que la disolución del vínculo matrimonial trae inevitablemente consigo la desaparición de todo efecto jurídico derivado de una relación que ha dejado de existir, *“no poniendo en peor situación a quien se casa con una persona divorciada que a quien se casa con*

(19) No es posible colocar en la misma posición al cónyuge separado (concediéndole la integridad de la cuantía de la pensión, aunque el causante no haya contraído nuevo matrimonio) respecto al cónyuge no separado, al que sí le corresponde la cuantía total, STSJ de Asturias de 30 de abril de 1998, Ar. 931.

una persona soltera" (20). No puede aceptarse la concepción que permite colocar en posición de igualdad al cónyuge viudo respecto de ex cónyuges existentes de matrimonios anteriores. La regla de la distribución o proporcionalidad de la pensión de viudedad es una regla referida exclusivamente al ex cónyuge que puede sobrevivir al causante a partir de un matrimonio ya disuelto que se establece en un momento determinado y ante unas circunstancias específicas (21). Dicha regla tiene una evidente finalidad protectora, máxime teniendo en cuenta que existen situaciones en las que la falta de recursos económicos propios puede continuar generando en el tiempo una evidente dependencia económica con el causante, dependencia que se vuelve absolutamente crítica cuando éste ha contraído posterior matrimonio.

Pero sobre este delicado aspecto, la dependencia económica del que en su momento fue cónyuge, pero ha dejado de serlo por divorcio, habría que replantear el marco adecuado en que el sistema de Seguridad Social debe dar una protección digna a estos ciudadanos.

La finalidad de la pensión de viudedad es ofrecer un nivel de cobertura económica a la unidad familiar que ve disminuidos sus ingresos, precisamente, a causa de la muerte de uno de los cónyuges y que, por consiguiente, genera en la misma una situación de necesidad. De alguna manera, su finalidad es recuperadora de aquel nivel, en la medida en que, como se sabe, no es incompatible con la realización de trabajo por el cónyuge sobreviviente, ni con la existencia en la unidad familiar de otros ingresos provenientes de rentas ajenas al trabajo. Si el matrimonio inicial ya ha quedado disuelto (nulidad, divorcio) resulta a todas luces forzado seguir encadenando la pensión de viudedad con un vínculo jurídico que ya no existe (en ocasiones, como en el caso de la citada STS de 21 de marzo de 1995, la disolución del matrimonio del que se sigue deduciendo el derecho a la pensión de viudedad puede superar los veinte años). Si se traen aquí supuestos tan extremos es, precisamente, para poner de manifiesto lo absurdo que resulta pretender mantener de forma permanente una regla que, en su día, estableció el legislador (la distribución de la pensión de viudedad entre más de un cónyuge sobreviviente al causante) con el objeto específico de,

(20) M. RODRIGUEZ-PIÑERO, *Pensión de viudedad y divorcio*, op. cit., p. 9.

(21) Es evidente que las reglas contenidas en la citada Disp. Adic. Décima de la Ley 30/1981 "tienen un carácter temporal o provisional en tanto en la legislación de la Seguridad Social no se (dicten) normas jurídicas que (fijen) los supuestos de viudedad que surgen con la nueva regulación sustantiva de las causas de disolución del matrimonio", STSJ de Asturias de 30 de abril de 1998, Ar. 931. En igual sentido, unificando doctrina contradictoria, se pronunció el TS en la S. de 14 de abril de 1994, Ar. 3238.

en un momento dado, ofrecer protección a situaciones que, verdaderamente, hubieran quedado desamparadas porque la legislación anterior a la Constitución exigía simultáneamente la existencia de vínculo matrimonial y de convivencia habitual con el fallecido.

Pero tales exigencias, por sí mismas, no bastarían para justificar la decisión del legislador. El impedimento del reconocimiento de cualquier efecto jurídico a las uniones que de hecho se produjeron en aquella época y que el legislador presumió que eran tales uniones, sencillamente, por no existir la posibilidad de divorcio respecto del matrimonio inicial fue, sin duda, un elemento decisivo en la configuración de la medida de protección que se incorporó a la regla 3.^a de la Disposición Adicional de la Ley 30/1981. En un afán superador de las dificultades que tales situaciones planteaban y por darles el amparo que la Constitución de 1978 imponía, el legislador decide tomar en consideración dichas circunstancias para darles, aunque fuera limitadamente, acceso a ciertos derechos en materia de Seguridad Social, de acuerdo con el deber que a los poderes públicos asigna el art. 41 CE: concretamente, acceso a la pensión de viudedad de la que, en otro caso, toda la población que en el período preconstitucional se encontraba en dichas circunstancias, tendría totalmente vedado.

Cuando ha transcurrido ya mucho tiempo, es preciso aplaudir aquella medida que se inserta en un momento histórico en que nuestro país es objeto de múltiples cambios, entre otros y muy significativamente, en el ámbito de las relaciones de trabajo, donde el ingreso generalizado de la mujer al mundo del trabajo, conlleva la exigencia constitucionalmente avalada de impedir discriminaciones por razón de sexo (art. 35.1 CE). De contar con un modelo de relaciones laborales en el que la mujer tiene escasa o casi nula presencia, se asiste, por aquel entonces, al inicio del desarrollo del modelo diseñado en la Constitución, en el cual, entre otros muchos factores de interés, habría que destacar la progresiva, e imparable ya, incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Esta circunstancia también fue tomada en cuenta por el legislador a sabiendas de que muchísimas viudas, mujeres que bajo el régimen jurídico laboral correspondiente al período franquista no tuvieron acceso al trabajo fuera del hogar familiar no generarían dentro del sistema de Seguridad Social derecho a ninguna pensión que no fuera la de viudedad (22). La falta o insuficiencia de cotización de

(22) Con anterioridad —hace ya casi treinta años— se advirtió de las importantes consecuencias que esta circunstancia habría de provocar en los sistemas de Seguridad Social “... los regímenes de Seguridad Social en vigor han sido concebidos y se han desarrollado

aquella población a lo largo de su vida iba a provocar la exclusión de cualquier tipo de pensión de jubilación, con lo cual, la pensión de viudedad anudada a un matrimonio anteriormente existente constituía la única vía de salida para evitar dejar desprotegido a dicho grupo social.

Sin embargo, en la actualidad, tras los veinte años que lleva ya de desarrollo nuestra Constitución, con la progresiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, la progresiva también mayor equiparación entre sexos desde el punto de vista económico y, especialmente, el mayor grado de aceptación social de esa igualdad, la vía que resulta más adecuada para proteger a los ex cónyuges tras un proceso de separación o divorcio cuando, previamente, se encontraban en un estado de dependencia económica del causante, debe buscarla el sistema de Seguridad Social mediante otros mecanismos jurídicos que, a su vez, respondan a otro planteamiento respecto de lo que es el fundamento y razón de ser de la pensión de viudedad.

Que tales ciudadanos merecen atención y atendimiento por el sistema, es una cuestión de la que aquí ni se plantea duda alguna. Ahora bien, que la protección del ex cónyuge se vincule a la tradicional pensión de viudedad supone seguir arrastrando en el tiempo unos efectos jurídicos que derivan de una relación matrimonial ya disuelta y, por ello, inexistente, lo cual no resulta ni coherente ni lógico. Podría pensarse que, articulada legislativamente esta propuesta, conduciría a elevar el grado de temor que representa en cualquier matrimonio el divorcio (o la nulidad matrimonial), pues a todas las consecuencias que jurídicamente lleva consigo, habría que sumarle, además, la pérdida en el futuro de cualquier derecho a pensión de viudedad. Sin embargo, ese temor carece de fundamento alguno, pues cuando se disuelve el vínculo matrimonial debe serlo a todos los efectos ante el ordenamiento jurídico (habría que traer aquí a colación la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional que, aunque referida a otras cuestiones, admite como principio interpretativo e informador del Derecho que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir,

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", P. LAROQUE, Los derechos de la mujer y las pensiones de las viudas, RIT, 1972, vol. 86, p. 1. En el mismo sentido en nuestro país, T. PEREZ DEL RIO, El principio de igualdad en la Seguridad Social: no discriminación por razón de sexo, RT, 1983, n.º 71, pp. 16 y ss.

al mismo tiempo, en función de cuál sea la sede en que se planteen) (23) y, del mismo modo que el legislador se ha ocupado de extender la convicción de la inexistencia de efectos jurídicos tras el divorcio en otros ámbitos de lo que fue la relación matrimonial, no debe inducir a la creencia de que es posible, sin embargo, conservar un derecho al devengo de prestaciones sociales que en el futuro puedan originarse y a las que se pueda acceder cuando, finalmente, fallezca el individuo del que, precisamente, se ha producido el divorcio.

La protección por parte del sistema de Seguridad Social de aquellos individuos que tienen la condición de ex cónyuges respecto de un matrimonio anteriormente existente, debe articularse bajo esquemas de protección en cuanto "*ciudadanos*" y no en su condición de "*ex cónyuges*". Bajo esa concepción, entre otras cosas, la protección adquiere caracteres de "*derecho propio*" del individuo y no aparece teñida de esa especie de "*derecho impropio*" o "*derecho derivado*" como rémora del pasado que es lo que, realmente, supone vincular el atendimiento de un estado de necesidad a un matrimonio que ha dejado de existir.

En consecuencia, la pensión de viudedad tendría por beneficiario, precisamente, al cónyuge viudo, que es el destinatario natural de la misma. Y, por lo que se refiere al o los ex cónyuges obtendrían el acceso a la acción protectora del sistema en cuanto ciudadanos que presentan un estado de necesidad y que, en cuanto tal, es susceptible de ser atendido. En este orden de cosas, la Ley de Pensiones no contributivas de 1990, hoy integrada en el Texto Refundido de la LGSS, vino a cubrir un espacio hasta entonces desprotegido y del que no se ocupaba el sistema, como es el de aquellas personas que ante estados de invalidez, jubilación y atendimiento de hijos no han cotizado, o no lo han hecho de manera suficiente, para acceder a las prestaciones que por dichas contingencias se venían concediendo. Esta pudiera ser una vía de protección, subordinada a la acreditación de una situación de necesidad económica, de acuerdo con las condiciones actualmente establecidas en los arts. 144 y 167 de dicha Ley. Situación de necesidad que, insisto, debe funcionar también como requisito imprescindible para el acceso a la pensión por parte del viudo y que el legislador podrá determinar en qué términos ha de entenderse y constatarse.

En este sentido, hay que contemplar igualmente las situaciones delicadas desde el punto de vista económico de ex cónyuges que, pese al divorcio, han continuado dependiendo económicamente del cau-

(23) "*... es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado...*", STC 77/1983, de 3 de octubre.

sante, por lo que, tras el fallecimiento de éste, la pensión de viudedad se presenta como indispensable medida de protección que adquiere caracteres de mínimo existencial. Ahora bien, no debe olvidarse tampoco en este punto que si la cuantía es, como hasta ahora se ha venido haciendo, proporcional al tiempo de la convivencia y si, además, estamos ante una pensión cuya cuantía íntegra la constituye el 45 por 100 de la Base Reguladora del sujeto causante, porcentaje que, a su vez, debe distribuirse entre dos o más cónyuges cuando sobreviven a aquél, es evidente que estamos en presencia de pensiones que, aún contabilizando el tope máximo de cuantía de la pensión que actualmente se concede por jubilación (suponiendo que el causante haya tenido una vida laboral activa bastante extensa y de niveles retributivos elevados), la cantidad que finalmente se percibe en concepto de viudedad por cada uno de los cónyuges supervivientes no resulta nada elevada y, en la mayoría de los casos, bastante escasa.

Ante esa tesitura, no se comprende bien por qué no es posible articular, a través de las pensiones no contributivas, un supuesto específico que contemple estos estados de necesidad mediante la incorporación de aquellos requisitos que el legislador estime convenientes a fin de justificar dicho estado (pensión alimenticia recibida tras el divorcio, compatibilidad con un determinado nivel de rentas provenientes del trabajo o de otras pensiones pero cuya cuantía se estima insuficiente y permite, por tanto, el acceso a la vía no contributiva, etc.). Se trataría de incorporar dicho supuesto, la muerte de ex cónyuge del que se depende económicamente, añadiendo una contingencia más a las ya incluidas (vejez, invalidez, prestaciones familiares por hijo a cargo) dentro de la protección social en su modalidad no contributiva (24).

(24) Téngase en cuenta que la Ley 24/1997, sin decirlo expresamente, ha creado un nuevo supuesto de pensión no contributiva dentro de la contingencia de muerte y, en concreto, sobre viudedad, ya que al querer garantizar la suficiencia de la prestación en el caso de beneficiarios menores de sesenta años, con la igualación de la pensión mínima de dicho tramo al de entre sesenta y sesenta y cuatro años (lo que se ejecutará progresivamente en un plazo de tres años), "se convierte a esta concreta pensión mínima en una pensión no contributiva", con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. *Vid.* los comentarios a las innovaciones producidas por esta Ley en J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, *Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, y 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998*, RR.LL., 1998, n.º 6, pp. 11 y ss. La cita en p. 29.

III. UNIONES EXTRAMATRIMONIALES Y PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ACCESO A LA PENSION DE VIUDEDAD

Lo hasta aquí expuesto conduce a la convicción de la necesidad de descender a la reflexión sobre una cuestión que, paralelamente ha ido emergiendo en nuestra realidad social y cuyo encaje jurídico ha resultado muy problemático: las uniones de hecho o uniones de carácter extramatrimonial. Ha sido preciso establecer criterios jurisprudenciales de adecuación a la Constitución, así como de unificación de criterios de interpretación de la normativa de Seguridad Social e, igualmente, ha sido y sigue siendo necesaria la intervención legislativa respecto al alcance con que el Derecho admite tales uniones y los efectos jurídicos que de las mismas derivan.

Como trasfondo en la resolución de esta cuestión se encuentra la cobertura o el grado de cobertura que la Constitución española ofrece a las uniones de hecho, lo que, sin duda, requiere una reflexión sobre el alcance del principio de igualdad (art. 14) aplicado a las uniones matrimoniales y extramatrimoniales, en conexión con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, catalogado como fundamento del orden político y la paz social (art. 10) y en estrecha vinculación con la protección de la familia que se impone como deber y principio rector de la actuación de los poderes públicos (art. 39).

En lo que al ámbito estricto de la protección social se refiere, tempranamente se manifestó el TC sobre esta cuestión en la ya citada STC 184/1990, entendiendo que no es posible la aplicación analógica del anterior art. 160.1.a) LGSS (actual art. 174.2 TRLGSS) a los supuestos de uniones de hecho, a efectos de reconocer el derecho a una pensión de viudedad en unión familiar no conyugal (de cuarenta años de duración en el caso de Autos), sencillamente, porque no es posible considerarlas respecto al matrimonio como realidades sociales equivalentes, consolidando así pronunciamientos anteriormente vertidos en AATC 156/1987, 788/1987, y AATC 1021 y 1022/1988. Y no sólo se limita a decir eso la sentencia, sino que, además, en ella hay ya una posición definida del Tribunal sobre el nivel de cobertura que a tales uniones ofrece la Constitución, estimando que *"la unión de hecho more uxorio no es una institución que se garantice jurídicamente ni tampoco hay un derecho constitucional que se refiera expresamente a su establecimiento, lo cual comporta que el vínculo matrimonial genera ope legis en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se tienen que producir de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable, no basada en el matrimonio, siendo... posible*

que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca consecuencias diferentes" (F. J. 3.º), doctrina que reproducirá el TC con posterioridad, por ejemplo, en la STC 66/1994 y que encontrará amplio eco en la unificación de criterios de doctrina jurisprudencial efectuada por el TS (25).

La sentencia 184/1990 termina por concluir que en relación con la pensión de viudedad, las diferencias de trato entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que ningún obstáculo les impida contraer matrimonio "no es arbitraria o carente de fundamento" (F. J. 3.º). Los comentarios a esta inicial concepción del lugar que ocupan las uniones extramatrimoniales en la Constitución no se hicieron esperar (26), para criticar una interpretación tan restrictiva del alcance con que nuestra Constitución permite seleccionar el estado civil y, en particular, para manifestar la disconformidad con que, por razón del estado civil, resulten admisibles estas diferencias de trato.

Hay que hacer constar, igualmente, que la propia STC 184/1990, hace una llamada al legislador, bien que en el sentido de admitir que la opción legal establecida a favor del matrimonio, encuentra soporte constitucional, pero no es menos cierto, que esa llamada al legislador se hace desde el TC advirtiendo que podría ser otra la opción legislativa y otro el desarrollo legal, susceptible de hallar cobertura en el marco constitucional existente. En efecto y de forma expresa, el TC reconoce que "el legislador podría extender a las uniones estables de hecho,

(25) Por todas, STS de 29 de junio de 1992, Ar. 4688, en la que se manifiesta con rotundidad que "quienes han elegido libremente no asumir los deberes conyugales, procurando excluir la vinculación jurídica de ayuda mutua a que tales deberes están orientados, no tienen el mismo derecho a protección social pública en caso de fallecimiento de la pareja que quienes han constituido mediante el matrimonio una agrupación familiar reforzada para la atención de las necesidades, económicas y no económicas, de sus miembros" (F. Quinto). Vid. los comentarios que a esta sentencia efectúan A. V. SEMPERE NAVARRO y R. GARCIA LOPEZ, *Jurisprudencia Social. Unificación de doctrina (1991-1992)*, Pamplona, Aranzadi, 1993, pp. 318 y ss.

(26) Vid., entre otros, M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia Constitucional de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, T. VIII, Ref. 511. Del mismo autor, *Familia, matrimonio y pensión de viudedad (Comentario a la STC 184/1990, de 15-XI)*, REDT, 1991, n.º 46, pp. 312 y ss. F. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ y C. VIQUEIRA PEREZ, *Uniones de hecho y pensión de viudedad*, RR.LL., 1991, T. I, pp. 344 a 356. Y. SANCHEZ-URAN AZAÑA, *Seguridad Social y Constitución*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 94 y ss. L. BLANCO PEREZ-RUBIO, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid, Trivium, 1992. J. M. GONZALEZ-PORRAS, *Uniones de hecho y pensiones de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1992. J. MORENO, A. M.ª ROMERO y A. PARDELL, *La protección social del miembro superviviente en las uniones de hecho: la pensión de viudedad*, RR.LL., 1997, T.I, pp. 536 y ss., especialmente, pp. 545-546.

al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad”, poniendo de manifiesto que tal extensión “en modo alguno resulta velada por el artículo 14 de la Constitución” (F. J. 3.º).

Ya en otras ocasiones había dejado constancia del amplio margen de libertad de que dispone el legislador para configurar el sistema de Seguridad Social, a fin de mantener el régimen público de Seguridad Social a que se refiere el art. 41 CE (SSTC 65/1987, 134/1987 y 97/1990). Lo más importante de la Sentencia 184/1990, a mi modo de ver, consiste en adelantar ya que *“la opción de requerir la exigencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible, por lo que es legítimo propugnar que la actual pensión de viudedad se extienda por el legislador a las uniones estables de hecho” (F. J. 3.º).*

Conviene destacar aquí la importancia de los argumentos que en la sentencia de referencia justificaron los dos votos particulares formulados al contenido de la misma. En primer lugar, la idea que proporciona la comprensión del art. 41 CE (mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad), en relación con el art. 31.1 (derecho a contraer matrimonio) y con el art. 39.1 (deber de los poderes públicos de proteger a la familia), según la cual, la Constitución protege, *“no sólo a la familia como institución jurídica, sino también a la familia como realidad natural”* de lo cual se deduce que *“junto a la familia matrimonial, también han de merecer protección constitucional las denominadas ‘uniones conyugales de hecho’” (27)*. Avanzando más en el alcance que proporciona un correcto entendimiento del principio constitucional de igualdad, se señala, por otra parte, que no es un criterio objetivo y razonable que justifique un trato diferenciado en el acceso a la pensión de viudedad introducir como elemento, que no guarda relación alguna con la situación de necesidad en que queda el cónyuge sobreviviente, el de la preexistencia de vínculo matrimonial. El daño que pretende compensarse por la muerte de uno de los cónyuges *“se produce con independencia de que exista o no vínculo matrimonial”*. También en las uniones de hecho se origina el estado de necesidad a que se refiere el art. 41 CE y constituye, por tanto, una situación digna de tutela por el sistema de Seguridad

(27) Voto particular emitido por el Magistrado J. V. GIMENO SENDRA. Que la protección de la familia por los poderes públicos a que se refiere el art. 39.1 CE incluye no sólo a la familia fundada en matrimonio, sino también a la de origen no matrimonial es afirmación expresamente aceptada en las SSTC 222/1992 y 74/1997.

Social, lo que lleva a concluir que se “*produce, por tanto, una vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE, en relación con los mandatos del artículo 41 de la misma norma, al no haber una justificación razonable, sino opuesta a las previsiones constitucionales, de la diferencia de tratamiento*” (28).

La consecuencia más importante que arrastra la sentencia en sí es haber dejado constancia de la posibilidad que queda en manos del legislador, cual es que puede y podrá, en cualquier momento, estimar que las uniones de hecho deben ser objeto de protección ante el sistema de Seguridad Social en paridad de tratamiento con las uniones matrimoniales, si bien, sometiéndolas al cumplimiento de los requisitos y condiciones que se estimen oportunos.

Bien es cierto que la construcción del sistema de Seguridad Social es un mandato de configuración legal y, en tal sentido, la llamada al legislador entraría dentro del campo de actuaciones propio de la actividad legislativa encaminada a mejorar y desarrollar el sistema de protección social con que contamos. Sin embargo, el propio TC ha admitido expresamente que el art. 41 de la Constitución al obligar a los poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que ofrezca prestaciones suficientes en casos de necesidad, encierra una garantía institucional comprensiva de unos mínimos de protección irreductible ante el legislador ordinario (entre otras, SSTC 26/1987 y 76/1988) (29).

Pues bien, la admisión de esta diferencia en el grado de protección de la Seguridad Social ante determinados ciudadanos que optan por vivir con una pareja mediante unión extramatrimonial, en vez de hacerlo a través de una unión matrimonial, resulta completamente criticable, lisa y llanamente porque ni en la propia Constitución ni en la interpretación de los Convenios Internacionales suscritos al respecto, encontró el Tribunal Constitucional un elemento objetivo que permita “*excluir*” de la acción protectora a este conjunto de ciudadanos. La sentencia se limita a decir que no es inconstitucional que la pensión de viudedad se genere a partir del matrimonio, pero que una actuación

(28) Voto particular que formula el Magistrado L. LOPEZ GUERRA.

(29) Sobre el nivel de protección alcanzado por nuestro sistema de Seguridad Social en el marco de la garantía institucional que encierra el art. 41 de la Constitución, vid. M. ALVAREZ DE LA ROSA, *El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales*, RSS, 1982, n.º 15, pp. 77 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y S. GONZALEZ ORTEGA, *La configuración constitucional de la Seguridad Social como condición necesaria de su reforma*, en II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid, IEL, 1985, pp. 271 y ss.; y J. APARICIO TOVAR, *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 66 y ss.

del legislador bastaría para extenderla a familias no matrimoniales. Y no es exactamente la actuación del legislador la que debe y puede "salvar" ciertas situaciones de necesidad a fin de que queden realmente protegidas, sino que es el propio Tribunal Constitucional el que con su interpretación debió, o bien anular por completo el art. 160.1.a) de la entonces LGSS y Disp. Adicional Duodécima de la Ley 30/1981, por contrarios a la Constitución (30), o bien, "manipular" el sentido con que deben interpretarse tales preceptos legales para adaptarlos a la Constitución por medio del reconocimiento de un trato igualitario ante uniones matrimoniales y no matrimoniales. Con ello, el TC relega a mera cuestión de legalidad ordinaria lo que pudo y debió haber sido cuestión de (in)constitucionalidad.

Que la Sentencia 184/1990 del TC se cite siempre como referente último de una posición interpretativa en la que se admite la diferencia de trato entre uniones matrimoniales y extramatrimoniales resulta totalmente justificado. Sin embargo, y en igual medida, habría que traerla a colación como pronunciamiento constitucional donde, realmente, se analiza y contrasta con la CE el marco normativo existente, pero, sobre todo, se insta al legislador a que pueda desarrollar el marco constitucional de manera mucho más amplia, dando entrada en el sistema de Seguridad Social y, en concreto, en las prestaciones por viudedad, a los miembros de uniones de hecho.

Lo cual equivale a admitir que esa opción de convivencia también tiene cabida en la Constitución, por lo que, en una posición ciertamente pasiva, respecto de lo que podría haber sido declarar la inconstitucionalidad del art. 160 LGSS, el Tribunal Constitucional reconoce que se precisa una actuación positiva que materialice esta otra opción, igualmente válida desde el punto de vista constitucional.

Desde la perspectiva de lo que debe ser la actuación legislativa que se precisa al respecto, se ha planteado en algún momento la conveniencia de que la pensión de viudedad, tal y como es tradicionalmente concebida y sin modificación alguna, se extienda a las uniones de hecho o, alternativamente, que se establezca una nueva prestación paralela a la misma, con los requisitos y bajo las condiciones que legalmente se determinen (31).

En cualquier caso y así se ha puesto de manifiesto, no deja de ser "chocante" que las uniones de hecho hasta ahora no hayan alcanzado a

(30) F. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ y C. VIQUEIRA PEREZ, *Uniones de hecho y pensión de viudedad*, RR.LL., 1991, T. I, pp. 344 y ss.

(31) L. BLANCO PEREZ-RUBIO, *Parejas no casadas...*, op. cit., , pp. 22 y ss.

generar derecho a pensión de viudedad y sí hayan producido, por el contrario, la pérdida de "otra" pensión, como la que, por otros motivos o fundamentos se concede en los casos de separación o divorcio, según establece el art. 100 del Código Civil (32), por no hablar del complejo efecto de extinción también de la pensión de viudedad que pudiera venirse percibiendo por matrimonio anteriormente existente.

Si importante resulta la labor interpretativa que se ha realizado en torno al reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a partir de una unión extramatrimonial, no lo ha sido menos la elaborada en torno a la posible extinción de tal derecho por causa también del inicio de una unión de hecho. Se ha pretendido llevar a cabo una asimilación entre el hecho de contraer nuevo matrimonio (causa extintiva expresamente recogida en el art. 11.a) de la OM de 13 de febrero de 1967) y la convivencia de hecho, pretensión que con énfasis articuló la Administración de la Seguridad Social, a través de la Circular de la Subdirección General de la Gestión del INSS, de 15 de noviembre de 1984 (33). El TS, curiosamente, ha hecho verdaderos esfuerzos para impedir una interpretación extensiva con el fin de evitar asimilar la pérdida de la pensión de viudedad por iniciar una unión no matrimonial con aquellos supuestos en que se contraen nuevas nupcias o se toma estado religioso (anterior art. 160 LGSS y actual art. 174.3 TRLGSS, en relación con los supuestos regulados por el art. 101 del Código Civil, entre los que se contempla el vivir maritalmente con otra persona). Llevando a cabo una lectura precisa de lo dispuesto en el art. 11, apdo. a) de la Orden de 13 de febrero de 1967 que recoge como causa de extinción las nuevas nupcias, pero no la mera convivencia extramatrimonial, alcanza a concluir que no resulta discriminatorio conservar la pensión de viudedad ante el mantenimiento de una unión extramatrimonial respecto de la realización de nuevo matrimonio, "porque carecería absolutamente de sentido que, no surgiendo de estas uniones el derecho a pensión de supervivencia, al ser necesario en todo caso el requisito del matrimonio, pudiesen provocar en cambio la extinción del derecho legítimamente alcanzado" en virtud de matrimonio anterior (34).

En la S. 126/1994, finalmente, el TC se enfrenta al análisis de este

(32) Vid. J. M. GONZALEZ-PORRAS, *Uniones de hecho y pensiones de la Seguridad Social*, op. cit., pp. 20-21.

(33) Y que encontró cierto eco en la aplicación de las normas concurrentes al respecto por los Tribunales laborales, STSJ de Asturias de 17 de septiembre de 1992, Ar. 4149, y STSJ de Valencia de 30 de junio de 1993, Ar. 3088.

(34) STS de 14 de abril de 1994, Ar. 3238 y reproducida en la STS de 17 de junio de 1994, Ar. 5446, y STS de diciembre de 1994, Ar. 10345.

supuesto para concluir señalando que no existe en nuestro ordenamiento norma alguna que señale de forma expresa que la convivencia de hecho es causa de extinción de la pensión de viudedad, por lo que cualquier decisión en tal sentido equivaldría a extraer consecuencias jurídicas perjudiciales y restrictivas de derechos sin base legal alguna, todo ello a partir de una conducta privada, en sí misma, lícita, en un marco constitucional de libertades, dando lugar a una diferenciación de trato no prevista por la Ley.

Posición que, aparentemente, reviste un cierto carácter de tutela constitucional de las uniones de hecho, pero que tampoco resulta de recibo (35) porque encierra los mismos elementos contradictorios, en este caso, de las uniones de hecho respecto de los matrimonios que, exactamente, en sentido inverso ya se han comentado anteriormente y cuyos efectos perversos de inducción al fraude ya se han puesto sobradamente de manifiesto.

Quizá la única solución viable sea la ya apuntada en algún momento, estimando que si la convivencia *more uxorio* no extingue el derecho a la pensión, resulta paradójico, además de absurdo y contraproducente, que tal efecto se produzca por contraer matrimonio, por lo que para evitar las situaciones discriminatorias derivadas de lo dispuesto en el art. 174.3 TRLGSS resulte más conveniente borrar de nuestro Derecho ambas causas extintivas (36).

Lo cierto es que la doctrina acuñada por el TC en la tantas veces citada S. 184/1990 ha hecho mella y, como no podía ser de otra forma, ha venido vinculando las decisiones que ante la jurisdicción ordinaria se han venido planteando, particularmente, en el aspecto relativo a la protección de las uniones de hecho ante estados de viudedad. En tal sentido y admitiendo que esta es una cuestión de "*lege ferenda*" y que, por consiguiente, corresponde desarrollar al poder legislativo, no al judicial, se ha reproducido de forma general el planteamiento de esti-

(35) Con opinión contraria y valorando positivamente la solución aportada por el Tribunal Constitucional se han manifestado J. MORENO, A. M.^a ROMERO y A. PARDELL, *La protección social del miembro superviviente en las uniones de hecho: la pensión de viudedad*, cit., pp. 548 y ss. Sobre los aspectos más complejos que plantea la extinción del derecho a la pensión, vid., J. 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, 1990, n.º 43, especialmente, pp. 510 y ss. A. BOTELLA JIMENEZ, *La protección laboral de la familia*, Jaén, Universidad de Jaén, 1996, en particular, pp. 157 y ss.

(36) M. ALONSO OLEA Y J. L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de la Seguridad Social*, cit., p. 130.

mar fuera de nuestro marco jurídico-positivo el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a supérstites de parejas o uniones de hecho (37).

IV. LAS PROPOSICIONES DE REFORMA DE LA PROTECCION DE LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES EN CASO DE MUERTE

En el momento actual y después de que se hayan vertido diversas propuestas legislativas (38), aún está pendiente de aprobación la Proposición de Ley Orgánica del Grupo Parlamentario Popular, mediante la cual se crea el *"contrato de unión civil"* (39), como instrumento de cobertura jurídica de las uniones extramatrimoniales. Realmente, sólo presenta carácter de Ley Orgánica el contenido incluido en sus arts. 3, 4 y 5, afectantes a modificaciones del Código Penal, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Habeas Corpus, según se advierte en su Disposición Final, presentando el resto del articulado carácter de Ley ordinaria.

Se trata, según dice su Exposición de Motivos, de un contrato que tendrá por objeto permitir que quienes lo deseen puedan formalizar una unión civil *"para garantizar la certeza exigida por el principio de seguridad jurídica, sin menoscabo del derecho fundamental a la intimidad"*.

En principio y salvo que el debate legislativo que haya de desarrollarse al respecto ponga de manifiesto otra cosa, da la impresión de que el tipo de unión de hecho o unión extramatrimonial por el que se opta y que va a ser objeto de regulación jurídica lo hará por un cauce paralelo al del matrimonio. Es decir, se crea un nuevo contrato que permite dar cobertura jurídica a un modo de convivencia diferente del matrimonial, pero que, prácticamente, se encauza de manera similar a aquél. Se le dota al nuevo contrato de ciertos aspectos que desde el punto de vista de la seguridad jurídica es indispensable regular a fin

(37) Cfr., especialmente, la STS de 20 de enero de 1998, Ar. 371 (en cuyo caso se trataba de una pareja de hecho, masculina).

(38) Una Proposición de Ley de Protección Social, Económica y Jurídica de la Pareja (admitida a trámite en septiembre de 1994), otra Proposición de Ley por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a las uniones de hecho (presentada por el Grupo Socialista el 29 de octubre de 1996) y otra Proposición de Reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estables (formulada por Coalición Canaria y admitida a trámite el 8 de abril de 1997), pero que, finalmente, ninguna de ellas ha logrado prosperar.

(39) BOCG de 29 de septiembre de 1997.

de determinar las consecuencias jurídicas de los actos realizados por quienes integran dicha unión (condiciones económico-patrimoniales, fiscales, laborales, etc.), pero que en nada se alejan del modelo contractual de la unión matrimonial.

Muy lejos queda el modelo que se contiene en la Ley Catalana de Uniones de Hecho, de 15 de julio de 1998 (40), de espíritu más abierto a la comprensión de los múltiples aspectos que el Derecho debe regular en aras, desde luego, de un valor tan importante como la seguridad jurídica, pero también con un grado de respeto por los distintos modos de convivencia, incluso, cuando vienen determinados por razón de la opción sexual de sus integrantes, de mucho mayor alcance.

Ante el estado de cosas que se genera con la elección de una figura "*paralela*" al matrimonio en la Proposición de Ley Orgánica del Grupo Popular, hay que señalar, cuando menos, que hubiera sido preferible que se abordara en profundidad la reforma de la institución matrimonial tal y como tradicionalmente ha venido siendo entendida, para acometer el desarrollo del mandato contenido en el art. 32.2 de la Constitución (al que la Exposición de Motivos ni siquiera menciona) (41) de regular "*las formas de matrimonio*". Esta posibilidad, por ahora, queda reducida al reconocimiento y dotación de ciertos efectos jurídicos exclusivamente a las uniones de hecho que opten por formalizar su relación a través del denominado "*contrato de unión civil*".

De la Proposición, pendiente aún de aprobación, destaca el contenido que presenta el art. 8, por el cual se modifican algunos preceptos del Estatuto de los Trabajadores, así como de la Ley General de la Seguridad Social. En lo que se refiere a esta última, se pretende introducir ciertas innovaciones para reconocer determinados efectos de protección en caso de muerte a aquellos ciudadanos que opten por el "*contrato de unión civil*" y no por un contrato matrimonial.

(40) Publicada en el *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya* de 23 de junio de 1998, cuya entrada en vigor se ha producido el 23 de octubre de 1998, de acuerdo con lo establecido en su Disp. Final Tercera.

(41) Los fundamentos en que se inspira la Exposición de Motivos, según se señala en la misma, son la libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), la seguridad jurídica, como garantía del Estado de Derecho (art. 9.3) y el derecho fundamental de los ciudadanos a la intimidad (art. 18.1). No hay referencias tampoco al derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), así como a la libertad ideológica (art. 16) sobre los que el propio Tribunal Constitucional ha justificado la existencia y posible reconocimiento legislativo de las uniones de carácter extramatrimonial (*vid.*, por todas, las SS. 184/1990 y 126/1994).

1. *Una modificación inicial: la del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social*

En aras de establecer un tratamiento igualitario en cuanto a la incorporación al sistema de Seguridad Social de determinados sujetos que, en su relación familiar, pueden estar vinculados por unión matrimonial o extramatrimonial, se procede a una modificación de lo dispuesto en el art. 7.2 del TRLGSS, en el cual se señalan las exclusiones del concepto de trabajador por cuenta ajena a los efectos de obtener la mencionada incorporación al campo de aplicación de la Seguridad Social.

En efecto, ese precepto ha venido a determinar hasta ahora que los familiares del empresario, incluyendo entre ellos al cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, inclusive y, en su caso, por vía de adopción, no se consideran trabajadores por cuenta ajena (siempre y cuando estén ocupados en su centro o centros de trabajo, convivan en su hogar y estén a su cargo), salvo prueba en contrario que demuestre la naturaleza laboral de la relación.

La redacción del precepto de referencia guarda perfecta coherencia con lo establecido, en semejantes términos, por el art. 1.3.e) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuyo Texto Refundido ha sido aprobado mediante RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE de 29 de marzo). De este precepto también se propone una nueva redacción, como más adelante se verá.

La exclusión de los familiares del empresario en relación con el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social se explica, precisamente, porque dicho campo, por razones de índole histórica, como es de sobra sabido, se cierra en torno a la noción de *“trabajadores por cuenta ajena”* e, incluso, concretando aún más esta expresión, a los *“trabajadores por cuenta ajena de la industria y de los servicios”*, fórmula que deriva de lo dispuesto en el TRLGSS, en su art. 97.1, que declara obligatoriamente incluidos en el Régimen General a los *“trabajadores por cuenta ajena o asimilados”* comprendidos en el apartado 1.a) del art. 7, el cual, a su vez, se refiere a *“trabajadores por cuenta ajena... o asimilados en las distintas ramas de la actividad económica”*. Unido a las anteriores previsiones, el art. 98.b) excluye del Régimen General aquellos trabajos que den lugar a *“la inclusión en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social”*, entre los cuales se encuentran, en primer lugar, los trabajos realizados por cuenta ajena no industriales ni de servicios, así como los trabajos por cuenta propia o autónomos (art. 10.2).

Al concepto amplio de trabajador por cuenta ajena, es preciso dotarle de ciertas matizaciones que, en definitiva y por lo que al campo de aplicación del sistema de Seguridad Social se refiere, conduce a una larga lista de inclusiones por asimilación con tal concepto (art. 97.2) y de exclusiones, al tratarse de trabajos en los que la carencia de uno de los presupuestos básicos que definen la relación de trabajo (voluntariedad, ajenidad, dependencia o retribución) determina que tales trabajos y, por consiguiente, quienes los realizan, queden extramuros del sistema de protección social (art. 98 en relación con el art. 7.2) o bien, queden incorporados al sistema, pero a través de alguno de los regímenes especiales.

En este contexto, la exclusión de los familiares del empresario de la noción de trabajadores por cuenta ajena, para justificar su exclusión del campo de aplicación de la Seguridad Social, es cuestión que debe ser y ha sido resuelta desde el Derecho del Trabajo, al definir el objeto de este sector del ordenamiento jurídico, precisando cuál es el centro de imputación normativa que al mismo corresponde. No existe un concepto propio de trabajador en el ordenamiento de la Seguridad Social, remitiéndose siempre al que en su ámbito ofrece el ordenamiento jurídico laboral (42).

La definición de lo que debe entenderse por trabajo asalariado o, desde un punto de vista subjetivo, por trabajador asalariado o por cuenta ajena ha conducido a excluir de tal noción los trabajos realizados por los familiares del empresario cuando dicho trabajo se realice bajo determinadas condiciones, aspecto éste sobre el que se volverá, pero que, por lo que ahora importa, pone de manifiesto la estrecha imbricación que existe entre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Aun cuando el Derecho de la Seguridad Social cuenta con principios informadores propios, con técnicas propias, con un tipo de relación jurídica específica y con un objeto de regulación también particular, continúa nutriéndose de los conceptos jurídicos elaborados a partir del Derecho del Trabajo, hasta el punto de que su desconocimiento impediría la comprensión del entero sistema jurídico originado en torno a la Seguridad Social.

La Proposición de Ley que se presenta viene a integrar en la noción de familiares del empresario no sólo a los ya mencionados, sino también a la "*persona vinculada por contrato de unión civil*" con él, así como a

(42) I. GARCIA-PERROTE ESCARTIN y J. MERCADER UGUINA, "Campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social" en *Derecho de la Seguridad Social* (dirig., por L. E. DE LA VILLA GIL), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 113.

sus ascendientes y descendientes, incluso por adopción, hasta el grado y en los términos hasta ahora establecidos por el actual art. 7.2 TRLGSS (hasta el segundo grado, por consanguinidad o afinidad). Tal innovación, como ya anteriormente se expuso, resulta absolutamente coherente con la modificación que se desea introducir en el precepto homónimo del Estatuto de los Trabajadores y que confiere un trato igualitario a las uniones matrimoniales y contratos de unión civil en las condiciones de incorporación al campo de aplicación de nuestro sistema de Seguridad Social.

2. La creación paralela de "otra" pensión de viudedad

En respuesta a la tan demandada solicitud de reforma de la pensión de viudedad, en el sentido estricto de reconocer abiertamente el derecho a la misma para quienes convivan mediante una unión extramatrimonial, la solución legislativa que en estos momentos se propone consiste en establecer una vía paralela de acceso a la misma, pero sin afrontar una auténtica reforma o revisión de la tradicional pensión de viudedad. Desde luego que esta última posibilidad conlleva una labor mucho más rigurosa y, como no, una disponibilidad de cambio mayor aún. Pese a las numerosas críticas que se han vertido, prácticamente, en los últimos diez años, sobre las múltiples deficiencias que presenta la actual regulación de esta prestación de la Seguridad Social (relativas tanto a los beneficiarios, como a la cuantía de la misma, sobre todo si se la compara con las posibilidades de acrecimiento que tiene la pensión de orfandad o, de carácter ya más grave, las de acrecimiento de las prestaciones en favor de familiares, así como a la heterogénea regulación del cálculo de las bases reguladoras del causante —según que la muerte provenga de enfermedad o accidente común o profesional—, a las causas de extinción, etc.), mal se entiende que no se haya aprovechado esta oportunidad para dar una redacción distinta a los preceptos del TRLGSS que contienen la ordenación jurídica de la protección por causa de muerte.

El legislador, por ahora, se conforma con presentar una Proposición de Ley que logre "acallar" las insistentes voces que reclaman, con más o menos urgencia, una regulación positiva que permita dotar de ciertos efectos jurídicos a las uniones de carácter extramatrimonial.

Efectivamente, al art. 174.1 TRLGSS se le añade un nuevo párrafo, mediante el cual y tras el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad del cónyuge superviviente, a que se refiere, como ya se ha

visto, dicho precepto, se habrá de añadir otro, en el que se señala que *"... tendrá derecho a una pensión en las mismas condiciones quien al tiempo del fallecimiento acreditase dependencia económica del causante y se encontrase ligado a él por un contrato de unión civil, concertado en legal forma al menos tres años antes, siempre que en dicho contrato se reconocieran a su favor derechos sucesorios con idéntico alcance al establecido en el Código Civil a favor del cónyuge"*.

No puede dejar de indicarse que en esta Proposición se opta por ir a una figura contractual paralela al matrimonio, sin entrar a reformar o modificar la configuración jurídica tradicional de esta institución. Y, exactamente, esa misma opción es la que se sigue respecto de la protección de la Seguridad Social ante estados de viudedad. Es decir, la pensión de viudedad hasta ahora incluida en el TRLGSS permanece intacta y a ella se añade esta *"otra"* pensión de viudedad. Y se trata de *"otra"* en la medida en que es la misma protección con los mismos problemas y complejidades anteriormente examinados y a la que, además y como dato añadido, curiosamente, se le incorpora el concepto de *"dependencia económica del causante"*.

Con anterioridad se dijo que este elemento, consustancial a cualquier pensión del sistema de Seguridad Social debe reinstalarse, de nuevo, en la pensión de viudedad, dejando así de presumir *"ex lege"* que tal dependencia económica existe *per se* en los supuestos de matrimonio. He aquí que se recupera la noción de dependencia que conecta con la eventual existencia de un estado o situación de necesidad pero sólo respecto de la pensión originada a partir de lo dispuesto en el nuevo apartado con que contará el art. 174.1 del TRLGSS, es decir, sólo para aquellas pensiones que provienen de las uniones civiles (como las llama la Proposición legislativa). Ello hace pensar que se incurrirá en una exigencia distinta para acceder a la pensión de viudedad en el segundo de los casos mencionados quedando intacta entonces la tradicional exención de esta comprobación respecto de las pensiones de viudedad derivadas de unión matrimonial. La advertencia de estar creando un supuesto claramente discriminatorio, al no lograr encontrar un elemento objetivo y razonable que justifique tal diferencia de trato, creo que resulta sobradamente obvia.

Y es que cualquier incorporación que quiera hacerse a la Seguridad Social ante la contingencia de muerte en las uniones de hecho requiere ineludiblemente, a mi modo de ver, revisar también y al propio tiempo el fundamento, así como los requisitos de acceso a las prestaciones de muerte y supervivencia y, en el caso que aquí interesa, de la pensión de viudedad con respecto a las uniones matrimoniales. De lo contrario

se incurrirá en los mismos errores (o peores) de los que ya se ha comprobado que existen en el tratamiento de la viudedad tradicional y, en particular, no se logrará evitar que continúen apareciendo supuestos de fraude (43).

Sorprende en la nueva regulación normativa que se propone que el período de convivencia con el fallecido para causar derecho a la pensión de viudedad sea de tres años. Es cierto que conviene fijar un período que confiera cierta estabilidad a la unión a fin de extraer determinadas consecuencias jurídicas de la misma, pero resulta extraño que no se haya utilizado el mismo módulo temporal actualmente en vigor en relación con las prestaciones en favor de otros familiares que, exactamente, es de dos años (art. 40 del Reglamento General de Prestaciones) (44). Es decir, que los familiares del causante que hayan convivido con él, al menos con dos años de antelación a la muerte —al margen de otros requisitos que también se exigen— podrán acceder a las prestaciones previstas en el TRLGSS y normas de desarrollo, sobre la base de esa “estabilidad” o “permanencia” habida en el tiempo de convivencia. El mismo período de tiempo —dos años— funciona como tiempo de convivencia familiar anterior al hecho causante exigido en los supuestos de hijos adoptivos para acceder a la pensión de orfandad (art. 16.2 OM de 13 de febrero de 1967) (45).

Resulta difícil entender por qué el tiempo de convivencia con el causante debe ser mayor para acceder a la pensión de viudedad, frente a los supuestos mencionados de la pensión de orfandad y en favor de familiares. Probablemente, la mejor solución consista en igualar los períodos de convivencia volviendo al actual módulo temporal. Dos años resulta un lapso de tiempo lo suficientemente largo como para impedir que se establezca una línea divisoria entre la convivencia exigida para proteger a los hijos u otros familiares y la de la persona que convive con otra mediante “contrato de unión civil”.

La extrañeza por el período de tiempo de convivencia se agudiza

(43) Vid. las agudas críticas ya realizadas a la Ley 24/1997, que rehúsa llevar a cabo una reforma completa de todas las prestaciones por muerte y supervivencia, en franca incoherencia con las advertencias efectuadas en su propia Exposición de Motivos, J. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, *Reforma parcial de la Seguridad Social...*, op. cit., pp. 28 y ss.

(44) Reglamento que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el acceso a las mismas, aprobado mediante Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, BOE de 30 de diciembre.

(45) Tiempo de convivencia que el TC declaró no contrario a la Constitución (S. 33/1983).

si, además, se contrasta con el contenido del artículo 9 de la Proposición de Ley, el cual, en su apartado 2.º, introduce una modificación del apartado 1, del art. 38 de la Ley de Clases Pasivas del Estado, cuyo Texto Refundido ha sido aprobado por RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril (BOE de 27 de mayo). Por medio de dicha modificación, además de reconocer el derecho a la pensión de viudedad a quienes sean o hayan sido cónyuges del causante de los derechos pasivos, también se señala que *"tendrán derecho a pensión los que al tiempo de acaecer el fallecimiento tuvieran, con el causante, suscrito contrato de unión civil vigente con antigüedad superior a un año"*.

En este caso, la fijación de un año de celebración del contrato de unión conecta con una de las previsiones que se hacen en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley: *"El contrato no producirá efectos antes de que transcurra el primer año de vigencia"* (se sobreentiende que se refiere a la vigencia del mismo y no, de la Ley) y que, curiosamente, luego no cristaliza en una exigencia preceptiva concreta. Pero, en relación con el tema expuesto, es decir, el período de tres años de convivencia para causar derecho a la pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social por parte de las personas vinculadas por el *"contrato de unión civil"*, se ignora cuál es la razón que induce a establecer dicho período que no coincide con el del Régimen Especial de los Funcionarios Públicos, en cuyo caso, como se ve, el tiempo de convivencia requerido es mucho menor.

En el marco de la misma Proposición legislativa se han pretendido incorporar otras prestaciones derivadas de la contingencia de muerte para el supérstite de las parejas o uniones de hecho.

Se incluyen dentro de tal contingencia, según lo dispuesto en el art. 171 TRLGSS, no sólo la pensión de viudedad sino, además, la de orfandad, a las que hay que sumar las llamadas prestaciones en favor de familiares (ya sea en su modalidad de pensión vitalicia o en la de subsidio temporal), el mal denominado Auxilio por defunción y, por último, la indemnización a tanto alzado en los supuestos de muerte derivada de riesgo profesional (supuesto en el cual alcanza mayor énfasis la diferencia de tratamiento que subsiste ente contingencias comunes y profesionales en nuestro sistema de Seguridad Social) (46).

(46) Lo cual provoca una auténtica heterogeneidad en el cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones, al margen del juego de los mecanismos de alta presunta o de pleno derecho y automaticidad de prestaciones, R. SASTRE IBARRECHE, *Protección por muerte...*, op. cit., pp. 12-14.

3. Uniones de hecho y protección de los hijos extramatrimoniales

Es evidente que este aspecto de las uniones de hecho, el nacimiento de hijos no puede tener un tratamiento idéntico al que se plantea en relación con el cónyuge u otros familiares miembros de dicha unión.

La protección de los hijos, convertida en pensión de orfandad como supuesto objeto de protección por la muerte del causante es cuestión que no ofrece dudas ni de constitucionalidad ni de legalidad ordinaria. El texto constitucional, con toda rotundidad, obliga a los poderes públicos a asegurar la protección integral de los hijos, que proclama iguales ante la Ley, con independencia de su filiación (art. 39.2), al tiempo que establece el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3).

Si bien la decisión de vivir en matrimonio o bajo la mera convivencia de hecho es libremente adoptada por los individuos que forman una y otra clase de unión, no hay tal opción con distintos efectos jurídicos respecto de los hijos, porque en ambos supuestos merecen la misma protección integral, con independencia de cual sea su filiación, y de la que deben hacerse responsables los padres, cualquiera que sea el tipo de convivencia elegido por ellos.

La obligación de prestar alimentos a los hijos, tras los supuestos de separación legal, divorcio o nulidad, que, como se sabe, puede tener consecuencias, incluso en el ámbito jurídico penal, para casos de incumplimiento (consecuencias que establecía el anterior art. 487 bis del Código Penal de 1973, hoy derogado y convertido en el actual art. 226 del nuevo Código Penal) (47) constituye un deber que, igualmente, ha de extenderse a los hijos habidos de uniones extramatrimoniales, de lo contrario, se incurriría en actuaciones opuestas a lo señalado en la Constitución al permitir la existencia de un trato diferenciado por razón del nacimiento (STC 74/1997). Trato igualitario obligado que no sólo emana directamente de los preceptos contenidos en el art. 39.2 y 3 del propio texto constitucional sino que, además, ha motivado una intensa protección internacional, en particular, mediante el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (48), pues su condición de hijos habidos den-

(47) Aprobado mediante Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE del 24) y cuya entrada en vigor se produjo el 24 de mayo de 1996.

(48) Ratificado por el Estado español mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (BOE de 30 de enero).

tro o fuera del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos (STC 184/1990).

No resultan admisibles, sin embargo, determinadas reclamaciones que, en ocasiones, llegan hasta los Tribunales laborales, pretendiendo extraer consecuencias “*ventajosas*” de las uniones de hecho en relación con los hijos extramatrimoniales respecto de los matrimoniales, como es el caso de las reiteradas pretensiones de acrecer la pensión de orfandad con el porcentaje correspondiente a la pensión de viudedad (previsto en el art. 17.2 de la OM de 13 de febrero de 1967) por no quedar “*cónyuge*” —en referencia a cónyuge de unión matrimonial— y sí miembro supérstite de unión de hecho. El TS, unificando doctrina contradictoria existente hasta ese momento en SSTS de 23 de febrero de 1994 y reiterada en la de 31 de enero de 1995 (Ar. 5343 y 530, respectivamente), entiende que el precepto en cuestión se refiere como tal supérstite al que fuera padre o madre del huérfano, de tal manera que si uno de los padres sobrevive (aunque el hijo habido lo sea de unión extramatrimonial) no puede decirse que el huérfano lo sea de forma absoluta. El acrecimiento sólo está previsto para la orfandad absoluta y no para el que no ostenta dicha condición por sobrevivir uno de sus progenitores. Como se puede apreciar, este es otro supuesto en el que se reconocen efectos determinados a las uniones de hecho, pero, en el caso en cuestión, para denegar el acrecimiento de la pensión de viudedad que se une a la orfandad, aunque no haya existido vínculo matrimonial entre los padres. Todo lo cual viene a confirmar, una vez más, el carácter contradictorio con que nuestros Tribunales han venido dotando de efectos a las uniones de hecho.

En otro orden de cosas, también hay que insistir en las causas de extinción de la pensión de orfandad, entre las que se encuentra contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso, en relación con la existencia de una unión no matrimonial. Hasta ahora, la inercia del funcionamiento del sistema de Seguridad Social no permite que por la iniciación de una unión extramatrimonial por el padre o madre supérstite del hijo se pueda deducir una causa de extinción, porque lo que no pueden hacer los poderes públicos es reconocer las uniones a unos efectos y a otros, no, como ya se señaló en su momento, máxime teniendo en cuenta que en la pensión de orfandad lo que se debe valorar es si, pese al cambio de estado, se continúa o no con medios de sustento suficientes para los hijos (49). Si, por el contrario, se produce un

(49) Sobre el alcance flexible de la aplicación de las causas extintivas de la pensión de orfandad, *vid.* STSJ de Canarias de 27 de junio de 1996, Ar. 1705.

reconocimiento legislativo de determinados efectos jurídicos de las uniones de hecho, habría que equiparar dicha unión con el hecho de contraer nuevo matrimonio y, por consiguiente, habría que incorporar esta nueva causa de extinción de la pensión.

La Proposición del Grupo Popular no incluye ninguna referencia a la pensión de orfandad, en coherencia con la imposibilidad de establecer tratos diferenciados de ningún tipo, según que se trate de hijos matrimoniales o extramatrimoniales, de manera que cuando el TRLGSS en su art. 175 (50) establece los beneficiarios y requisitos para la obtención de la pensión de orfandad, lo hace en relación con cualquier hijo y con independencia de su filiación.

4. Prestaciones en favor de familiares

Con esta denominación se refiere el TRLGSS a ciertos miembros de la unidad familiar que por haber convivido con el causante y a su cargo, tener una determinada edad y estado civil (solteros, divorciados o viudos), acreditar una dedicación prolongada al cuidado del causante y carecer de medios propios de vida (art. 176.2) son objeto de protección por el sistema de Seguridad Social tras la muerte del causante.

La Proposición de Ley no contempla ayuda alguna para los familiares del causante, entre los que se encuentran y pueden quedar afectados por este "olvido" si el causante vivía extramatrimonialmente, en primer lugar, los hijos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez, que sean solteros o viudos, separados judicialmente o divorciados, mayores de cuarenta y cinco años, que hayan estado al cuidado del causante hasta su fallecimiento y que vivan a expensas de él (posibles beneficiarios de una prestación, según establece el art. 176.2 TRLGSS en relación con los arts. 22 y 25 de la OM de 13 de febrero de 1967). En segundo lugar, los hijos del causante mayores de dieciocho años (a lo que habría que añadir, también mayores de veintiuno si no realizan un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena o, incluso, veintitrés años si se da la circunstancia anterior y la orfandad es absoluta, de acuerdo con las modificaciones introducidas en el

(50) Este precepto, en su apartado segundo, sufrió una modificación por la Ley 24/1997, mediante la cual se introdujo una incompatibilidad de la pensión de orfandad con el trabajo en la prórroga entre los veintiuno y veintitrés años, lo que motivó una reforma posterior a través de la Ley 66/1997, para hacer compatible la pensión con ingresos provenientes del trabajo, siempre que sean inferiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional en cómputo anual.

art. 175.2 del TRLGSS, que sean solteros, viudos, separados judicialmente o divorciados (posibles beneficiarios, no de prestación, pero sí de un subsidio temporal). En ambos casos, tales hijos no tienen acceso a la pensión de orfandad, sencillamente, por razones de edad, con lo cual, con carácter general sólo les queda la posibilidad de disfrutar de la prestación en favor de familiares o del subsidio, cuya cuantía coincide exactamente con la de la pensión de orfandad (20 por 100 de la base reguladora del causante), sólo que en el caso del subsidio tal cuantía está limitada en el tiempo hasta un máximo de doce meses, mientras que en el caso de la prestación tiene carácter vitalicio, en tanto no varíen las circunstancias.

Igualmente, pueden ser beneficiarios de las prestaciones los nietos, huérfanos de padre y/o madre, menores de dieciocho años (o de veintiuno o veintitrés, por asimilación con el caso de los hijos) o mayores incapacitados para todo trabajo, siempre que la incapacidad sea anterior al cumplimiento de dicha edad (art. 22.1.1 OM de 13 de febrero de 1997, según nueva redacción dada por el RDL 4/1998) (51).

La Proposición legislativa guarda absoluto silencio sobre las prestaciones en favor de familiares que, aunque aparecen revestidas de una especie de carácter "*cuasi-residual*" y guardan mayor aproximación con un concepto asistencial, integran, sin embargo, la acción protectora del sistema (52). No se alcanza a comprender el porqué de la exclusión de estos familiares de las prestaciones que por tal concepto tendrían acceso a las mismas si derivadas de una unión matrimonial, pero no, por medio de uniones de hecho.

Es posible pensar que el legislador las ha previsto; pero puesto que, en el primer caso, se trata de hijos y, al igual que ocurre con la orfandad, la ordenación prevista en la actualidad en el TRLGSS ha de alcanzar también los hijos extramatrimoniales, sin embargo, esa explicación no resultaría nada convincente tratándose del segundo de los supuestos, el de los nietos, donde sería imprescindible contar con un soporte legal específico para evitar interpretaciones o aplicaciones restrictivas del precepto legal en vigor.

(51) Téngase en cuenta que el RD 4/1998, de 9 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social para 1998 (BOE de 10 de enero), por medio de su Disp. Adic. 9.^a y 10.^a ha modificado la OM de 13 de febrero de 1967, para ajustar la regulación sobre beneficiarios de las pensiones y subsidios de las prestaciones en favor de familiares, ampliando gradualmente los límites de edad, en conexión con la pensión de orfandad, así como para establecer las condiciones que determinan en los beneficiarios la carencia de recursos económicos suficientes.

(52) R. SASTRE IBARRECHE, *Protección por muerte...*, op. cit., pp. 13-14.

Es deseable que las prestaciones en favor de familiares sean objeto de un tratamiento puntual en la regulación del "contrato de unión civil" delimitando exactamente quiénes pueden ser beneficiarios de las mismas, así como los requisitos relativos a la convivencia y dependencia económica respecto del sujeto causante. No debe olvidarse que la dependencia económica como dato acreditativo de un estado de necesidad ocasionado por la muerte, en segundo lugar, el cumplimiento de una determinada edad que permita presumir la dificultad de alcanzar cierta independencia o suficiencia económica, así como la posibilidad de contar con otros familiares que tengan obligación de prestar alimentos son elementos que han venido originando serios conflictos de interpretación no resueltos definitivamente (53).

El Tribunal Constitucional, por su parte, también ha tenido ocasión de formar una serie de criterios de constitucionalidad en la aplicación de las medidas de protección previstas para los familiares del causante a través de esta vía. La aportación, sin duda, más importante ha consistido en la extensión del concepto que inicialmente acuñara la LGSS de 1974 (art. 162.2) en relación con los posibles beneficiarios, insistiendo, como ya lo hiciera con la viudedad en la noción de varón discriminado: la exclusión de los hijos y hermanos varones del ámbito subjetivo de la protección se estimó desde el primer momento contraria a la Constitución (STC 3/1993) (54). Curiosamente, se llega a esa conclusión por medio de una especie de reconocimiento a ultranza de la posición igualitaria de la mujer desde el punto de vista social. La medida de protección prevista hasta ese momento por la LGSS sólo para las mujeres "... 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" (F. J. 3.º). Esa posición subordinada de la mujer en la estructura familiar, alejada de cualquier tipo de actividad que no sea la estrictamente

(53) Vid. R. SASTRE IBARRECHE, *Protección por muerte...*, op. cit., pp. 14-17. Igualmente, G. RODRIGUEZ INIESTA, *Las prestaciones a favor de familiares*, REDT, 1991, n.º 49, pp. 761 y ss. A. CEA AYALA, *Acerca de las prestaciones por muerte y supervivencia*, RTSS (CEF), 1994, n.º 134, pp. 113 y ss.

(54) Vid. las críticas al procedimiento utilizado por el TC para resolver la sospecha de trato discriminatorio encerrado en el precepto legal de referencia trayendo a colación los razonamientos seguidos para resolver la discriminación de los "viudos", donde intervienen otros elementos, especialmente, porque la dependencia económica del causante la obvió totalmente el propio TC para resolver las dudas en torno a la viudedad, Y. SANCHEZ-URAN AZAÑA, *Seguridad Social y Constitución*, cit., p. 106.

familiar, resulta constitucionalmente inadmisibles —dirá el TC— y resulta, por tanto, perturbadora para lograr una real y efectiva igualdad social, por lo que cualquier pariente que se dedique al cuidado del causante y dependa económicamente de él, con independencia de si se trata de varón o mujer, podrá ser beneficiario de las prestaciones. Doctrina que se reproducirá en las SSTC 28/1992 y 114/1992, en las que se insiste en que la protección de las hijas y hermanas del causante, en términos constitucionales, no se justifica por su condición femenina, sino que se sostiene en función de las necesidades derivadas de la falta de ingresos producido por la muerte en sí.

5. *El auxilio por defunción: una prestación que, en los términos en que está prevista con carácter general, debería desaparecer*

Esta especie de “compensación económica” consistente en la ridícula (por llamarla de alguna manera) cantidad de cinco mil pesetas, está prevista para las viudas o viudos, hijos y parientes del fallecido (a falta, cada uno, de los anteriores), que convivan habitualmente con el causante, o a quienes hayan sufragado los gastos de sepelio, si se trata de persona distinta de las mencionadas (art. 173 LGSS y art. 30 del Reglamento General de Prestaciones, reproducido por el art. 6 de la OM de 13 de febrero de 1967). El hecho cierto de no haber modificado desde 1966 hasta hoy la cuantía de esta prestación que la LGSS de 1974 pasó a denominar “auxilio”, frente a la terminología de “subsidio” de la Ley de Seguridad Social de 1966, es desde luego más coherente con su configuración, pues no pretende satisfacer los gastos de sepelio, sino contribuir simbólicamente con esta cantidad fija. Si lo que se pretende es contar con una prestación que, efectivamente, tenga la finalidad de sufragar tales gastos habría que modificarla e incorporar criterios que acrediten un estado de necesidad económica que la justifique. De lo contrario, casi sería mejor que desapareciera, ya que genera un gasto a la Seguridad Social que, por otra parte, al ciudadano no le supone, en términos de dignidad de la cuantía de la prestación, ayuda alguna.

Sin embargo, la Proposición de ley que aquí se comenta, sí contempla expresamente el “traslado” de esta prestación a las “uniones civiles”, dando para ello una nueva redacción al art. 173 TRLGSS, señalando que se abonará esta prestación a quienes se presupone han hecho frente a tales gastos, esto es, cuando “han sido satisfechos por este orden: por el cónyuge o persona vinculada al fallecido por contrato de unión civil, hijos y parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente”.

6. La indemnización a tanto alzado en caso de muerte derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional

Con redacción similar se expresa la Proposición de Ley sobre "*contrato de unión civil*" para referirse a esta indemnización que únicamente se abona en caso de fallecimiento producido por un accidente de trabajo o después de haber contraído una enfermedad profesional con ocasión o por consecuencia de un trabajo realizado por cuenta ajena, según se establece en el art. 171.3 TRLGSS. La nueva redacción que pretende darse al art. 177.1 TRLGSS (donde se desarrolla la previsión del pago de la indemnización) consiste, sencillamente, en reconocer como beneficiario de dicha indemnización no sólo al cónyuge viudo o viuda del accidentado o enfermo, sino también a la persona supérstite "*vinculada por contrato de unión civil*", así como a los huérfanos en general (habidos en ambos casos).

La indemnización está prevista con una cuantía equivalente a seis meses de salario, respecto del cónyuge (o persona vinculada por contrato de unión civil, en caso de prosperar la Proposición de Ley) y, además, un mes de salario por cada huérfano (art. 38 del Reglamento General de Prestaciones). Si no hay cónyuge sobreviviente, la de cada huérfano se otorga y, además, se acrece y se reparte a partes iguales, con la que correspondería al cónyuge (o persona vinculada por contrato de unión civil, para guardar coherencia con la nueva redacción que se propone del art. 177.1 TRLGSS y que, como se ve, incorpora nuevos beneficiarios de la indemnización a tanto alzado). También pueden llegar a ser beneficiarios de la indemnización los padres (padre o madre) si no hubiera persona con derecho a indemnización y vivieran a expensas del fallecido.

V. LAS PROPOSICIONES DE REFORMA DE LA RELACION DE TRABAJO

En lo que a la relación individual de trabajo se refiere, el art. 8 de la Proposición de Ley del Grupo Popular por la que se crea el "*contrato de unión civil*" lleva a cabo una parca reforma de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, limitándose a dar una nueva redacción al precepto incluido en el art. 1.3.e), referido a la exclusión de los trabajos familiares del ámbito de aplicación de dicho Estatuto, puntualizando hasta ahora que "*se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parien-*

tes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción”.

Tal precepto coincide básicamente con su correspondiente del TRLGSS (art. 7.2), de manera que en torno al ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social se produce una especie de ósmosis a partir del concepto de trabajador por cuenta ajena que, aun emergiendo del Derecho del Trabajo, se traslada con todos sus elementos al Derecho de la Seguridad Social. Y, puesto que de tal concepto se excluye el trabajo realizado por familiares cuando se ejecuta bajo las condiciones legalmente establecidas, a los efectos de configurar la relación jurídico-laboral, por la misma razón, como ya se vio, esos trabajos quedan, asimismo, excluidos de la relación jurídica de Seguridad Social.

Desde este punto de vista excluyente, los trabajos familiares no son trabajo propiamente dicho en sentido técnico-jurídico, al faltar el presupuesto básico inherente a toda relación de trabajo, como es la ajenidad, ya que quienes así trabajan lo hacen esencialmente para la unidad familiar. Al parentesco familiar, como condición indispensable, hay que sumarle, además, la falta de retribución salarial, *“salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo”* [art. 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores].

La reforma que ahora se propone pretende introducir una redacción del actual art. 1.3.e) al modo en que ya se vio respecto de la modificación operada sobre el campo de aplicación de la Seguridad Social (a través del art. 7.2 TRLGSS), es decir, una redacción que permita incluir entre los *“familiares”* del empresario, a la persona vinculada al mismo por un *“contrato de unión civil”*. La técnica utilizada cambia en este caso, sin que se sepa bien por qué. Se anexa un último párrafo al art. 1.3.e), para afirmar que *“los mismos efectos se reconocen a quien estuviera vinculado al empresario por contrato de unión civil”*. Habría sido mucho más sencillo en relación con la modificación efectuada sobre el art. 7.2 TRLGSS, simplemente, añadir, junto al cónyuge, la referencia a esta otra persona con la que el empresario pueda mantener dicha unión.

Se desperdicia, en esta ocasión, la oportunidad de proceder a retocar, por razones de mera coherencia lógica, otras instituciones jurídico-laborales en las que aparece una estrecha conexión entre la condición de trabajador asalariado y la de miembro de una determinada unidad familiar. Mediante tales instituciones, en definitiva, se están articulando mecanismos de protección de determinados derechos de los trabajadores en la relación de trabajo, y de las que el Estatuto de los Trabajadores se hace eco.

La necesidad de modificar tales instituciones se justifica ante la

legalización de uniones de carácter extramatrimonial por la prohibición de discriminación que, tomando como soporte el art. 17 LET, el cual no es más que la cristalización en las relaciones de trabajo del derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 de la Constitución, desciende al ámbito de los derechos que a los trabajadores asisten ante el empresario en la relación de trabajo, entre ellos y de forma expresa, la LET señala en su art. 4.2.c) el derecho de los trabajadores *“a no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de... estado civil”*.

En particular y en cuanto a lo que ahora interesa, hay que hacer constar que el Estatuto ha previsto ciertas modulaciones en la organización y distribución del tiempo de trabajo, precisamente, tomando en cuenta la consideración del trabajador individual en estrecha conexión con la unidad familiar en que se integra. En esa relación ocupa un lugar destacado dentro de la ordenación de la jornada de trabajo el régimen de permisos establecido para atender responsabilidades familiares (art. 37.3), así como las ausencias retribuidas y la excedencia para atender el cuidado de los hijos (art. 37.4 y 5 y art. 46.3).

En relación con este último supuesto, obviamente, no es preciso introducir modificaciones de ningún tipo, ya que la protección de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales no ofrece duda alguna, cualquiera que sea su filiación (ex art. 39.2 CE), por lo que el régimen de permisos retribuidos y de excedencias establecido en el Estatuto de los Trabajadores rige en todo caso, con independencia de cuál sea la filiación de los hijos.

Mayores problemas plantea, sin embargo, el atendimiento de otras circunstancias familiares del trabajador que, en los términos previstos por el Estatuto, posibilita, en primer lugar y como interrupción no periódica de la relación de trabajo (ausencias del trabajo con derecho a remuneración, como el propio Estatuto las califica), el derecho a un permiso retribuido de quince días de duración en caso de matrimonio (art. 37.3.a). Este supuesto, lógicamente, debe equipararse con la unión civil como forma de convivencia extramatrimonial a fin de no incurrir en supuestos discriminatorios que no justifican un trato diferenciado por razón de la opción de convivencia del trabajador. Por extensión, el permiso retribuido de dos días de duración (ampliable hasta cuatro) para el atendimiento por enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta el segundo grado, por consanguinidad o afinidad (art. 37.3.b), debe ser objeto del mismo reconocimiento para el trabajador cuyos vínculos familiares se establezcan a partir del *“contrato de unión civil”*.

Con tal amplitud de reconocimiento de las circunstancias familiares originadas por una unión de carácter extramatrimonial es como la Ley Catalana de Uniones de Hecho se ha pronunciado, si bien, en lo

atinente a derechos de la función pública en aquella Comunidad Autónoma, que no a la relación de trabajo puesto que, sobra decirlo, es materia de competencia exclusiva del Estado y vetada por completo en lo que a legislación se refiere, a las Comunidades Autónomas (art. 149.1.7.^a CE).

En efecto, dicha Ley lleva a cabo un reconocimiento muy amplio de las relaciones de convivencia de carácter extramatrimonial, efectuando un tratamiento diferenciado entre la *“unión estable heterosexual”* y la denominada *“Unión estable homosexual”*, tratamiento que justifica su Preámbulo por cuanto que *“la pareja heterosexual que vive maritalmente, si no se casa, es por voluntad propia. La pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee. La primera es capaz de engendrar descendencia biológica, la segunda no”*.

Esta es una Ley que lleva a cabo un reconocimiento muy generoso, en aras de igualar la convivencia extramatrimonial con la matrimonial (con independencia de cuál sea la opción sexual de sus integrantes) en lo que se refiere a ciertas condiciones de ejercicio de la función pública. Para ello, se dota a los funcionarios de la Comunidad Autónoma de: *a)* el derecho a una excedencia voluntaria (mínima de dos años y máxima de quince), cuando el conviviente resida en otro Municipio por haber obtenido acceso definitivo a una plaza como funcionario de carrera o como personal laboral en cualquier organismo autónomo, entidad gestora de la Seguridad Social, en órganos constitucionales o del Poder Judicial; *b)* a un permiso de dos días (ampliable hasta cuatro) por muerte o enfermedad grave del conviviente, y *c)* a un tercio o la mitad de reducción de la jornada de trabajo (con reducción proporcional de retribuciones), por incapacidad física del conviviente y mientras conviva, reducción que adquiere caracteres de incompatibilidad con cualquier otra actividad, remunerada o no, durante el horario objeto de reducción (arts. 9 y 27, preceptos que presentan la misma redacción referida en uno y otro caso a uniones heterosexuales y homosexuales, respectivamente).

Derecho a excedencias, permisos y reducciones de jornada, en definitiva, que se presentan como instrumentos de equiparación con otros derechos ya reconocidos a los funcionarios de la citada Comunidad Autónoma.

Este, a mi modo de ver, es el procedimiento que debe seguirse en lo que a la relación de trabajo se refiere, impidiendo, en cualquier caso, que la elección por una convivencia matrimonial o extramatrimonial despliegue tratamientos diferenciados injustificados (y, por tanto, calificables de discriminatorios) en las relaciones de trabajo, en la medida en que chocarían frontalmente con la prohibición establecida en el art. 17 en relación con el art. 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores.