

manuales

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

3ª EDICIÓN

DIRECTOR

Luis Enrique de la Villa Gil

COORDINADORES

Ignacio García-Perrote Escartín

Jesús R. Mercader Uguina

AUTORES



TIRANT LO BLANCH

Belén Alonso García

Manuel Álvarez de la Rosa

Ángel Arranz Panadero

Ana Badiola Sánchez

Luis M. Camps Ruiz

Aurelio Desdentado Bonete

Manuel-Jesús Dolz Lago

Ricardo Escudero Rodríguez

Jesús Fernández de Puellas Martínez

J. Ignacio García Ninet

Ignacio García-Perrote Escartín

Jordi García Viña

Jesús González Velasco

Bernardo Gonzalo González

Félix Herrero Alarcón

Enrique Juanes Fraga

David Lantarón Barquín

Lourdes López Cumbre

Francisco López-Iarruella Martínez

Jesús R. Mercader Uguina

José Luis Monereo Pérez

Jaime Montalvo Correa

Ricardo Morón Prieto

Magdalena Nogueira Guastavino

M. Carlos Palomeque López

Ana de la Puebla Pinilla

Amalio Sánchez Grande

F. Javier Sánchez Pego

María de Sande Pérez-Bedmar

Rafael Sastre Ibarreche

César Tolosa Tribiño

Gregorio Tudela Cambroner

Mikel Urruticoechea Barrutia

Yolanda Valdeolivas García

Luis Enrique de la Villa Gil

Juan de la Villa de la Serna

Luis Enrique de la Villa de la Serna

Carmen Viqueira Pérez

María Paz Vives Usano

Jaime Yanini Baeza

TEMA 18

LA PROTECCIÓN POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

Rafael Sastre Ibarreche

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Salamanca

I. Consideraciones generales

Los antecedentes del actual régimen jurídico de las prestaciones por *muerte y supervivencia* —Capítulo VIII del Título II de la LGSS— muestran cómo el desarrollo de la protección frente a esta contingencia se produce, comparativamente con otros ámbitos —jubilación, incapacidad o desempleo, por ejemplo—, con una cierta demora, en especial por lo que se refiere al fallecimiento causado por riesgos comunes.

Efectivamente, con anterioridad a la promulgación de la LSS (66), se detecta una notable pluralidad y dispersión protectora en los diversos seguros sociales, articulada en torno a dos líneas de cobertura: la derivada del régimen de accidentes de trabajo y la originada en el campo del aseguramiento por contingencias comunes. Además, y respecto de esta última, cabe afirmar que la toma de conciencia del legislador se produce con un mayor retraso y un notable asistematismo (DE LA VILLA / DESDENTADO).

Sobre estos antecedentes, los criterios incorporados por la LSS (66) se concretaron en la unificación protectora, dando paso a un sistema más integrado de prestaciones y cuyo desarrollo reglamentario llevan a cabo el *Reglamento General de Prestaciones* —D. 3158/1966, 23-12 y la OM para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia en el Régimen General (OMS), 13-2-1967. La promulgación de la

L. 24/1972, 21-6, de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social terminará por perfilar las líneas maestras de la que es heredera la actual regulación.

En principio, la finalidad de las distintas prestaciones otorgadas con ocasión del fallecimiento del sujeto causante es, precisamente, atender a las situaciones de necesidad en que se ven inmersas ciertas personas que dependían económicamente de aquél. O, por decirlo con otros términos, se pretende «no privar de apoyo económico a los que dependen del que les presta el trabajador fallecido, compensándoles de esta pérdida» (STS 2-10-1973, Ar. 3589). Por ello, son dos los factores concurrentes en el supuesto de hecho contemplado, el primero de los cuales —la muerte o, en su caso, la desaparición— no genera excesivos problemas conceptuales, mientras que el segundo, la *dependencia económica*, plantea una mayor complejidad (ALARCÓN CARACUEL / GONZÁLEZ ORTEGA).

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

En efecto, hasta la interpretación ofrecida por la STC 103/1983, 22-11, parece que el legislador no atiende al daño sufrido por el sujeto causante sino al que, debido al exceso de gastos, provoca la muerte para los supervivientes y a la situación familiar de penuria económica que la pérdida de rentas ingresadas por aquél ocasiona. Serían, por lo tanto, dos los intereses que inciden en el fundamento protector, aunque con diferente peso específico: el interés familiar y el interés del beneficiario a la cobertura de ciertas necesidades que la muerte del causante pone de manifiesto. Pero distinta relevancia porque la ordenación normativa originaria revela el carácter secundario que posee la relación familiar frente al elemento de la necesidad económica: lo verdaderamente importante para definir la condición de beneficiario no es tanto la vinculación familiar con el causante como la dependencia económica, bien presunta, bien necesitada de demostración (ALMANSA).

Para el TC, no obstante, y en el caso concreto de la viudedad, la prestación otorgada persigue la compensación frente al daño que supone la falta o minoración de ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente. Que la muerte cree o no un estado de necesidad, no es relevante (SSTC 184/1990, 15-11, y 35/1991, 14-2).

Dos observaciones es preciso efectuar para completar estas consideraciones introductorias. La primera tiene que ver con la complejidad que reviste la relación entre supervivencia y estado de necesidad. Al margen de las reflexiones que suscita la pensión de viudedad, parece clara la variación, con la edad, de las necesidades reales del huérfano, necesidades escasamente socializadas, por lo general, en nuestro país y cuya cobertura se confía de modo casi exclusivo a la familia, con lo que el problema de la protección del cónyuge superviviente se agrava. La segunda, es la presencia, al lado de factores objetivos relevantes en la configuración de la acción protectora —estructura de la unidad familiar, incidencia del fallecimiento sobre los ingresos y nivel de autonomía económica de sus integrantes—, de ciertos elementos ideológicos, institucionales o económicos que actúan condicionando a los primeros. Así, la amplitud histórica del grupo familiar, la concepción dominante acerca del trabajo femenino, el lugar de la mujer en la población activa, la normativa en materia de trabajo de menores o del sistema educativo o, por fin, la tolerancia y aceptación social de las uniones de hecho (DE LA VILLA / DESDENTADO).

Por lo que se refiere al **marco jurídico**, las principales normas que regulan esta materia son:

- Arts. 171 a 179 LGSS, en la redacción dada por las Leyes 24/1997, 15-7, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, 66/1997, 30-12, 50/1998, 30-12, y 24/2001, 27-12, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social
- Disp. Adic. 100 L. 30/1981, 7-7, que modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio
- Arts. 29 y ss. del Reglamento General de Prestaciones Económicas (D. 3158/1966, 23-12), parcialmente modificado por el D. 1646/1972, 23-6 y por RD 1465/2001, 27-12
- RD 1647/1997, 31-10, por el que se desarrollan determinados aspectos de la L. 24/1997, 15-7, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, modificado por RD 4/1998, 9-1, sobre revalorización de pensiones para 1998 y por RD 1465/2001, 27-12
- OM 13-2-67, parcialmente modificada, entre otras muchas normas, por la OM 31-7-72 y por los RR.DD. 4/1998, 9-1 y 1465/2001, 27-12, ya citados.

- Para el supuesto concreto de fallecimientos motivados por actos de terrorismo, han de tenerse en cuenta, además, el art. 51 LGSS y el RD 1576/1990, 7-12, así como los RR.DD. 851/1992, 10-7, sobre pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo, y 1211/1997, 18-7, que aprueba el Reglamento de ayuda y resarcimiento a las víctimas de delitos de terrorismo

II. Contingencia protegida y requisitos del hecho causante

Dos son las situaciones de necesidad que derivan de la muerte y que protege el sistema de Seguridad Social:

a) La defunción o fallecimiento, que da lugar a los consiguientes gastos de sepelio y origina, para quien se hace cargo, una situación de necesidad.

La protección concedida por la Seguridad Social se concreta, según se verá, en un auxilio por defunción.

b) La supervivencia, referida a la situación de necesidad de quienes dependían materialmente del difunto.

En este caso, las posibles prestaciones son diversas: pensiones de viudedad, de orfandad o en favor de familiares; subsidios en favor de familiares; indemnizaciones a tanto alzado.

Se produce la actualización de la contingencia protegida bien al sobrevenir la muerte, bien cuando tenga lugar la declaración de fallecimiento, de acuerdo con lo previsto en el Código civil (arts. 193 y ss.): sin accidente, la declaración de fallecimiento procede cuando hayan transcurrido diez años o cinco si, transcurrido este plazo, el ausente hubiera cumplido setenta y cinco años de edad.

No obstante, el art. 172.3 LGSS contempla el caso concreto de la desaparición del trabajador derivada de accidente, laboral o no, y en circunstancias que hagan presumible la muerte: transcurridos noventa días sin noticias suyas, pueden causar derecho a las prestaciones, con excepción del auxilio por defunción, retrotrayéndose los efectos económicos a la fecha del accidente.

Las singulares características de la contingencia protegida, a las que se añaden las peculiares soluciones normativas previstas por nuestro

sistema de Seguridad Social, provocan que pueda afirmarse, sin duda, que nos encontramos ante un espacio revestido de una especial complejidad. En efecto, una descripción general de los mecanismos protectores revela la presencia de una regulación causal y pluralista o diversificada (ALMANSA). Por ello, es importante concretar el tipo de riesgo que produjo el fallecimiento. Como en ocasiones esto puede producir problemas, en el art. 172.2 LGSS se contienen ciertas presunciones. Así, se presumen *iuris et de iure* fallecidos por causa profesional quienes tuvieran reconocida previamente una invalidez absoluta o gran invalidez de origen profesional. Para las demás situaciones, en cambio, habrá de demostrarse que el fallecimiento lo ocasionó un accidente de trabajo o enfermedad profesional y siempre que la muerte se haya producido en los cinco años posteriores al accidente; tal plazo no juega en caso de enfermedad profesional.

Por otro lado, hay que señalar que el RD 1576/1990 equipara la muerte ocasionada en acto terrorista con la derivada de accidente de trabajo (art. 2.1). Las pensiones extraordinarias por actos de terrorismo poseen un carácter básicamente indemnizatorio, lo cual no excluye su naturaleza de pensiones públicas (STS 21-6-1999, Ar. 5223).

A diferencia de los que ocurre con las demás contingencias protegidas por el sistema de Seguridad Social, es preciso distinguir entre sujetos causantes, por un lado, y sujetos beneficiarios de las prestaciones, por otro, con la consiguiente atribución separada de condicionamientos para causar derecho y para el acceso a la protección, respectivamente. Esta peculiaridad ha servido para poner en pie, en algunos ordenamientos, un sistema protector basado en la técnica de diferenciación entre derechos propios y derechos derivados. Dicha técnica jurídica no tiene, sin embargo, cabida en nuestro ordenamiento, una vez rechazado el fundamento sucesorio de la protección.

A) Sujetos causantes

A tenor de lo dispuesto en los arts. 172 LGSS y 2 OMS, tienen tal consideración las siguientes personas:

a) Trabajadores por cuenta ajena en alta —STS (ud) 21-6-1995, Ar. 5215— o situación asimilada. La jurisprudencia viene manteniendo una interpretación flexible, no formalista e individualizadora de la exigencia del alta para evitar supuestos injustificados de desprotección (STS 27-5-1998, Ar. 5700). Ha entendido, así, que se cumple el requisito cuando

la enfermedad que determina la muerte se inició bastante antes de producirse la baja en la Seguridad Social —SSTS (ud) 19-12-1996 y 19-11-1997, Ar. 1885 y 8616. La existencia de una rica vida laboral y de cotizaciones debe tenerse en cuenta, de tal modo que el hecho de no estar en alta ha de examinarse con precaución: salvo que se ponga de manifiesto una conducta claramente reveladora de apartarse del sistema de Seguridad Social, prevalece el carácter tuitivo respecto de los sujetos protegidos (SSTSJ Cataluña 13-1-1998, AS 543; y Galicia 18-3-1998, AS 335).

Entre las situaciones asimiladas —y tras la desaparición del servicio militar y la prestación social sustitutoria— destacan la excedencia forzosa, el traslado por la empresa a centros de trabajo radicados en el extranjero, la suscripción de convenio especial, el desempleo involuntario total y subsidiado, el paro involuntario que se prolongue tras el agotamiento de las prestaciones por desempleo, la huelga legal o cierre patronal lícito, los periodos de inactividad de trabajadores de temporada, la jubilación anticipada y la percepción de prestaciones de asistencia social (art. 2.4 OMS). En consonancia con esa flexibilizadora interpretación, y en la línea marcada por el TS, entienden los Tribunales que la falta de inscripción formal durante un corto periodo temporal como demandante de empleo no puede comportar, *per se* y sin más, la inexistencia de situación asimilada al alta (STS 12-3-1998, Ar. 2565). La involuntariedad en la situación de desempleo requiere que después del cese y de agotada la prestación por desempleo haya una manifestación acreditativa de voluntad de incorporarse a la actividad laboral (STS 9-12-1999, Ar. 9720 y SSTSJ Andalucía 14-3-1996, AS 1907; Cataluña 15-3-1996, AS 638; y País Vasco 21-10-1997, AS 3170), que no se rompe en el caso del fallecimiento durante la pendencia del proceso por despido (STSJ Canarias 5-12-1996, AS 4103). Por su parte, la circunstancia de que el trabajador no hubiese percibido o reclamado las prestaciones económicas por incapacidad temporal no permite dejar de apreciar tal situación, existiendo partes de baja y confirmación (STSJ Galicia 8-1-1997, AS 3).

Deben acreditar un periodo mínimo de cotización de quinientos días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al deceso, para cuyo cómputo se excluyen los lapsos de tiempo en que no existió obligación de cotizar («teoría del paréntesis» que es aplicada, por ejemplo, por la STS 7-5-1998, Ar. 4102). Sin embargo, si el fallecimiento se debe a accidente, común o de trabajo, o enfermedad profesional, no se exige carencia previa. Tampoco, para causar derecho al auxilio por defunción (arts. 7.1, 16.1, 22.1 y 25 OMS y 23.1 D. 1646/1972).

Con todo, la actual redacción de los arts. 174.1 y 176.1 LGSS permite causar derecho a pensión de viudedad y de orfandad, así como a las prestaciones en favor de familiares, aunque el fallecido no se hallara en alta o situación asimilada en la fecha de la muerte. A cambio, se exige un periodo mínimo de carencia de quince años, prohibiendo que, cuando se cause derecho a pensiones de viudedad y orfandad y a prestaciones en favor de familiares al amparo de esta previsión —falta de alta o situación asimilada—, los efectos se retrotraigan a fecha anterior a 1 de enero de 1999. Aunque en algunos supuestos de incapacidad permanente derivada de accidente no laboral una regla similar se incorporó a nuestro ordenamiento tras la reforma llevada a cabo por la L. 26/1985, (hoy en el art. 138.3 LGSS), debe resaltarse la importancia de esta medida, que afecta, en principio, a todo tipo de riesgo, común o profesional, y flexibiliza de forma parcial el requisito del alta a través de la exigibilidad de un periodo de cotización sensiblemente incrementado (art. 124.4 LGSS).

A efectos de acreditar los correspondientes periodos de carencia y en el concreto supuesto de los trabajadores contratados a tiempo parcial, se contabilizarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, incluyendo las complementarias. Para ello, se calculará su equivalencia en días teóricos de cotización, dividiendo por cinco el número de horas efectivamente trabajadas (DA 70 LGSS, en la redacción dada por L. 12/2001, 9-7 y RDL 15/1998, 27-11, desarrollado por RD 144/1999, 29-1, cuyo art. 3 concreta aspectos relativos a la carencia cualificada y, el 6, a las bases reguladoras).

b) Perceptores del subsidio por recuperación.

c) Pensionistas de invalidez permanente y de jubilación en su modalidad contributiva, en ambos casos. Se incluyen también los trabajadores con derecho a pensión por invalidez permanente total que optaron por la indemnización especial a tanto alzado para menores de sesenta años (art. 6 OM 31-7-1972). La STS (ud) 26-10-1998, Ar. 9304 equipara la situación de invalidez no contributiva a asimilada al alta, aplicando analógicamente la doctrina a que antes se ha hecho referencia. Son casos en que la enfermedad surge con anterioridad a la baja en la Seguridad Social y que determinan la situación de invalidez no contributiva, siendo ésta la que origina, no sólo la baja, sino también la imposibilidad genérica para el trabajo.

La pensión de incapacidad permanente parcial del antiguo Reglamento de Accidentes de Trabajo 22-6-1956 da derecho a percibir la

pensión de viudedad, sin que exista discriminación frente a los perceptores de indemnizaciones por incapacidad permanente parcial (STS (ud) 1-2-1996, Ar. 837).

d) Trabajadores que hubieran cesado en su trabajo con derecho a pensión de jubilación y falleciesen sin haberla solicitado.

B) Beneficiarios

Al ser varias las prestaciones otorgadas por la Seguridad Social con ocasión del fallecimiento del sujeto causante de que se trate, también pueden ser diversos los beneficiarios, dependiendo del tipo de prestación.

a) Auxilio por defunción: la persona que se haya hecho cargo de los gastos del sepelio es el sujeto beneficiario. Con todo, la LGSS establece una presunción de que tales gastos han sido abonados, por este orden, por el cónyuge supérstite, los hijos y los parientes del fallecido que convivieron con él habitualmente (art. 173). Lo que dicha presunción evita es la carga de la prueba a esos familiares, pero cabe su destrucción mediante prueba en contrario por un tercero que realmente haya pagado los gastos.

b) Viudedad: una aproximación a la normativa comparada pone de relieve que la regulación de las pensiones de viudedad se apoya sobre tres elementos combinados. El primero es la posición de la mujer dentro de la familia y de la sociedad que, tradicionalmente, ha partido de una presunción de dependencia respecto del cónyuge varón. El segundo tiene que ver con los problemas económicos que la muerte del causante provoca en la unidad familiar. Por último, ha de mencionarse la relación con el genérico problema de la vejez, ya que, estadísticamente, se comprueba la presencia de un alto porcentaje de viudas con una edad avanzada, circunstancia achacable, en general, al más elevado promedio de vida de las mujeres y al hecho de que, dentro del matrimonio, la mujer suele ser más joven que el marido. Resulta claro, sin embargo, que es el primero de los factores enumerados el que prima sobre el resto, de tal forma que las soluciones adoptadas y los términos del planteamiento del problema serían distintos en una situación social de plena equiparación jurídica y económica de los sexos y de participación similar en las cargas del hogar.

En España, el diseño de la pensión de viudedad realizado por la LGSS (74) en su versión originaria se basaba en dos pilares característicos. El

primero consistía en la identificación de la viuda como principal beneficiaria de la prestación, puesto que, en el caso del viudo, el acceso a la pensión se hacía pivotar sobre ciertos requisitos específicos añadidos: incapacidad y dependencia económica. El segundo pilar apuntaba a la satisfacción de una necesidad de seguridad en el sujeto encuadrado en el sistema de Seguridad Social respecto de la futura situación de los miembros de la unidad familiar en caso de fallecimiento.

Ahora bien, es innegable el giro que la DA 100 L. 30/1981, 7-7 —y, por supuesto, la jurisprudencia constitucional a partir de 1983— imprimió a esta cuestión. Antes de basar el derecho a la protección en la necesidad de suplir la percepción de rentas obtenidas por el supérstite a expensas del causante, parece que esta norma sienta la presunción de que la convivencia —arts. 68 y 69 CC— genera un interés legítimo cuya lesión, sin necesidad de demostrar sus efectos lesivos, produce un daño indemnizable. En definitiva, y como ya se adelantó, la situación de necesidad, uno de los elementos claves sobre los que se construye el modelo constitucional de Seguridad Social, se diluye a partir del juego de ciertas presunciones. Algunas ya estaban presentes en la redacción originaria de la LGSS; otras se hicieron patentes en las reglas de la DA 100 L. 30/1981; otras, por fin, derivan de la equiparación entre viudo y viuda que el TC efectúa a partir de la STC 103/1983.

De este modo, sujetos beneficiarios de esta prestación económica lo serán el cónyuge superviviente y, en los casos de separación o divorcio, también quien haya sido cónyuge legítimo, siempre que no haya contraído nuevas nupcias, «y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio» (art. 174.2 LGSS). A los supuestos de nulidad del matrimonio, cuando no se aprecie mala fe en el beneficiario, les son también aplicables estas previsiones. Igual que en el caso de divorcio, el art. 174.2 LGSS hace depender, lógicamente, el nacimiento del derecho de que el beneficiario no hubiera contraído nuevas nupcias.

Se suprime, pues, toda diferencia basada en el sexo del beneficiario (SSTC 103/1983, 22-11 y 142/1990, 20-9, entre otras), pero se mantiene la imposibilidad de causar derecho a la pensión de viudedad por parte del superviviente de una unión extramatrimonial, al igual que sucede con matrimonios celebrados según ritos étnicos o religiosos no reconocidos legalmente, como exige el art. 49 CC (STSJ Cataluña 7-10-1999, AS 4205). En efecto, una reiterada doctrina constitucional, en la cual destaca la STC 184/1990, 15-11 viene estableciendo, como requisito *sine qua non* para causar tal derecho, la necesidad de existencia de un vínculo

matrimonial, exigencia legislativa plasmada hoy en el art. 174.1 LGSS y que sólo de una forma excepcional y transitoria —por la propia naturaleza del supuesto planteado, según reconoce la STS 25-1-2000, Ar. 1311— se rompe en el caso de la regla 20 contenida en la DA 100 L. 30/1981. Para el TC, en la Constitución el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes y, consiguientemente, el dispar trato otorgado en la pensión de viudedad a los cónyuges y a quienes conviven de hecho sin impedimento para contraer matrimonio, ni es arbitrario ni carece de fundamento (STC 39/1998, 17-2). En realidad, ya anteriormente el TCT había mantenido una clara línea, frente a algunas decisiones de órganos inferiores, de rechazo a la posibilidad de acceso a la protección en estos supuestos —STCT 7-12-1988, Ar. 8436—, rechazo que se ha hecho extensivo, también, al supuesto de parejas homosexuales (SSTSJ Cataluña 27-9-1999, AS 3732, y Castilla-León 18-1-2000, AS 577).

c) Orfandad: en cualquier caso, la condición de beneficiario de orfandad implica una edad inferior a dieciocho años —con la excepción que seguidamente se comentará— o hallarse incapacitado para el trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (art. 9.1 RD 1647/1997 y STS 28-4-1999, Ar. 4653), teniendo en cuenta que la pensión de incapacidad es incompatible con la de orfandad (art. 179.3 LGSS). La situación de incapacidad no aparece legalmente condicionada por una previa declaración administrativa o judicial, de modo que la apreciación de dicha incapacidad puede y debe realizarse en el propio expediente que decide sobre la prestación de orfandad. No es, así, preciso que la situación de incapacidad la tuviera previamente declarada el huérfano en expediente de incapacidad permanente (SSTS (ud) 4-11-1997, Ar. 8027, y 10-2-1998, Ar. 1796).

Efectuada dicha precisión, serán beneficiarios los huérfanos, esto es, los hijos cuyo padre, madre o ambos hayan fallecido, con independencia de la naturaleza legal de su filiación (art. 175.1 LGSS). Asimismo, se incluyen los hijos que el cónyuge supérstite hubiese llevado al matrimonio, siempre que éste se hubiese celebrado dos años antes como mínimo, se pruebe la convivencia habitual y la dependencia económica del causante, y no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social ni existan familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos, de acuerdo con la legislación civil (art. 9.3 RD 1647/1997).

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el art. 175.2 LGSS permite causar derecho a pensión al huérfano que no realice trabajo lucrativo por

cuenta propia o ajena, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual sean inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual —y con los matices incorporados por la STS 25-6-1999, Ar. 5785—, si, al tiempo de fallecer el causante, es menor de veintidós años de edad, o de veinticuatro en caso de orfandad absoluta.

El art. 9.2 RD 1647/1997, modificado por RD 1465/2001, precisa que, una vez reconocido el derecho a la pensión o prolongado su disfrute, éste quedará en suspenso cuando los beneficiarios mayores de dieciocho años celebren un contrato laboral o realicen un trabajo por cuenta propia, y si los ingresos percibidos superan el límite del 75% del salario mínimo interprofesional. La suspensión afecta también a los supuestos de beneficiarios que, con anterioridad al cumplimiento de dicha edad, compatibilicen la realización de un trabajo por cuenta propia o ajena con la percepción de la pensión, y siempre que los ingresos obtenidos sobrepasen tal límite. El derecho se recuperará en el tiempo y condiciones que el propio precepto determina.

Una sistematización de las reglas contenidas en los arts. 176 LGSS, 40 y 42 D. 3158/1966 y 22 y 25 OMS —en la nueva redacción dada por los RR.DD. 4/1998 y 1465/2001—, permite identificar seguidamente a los beneficiarios de los dos tipos de prestaciones en favor de familiares, pensiones y subsidios, a partir de este esquema:

d) Pensión en favor de familiares:

- Nietos y hermanos, huérfanos de padre y madre, menores de dieciocho años o con capacidad de trabajo reducida en un porcentaje valorado en el grado de incapacidad permanente o gran invalidez.

También se incluye a los menores de veintidós años al tiempo de fallecer el causante que no realicen un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena, así como a los que, efectuándolo, no obtengan ingresos superiores al 75% del salario mínimo interprofesional, en cómputo anual.

- Madre y abuelas viudas, casadas, cuyo marido sea mayor de sesenta años o esté incapacitado para el trabajo, separadas legalmente o divorciadas y solteras.
- Padre y abuelos con sesenta años cumplidos o incapacitados para todo trabajo.

- Hijos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez, solteros, viudos, separados legalmente o divorciados, mayores de cuarenta y cinco años y que hayan acreditado dedicación prolongada al cuidado del causante.
- Hermanos solteros, separados legalmente, divorciados o viudos de tales pensionistas, mayores de cuarenta y cinco años, que también hayan acreditado dedicación prolongada al cuidado del causante.

e) Subsidio temporal en favor de familiares:

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

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

- Convivencia con el causante y dependencia económica de él al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquél.
- No ser beneficiario de ninguna pensión pública.
- Carecer de familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, así como de recursos económicos propios.

En el caso de los nietos o hermanos, se entenderá que carecen de medios de subsistencia cuando los ingresos disponibles sean iguales o inferiores a la cuantía del salario mínimo interprofesional, todo ello en cómputo anual. Si los nietos o hermanos cuentan con dieciocho o más años y realizan un trabajo por cuenta propia o ajena, se requiere, además, que los ingresos anuales procedentes de dicha actividad no excedan del 75% del salario mínimo interprofesional, en cómputo anual.

Como puede observarse, la idea de *dependencia económica*, exponente, aquí sí, de una real situación de necesidad que debe ser demostrada, es el dato fundamental tomado en cuenta por el legislador, y que se modula, a su vez, por el elemento de la edad, como presupuesto para la confianza en la mayor o menor probabilidad de alcanzar una situación de autonomía económica en el futuro (SSTCT 16-12-1987, Ar. 28583, y 16-5-1989, Ar. 3854) y, consiguientemente, para la opción por uno u otro tipo de prestaciones. Los demás factores —estado civil o derecho de alimentos entre parientes, en lo esencial— juegan, así, como complementos de aquella primera idea básica. En todo caso, la combinación de estos elementos circunstanciales ha generado una litigiosidad impor-

tante, siendo la jurisprudencia la que ha tenido que perfilar los contornos de la noción de dependencia a través de un particular examen casuístico. De este modo, la materialización de ese concepto jurídico indeterminado —*vivir a expensas*— la ha llevado inicialmente a cabo el TS sobre el módulo objetivo que supone la cuantía del salario mínimo interprofesional, con referencia a cada uno de los miembros del grupo familiar (SSTS, ud, 9-11-1992, Ar. 8791, y 28-10-1995, Ar. 9837), sin llegar a exigir una situación de completa dependencia o indigencia (STS, ud, 19-7-1993, Ar. 5739 y SSTSJ, Madrid, 18-7-1989, AS 1177; Murcia, 10-1-1992, AS 392) y justificando el diferente trato legal entre hombre y mujer (STS, ud, 24-2-1995, Ar. 2557), la exclusión de la separación de hecho (SSTS, ud, 25-6-1992, Ar. 4675, 8-3-1993, Ar. 1679, 26-11-1993, Ar. 9080, y 6-5-1994, Ar. 6837) y la posibilidad de optar entre una de las dos posibles pensiones concurrentes (SSTS, ud, 18-9 y 9-10-1991, Ar. 6468 y 7209, respectivamente; 1-12-1992, Ar. 10047; 3-2 y 9-7-1993, Ar. 1691 y 5558, respectivamente) o interpretando, por fin, el juego del mecanismo del derecho de alimentos entre parientes (STS, ud, 19-10-1994, Ar. 10333; y SSTSJ, Madrid, 5-7-1989, AS 1119; Murcia, 18-9-1989, AS 2220; Cantabria, 11-12-1992, AS 5952; Cataluña, 28-1 y 11-2-1993, AS 468 y 818, respectivamente; País Vasco, 11-10-1993, AS 4288).

Por consiguiente, hoy el requisito de carencia de rentas en las prestaciones en favor de familiares se determina por remisión al módulo del salario mínimo interprofesional, en cómputo mensual (art. 22.1 OMS y STS (ud) 9-2-1998, Ar. 1647). En el concreto supuesto del pensionista de viudedad cuya pensión es inferior al salario mínimo interprofesional y que vive con un hijo que fallece, debe reconocerse su derecho a solicitar pensión en favor de familiares, optando luego por la más favorable. Esta interpretación del art. 22.1 OMS, es mantenida desde hace tiempo por el TS en alguna de las resoluciones arriba citadas y, más recientemente, en STS (ud) 17-12-1997, Ar. 9188.

Por lo que a la posibilidad de prestar alimentos respecta, el TS argumenta que, estando el mínimo vital de subsistencia determinado por el citado módulo del salario mínimo interprofesional, contar con ingresos inferiores al mismo por parte del obligado o, si aun siendo superiores, no alcanzan a garantizar al alimentista dicho mínimo, son circunstancias que impiden afirmar la existencia de dicha posibilidad (STS (ud) 12-3-1997, Ar. 3389 y, de modo similar, SSTSJ Castilla León 8-1-1997, AS 25, y Aragón 25-3-1998, AS 913).

En definitiva, las prestaciones en favor de familiares poseen un carácter cuasi-residual y se hallan más próximas a un concepto asistencial

de la protección (STC 3/1993, 14-1) que las últimas y parciales reformas normativas no han hecho sino resaltar.

III. Prestaciones

A) Tipología, contenido y determinación

Como ha tenido ya ocasión de indicarse, las clases de prestaciones por muerte y supervivencia otorgadas por el Régimen General de la Seguridad Social son varias. Un repaso a las mismas pone de relieve la presencia de cuatro tipos de posibles prestaciones económicas (art. 171 LGSS):

1º) Pensiones de viudedad, orfandad y en favor de familiares. Poseen carácter imprescriptible y, en principio, duración vitalicia. La excepción la constituyen las pensiones de orfandad, al prever el art. 21.1, a) OMS, entre las causas de extinción de las mismas, el cumplimiento de la edad mínima fijada en cada caso, salvo incapacidad del huérfano.

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

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

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

Por lo que respecta a la cuantía y determinación de las mismas, habrá que distinguir entre los diversos supuestos:

a) Auxilio por defunción: el art. 6 OMS establece unas cuantías ya muy desfasadas, dependiendo de los beneficiarios: si éstos son los familiares descritos en el art. 5 OMS, cinco mil pesetas (30,05 _), independientemente de los gastos del sepelio; si es una persona distinta, se abonará el importe de los gastos ocasionados por el sepelio, sin rebasar ese límite máximo de cinco mil pesetas.

b) Pensiones y subsidios: al igual que sucede con otros supuestos, la determinación de estas prestaciones se realiza aplicando un porcentaje sobre la base reguladora.

La base reguladora varía dependiendo de la situación del sujeto causante y del tipo de riesgo que originó la muerte:

- Cuando el causante estuviese en activo o en situación asimilada, y el fallecimiento se debiera a riesgos comunes, la base reguladora se cifra en el cociente resultante de dividir por veintiocho la suma de las bases de cotización por las que haya cotizado o debido cotizar durante un periodo ininterrumpido de veinticuatro meses, elegido por los beneficiarios dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de la muerte (art. 7.1 D. 1646/1972).
- Si, estando en activo o situación asimilada, la muerte se debió a riesgo profesional, la base reguladora se calcula sobre los salarios reales, de acuerdo con las reglas establecidas en los arts. 60 y ss. D. 22-6-1956, por el que se aprueba el Reglamento de Accidentes de Trabajo, y la DA 110 RD 4/1998, 9-1. De hallarse el trabajador pluriempleado, se computarán todas sus bases de cotización en las diferentes empresas, de acuerdo con lo previsto en el art. 32 OMS, y aunque el accidente haya acaecido en una empresa concreta, sin aparente implicación de la otra u otras (STS 22-7-1998, Ar. 8545). En caso de fallecimiento por acto de terrorismo, el RD 1576/1990 especifica que la base reguladora se determinará dividiendo por catorce el resultado de multiplicar por doce la última base mensual de cotización (art. 2.2).
- La base reguladora será la misma que sirvió para determinar su pensión si el sujeto causante era pensionista de jubilación o invalidez. No obstante, la cuantía resultante para la pensión se incrementará con el importe de las mejoras o las revalorizaciones que, para las pensiones de igual naturaleza, se hayan producido desde la fecha del hecho causante de la jubilación o invalidez (art. 7.2 D. 1646/1972 y SSTS (ud) 18-2-1994, Ar. 2041, y 15-1-1996, Ar. 4120).

En cuanto a los porcentajes y cuantías de cada prestación, es preciso diferenciar:

a') Pensión de viudedad: con carácter general, y de acuerdo con el art. 31 RGP, el porcentaje aplicable es el 46%. Sin embargo, dicha cuantía se eleva al 70% en el caso de acreditar tres requisitos adicionales, cuya concurrencia, por cierto, no resultará nada sencilla. En primer lugar, que la pensión de viudedad sea la principal o exclusiva fuente de ingresos del pensionista, circunstancia que se producirá cuando el importe anual de aquélla suponga, al menos, el 50% de la totalidad de sus ingresos anuales. Además, y en segundo término, dichos ingresos no podrán exceder de la cuantía que resulte de añadir al límite previsto en

cada ejercicio económico para el reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas el importe anual establecido para la pensión mínima de viudedad, de acuerdo con la edad del pensionista. Así, a partir de 1-1-2002, 10.935,38 _ en el caso de pensionistas con sesenta y cinco o más años, y 10.352,56 _ para los menores de dicha edad. Finalmente, se exige la existencia de cargas familiares, entendiéndose por tales la convivencia del beneficiario con hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, si los rendimientos de la unidad familiar, en su totalidad, divididos por el número de componentes de la misma no superan, en cómputo anual, el 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

El nuevo art. 31 RGP incorpora reglas complementarias para la definición de los rendimientos computables, la aclaración de ciertas cuestiones temporales —como la concurrencia o pérdida de tales requisitos una vez producido el hecho causante de la pensión— y, también, el establecimiento de ciertas obligaciones a cargo de los beneficiarios en materia de comunicación de datos y variaciones a la entidad gestora.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta el límite establecido por el reformado art. 31.3 RGP, de tal modo que la aplicación del porcentaje del 70% no podrá dar como resultado que la suma de la cuantía anual de la pensión más los rendimientos anuales que perciba el interesado supere el límite de ingresos anteriormente definido. De lo contrario, la cuantía de la pensión se reducirá para no sobrepasar dicho límite.

En caso de nulidad, separación o divorcio —ya se señaló—, la cuantía de la pensión se distribuirá entre el cónyuge y el ex-cónyuge sobrevivientes, en proporción al tiempo convivido con el causante (art. 174.2 LGSS), y teniendo en cuenta los discutibles criterios sentados en la STS (ud) 21-3-1995, Ar. 2171, luego seguida por otras muchas, entre ellas, las SSTS (ud) 10-4-1995, Ar. 3032, 26-4-1995, Ar. 3733, y 14-7-1999, Ar. 6803; SSTSJ Madrid 27-2-1996, AS 1015; Andalucía 15-3-1996, AS 519; Cataluña 27-6-1997, AS 2462; Asturias 30-4-1998, AS 930. Su aplicación, por parte de la Administración, se ha concretado en la Circular del INSS 20-2-1997. Así, partiendo de una tesis atributiva, en caso de concurrencia de beneficiarios, la pensión se atribuye al cónyuge viudo pero sufre una minoración en el porcentaje que corresponda al tiempo de convivencia matrimonial con el causante de los cónyuges anteriores. Igualmente, el prorrateo procede aunque no haya cónyuge viudo y sólo exista un único ex-cónyuge beneficiario.

En definitiva, y por lo que al concreto caso del divorcio respecta, la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado se concreta en la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante, actuando como módulo temporal de referencia el periodo que inicia el matrimonio que después quedó resuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante (STS 25-1-2000, Ar. 1311, aun con matices). El derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, pero debe restarse de la cuantía de su pensión la proporción que ha de asignarse a este último, no importando, para la finalidad de determinar la parte de pensión correspondiente al cónyuge supérstite, que hubiera o no precedido a su matrimonio una convivencia de hecho.

Independientemente del número de beneficiarios, el eventual complemento por mínimos a que pudiera haber derecho es único y se refiere a la prestación en su totalidad.

b') Pensión de orfandad: cada una equivale al 20% de la base reguladora, pero teniendo en cuenta el límite previsto en el art. 18.1 OMS; dicho límite, cifrado en la cuantía de la base reguladora, no podrá ser superado por la suma de las pensiones de viudedad y orfandad causadas por una misma persona. En caso de sobrepasarse, es decir, cuando se cause derecho a pensión de viudedad y tres o más pensiones de orfandad —dos, en el supuesto de que el porcentaje aplicable para calcular la pensión de viudedad haya sido el 70%—, estas últimas se reducirán proporcionalmente.

Tales cuantías volverán a calcularse si se extinguiera el derecho de cualquiera de los demás beneficiarios (art. 18.2 OMS). Por otro lado, el art. 17.2 OMS contempla un peculiar mecanismo de acrecimiento consistente en el incremento proporcional, con la pensión de viudedad, de las pensiones de orfandad «cuando a la muerte del causante no quede cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma». Como ha señalado el TS, la redacción del precepto supone que el incremento se establece pensando en los huérfanos absolutos, e implica la preexistencia de un derecho a pensión de viudedad, circunstancia que impide su juego en el supuesto de filiación extramatrimonial no acompañada de orfandad absoluta (SSTS (ud) 23-2-1994, Ar. 5343, y 10-7-1995, Ar. 5489). En todo caso, juega como límite máximo la cuantía de la base reguladora.

Si concurren en un mismo beneficiario pensiones de orfandad causadas por el padre y la madre, el incremento previsto anteriormente sólo será aplicable a las pensiones originadas por uno de los causantes.

c') Pensión en favor de otros familiares: 20% de la base reguladora. Opera el mismo límite máximo que en el caso de la pensión de orfandad si concurren varios familiares, pero ese tope es independiente del de viudedad y orfandad.

Juega, igualmente, el mecanismo de acrecimiento para el caso de que no existiesen cónyuge sobreviviente —o falleciese estando en el disfrute de la pensión— ni huérfanos (art. 23.2 OMS). Así, se incrementarán proporcionalmente, con el porcentaje de la pensión de viudedad, las pensiones de nietos y hermanos del causante y, a falta de éstos, las de los ascendientes, pero no el subsidio a favor de familiares, por no ser prestaciones homogéneas (STS 2-2-1999, Ar. 1149).

d') Subsidio en favor de otros familiares: aunque su cuantía es la misma que la pensión en favor de familiares (20%), su duración se reduce a doce mensualidades, con inclusión de dos pagas extraordinarias (art. 26 OMS).

e') Para las pensiones extraordinarias derivadas de actos de terrorismo, el art. 2.2 RD 1576/1990 dispone que el importe de la prestación equivaldrá al 200% de la cuantía resultante de aplicar el porcentaje que corresponda a la base reguladora.

c) Indemnizaciones especiales a tanto alzado. Unicamente pueden causarse si la muerte fue originada por riesgo profesional (art. 177 LGSS). Se trata de una protección adicional o sustitutiva, según los casos, consistente en seis mensualidades de la base reguladora de la prestación, en favor del cónyuge superviviente (art. 29.1 OMS), y una mensualidad de la base reguladora para cada huérfano, incrementada proporcionalmente con la indemnización por viudedad si no existe cónyuge sobreviviente (art. 29.2 OMS). La falta de matrimonio previo entre los padres impide la aplicación del incremento de la cuantía para el huérfano absoluto (STS, ud, 18-11-1998, Ar. 9999). En los casos de separación, nulidad o divorcio, son de aplicación las reglas de reparto proporcional previstas en el art. 174.2 LGSS.

Los padres del causante que vivieran a expensas del trabajador fallecido, si no tuvieran derecho a pensión en favor de familiares y no existieran otros familiares con derecho a tal pensión, podrán recibir una indemnización equivalente a nueve mensualidades de la base reguladora de la prestación. Si existieran los dos ascendientes, la cuantía se elevará a doce mensualidades (art. 12 D. 1646/1972).

B) Abono

Las pensiones se abonan mensualmente, con dos pagas extraordinarias anuales calculadas de acuerdo con las reglas que se contienen en el RD 771/1997, 30-5 y en la OM 25-6-2001, salvo en los casos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, en que están prorrateadas dentro de las doce mensualidades ordinarias.

Respecto de las cuantías mínimas para el año 2002 (L. 23/2001, 27-12, y RD 1464/2001, 27-12), serían las siguientes:

- **Viudedad:** 5.397,00 euros/año (titular con 65 años de edad)
4.814,18 euros/año (titular con edad entre 60 y 64 años)
3.841,46 euros/año (titular con menos de 60 años)
4.814,18 euros/año (titular menor de 60 años con cargas familiares)

Fue la DA 70 bis LGSS, incorporada por la LCR, la que condujo a la equiparación gradual de las cuantías mínimas para beneficiarios de menos de 60 años con las de beneficiarios de edades entre 60 y 64 años. Ello se hace depender de la no superación de un límite de rentas y de la existencia de cargas familiares, circunstancias que concreta el art. 8.2 RD 1647/1997 y que implican ciertas obligaciones de colaboración por parte de los beneficiarios —notificación de variaciones en la situación económica o familiar y declaración de ingresos—, de acuerdo con lo previsto en el art. 8.3 de esta última norma.

- **Orfandad:** 1.561,56 euros/año por beneficiario. En la orfandad absoluta el mínimo se incrementará en 3.841,46 euros/año distribuidos, en su caso, entre los beneficiarios.

A tenor de lo establecido en el art. 11 RD 1647/1997, en el supuesto de beneficiarios menores de 18 años o mayores incapacitados judicialmente la pensión se abonará a quienes los tengan a su cargo y mientras cumplan la obligación de mantenerlos y educarlos; si se trata de huérfanos mayores de 18 años, directamente a los beneficiarios.

- **En favor de familiares:** 1.561,56 euros/año por beneficiario. Si no existe viuda ni huérfano pensionistas y se trata de un solo beneficiario, con 65 años, 4.020,94 euros; si es menor de 65 años, 3.785,88 euros; finalmente, si son varios beneficiarios, el mínimo asignado a cada uno se incrementará en el importe que resulte de prorratear 2.279,90 euros/año entre el número de beneficiarios.

C) Dinámica y gestión

De acuerdo con los arts. 172.3 LGSS y 3 OMS, el hecho causante tiene lugar en momentos diferentes, dependiendo de los supuestos: bien el día en que se produzca el fallecimiento del causante, bien el día en que se produzca la desaparición, si es que se trata de trabajadores desaparecidos con ocasión de accidente. En el caso de los hijos póstumos, la pensión de orfandad se causa el día de su nacimiento.

Presentada la solicitud del beneficiario, el reconocimiento del derecho corresponde al INSS o a la MATEPSS.

Los principales documentos que deben adjuntarse a la solicitud de las diversas prestaciones, dependiendo de los casos, son los siguientes:

- Comunes: DNI (tarjeta de residencia o pasaporte y NIE, si se trata de solicitante extranjero); certificado del acta de defunción del causante; libro de familia o extracto del acta de matrimonio o documento que acredite el parentesco con el fallecido, como el extracto de acta de nacimiento.
- Específicos: parte de accidente de trabajo o enfermedad profesional; sentencia de nulidad, separación o divorcio; documentación acreditativa de la tutela; certificados o justificantes de cotización; certificado de convivencia con el fallecido; documentación acreditativa de haber satisfecho los gastos del sepelio; tarjeta de demandante de empleo.

A tenor del art. 178 LGSS, el derecho al reconocimiento de la protección por supervivencia es imprescriptible, mientras que, en el caso del auxilio por defunción se aplica la regla general de prescripción a los cinco años (art. 43 LGSS). De todos modos, el art. 7 OM 31-7-1972, y para el concreto supuesto de los trabajadores desaparecidos con ocasión de un accidente, establece un plazo para el juego de la presunción contenida en el art. 172.3 LGSS: la solicitud habrá de cursarse dentro de los ciento ochenta días siguientes a los noventa posteriores al accidente; transcurrido dicho plazo, sería preciso aportar la declaración de fallecimiento del trabajador.

Los efectos del reconocimiento del derecho se producen desde la fecha de la muerte o, en su caso, tres meses antes de la fecha en que se presente la correspondiente solicitud (art. 178 LGSS). Si se trata de trabajadores desaparecidos con motivo de un accidente, el comienzo de los efectos protectores se retrotrae a la fecha del mismo, con independencia de que hubiesen transcurrido más de tres meses.

La regla general de incompatibilidad de pensiones prevista en el art. 122.1 LGSS quiebra en el ámbito de las pensiones de viudedad y orfandad. De esta forma, es posible compatibilizar la pensión de viudedad con cualesquiera rentas de trabajo (art. 179.1 LGSS) o con las pensiones de invalidez y jubilación que tenga derecho a percibir (art. 10 OMS). Por su parte, el art. 179.2 LGSS, desarrollado por el art. 10.1 y 2 RD 1647/1997, admite la compatibilidad de la pensión de orfandad de beneficiarios menores de 18 años o que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, y de beneficiarios mayores de 18 años, no incapacitados, con cualquier renta de trabajo del huérfano o del cónyuge superviviente, así como con la pensión de viudedad de éste. Sin embargo, la percepción de la pensión de orfandad es incompatible con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público definido en el art. 1.2 L. 53/1984; en este caso, se suspende la percepción de la pensión mientras dure el desempeño de tal puesto.

También existe concurrencia cuando sobre el mismo beneficiario huérfano convergen pensiones causadas por el padre y por la madre (art. 179.5 LGSS). Por contra, la pensión de orfandad del huérfano incapacitado para el trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, es incompatible con la pensión de la Seguridad Social que le pueda corresponder en razón de la misma incapacidad; en este caso, podrá optar entre una u otra (arts. 179.3 LGSS y 10.3 RD 1647/1997).

Para el supuesto de las pensiones extraordinarias motivadas por actos de terrorismo, las reglas de incompatibilidad se concretan en el art. 4 RD 1576/1990.

Como ya se adelantó, el art. 9.2 RD 1647/1997, en la redacción otorgada por el RD 1465/2001, prevé, como causa de suspensión del derecho a la pensión de orfandad para beneficiarios mayores de dieciocho años, la realización de un trabajo por cuenta propia o ajena siempre que los ingresos obtenidos superen el 75% del salario mínimo interprofesional en cómputo anual. El supuesto es también aplicable a los menores de dicha edad, aunque los efectos de la suspensión se producen, en este caso, en la fecha de cumplimiento de los dieciocho años. La propia norma contiene reglas sobre la posibilidad de recuperación del derecho y la fecha de sus efectos. Parecido régimen jurídico se aplica al caso de la pensión en favor de nietos y hermanos (art. 22.1 OMS, modificado por RD 1465/2001).

Por lo que se refiere a las causas de extinción (arts. 11, 21, 24 y 27 OMS), es preciso distinguir entre unas causas comunes y otras particulares. Así, son causas de extinción aplicables a todos los supuestos el fallecimiento del beneficiario y contraer matrimonio. Sin embargo, el modificado art. 11 OMS permite conservar la pensión de viudedad, a pesar de la celebración de un nuevo matrimonio, si se cumplen tres requisitos, de nuevo difícilmente concurrentes. Primero, una edad superior a sesenta y un años o, de ser inferior, tener reconocida una pensión de incapacidad permanente —en el grado de absoluta o gran invalidez— o acreditar una minusvalía de, al menos, el 65%. En segundo lugar, que la pensión o pensiones de viudedad sean la principal o única fuente de ingresos, concepto que la propia norma precisa a continuación. Por último, se fija un límite de ingresos, equivalente al duplo del importe anual del salario mínimo interprofesional, aplicándose las mismas reglas establecidas para la percepción de complementos a mínimos. Debe tenerse en cuenta, además, que, en caso de fallecimiento del último cónyuge, la nueva pensión de viudedad que pudiera causarse resultará incompatible con la pensión o pensiones de viudedad que se venían percibiendo, por lo que el interesado habrá de optar por una de ellas.

Respecto de la convivencia de hecho, sin contraer matrimonio, aunque el INSS venía considerándola también como causa de extinción, no debe incluirse como tal (SSTC 140/1992, 13-10 y 126/1994, 25-4, y STS, ud, 14-4-1994, Ar. 3238), si bien para los concretos supuestos de separación o divorcio, ha de tenerse presente el art. 174.3 LGSS.

Como causas específicas de extinción hay que citar, para el caso de la pensión de viudedad, la declaración en sentencia firme de culpabilidad en la muerte del sujeto causante. Para el supuesto de la orfandad —al que se equiparan también las pensiones en favor de nietos y hermanos— el cumplimiento, por el huérfano, de la edad mínima establecida en cada caso de los previstos en el art. 175 LGSS, —salvo que, en dicho momento, tuviere reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez—, así como el cese en la incapacidad que posibilitaba el derecho a pensión. Si la orfandad se extingue por cumplimiento de edad, cese de la incapacidad o celebración de matrimonio sin que el beneficiario haya percibido una anualidad de la pensión, se le abona por una sola vez la cantidad precisa para completarla, incluidas pagas extras (art. 21.2 OMS). Finalmente, si se comprueba que el presunto fallecimiento no existió, procede la extinción de las prestaciones reconocidas. No obstante, la concurrencia de una conducta dolosa o fraudulenta por parte del traba-

jador o de los beneficiarios podría dar lugar, también, a la anulación de las prestaciones ya percibidas y a la exigencia de su reintegro a través de la vía jurisdiccional (art. 45 LGSS, RD 148/1996, 5-2 y OM 18-7-1997), y sin perjuicio de las posibles consecuencias previstas en los arts. 26 y 47 LISOS.

IV. La pensión de viudedad del SOVI

Aunque se trata de una prestación hoy claramente marginal, es preciso dedicar un breve espacio al análisis de la protección articulada por el extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez en caso de fallecimiento, dada la previsión de la DT 70 LGSS.

En lo fundamental, su regulación se contiene en el DL 2-9-1955, D. 1564/1967, 6-7 y OM 18-6-1947.

Ha de indicarse que la protección prevista se limita a la pensión de viudedad, excluyéndose, por lo tanto, posibles prestaciones de orfandad o en favor de familiares.

Para causar derecho a la misma, los requisitos difieren en atención a la condición del causante. Si éste era pensionista de vejez o invalidez del SOVI, hay que distinguir, a su vez, entre dos situaciones:

a) Fallecimiento anterior a 31-12-1966: se exige que el deceso sea posterior a 1-1-1956 y que el beneficiario tenga cumplidos sesenta y cinco años o hallarse incapacitado totalmente para el trabajo o contar con más de cincuenta años en el momento del hecho causante; en este último caso, se reconoce la pensión a partir del cumplimiento de los sesenta y cinco. No se exige edad mínima alguna si la muerte deriva de riesgo profesional. Asimismo, es preciso no percibir otra pensión del SOVI ni de la Seguridad Social y acreditar matrimonio y convivencia con el causante diez años antes del fallecimiento.

b) Fallecimiento posterior a 1-1-1967: mismos requisitos que en el Régimen General.

Si el causante no era pensionista del SOVI, se exige un periodo de carencia de mil ochocientos días o, en su defecto, la afiliación al Retiro Obrero Obligatorio. Igualmente, la DT 70 LGSS exige que los interesados «no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social».

La cuantía de la pensión es fija, y se establece en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado (DA 130 LGSS). En concreto, y para el año 2002 los arts. 46 L. 23/2001, 27-12 y 7.1 RD 1464/2001, 27-12, la determinan en 3.833,20 €, en cómputo anual.

Finalmente y por lo que se refiere a las reglas específicas en materia de nacimiento, suspensión y extinción del derecho, deben tenerse en cuenta las previsiones contenidas en los arts. 5 y 7 DL 2-9-1955.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMANSA PASTOR, J.M.**, «La protección por muerte en la Seguridad Social española», *RISS* nº 2, 1969, pp. 237 a 320. **BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.**, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid, Trivium, 1992. **BLASCO LAHOZ, J.F.**, «La última reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia», *Tribuna Social* nº 92-93, 1998, pp. 11 a 19. **CASTRO ARGÜELLES, M^o. A.**, *Prestaciones de Seguridad Social en favor de familiares*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1998. **CEA AYALA, A.**, «Acerca de las prestaciones por muerte y supervivencia», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)* nº 134, 1994, pp. 89 a 134. **GARCÍA VIÑA, J. y RIVAS VALLEJO, M^o. P.**, *Las prestaciones de supervivencia en el sistema de la Seguridad Social*, Barcelona, CEDECS, 1996. **GONZÁLEZ PORRAS, J. M.**, *Uniones de hecho y pensiones de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1992. **LEONÉS SALIDO, J. M.**, *Las pensiones de viudedad y orfandad*, Granada, Comares, 1998. **LÓPEZ GÓMEZ, J. M.**, «Las pensiones SOVI: problemas jurídicos actuales», *Temas Laborales* nº 21, 1991, pp. 71 a 107. **MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.**, *Pensiones de orfandad*, Madrid, Marcial Pons, 1999. **PÉREZ ALONSO, M^o. A.**, *La pensión de viudedad en el Régimen General de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. **RIERA VAYREDA, C.**, *La pensión de orfandad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. **RIVAS VALLEJO, M^o. P.**, «Prestaciones por muerte y supervivencia: últimas tendencias jurisprudenciales», *Aranzadi Social*, V, 2000, pp. 855 a 885. **RODRÍGUEZ INIESTA, G.**, «Las prestaciones en favor de familiares», *REDT* nº 49, 1991, pp. 749 a 776. **SASTRE IBARRECHE, R.**, «Protección por muerte en el Régimen General de la Seguridad Social: la necesidad de una reforma», *Temas Laborales* nº 39, 1996, pp. 3 a 55.