



**Grado Universitario en Relaciones Laborales y
Recursos Humanos
Facultad de Ciencias del Trabajo
Universidad de León
Curso 2015 / 2016**

**LAS INSUFICIENCIAS DE LA PENSIÓN DE
ORFANDAD Y EL DERECHO A ACRECER.
PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA***

**THE SHORTCOMINGS OF THE ORPHAN'S
PENSION AND THE RIGHT TO ENHANCE. *LEGE
FERENDA* PROPOSALS**

Realizado por la alumna Dña. CATERINA MORAL GARCÍA

Tutorizado por la profesora Dña. M^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

ÍNDICE

I. MEMORIA.....	2
1. ABREVIATURAS.....	2
2. RESUMEN Y ABSTRACT.	3
3. OBJETO.	4
4. METODOLOGÍA.	4
II. LAS INSUFICIENCIAS DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD Y EL DERECHO A ACRECER. PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	6
1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y NORMATIVA REGULADORA.	7
2.1. Normativa reguladora.	7
2.2. Evolución histórica.	8
3. FUNDAMENTO DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD.....	11
4. SUJETO CAUSANTE Y REQUISITOS.....	13
4.1 Sujeto causante de la pensión.....	13
4.2. Requisitos del causante.....	14
4.2.1. Situación de alta o asimilada a la de alta.....	14
4.2.2. Período de carencia.....	18
5. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD Y REQUISITOS PARA LUCRARLA.....	19
5.1 Hijos del causante.....	21
5.2 Hijos del cónyuge supérstite.	23
5.3 Hijos póstumos.	25
5.4 Hijos adoptados tras el fallecimiento.....	26
6. CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD.	27
6.1. Base reguladora de la pensión.....	27
6.1.1. Derivado de enfermedad común.	28
6.1.2. Derivado de accidente no laboral.....	28
6.1.3. Derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional.	28
6.1.4. Causante que al tiempo del fallecimiento sea pensionista de jubilación o incapacidad permanente.	29
6.1.5. Cuando el trabajador fallece durante la situación de jubilación flexible.....	29
6.2. Acrecimiento de la pensión de orfandad.....	30
7. DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN.	34
7.1. Nacimiento del derecho.....	34
7.2. Abono de la prestación.	35
7.3. Suspensión y rehabilitación de la pensión de orfandad.	38
7.3.1. Suspensión.	38

Las insuficiencias de la pensión de orfandad y el derecho a acrecer. Propuestas de *lege ferenda*.

7.3.2. Rehabilitación.....	39
7.4. Extinción de la pensión de orfandad.....	41
8. RÉGIMEN DE COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.....	42
9. DEFICIENCIAS DE LA PROTECCIÓN Y PROPUESTAS DE MEJORA DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD.	43
9.1. Extensión de la incompatibilidad con las rentas salariales.	45
9.2. Reconocimiento legislativo de los supuestos de orfandad absoluta “de hecho”.	46
9.3. Incremento del tipo aplicable en circunstancias excepcionales.	49
III. CONCLUSIONES.	50
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	51

I. MEMORIA.

1. ABREVIATURAS.

CE	Constitución española de 1978.
CC	Código Civil.
INSS	Instituto Nacional de Seguridad Social.
IPREM	Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples.
JS	Juzgado de lo Social.
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.
LO	Ley Orgánica.
OM	Orden Ministerial.
RD	Real Decreto.
RDL	Real Decreto-ley.
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social.
SMI	Salario Mínimo Interprofesional.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

2. RESUMEN Y ABSTRACT.

RESUMEN

El estudio realizado en este trabajo versa sobre la desprotección que sufre un colectivo concreto de nuestra sociedad: los huérfanos, cuyas condiciones de vida cambian radicalmente como consecuencia de las repercusiones económicas que genera el fallecimiento de los progenitores, contingencia a la que hace frente el sistema español de Seguridad Social en forma de pensión de orfandad.

Bajo esta perspectiva se analiza la normativa aplicable a la pensión de orfandad, concretando las peculiaridades de su régimen jurídico y dotando de una visión crítica y reflexiva a la misma. Del mismo modo, se ha analizado la doctrina jurisprudencial aplicable al caso, pues ésta constituye la principal vía de interpretación casuística dada la constatada problemática que la pensión de orfandad plantea en su aplicación práctica.

De esta forma se extraen las carencias inherentes a la pensión de orfandad y, partiendo de las mismas, resulta posible elaborar una serie de propuestas cuyo fin es la mejora del ámbito de protección de dicha prestación.

ABSTRACT

The study in this work focuses on the vulnerability a specific group of our society suffers: orphans, whose living conditions radically change as a result of the economic impact that generates the death of ancestors, contingency the Spanish Social Security system faces in the form of the orphan's pension.

Under this perspective, the regulations applicable to the orphan's pension are analysed, specifying the peculiarities of the legal system and providing a critical and reflexive vision of it. In the same way, the jurisprudential doctrine applicable to the case has been analysed, since it constitutes the main route of casuistry interpretation given the stated problems the orphan's pension raises in its practical application.

In this way, the shortcomings inherent to the orphan's pension are extracted and, on the basis of them, it is possible to draw up a series of proposals whose aim is the improvement of the scope of protection of the above mentioned benefit.

3. OBJETO.

El objeto del presente trabajo se concreta en el estudio y análisis de la pensión de orfandad, desde una perspectiva teórica pero, sobre todo, crítica, a efectos de destacar las carencias inherentes a la misma, derivadas en gran medida de su consideración y regulación en un plano secundario, junto con la pensión de viudedad, así como de la inexistencia de una normativa que regule determinadas situaciones de desprotección surgidas en el seno de la realidad social actual.

Ciertamente, resulta de gran interés realizar un análisis crítico del régimen jurídico de la pensión de orfandad, pues los huérfanos constituyen uno de los colectivos más desprotegidos y, paradójicamente, la opción del legislador contribuye en gran medida a que esa desprotección siga teniendo lugar sin prever medidas para evitarlo.

En este sentido, uno de los fines perseguidos con este trabajo es el de destacar la relevancia que merece la institución por sí misma, dada su extraordinaria trascendencia práctica como prestación destinada a ofrecer una protección a los hijos del causante con el fin de paliar la precaria situación económica que ocasiona el fallecimiento.

En definitiva, la pensión de orfandad constituye, quizá, una de las piezas esenciales e indisponibles del sistema español de Seguridad Social, de tal forma que la evolución social y cultural que lleva progresivamente a reforzar las garantías que ofrece el Estado social debe conducir inevitablemente a mejorar la protección de esta contingencia, pues actualmente no existe colectivo más desprotegido que el de los huérfanos, motivo por el cual este Trabajo Fin de Grado se plantea como un verdadero reto cuyo propósito es el de poner de manifiesto las carencias del régimen jurídico de la pensión de orfandad y, bajo tal perspectiva, plantear una serie de propuestas a efectos de mejorar su protección.

4. METODOLOGÍA.

El presente Trabajo Fin de Grado es el resultado de conjugar una metodología analítica y descriptiva, intentando estudiar el régimen jurídico de la pensión de orfandad

y, particularmente, sus peculiaridades prácticas a efectos de su aplicación e interpretación.

La investigación jurídica realizada se sustenta en el examen de la legislación específica así como de la jurisprudencia en la materia objeto de desarrollo, que dada su gran trascendencia práctica y dogmática, resulta merecedora de un análisis crítico de carácter exhaustivo. Asimismo, se ha realizado un análisis reflexivo sobre los propósitos buscados por el legislador con su regulación, abordando para ello los principales problemas de aplicación e interpretación por parte de los operadores jurídicos.

En tanto la materia objeto de estudio presenta un carácter jurídico social, tal circunstancia ha sido tenida en cuenta convenientemente, procediendo a un análisis de la norma e incidiendo, fundamentalmente, en la situación social subyacente y las consecuencias sociales derivadas de la aplicación de las disposiciones legales contempladas al efecto.

A tal efecto, las principales fases de la investigación jurídica desarrolladas son las que siguen:

1.- Búsqueda y localización de la legislación vigente y su aplicación judicial, incidiendo en aquellos elementos normativos que resultan más interesantes dada su controvertida aplicación e interpretación. Para ello, se ha recopilado información de monografías, artículos publicados en revistas especializadas y la doctrina jurisprudencial recaída al efecto, recurriendo asimismo a las bases de datos (Aranzadi Digital, Tirant lo Blanch) accesibles desde la Biblioteca de la Universidad de León.

2.- Interpretación de la norma a través de un estudio metódico de los diferentes preceptos normativos aplicables a la materia objeto de análisis así como incidentes y contradicciones que se plantean en la práctica.

3.- Pensamiento crítico manifestado a través del establecimiento de premisas, objetivos y reflexiones propias amparadas en la doctrina y jurisprudencia, intentando aportar un enfoque teórico-práctico que posibilite nuevas alternativas y propuestas legislativas de *lege ferenda*.

II. LAS INSUFICIENCIAS DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD Y EL DERECHO A ACRECER. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.

1. INTRODUCCIÓN.

Con este trabajo se pretenden poner de manifiesto las principales carencias que presenta un colectivo desprotegido socialmente: los huérfanos, cuyas condiciones de vida cambian radicalmente como consecuencia de las repercusiones económicas que genera el fallecimiento de los progenitores. Asimismo, se realizan una serie de propuestas orientadas a mitigar o eliminar en la medida de lo posible dichas carencias.

El sistema español de Seguridad Social hace frente a esta contingencia mediante las prestaciones por muerte y supervivencia, entre las que se encuentra la pensión de orfandad, destinada a ofrecer una protección a los hijos del causante con el fin de paliar la precaria situación económica ocasionada por el fallecimiento. La realidad social ha ido evolucionando considerablemente durante los últimos años, produciéndose así un cambio en el concepto de dependencia económica, de tal forma que se ha ido alargando el tiempo de convivencia con los progenitores. Por esta razón, en la actualidad, cada vez se retrasa más el momento en que los hijos adquieren la suficiente independencia económica como para abandonar el hogar de los progenitores, lo cual tiene su causa en las concretas circunstancias sociales del momento, tales como el aumento de la duración media de los estudios, la difícil inserción en el mercado laboral, los contratos temporales, los salarios bajos que afectan a los jóvenes y la dificultad de acceso a la primera vivienda, entre otras.

En consecuencia, la independencia económica se suele obtener, no cuando se alcanza la mayoría de edad, sino en edades más avanzadas que rondan en torno a los 26 años. Por esta razón, existen argumentos sólidos para reivindicar que la protección otorgada por la pensión de orfandad tenga en consideración las circunstancias sociales del momento explicadas anteriormente¹.

¹ BLÁZQUEZ AGUDO, E.M, “La pensión de viudedad y orfandad: una realidad pendiente de cambio”, *Aequalitas, Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, nº 21, 2007, págs. 56-63.

Las insuficiencias de la pensión de orfandad y el derecho a acrecer. Propuestas de *lege ferenda*.

Por otra parte, las pensiones de orfandad constituyen un gasto ínfimo en el presupuesto de la Seguridad Social en comparación con otro tipo de prestaciones, suponiendo el 3'6% del total de las pensiones del sistema de Seguridad Social. Asimismo, su cuantía media asciende a 373'29 euros mensuales, la más baja en comparación con el resto de pensiones². Esto es, el pago de la pensión de orfandad, por lo general, se extiende durante un lapso de tiempo muy corto en la vida del beneficiario. De hecho, ni siquiera las recientes reformas destinadas a la ampliación de los límites de edad protegidos, así como las revalorizaciones aplicadas a la pensión, podrían suponer un aumento considerable en el coste que estas pensiones representan en los presupuestos generales del Estado, sin perjuicio de tener presente la precaria situación económica en la que actualmente se encuentra el sistema público.

Las pensiones de orfandad, a pesar de no alcanzar la relevancia económica de otras, y de estar reguladas en un segundo plano a través de una normativa dispersa, junto con la pensión de viudedad, revisten una importancia práctica y dogmática extraordinaria, lo que conlleva la necesidad de crear una normativa unificada que dé respuesta a todas aquellas cuestiones que no pueden ser resueltas con una simple remisión a la normativa, cuya redacción resulta, en la mayoría de los casos, ambigua. Por esta razón, uno de los propósitos planteados es el de dotar a la pensión de orfandad de la relevancia que merece por sí misma realizando un análisis crítico de su régimen jurídico.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y NORMATIVA REGULADORA.

2.1. Normativa reguladora.

La pensión de orfandad viene regulada en el artículo 224 del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS); en el artículo 38 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones

² Datos extraídos de estadísticas sobre pensiones contributivas en vigor publicadas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social a fecha 1 de febrero de 2016.

para el derecho a las mismas; en los artículos 16 a 21 de la OM de 13 de febrero de 1967, RD 1647/1997, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social; RD 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia; RD 364/2004, de 5 de marzo, de mejora de las pensiones de orfandad a favor de minusválidos; Ley 40/2007, de Medidas en materia de Seguridad Social; RD 296/2009, de 6 de marzo, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones de muerte y supervivencia; RD 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016.

Como cabe comprobar, dicha regulación normativa se encuentra dispersa en varias normas, las cuales están sometidas habitualmente a reformas y modificaciones, al mismo tiempo que algunas de ellas tienen su origen en varias décadas atrás y han sido derogadas o modificadas parcialmente por normas posteriores.

2.2. Evolución histórica.

El actual régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia es el resultado de la evolución normativa que la protección social ha sufrido en España, siendo preciso destacar en este caso cómo ha ido evolucionando el modo de entender la pensión de orfandad y cómo se han ido ampliando las contingencias protegidas, a la vez que se ha ido reduciendo el ámbito de protección subjetivo, esto es, el número de beneficiarios de la misma.

El hecho que propició la regulación de este tipo de prestaciones fue la precaria situación económica en la que el fallecimiento del trabajador dejaba a las personas cuyo sustento dependía de éste directamente, si bien es cierto que durante los primeros años del siglo XX se hacía frente a esta contingencia en la mayoría de los casos mediante la entrega de cantidades a tanto alzado a los familiares más próximos. En un primer momento únicamente se generaba el derecho a favor de los familiares cuando el fallecimiento del trabajador tenía su causa en un accidente laboral, de ahí que las Leyes de Accidentes de Trabajo fueran las encargadas de regular este tipo de prestaciones. En

efecto, la primera norma que hace referencia a la protección de la familia es la Ley de Accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900, comúnmente denominada Ley Dato, reconociendo el derecho de los familiares de la víctima a percibir una compensación económica exclusivamente en los casos en los que el fallecimiento del trabajador tenía su causa en un accidente laboral, limitándose el legislador a imponer al empresario la obligación de indemnizar a los descendientes legítimos menores de 16 años, sin que existiera un seguro obligatorio para ello. Con el término “descendientes” se pretendía dar cabida tanto a los hijos como a los nietos como expresión de la concepción que se tenía en aquellos momentos de la unidad familiar, totalmente distinta a la existente hoy en día.

No obstante, cabe destacar que cuando el causante era una mujer, únicamente se concedía la ayuda cuando se demostrase que los huérfanos se hallaban abandonados por el padre o abuelo viudo o si procedían de matrimonio anterior de la fallecida, al entenderse en este último caso que el cónyuge supérstite no tenía necesariamente que hacerse cargo de unos hijos que no eran suyos.

Las posteriores Leyes de Accidentes de Trabajo³ que fueron aprobándose contribuyeron a mejorar la protección prestada a los familiares de la víctima, centrándose en la ampliación del ámbito subjetivo de la prestación. En efecto, se llegaron a reconocer como sujetos beneficiarios, los descendientes legítimos o naturales reconocidos menores de 18 años o incapacitados para el trabajo, los hijos adoptivos y jóvenes prohijados o acogidos, siempre que en este último caso dependieran económicamente del causante desde al menos un año antes a su fallecimiento y careciesen de amparo y, también, los hijos de otro matrimonio aportados al mismo y los hermanos huérfanos menores de 18 años que se hallaren a cargo del causante⁴. Con ello, la consanguinidad dejó de ser el único criterio determinante para la concesión de esta prestación, añadiéndose los vínculos surgidos tanto de adopción como de figuras próximas a aquella.

³ Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922, Reglamento provisional de Accidentes de Trabajo de 29 de diciembre de 1922, Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria de 8 de octubre de 1932 y su Reglamento de desarrollo de 31 de enero de 1933.

⁴ RIERA VAYREDA, C., *La pensión de orfandad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 14-15.

Las insuficiencias de la pensión de orfandad y el derecho a acrecer. Propuestas de *lege ferenda*.

Junto con esta ampliación del término beneficiario, se dio un paso más y se contempló también la posibilidad de sustituir el pago de una indemnización a tanto alzado por la percepción de una renta calculada sobre la base del salario. De esta forma, en el supuesto de que los huérfanos estuvieran incapacitados para el trabajo recibían una renta vitalicia, mientras que los huérfanos válidos para el trabajo percibirían una renta temporal, es decir, hasta el cumplimiento de los 18 años.

La progresiva incorporación a normas distintas a las de accidentes de trabajo de la regulación de las prestaciones reconocidas a los familiares del causante con ocasión de su fallecimiento dio lugar al abandono de la limitación del reconocimiento de la prestación exclusivamente en los casos en los que el fallecimiento tenía su causa en un accidente de trabajo, de tal forma que se extendió el citado derecho también a los supuestos en que el fallecimiento se debía a una enfermedad profesional⁵.

Asimismo, se continuó con la ampliación del término beneficiario de la pensión de orfandad mediante la incorporación de la figura del asimilado, asimilándose a tales efectos a los hermanos de la víctima y adoptados o acogidos por ella en las mismas condiciones de edad o incapacidad para el trabajo. Se deduce, por tanto, que con la pensión se pretendía proteger tanto a los familiares *stricto sensu* del causante, como a quienes sin encajar en tal categoría mantenían una relación de dependencia económica con éste, que daba lugar con el acaecimiento del fallecimiento a una situación de necesidad⁶.

A medida que se fue perfilando el sistema de Seguridad Social, las prestaciones familiares vieron mejorado su régimen de protección. De este modo se fueron ampliando las contingencias protegidas al tiempo que se ha ido cerrando el cerco de potenciales beneficiarios en torno al estricto concepto de hijos del causante. En definitiva, el régimen protector de la pensión de orfandad ha experimentado numerosas reformas que han supuesto notables mejoras en lo que respecta a las contingencias protegidas así como a los requisitos de acceso a la misma, sin que ello signifique que,

⁵ Ley de 13 de julio de 1936, sobre las enfermedades profesionales y Decreto de 22 de junio de 1956, por el que fue aprobado el Texto Refundido de la legislación de accidentes de trabajo.

⁶ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Pensiones de orfandad*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pág. 29.

actualmente, se trata de una prestación pendiente de reforma para adecuar su acción protectora a las necesidades reales.

3. FUNDAMENTO DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD.

Cuando hablamos de cuál es el fundamento del derecho a la pensión de orfandad nos referimos a cuál es el interés jurídicamente protegido. Para esta pregunta caben dos posibles respuestas. En primer lugar, se protege el daño que el propio fallecimiento ocasiona al sujeto protegido por la seguridad social, es decir, la pérdida de la vida. En segundo lugar, la necesidad que se produce a los potenciales beneficiarios al privarles de los ingresos proporcionados por el sujeto causante y que se traduce, generalmente, en una situación de desamparo económico⁷. El legislador ha optado por aplicar un criterio objetivo a la hora de reconocer el derecho a la pensión de orfandad, sin exigir que concurra una efectiva situación de necesidad⁸.

Si se toma en consideración que el fundamento jurídico de la protección por la que se otorga la pensión de orfandad es paliar la pérdida de ingresos producida por el fallecimiento del sujeto causante, no tiene mucho sentido que esta se otorgue con independencia del nivel de rentas del huérfano o de la relación de dependencia económica existente entre el causante y el beneficiario. Esto conduce a pensar que, en la actualidad, el fundamento de la pensión no es tanto la situación de necesidad en la que se encuentra el huérfano sino que más bien va dirigido al mantenimiento del nivel de rentas existente en la unidad familiar en el momento del hecho causante. De hecho, la realidad muestra innumerables casos dispares en los que la protección otorga la pensión de orfandad resulta totalmente insuficiente, pues no se atiende a la verdadera situación de necesidad económica del huérfano como consecuencia de estar ante una prestación de carácter contributivo en base a lo que haya contribuido el sujeto causante al sistema de Seguridad Social durante su vida. En este sentido, es preciso destacar que, con carácter general, por muy elevada que sea la base reguladora del sujeto causante, se aplica un 20% a la misma, lo que da lugar a un importe escaso para la subsistencia del huérfano, si bien es cierto que la normativa prevé en algunos supuestos un incremento del tipo aplicable a la base reguladora, cuestión a la que se hará referencia más adelante.

⁷ RIERA VAYREDA, C., *La pensión de orfandad*, cit., págs. 13-25.

⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Pensiones de orfandad*, cit., pág. 63.

Un caso concreto en el que se pone de manifiesto que la pensión de orfandad no atiende a la verdadera situación de necesidad es la de un huérfano absoluto desde los 16 años de edad, quien no tiene más familia que le pueda sustentar económicamente. Obviamente, se encuentra en una situación de desamparo económico total, a lo que habría que añadir la situación precaria en la que se encuentra el mercado laboral en la actualidad. Dicha realidad social resulta desalentadora, pues como se ha adelantado, la pensión de orfandad no le ofrece una protección suficiente como para lograr subsistir. Este huérfano absoluto, desde el momento en que adquiere tal condición, probablemente habrá de hacer frente a los gastos de una vivienda, así como de alimentación y otras necesidades básicas para las cuales la cuantía de la pensión de orfandad resulta insuficiente, pues aún en el caso de que los sujetos causantes hubieran tenido bases de cotización elevadas, el tipo aplicable a su pensión (de un 52%, pues la pensión de orfandad se incrementa con el porcentaje de la pensión de viudedad no causada) resulta en cualquier caso insignificante para estos huérfanos.

El resultado de ello es que el interés jurídicamente protegido por la pensión de orfandad, en muchas ocasiones, no se materializa en la realidad. De ahí la necesidad de plantear un modelo que tenga en cuenta los especiales casos de necesidad económica que pueden sufrir ciertos huérfanos, dejando atrás el criterio objetivo que el legislador aplica actualmente.

Ello se traduce en la necesidad de una modificación del tipo aplicable a la base reguladora de la pensión de orfandad atendiendo a las concretas y especiales circunstancias de los huérfanos, al menos mientras estas persistan. No obstante, estas situaciones de desprotección no sólo se manifiestan en casos de huérfanos absolutos sino que también pueden tener lugar en supuestos de orfandad simple, y más aún si cabe teniendo en cuenta la precariedad del mercado laboral, la cual dificulta seriamente la capacidad para subsistir de la unidad familiar.

En fin, las reflexiones previas pretenden poner de manifiesto la necesidad de adaptar y flexibilizar la normativa vigente de las pensiones de orfandad a la realidad social del momento, realidad afectada ostensiblemente por la crisis económica que, en el

tema que nos ocupa, ha provocado una precariedad extrema en el mercado laboral junto con otras consecuencias, que dificultan todavía más la situación de los huérfanos.

Si bien es cierto que las recientes reformas a la normativa relativa a la pensión de orfandad han significado avances importantes en lo que a protección se refiere, ampliando los límites de edad protegidos o estableciendo ciertas revalorizaciones del importe de la misma, ello no es óbice para que las situaciones de desprotección continúen manifestándose y pongan de manifiesto las carencias que acompañan a la pensión de orfandad.

4. SUJETO CAUSANTE Y REQUISITOS.

En este apartado se analizará, en primer lugar quiénes son los posibles sujetos causantes del derecho a la pensión de orfandad, esto es, qué personas pueden generar con su fallecimiento el derecho a una pensión por muerte y supervivencia, acudiendo para ello a los supuestos recogidos por la normativa reguladora y, en su caso, a las ampliaciones de la jurisprudencia. Por otro lado, se analizarán los requisitos que la normativa exige al sujeto causante para que se genere el derecho a pensión.

4.1 Sujeto causante de la pensión.

Con carácter general, el artículo 217 de la LGSS enumera quiénes podrán causar derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia. En dicho precepto se incluyen:

- Las personas integradas en el Régimen General que cumplan la condición general establecida en el artículo 165.1 de la LGSS, es decir, han de cumplir, además de los requisitos exigidos para cada una de las prestaciones, el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia.

- Los perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, que cumplan el período de cotización que en su caso esté establecido.

Las insuficiencias de la pensión de orfandad y el derecho a acrecer. Propuestas de *lege ferenda*.

- Los titulares de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente. No obstante, se ha declarado que la percepción de una pensión de invalidez no contributiva debía ser considerada como situación asimilada al alta para las prestaciones de muerte y supervivencia.
- Los trabajadores que no se encuentren en situación de alta o asimilada a la de alta, también pueden causar prestaciones de viudedad, orfandad y a favor de familiares, siempre que hubieran completado un período mínimo de cotización de quince años y reúnan los demás requisitos exigidos.

4.2. Requisitos del causante.

4.2.1. Situación de alta o asimilada a la de alta.

La LGSS recoge expresamente en su artículo 165.1, el requisito general de encontrarse en situación de alta o asimilada a la de alta en el momento del hecho causante para poder generar el derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia. Ahora bien, como se anticipó, en aquellos supuestos en los que el causante no se encuentra en situación de alta o asimilada a la de alta, es preciso que reúna un período mínimo de cotización de quince años.

Por su parte, si la causa de la muerte fue debida a una contingencia profesional, en defecto de cumplimiento de la obligación empresarial de afiliación y alta del trabajador, se considera a este en situación de alta presunta de pleno derecho para causar el derecho a las prestaciones de Seguridad Social y no se requiere periodo de carencia.

A estos efectos, se consideran situaciones asimiladas a la de alta las que siguen:

1. El período de vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas al finalizar la relación laboral.
2. El período de percepción de la ayuda equivalente a la jubilación anticipada por reconversión o reindustrialización y de la ayuda previa a la jubilación ordinaria de trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas.

Las insuficiencias de la pensión de orfandad y el derecho a acrecer. Propuestas de *lege ferenda*.

3. Los trabajadores afectados por el Síndrome Tóxico que por este motivo cesaron en su día en su actividad laboral, sin haber podido reanudar la misma, y que hubieran estado en alta en algún Régimen de la Seguridad Social.
4. El período de suspensión del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora por cuenta ajena que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo a consecuencia de ser una víctima de violencia de género durante un periodo de seis meses. Y la situación de las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral⁹.
5. El período de tiempo en el que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de familiares que exceda del período considerado como de cotización efectiva¹⁰.

Además de las situaciones anteriormente descritas, la jurisprudencia es quien, de manera casuística, ha estimado diferentes supuestos como situaciones asimiladas a la de alta para tener derecho a estas prestaciones, en muchas ocasiones adoptando un criterio flexible con sentido humanizador¹¹. Son varias las resoluciones del Tribunal Supremo, dictadas en casación para unificación de doctrina, que se han pronunciado sobre este extremo mitigando la pura literalidad de la norma en lo referente a la exigencia del requisito de alta o de la situación asimilada al alta, para causar prestaciones por muerte y supervivencia, atendiendo, sobre todo, a criterios teleológicos y humanizadores para ponderar las circunstancias de cada caso, con el fin de evitar situaciones de desprotección, resaltando así la necesidad de atenerse al principio de protección suficiente por el sistema de Seguridad Social proclamado en el artículo 41 de la CE y entendiendo que los beneficiarios de estas prestaciones no pueden verse perjudicados por una actitud pasiva del causante.

Así, se considera que está en situación asimilada a la de alta el pensionista de invalidez no contributiva¹², el perceptor de la renta activa de inserción¹³, el perceptor de

⁹ De conformidad con el art. 21.2 y 5 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

¹⁰ De acuerdo con el art. 237 de la LGSS y la DA 3ª del RD 1251/2001.

¹¹ SSTS, Sala de lo Social, 19 de julio de 2001, RJ 2002/580; 23 de diciembre de 2005, RJ 2006/595.

¹² STS, Sala de lo Social, 20 de diciembre de 2005, RJ 2006/585.

¹³ STS, Sala de lo Social, 5 de mayo de 2014, RJ 2014/2847.

auxilios económicos de asistencia social¹⁴, el perceptor de subsidio de desempleo como emigrante retornado¹⁵, el trabajador fallecido en los 90 días siguientes al cese voluntario en el trabajo (plazo durante el que puede suscribir un convenio especial¹⁶), el trabajador solicitante del alta que no es tramitada por la entidad gestora¹⁷, el trabajador despedido que fallece durante la tramitación del procedimiento por despido finalmente declarado improcedente¹⁸ o el de la reclusión en un centro penitenciario en el que no se había organizado trabajo directamente productivo habiendo prestado el interno servicios personales¹⁹. Asimismo, la incompatibilidad del personal al servicio de las Administraciones públicas con el desempeño de un segundo puesto en el sector público, según la cual pasan a la situación de excedencia en los otros puestos que viniesen ocupando, les coloca en una situación de asimilación al alta en estos para causar estas prestaciones²⁰.

Por el contrario, no se han considerado situaciones asimiladas al alta las que siguen: la situación de invalidez permanente absoluta sin derecho a prestación por falta de carencia²¹, la del causante beneficiario de prestación por enfermedad a cargo del Fondo Nacional de Asistencia²², el causante que tras la baja en el RETA no manifiesta voluntad de inscribirse como demandante de empleo ni justifica esta ausencia²³ ni por falta de prueba en la habitualidad del consumo de drogas²⁴; tampoco el trabajador en excedencia voluntaria²⁵ o el que realiza trabajos altruistas²⁶ y, por último, el cese voluntario en el trabajo con el consiguiente desenganche del trabajador del mundo laboral tampoco le coloca en situación asimilada al alta²⁷.

¹⁴ STSJ Andalucía, Granada, Sala de lo Social, 9 de abril de 1996, AS 1996/1388.

¹⁵ STSJ País Vasco, Sala de lo Social, 19 de julio de 1996, AS 1996/3234.

¹⁶ STS, Sala de lo Social, 19 de enero de 2010, RJ 2010/450; STSJ Cataluña, Sala de lo Social, 18 de septiembre de 2003, AS 2003/3474 y STSJ Extremadura, Sala de lo Social, 4 de marzo de 2003, JUR 2003/187308.

¹⁷ STSJ Cataluña, Sala de lo Social, 28 de septiembre de 1998, AS 1998/3653.

¹⁸ STSJ Cataluña, Sala de lo Social, 14 de octubre de 2002, JUR 2002/284117.

¹⁹ STS, Sala de lo Social, 12 de noviembre de 1996, RJ 1996/8556.

²⁰ SSTS, Sala de lo Social, 23 de septiembre del 1993, RJ 1993/7033; 28 de octubre de 1993, RJ 1993/8077; 29 de noviembre de 1993, RJ 1993/9085.

²¹ STS, Sala de lo Social, 21 de junio de 1995, RJ 1995/5215.

²² STSJ Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, 19 de junio de 1997, AS 1997/4547.

²³ STSJ Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, 23 de enero de 2014, AS 2014/654.

²⁴ STSJ Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, 7 de noviembre de 2002, JUR 2003/53244.

²⁵ STSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección 4ª, 15 de abril de 1999, AS 1999/1202.

²⁶ STSJ Murcia, Sala de lo Social, 14 de mayo de 2001, JUR 2001/190605.

²⁷ STSJ Castilla- La Mancha, Sala de lo Social, 15 de noviembre de 2000, JUR 2001/49811.

En conexión con la situación asimilada al alta, el Alto Tribunal parte de que es necesario que se mantenga la inscripción como demandante de empleo sin interrupciones significativas precisamente para que exista la situación de asimilada al alta. No obstante lo anterior, el propio Tribunal Supremo ha realizado siempre una interpretación humanizadora, flexible e individualizada de los requisitos exigidos para el reconocimiento de prestaciones que tienden a proteger situaciones de necesidad, evitando así rigideces que, en ocasiones, desnaturalizarían el propio espíritu protector de la Seguridad Social. Así, ha entendido que no se rompe la situación de asimilación al alta por defectos de la inscripción cuando la enfermedad que determina la muerte se inició bastante antes de producirse la baja en la Seguridad Social, siendo explicable en tal circunstancia que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta²⁸, como ocurre en caso de muerte por sobredosis²⁹.

Por su parte, los Tribunales Superiores de Justicia han dictado numerosas sentencias que consideran la falta de inscripción como demandante de empleo como situación asimilada al alta atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso. Como en el caso de un trabajador gravemente enfermo que, como consecuencia de la enfermedad, no pudo inscribirse³⁰ o, en iguales circunstancias, el causante drogodependiente³¹ o el que sufre alcoholismo crónico³². Asimismo, es situación asimilada al alta, aunque falte la renovación de la inscripción por hospitalización³³. No obstante, la imposibilidad de trabajar se debe acreditar, no bastando con tener la enfermedad, por muy grave que sea.

En lo referente a la posibilidad de que existan breves interrupciones en la inscripción en la oficina de empleo, ello no obsta la situación de asimilada al alta³⁴. Es lo que se conoce como “teoría del paréntesis”, la cual no se podrá aplicar cuando haya

²⁸ SSTS, Sala de lo Social, 19 de noviembre de 1997, RJ 1997/8616; 17 de abril de 2000, RJ 2000/3959; 23 de mayo de 2000, RJ 2000/5524 y 2 de octubre de 2001, RJ 2001/8978.

²⁹ SSTS, Sala de lo Social, 27 de mayo de 1998, RJ 1998/5700; 22 de octubre de 1999, RJ 1999/8738 y 9 de diciembre de 1999, RJ 1999/9720.

³⁰ SSTSJ Castilla- La Mancha, Sala de lo Social, Sección 1ª, 1 de marzo de 2012, AS 2012/719 y Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, Sección 1ª, 25 de septiembre de 2014, JUR 2014/276936.

³¹ STSJ Cantabria, Sala de lo Social, 9 de julio de 2001, AS 2001/3049.

³² STSJ Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, Sección 1ª, 17 de septiembre de 2014, JUR 2014/287556.

³³ STSJ Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, 11 de septiembre de 1997, AS 1997/5300.

³⁴ STSJ Andalucía, Granada, Sala de lo Social, Sección 1ª, 22 de enero de 2014, AS 2014/650.

una importante solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo³⁵ o la falta de inscripción ininterrumpida en la oficina de empleo sin que exista causa impeditiva³⁶.

4.2.2. Período de carencia.

El cumplimiento del requisito consistente en acreditar un período de carencia para causar las prestaciones de muerte y supervivencia, en concreto la pensión de orfandad, dependerá, en principio, de la contingencia causante del fallecimiento y del cumplimiento del requisito anterior consistente en acreditar la situación de alta o asimilada.

En el caso de que derive de enfermedad común, y se cumpla el requisito de situación de alta o asimilada al alta, no se requiere período previo de cotización para causar derecho a la pensión de orfandad. Anteriormente sí se exigía período de carencia mínimo, no obstante, tras la reforma realizada por la Ley 40/2007, se ha eliminado la exigencia de período mínimo de cotización, de tal forma que únicamente se le exige al sujeto causante para generar el derecho a la pensión de orfandad el requisito de encontrarse en alta o situación asimilada. Por el contrario, si no encuentra en situación de alta o asimilada, puede causarse la pensión de orfandad derivada de enfermedad común siempre que el causante hubiera completado un período mínimo de cotización de 15 años a lo largo de toda la vida laboral, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 219.1 de la LGSS, cuya previsión resulta de aplicación a la pensión de orfandad.

En el supuesto de que derive de accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exige ningún período previo de cotización, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 219.1 de la LGSS.

Como se puede comprobar, desaparece el carácter indispensable de que el fallecido hubiera cubierto el período de cotización exigido anteriormente por la LGSS para el supuesto de fallecimiento por enfermedad común. Permanece, sin embargo, el

³⁵ STSJ Galicia, Sala de lo Social, Sección 1ª, 30 de enero de 2012, JUR 2012/70025.

³⁶ STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 30 de junio de 2008, RJ 2008/4343.

requisito de que el causante se encontrara en alta o situación asimilada y la obligación de acreditar, cuando el causante no estuviera en situación de alta o asimilada, un período mínimo de cotización de 15 años para poder lucrar la pensión.

Podría decirse, a la vista de la evolución normativa, que la pensión de orfandad ha pasado a ser una pensión menos contributiva y más asistencial, como consecuencia de la supresión del requisito de carencia en los supuestos de enfermedad común, si bien la conexión contributiva se mantiene todavía, de un lado, por la exigencia de la situación de alta o asimilada al alta y, de otro, porque para los casos en los que el sujeto causante proceda de la vía de no alta ni asimilada, se le exigirá un período mínimo de cotización de 15 años³⁷. Ahora bien, la supresión del requisito de carencia no logra garantizar, por sí misma, una mayor protección a los beneficiarios con una necesidad económica superior, pues no responde siempre y, en todo caso, a la atención de los hijos del sujeto causante, en particular a la de los mayores de edad, donde aparece condicionada al trabajo, al margen de la existencia de otros ingresos³⁸. En consecuencia, emerge un nuevo argumento que justifica una cobertura que más bien pretende compensar la pérdida de ingresos que aportaba el fallecido y no tanto atender la situación de necesidad de los posibles beneficiarios.

5. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD Y REQUISITOS PARA LUCRARLA.

Los titulares del derecho a percibir la retribución económica en que consista la pensión de orfandad son los hijos del causante. Es la LGSS la que establece quiénes pueden ser los beneficiarios de la pensión de orfandad. Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 224 de la LGSS, tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que en la fecha del fallecimiento del mismo sean menores de 21 años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se encontrase en alta o situación asimilada al alta, o fuera pensionista de jubilación o incapacidad permanente.

³⁷ PÉREZ ALONSO, M.A., *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 68.

³⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R., *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, págs. 13-83.

Las insuficiencias de la pensión de orfandad y el derecho a acrecer. Propuestas de *lege ferenda*.

En caso de no cumplir el requisito de encontrarse en alta o situación asimilada se requiere que el causante tenga cubierto un período de cotización de 15 años.

Del mismo modo, podrán ser beneficiarios de la pensión de orfandad los mayores de 21 años no incapacitados, siempre que sean menores de 25 años en la fecha de fallecimiento del causante y no efectúen trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena o, cuando realizándolo los ingresos que obtengan resulten inferiores en cómputo anual a la cuantía vigente del SMI.

En lo que respecta a la filiación, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 108 del Código Civil (CC), donde se describe que la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser, a su vez, matrimonial y no matrimonial. De acuerdo con este precepto del CC, la filiación matrimonial y no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos.

A este respecto, el Tribunal Supremo ha interpretado que los menores acogidos permanentemente no tienen derecho a pensión de orfandad puesto que el citado artículo 224 de la LGSS solo reconoce el derecho a los hijos del causante cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, sin que haga referencia expresa a los menores acogidos, y sin que ello suponga una vulneración del principio de igualdad ya que la naturaleza, constitución y efectos de las situaciones de los hijos por naturaleza y de los menores acogidos familiarmente son distintos y su régimen regulador también es diferente. De hecho, el Tribunal Supremo sostiene que no es posible reconocer la pensión a partir de una relación de acogimiento que, por su naturaleza legal no es permanente, no rompe los vínculos del acogido con la familia por naturaleza y puede finalizar por decisión de las personas que lo tienen acogido y a petición de los padres que tengan la patria potestad³⁹.

En fin, podrán ser beneficiarios de la pensión de orfandad los hijos del causante, los hijos del cónyuge superviviente, los hijos póstumos del causante y los hijos adoptados tras el fallecimiento. A continuación se expondrán y analizarán las condiciones que se

³⁹ STS, Sala de lo Social, 3 de noviembre de 2004, RJ 2004/8008.

han de reunir para poder ser beneficiarios de la pensión de orfandad en cada uno de estos supuestos.

5.1 Hijos del causante.

En primer lugar, podrán ser beneficiarios de la pensión de orfandad cada uno de los hijos del causante cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación (matrimonial, no matrimonial o adoptiva) siempre que en la fecha del fallecimiento del causante reúnan alguna de las siguientes condiciones:

- Menores de 21 años;
- Mayores de 21 años que estén incapacitados para el trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez;
- En el caso de que el beneficiario de la pensión de orfandad no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al SMI que, también en cómputo anual, se fije en cada momento, se deben distinguir dos supuestos:
 - En el supuesto de orfandad absoluta pueden ser beneficiarios los mayores de 21 años y menores de 25 años. Ahora bien, si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera 25 años durante el transcurso del curso escolar, sigue percibiendo la pensión de orfandad absoluta hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al de inicio del siguiente curso académico, de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 224.2 de la LGSS.
 - En el supuesto de orfandad simple, en el cual sobrevive uno de los progenitores, el límite de edad determinante de la condición de beneficiario de la pensión de orfandad actualmente es de 25 años, al igual que ocurre en la orfandad absoluta, tras la aplicación paulatina de la disposición transitoria sexta bis de la LGSS, en la redacción del RDL 29/2012, de 28 de diciembre. En virtud de dicha disposición, el límite de edad determinante de la condición de beneficiario resultó de aplicación desde el 1 de enero de 2014,

de tal forma que hasta que se alcanzó dicha fecha el límite fue, durante el año 2012, de 23 años y, durante el año 2013, de 24 años.

No obstante, la aplicación paulatina del límite de edad indicado no fue de aplicación a los huérfanos que presentaban una discapacidad en grado superior o igual al 33%, a quienes fue de aplicación el límite de edad de 25 años, a partir del día 2 de agosto de 2011.

Si bien el requisito de la edad es fundamental para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de orfandad, se exige, de otro lado, que sean solteros, puesto que el matrimonio es causa de extinción de esta prestación⁴⁰.

Como excepción a esta cuestión, tienen derecho a la pensión de orfandad aunque hubieran contraído matrimonio los huérfanos incapacitados que hayan contraído matrimonio con otro incapacitado que carezca de medios de vida suficientes para ambos. También los huérfanos incapacitados separados, divorciados o con nulidad matrimonial, cuando el huérfano no perciba ninguna pensión compensatoria y/o de alimentos o bien, su cuantía sea inferior al SMI vigente en cada momento. Por último, se exceptúan también los huérfanos incapacitados viudos siempre que no perciban pensión de viudedad o, aún percibiéndola, ésta sea inferior al SMI. En este último caso se podrá optar entre la pensión de viudedad y la de orfandad conforme al criterio sostenido por el Instituto Nacional de Seguridad Social⁴¹.

Ahondando en la cuestión de los huérfanos incapacitados, se debe hacer una serie de precisiones. En primer lugar, la incapacidad para el trabajo de los hijos mayores de edad no es necesario que esté previamente declarada en un expediente de incapacidad permanente, sino que puede y debe realizarse en el propio expediente que decide sobre la pensión de orfandad⁴², sin perjuicio de que pueda ser revisada por el órgano jurisdiccional⁴³.

⁴⁰ A.A.V.V., *Memento Práctico, Seguridad Social 2015*, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2015.

⁴¹ Criterio del INSS 2001/49.

⁴² SSTs, Sala de lo Social, 4 de noviembre de 1997, RJ 1997/8027 y 18 de mayo de 2009, RJ 2009/3883.

⁴³ STSJ Galicia, Sala de lo Social, 16 de octubre de 2001, AS 2001/4232.

Un aspecto de gran relevancia es que la incapacidad que ha de padecer el hijo mayor de edad para tener derecho a la pensión de orfandad es la incapacidad permanente absoluta o bien, gran invalidez⁴⁴. En terminología del Tribunal Supremo, no cabe equiparar la declaración de discapacidad en grado superior al 65% con la incapacidad absoluta para el trabajo⁴⁵. En consecuencia, se entiende que quienes presenten una discapacidad en grado superior al 65% no cumplen con el requisito establecido en el artículo 224.1 de la LGSS, esto es, estar incapacitados para el trabajo para ser beneficiarios de la pensión de orfandad.

Asimismo, se flexibiliza la necesidad de que la incapacidad para el trabajo exista antes del fallecimiento del causante, de tal modo que, cuando la patología se declara con posterioridad al fallecimiento y a la mayoría de edad del huérfano, pero la sintomatología estaba presente con anterioridad, el huérfano mantiene el derecho al percibo de la pensión de orfandad⁴⁶. En aquellos supuestos en los que el huérfano incapacitado esté separado, sin percibir pensión compensatoria, tiene derecho a la pensión de orfandad⁴⁷, pero debe optar entre ella y la pensión no contributiva que percibe⁴⁸. Por último, el huérfano mayor de 21 años, no pierde el derecho a lucrar la pensión de orfandad, estando incapacitado con carácter permanente y absoluto para todo tipo de profesión u oficio, por el hecho de que su situación actual sea estable debida al tratamiento y pueda realizar actividades marginales⁴⁹ o aunque, a pesar de su estado patológico, haya desarrollado trabajo con anterioridad al fallecimiento del causante⁵⁰.

5.2 Hijos del cónyuge supérstite.

De conformidad con lo previsto en el artículo 9.3 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, también

⁴⁴ SSTS, Sala de lo Social, 21 de julio de 2000, RJ 2000/8198 y 19 de diciembre de 2000, RJ 2001/1856.

⁴⁵ STSJ Asturias, Sala de lo Social, 20 de julio de 2001, JUR 2001/240118; STSJ Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Social, Sección 1ª, 9 de diciembre de 2009, JUR 2010/34516 y STSJ Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, Sección 1ª, 24 de julio de 2014, JUR 2014/238879.

⁴⁶ SJS núm. 3 de Albacete, 30 de octubre de 2003, AS 2003/3662.

⁴⁷ STSJ Castilla y León, Burgos, Sala de lo Social, 1 de febrero de 1999, AS 1999/703.

⁴⁸ STSJ Cataluña, Sala de lo Social, 18 de enero de 2001, JUR 2001/99521.

⁴⁹ STSJ Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Social, Sección 1ª, 13 de junio de 2005, JUR 2005/142076.

⁵⁰ STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 10 de noviembre de 2009, RJ 2010/70.

tienen derecho a la pensión de orfandad los hijos, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, que el cónyuge superviviente hubiera llevado al matrimonio, cuando, junto con los requisitos generales, concurren de manera acumulativa las siguientes condiciones:

- Que el matrimonio se hubiese celebrado con 2 años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante;
- Que se pruebe que convivían con el causante y a sus expensas;
- Que no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de concretar cuáles son los términos dentro de los cuales ha de interpretarse la relación de dependencia económica respecto del causante, la inexistencia de personas con obligación y posibilidad de prestar alimentos y la ausencia de derecho a otra pensión de la Seguridad Social, a propósito de solicitudes de pensiones a favor de determinados familiares. En estas sentencias, cuyos pronunciamientos son aplicables también a la pensión de orfandad, el Alto Tribunal se muestra partidario del empleo de criterios flexibles de interpretación de los citados requisitos, encaminados a dispensar una mayor protección al potencial beneficiario de dicha pensión.

En este sentido, respecto al requisito de vivir a expensas del causante, considera que es suficiente con que las rentas de la unidad familiar a la que contribuía el causante no superen, excluida su contribución y ponderando el número de miembros de dicha unidad, el importe del SMI para cada uno de éstos. En consecuencia, la norma no exige la indigencia absoluta del potencial beneficiario, ni su total dependencia económica respecto al causante, por lo que resulta compatible la concesión de la pensión con la concurrencia de una mínima capacidad económica en el potencial beneficiario, constituida por la percepción de unos ingresos inferiores al SMI, con la cual el beneficiario puede participar en la economía familiar pero sólo de un modo secundario y coadyuvante⁵¹.

⁵¹ SSTs, Sala de lo Social, 9 de diciembre de 1998, RJ 1998/10496; 18 de enero de 1999, RJ 1999/809; 25 de junio de 1999, RJ 1999/5785; 27 de marzo de 2000, RJ 2000/3422 y STSJ País Vasco, 12 de junio de 2001, AS 2001/2898.

En lo relativo al requisito de inexistencia de familiares con obligación y posibilidad de prestar alimentos, el Tribunal Supremo considera que han de valorarse dos factores: los ingresos percibidos por la persona que ha de prestar los alimentos y el número de familiares que viven a su cargo. De esta manera, entiende que si el obligado a prestar alimentos tiene ingresos inferiores al SMI o, aun teniéndolos superiores, no puede suministrarlos al huérfano en cuantía igual o superior al SMI, tales alimentos, a efectos de la pensión de orfandad, no serán suficientes para entender acreditado que la persona obligada a prestar alimentos tenga la posibilidad de prestarlos, puesto que el huérfano, de carecer de otros ingresos, no alcanzará con los posibles alimentos prestados por el familiar obligado el referido mínimo vital de subsistencia⁵².

Por su parte, en lo que respecta al requisito de no percibir otra pensión de la Seguridad Social, el Alto Tribunal se inclina también por un criterio flexible en virtud del cual entiende que la percepción de otra pensión constituye una circunstancia expresiva de falta de concurrencia de los requisitos previstos en la norma, concretamente el de inexistencia de derecho a otra prestación periódica de Seguridad Social. Por el contrario, sostiene que en estos casos deben aplicarse las reglas propias del derecho de opción⁵³.

5.3 Hijos póstumos.

Como beneficiarios de la pensión de orfandad se incluyen también los hijos póstumos, esto es, nacidos con posterioridad al fallecimiento del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación.

A este respecto existe una presunción, prevista en el artículo 116 del CC, en virtud de la cual se entiende que los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho, se consideran del marido. De tal modo que esto supone la determinación legal

⁵² STS, Sala de lo Social, 12 de marzo de 1997, RJ 1997/3389.

⁵³ SSTs, Sala de lo Social, 18 de septiembre de 1991, RJ 1991/6468; 9 de octubre de 1991, RJ 1991/7209; 1 de diciembre de 1992, RJ 1992/10047; 3 de febrero de 1993, RJ 1993/1691 y 9 de julio de 1993, RJ 1993/5558.

de la filiación matrimonial y por tanto en el plazo indicado ha de presumirse que se trata de un hijo por naturaleza del causante, quien tendrá derecho a ser beneficiario de la pensión de orfandad toda vez que se cumplan el resto de requisitos exigidos por la norma. En estos casos se entiende causada la prestación en la fecha de su nacimiento, aun cuando estuviera pendiente de resolución judicial la declaración de filiación paterna⁵⁴.

Por el contrario, mayores problemas prácticos presenta el supuesto de parejas de hecho, dado que para ellas no rige la presunción de matrimonialidad prevista en el citado artículo.

5.4 Hijos adoptados tras el fallecimiento.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 176.2 y 4 del CC, redactado por el apartado 20 del artículo 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, existe la posibilidad de formalizar la adopción aunque el adoptante hubiese fallecido si ya hubiera prestado su consentimiento. En este caso, para ser beneficiario de la pensión de orfandad, el adoptado debe reunir alguna de las siguientes circunstancias:

- Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad;
- Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal;
- Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo.

En estos supuestos, los efectos de la resolución judicial de adopción se retrotraen a la fecha de prestación del consentimiento. En este sentido, los Tribunales han estimado la concesión de la pensión de orfandad en favor de hijo adoptado en un supuesto en el que se demora la adopción por causas no imputables a los adoptantes y, en cuyo plazo de demora, fallece el padre adoptante. En este caso, han considerado que, toda vez que el proceso de adopción se inició con anterioridad al fallecimiento del

⁵⁴ PÉREZ ALONSO, M^a.A., *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*, cit., pág. 67.

causante, siendo afectado por una demora ajena a la voluntad de las partes, el curso de los hechos demuestra que finalmente habrían obtenido la adopción formalmente constituida, por lo que el huérfano reúne las condiciones exigidas para ser beneficiario de la pensión de orfandad⁵⁵.

6. CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD.

La cuantía de la pensión de orfandad, así como diversas cuestiones relativas a la misma, se encuentra regulada en los artículos 223, 225, 228 y 229 de la LGSS, artículos 36 y 38 del Decreto 3158/1966 y artículos 17 y 18 de la OM de 13 de febrero de 1967.

Como regla general, la cuantía de la pensión de orfandad será para cada huérfano la equivalente al 20% de la base reguladora del causante, calculándose dicha base conforme a las normas previstas para la pensión de viudedad.

Si bien la situación de desprotección de los hijos parece más evidente que la del cónyuge o conviviente supérstite, el legislador opta por concederles una pensión mucho menor que la de viudedad, consistente en un 20% de la base reguladora frente a un 52 o un 70% de ésta. Tal opción legislativa obedece, una vez más, a una concepción clásica de la familia, únicamente conformada por los hijos comunes de progenitores a su vez unidos por vínculo matrimonial indisoluble, de tal modo que la pensión de viudedad habría irremediablemente de subvenir no sólo a las necesidades del cónyuge superviviente, sino también a las del núcleo familiar en su conjunto, y por lo tanto, a la de los hijos comunes con el fallecido⁵⁶.

6.1. Base reguladora de la pensión.

Para determinar la base reguladora se distingue según las circunstancias concurrentes del fallecimiento:

⁵⁵ STSJ País Vasco, Sala de lo Social, 16 de julio de 2002, AS 2002/3211.

⁵⁶ MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R., “La pensión de orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes”, en AA.VV: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, La Seguridad Social en el siglo XXI*, Murcia, Ediciones Laborum, 2008, pág. 121.

6.1.1. Derivado de enfermedad común.

En cuyo caso, tanto si el causante estaba en alta o asimilada como en no alta, la base reguladora es el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses elegidos por los beneficiarios dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al hecho causante. Desde 1-1-2010, el periodo de 15 años se computa a partir del mes anterior al mes previo al del hecho causante.

6.1.2. Derivado de accidente no laboral.

En caso de que el causante se encontrara en situación de alta o asimilada al alta al fallecer, es aplicable para determinar la base reguladora la misma fórmula prevista para los casos de enfermedad común.

Si se encontrase en situación de alta o asimilada y no hubiese completado un período ininterrumpido de 24 mensualidades de cotización en el período de referencia (15 años anteriores al mes previo al fallecimiento), la base reguladora se determina de acuerdo con la fórmula más favorable entre:

– el cociente de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses elegidos por el beneficiario dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al mes previo al fallecimiento;

– el resultado de dividir entre 28 la suma de las bases mínimas de cotización vigentes en los 24 meses inmediatamente anteriores al mes previo al fallecimiento, tomadas éstas en la cuantía correspondiente a la jornada laboral contratada en último término por el causante.

6.1.3. Derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

En estos supuestos, la base reguladora se determina sobre los salarios devengados por el causante en el momento del accidente o de la declaración de enfermedad profesional, incluidas las horas extraordinarias. Este cómputo consiste en la

suma del salario diario a fecha del accidente o baja multiplicado por 365 días, importe anual total de las pagas extraordinarias del año anterior, beneficios percibidos en el año anterior y las retribuciones complementarias computables (la suma total de las cantidades percibidas por los anteriores conceptos se divide por el número de días efectivamente trabajados y el cociente se multiplica por 273, salvo que el número de días laborables efectivos sea menor, en cuyo caso se aplica el multiplicador que corresponda⁵⁷. De tal forma que, la suma de los importes parciales es la base reguladora anual de cuya división entre 12 se obtiene la base mensual de la pensión⁵⁸.

6.1.4. Causante que al tiempo del fallecimiento sea pensionista de jubilación o incapacidad permanente.

Cuando el causante fuese al tiempo del fallecimiento pensionista de jubilación o incapacidad permanente la base reguladora es la misma que sirvió para determinar su pensión. En estos casos, la cuantía de la pensión se incrementa mediante la aplicación de las mejoras o revalorizaciones que, para las prestaciones de igual naturaleza por muerte y supervivencia, hayan tenido lugar desde la fecha del hecho causante de la pensión de la que deriven.

6.1.5. Cuando el trabajador fallece durante la situación de jubilación flexible.

A efectos del cálculo de las prestaciones de muerte y supervivencia que correspondan, los beneficiarios pueden optar porque aquéllas se calculen desde la situación de activo del causante o, en su caso, desde la situación de pensionista del mismo. En este último supuesto, se toma como base reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia la que sirvió para la determinación de la pensión de jubilación, aplicándose las revalorizaciones habidas desde el momento en que se determinó la correspondiente base reguladora.

⁵⁷ De acuerdo con la disposición adicional 11ª del RD 4/1998, de 9 de enero, sobre revalorización de pensiones del sistema de Seguridad Social para 1998.

⁵⁸ Se debe tener en cuenta que para el cálculo de la base reguladora derivada de accidente de trabajo se aplica el Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprueba el Reglamento para aplicación del texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo, conforme a la STSJ Cataluña, Sala de lo Social, 23 de octubre de 2003, JUR 2004/7482.

6.2. Acrecimiento de la pensión de orfandad.

La pensión de orfandad puede verse incrementada con carácter general en el supuesto de orfandad absoluta, esto es, cuando a la muerte no hay cónyuge supérstite, en cuyo caso se aplicará el porcentaje correspondiente a la pensión de viudedad. Este incremento deberá repartirse a partes iguales en el supuesto de que exista más de un huérfano con derecho a pensión⁵⁹.

La cuantía de la pensión de viudedad, tal y como concreta el RD 1795/2003, es por regla general del 52% de la base reguladora del causante, no obstante, puede elevarse al 70% de dicha base en supuestos especiales, atendiendo a la situación personal del beneficiario. En principio, el artículo 229.1 de la LGSS indica que la suma de las cuantías de las pensiones por muerte y supervivencia no podrá exceder del importe de la base reguladora que corresponda, estableciendo así un límite. No obstante, tras la última reforma introducida por la Ley 40/2007, se matiza este límite reconociendo que esta cuantía podrá superarse en casos excepcionales cuando el porcentaje a aplicar a la pensión de viudedad sea del 70%, si bien, en ningún caso, la suma de las pensiones de orfandad podrá superar el 48% de la base reguladora que corresponda. En todo caso, dicha previsión no beneficia de manera directa a los huérfanos sino únicamente al cónyuge viudo⁶⁰, pues el hecho de que el beneficiario de la pensión de viudedad pueda ver incrementada su prestación del 52% al 70%, pero en cambio, la suma de las pensiones de orfandad que, en su caso, se hayan generado nunca pueda superar el límite inamovible del 48% de la base reguladora del causante, supone un perjuicio para los huérfanos, sobre todo en aquellos casos en que existen varios beneficiarios, quienes verán reducida la cuantía de su pensión en aras del incremento de la pensión de viudedad, habida cuenta de que podría darse el caso de que los hijos del causante no lo fueran del cónyuge supérstite.

Conforme al artículo 38 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones

⁵⁹ MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R., “La pensión de orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes”, en AA. VV.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, La Seguridad Social en el siglo XXI*, cit., pág. 125.

⁶⁰ SELMA PENALVA, A., “Las peculiaridades prácticas de la pensión de orfandad”, *Actualidad laboral*, N^o 14, 2009, pág. 1565.

Las insuficiencias de la pensión de orfandad y el derecho a acrecer. Propuestas de *lege ferenda*.

económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, en la redacción dada por el artículo segundo del RD 296/2009, de 6 de marzo, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia, en los casos de orfandad absoluta las prestaciones correspondientes a los huérfanos pueden incrementarse en los términos y condiciones siguientes:

- 1) Cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementa en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52%.
- 2) Cuando a la muerte del causante exista algún beneficiario de la pensión de viudedad, la pensión de orfandad que se reconozca puede, en su caso, incrementarse en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje de pensión de viudedad que no hubiera sido asignado.
- 3) Cuando el progenitor sobreviviente fallezca siendo beneficiario de la pensión de viudedad, procede incrementar el porcentaje de la pensión que tuviera reconocida el huérfano, sumándole el que se hubiere aplicado para determinar la cuantía de la pensión de viudedad extinguida.
- 4) En cualquiera de los supuestos anteriores, en el caso de existir varios huérfanos con derecho a pensión, el porcentaje de incremento que corresponda se distribuye a partes iguales entre todos ellos.
- 5) Los incrementos de las pensiones de orfandad en ningún caso pueden dar lugar a que se supere el límite de la base reguladora que corresponda para las pensiones por muerte y supervivencia. No obstante, dichos incrementos son compatibles con la prestación temporal de viudedad, pudiendo, por tanto, ser reconocidos durante el percibo de esta última.
- 6) En caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional la indemnización que se reconozca a los huérfanos absolutos se incrementa con la que hubiera correspondido al cónyuge o a quien hubiera sido cónyuge o pareja

Las insuficiencias de la pensión de orfandad y el derecho a acrecer. Propuestas de *lege ferenda*.

de hecho del fallecido. En el caso de concurrir varios beneficiarios, el incremento se distribuye a partes iguales entre todos ellos.

7) Estos incrementos de prestaciones sólo pueden ser reconocidos con respecto a uno solo de los progenitores.

8) Cuando el progenitor superviviente hubiera perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad por aplicación de la normativa de protección contra la violencia de género, esto es, por haber sido condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, salvo que hubiera mediado entre ellos reconciliación (disposición adicional 1ª de la LO 1/2004), el huérfano tiene derecho a los incrementos previstos para los casos de orfandad absoluta.

9) A efectos de los incrementos expuestos, se asimila a huérfano absoluto el huérfano de un solo progenitor conocido.

El derecho de acrecimiento ha sido objeto de una intensa interpretación por parte del Tribunal Supremo, girando en torno a dos cuestiones fundamentales: el acrecimiento como derecho vinculado a la orfandad absoluta y a la existencia de un derecho previo o potencial a la pensión de viudedad, habida cuenta de que el acrecimiento se concibe como una técnica de transferencia de derechos, de forma que el huérfano “sucede” a la viuda o viudo en su derecho a la pensión, aumentando así la protección para que resulte suficiente.

En un principio, en la década de los noventa, la interpretación que realizó el Alto Tribunal fue restrictiva. En consecuencia, el derecho de acrecimiento se limitaba a los supuestos de orfandad absoluta y, además, se vinculaba con la pensión de viudedad, de forma que sólo opera cuando existe o pudo existir un derecho previo a esta prestación⁶¹.

⁶¹ SSTS, Sala de lo Social, 23 de febrero de 1994, RJ 1994/5343; 15 de julio de 1994, RJ 1994/7051; 20 de julio de 1994, RJ 1994/9946; 2 de diciembre de 1994, RJ 1994/9952; 10 de julio de 1995, RJ 1995/5489 y 18 de noviembre de 1998, RJ 1998/9999.

La controversia se suscitó también respecto a los hijos extramatrimoniales. La jurisprudencia a la que se ha hecho referencia, entendía que el acrecimiento en el caso de hijos extramatrimoniales supondría hacer de mejor condición la filiación extramatrimonial, en tanto en la matrimonial el incremento sólo se produce cuando existe orfandad absoluta. Además, consideraban que el derecho de acrecer estaba unido indisolublemente al derecho a pensión de viudedad, de tal forma que si no existe derecho a pensión de viudedad, no cabía transmitir un derecho que nunca se tuvo para incrementar la pensión de orfandad del hijo extramatrimonial.

Por tanto, conforme a dicha doctrina legal, el hijo extramatrimonial que fuera huérfano simple no tendría derecho al acrecimiento, pues la norma exigía literalmente la existencia de orfandad absoluta, y por otro lado, de acuerdo con el régimen jurídico vigente con anterioridad a la Ley 40/2007, tampoco tendría ese derecho si fuera huérfano absoluto, pues en este caso al no existir vínculo matrimonial no se generaría el derecho a la pensión de viudedad. Obviamente no se trataba de una cuestión de discriminación por razón de filiación sino una cuestión puramente normativa, pues tanto si el huérfano absoluto era matrimonial como extramatrimonial, si no existía el derecho a pensión de viudedad no procedía el acrecimiento.

Posteriormente, la STC 154/2006⁶² equiparó el huérfano simple extramatrimonial al huérfano absoluto matrimonial a efectos del acrecimiento, entendiendo que la exigencia de un previo derecho a la pensión de viudedad discrimina al huérfano extramatrimonial puesto que su progenitor nunca puede cumplir dicho requisito, lo que supuso reconocer el derecho de acrecimiento en cualquier supuesto de orfandad absoluta y en todos aquellos casos de orfandad relativa de hijo extramatrimonial en los que el progenitor superviviente no fuera beneficiario de la pensión de viudedad. No obstante, tras la aprobación de la Ley 40/2007, que supuso la inclusión de las parejas de hecho como beneficiarias de la pensión de viudedad, la STC 154/2006 quedó sin fundamento alguno, siendo duramente criticada⁶³.

⁶² RTC 2006/154.

⁶³ DESDENTADO DAROCA, E., “Las paradojas del acrecimiento de la pensión de orfandad. Sobre la necesidad de un criterio autónomo para la protección de los huérfanos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 149, 2011, recurso electrónico.

Finalmente, la reforma operada por el RD 296/2009, de 6 de marzo, al incluir un nuevo artículo, el 38, en el Reglamento General de Prestaciones Económicas, supuso establecer la orfandad absoluta como premisa básica, distinguiendo los tres supuestos de acrecimiento, a los cuales se ha hecho referencia *supra*. En definitiva, se puede concluir que se ha recuperado parte de la doctrina del Tribunal Supremo anteriormente descrita, esto es, la orfandad absoluta como premisa básica y la vinculación del derecho a pensión de viudedad al derecho de acrecimiento.

7. DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN.

Dentro del régimen jurídico de la pensión de orfandad conviene hacer referencia, siquiera brevemente, al nacimiento del derecho, abono de la prestación, suspensión, rehabilitación y extinción de la misma.

7.1. Nacimiento del derecho.

El derecho a la pensión de orfandad resulta efectivo desde la fecha del fallecimiento del causante, siempre que se hubiera solicitado dentro de los 3 meses siguientes, teniendo lugar la efectividad en la fecha de la solicitud si se realiza fuera de aquel plazo⁶⁴. En todo caso conviene precisar que el derecho al reconocimiento de la pensión es imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los 3 meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud, en virtud de lo establecido en el artículo 230 de la LGSS. En consecuencia, los efectos económicos del reconocimiento únicamente se retrotraerán un máximo de 3 meses a contar desde el momento en que se presente la solicitud, con independencia de cuándo haya tenido lugar el fallecimiento o, en su caso, la desaparición del causante.

Resulta lógico concluir que es en el momento del fallecimiento del causante cuando resulta necesario dar cumplimiento a los requisitos exigidos por la norma, cuestión que afecta tanto al causante como al beneficiario. Ello supone que, por regla

⁶⁴ BLASCO LAHOZ, J.F., *Seguridad Social. Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 798.

general, si el potencial beneficiario no cumple las exigencias legales en ese momento, pese a que las cubra en un momento posterior, ello resulta suficiente para imposibilitar el reconocimiento de la prestación.

No obstante, el legislador admite varias excepciones a la regla general de nacimiento del derecho. En primer lugar, esta regla se desplaza en aquellos casos en los que en lugar de producirse el fallecimiento del causante, la prestación tiene su causa en la desaparición del mismo, de tal modo que la LGSS toma como referencia el momento en el que tuvo lugar la desaparición del trabajador en lugar del momento del fallecimiento, al resultar este desconocido. La segunda excepción la constituyen los hijos póstumos del causante, de manera que en estos supuestos, en lugar de estar a la fecha en la que tuvo lugar el fallecimiento, la prestación se entenderá causada en la fecha del nacimiento o bien, si se trata de un hijo adoptivo, desde el instante en que quede debidamente formalizada la adopción⁶⁵.

7.2. Abono de la prestación.

El abono de la pensión de orfandad se encuentra regulado en los artículos 224.3 de la LGSS y 11 del RD 1647/1997. Asimismo, la LGSS contempla en su artículo 234 supuestos específicos relativos al abono de la pensión de orfandad. Tras el nacimiento del derecho a la pensión, esta se abona de la siguiente forma:

Como regla general, cuando se trate de beneficiarios menores de 18 años, la pensión se abona a quienes los tengan a su cargo, en tanto cumplan la obligación de mantenerlos y educarlos. Es más, en el caso de menores de 18 años, la regla general formulada, apropiada cuando se trata de personas sometidas a patria potestad, admite excepciones y ha de ser precisada en determinados supuestos. De esta manera, si la entidad pública territorial a la que esté encomendada la protección de los menores constatase que el huérfano se encuentra en situación de desamparo por incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, la entidad gestora debe adoptar las medidas oportunas para que la pensión de orfandad se abone a quien asuma la guarda del menor, en los términos previstos en el Código Civil,

⁶⁵ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Pensiones de orfandad*, cit., pág. 172.

conforme a lo dispuesto en el artículo 11.a), párrafo segundo, del RD 1647/1997. En este último supuesto, las pensiones de orfandad abonadas al progenitor de los menores, desde el momento en que este deje de tener atribuida la guarda de sus hijos, se consideran prestaciones indebidamente percibidas. Asimismo, a tal efecto, es posible llevar a cabo el descuento sobre la pensión de viudedad de dicho progenitor.

Por otra parte, si se da la circunstancia de acogimiento familiar, la pensión se abona a quien realice el mantenimiento económico del huérfano y, en el supuesto de acogimiento residencial, el abono se realiza a la entidad pública que tenga acogido al menor. Por su parte, cuando se trate de beneficiarios mayores de 18 años, la normativa prevé que el abono se realice directamente al beneficiario de la pensión de orfandad, con la excepción de los declarados incapacitados judicialmente, en cuyo caso se abona a la persona que tenga atribuida la guarda del mismo.

El artículo 234 de la LGSS contempla el supuesto en el que los hijos de quien haya sido condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, en los términos señalados en el artículo 231 de la LGSS⁶⁶, siendo menores de edad o personas con capacidad judicialmente modificada, fueran beneficiarios de pensión de orfandad causada por la víctima, en cuyo caso, la pensión no debe ser abonada a la persona condenada. No obstante, si bien es cierto que en este último caso no cabe abonar la pensión de orfandad al progenitor condenado, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, contempla la posibilidad, en el apartado 2 de su disposición adicional primera, de que hubiera mediado reconciliación entre los progenitores, en cuyo caso la pensión de orfandad sí le podrá ser abonada al progenitor condenado.

En este sentido, resulta preciso hacer una referencia más detallada a los efectos de la reconciliación en relación al reconocimiento de la condición de titular de la pensión de orfandad a aquel progenitor que ha sido condenado como autor de un delito de maltrato familiar contra el causante.

⁶⁶ En dicho precepto se establece que “Sin perjuicio de lo establecido en la DA 1ª de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no podrá tener la condición de beneficiario de las prestaciones de muerte y supervivencia que hubieran podido corresponderle, quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la prestación”.

Como ya se ha indicado anteriormente, de conformidad con el apartado 2 de la disposición adicional primera de la LO 1/2004, a quien fuera condenado por la comisión de un delito doloso de homicidio o de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, o estuviera o hubiera estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la pensión de orfandad de la que fueran beneficiarios sus hijos menores no le será abonable en ningún caso, salvo que hubiera mediado reconciliación entre ellos.

Esta disposición fue modificada por la disposición adicional trigésima de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, con el fin de adaptarla a las nuevas previsiones de dicha ley, así como introducir la posibilidad de que las pensiones de orfandad causadas por el ofendido del delito sean incrementadas con la pensión de viudedad que le hubiera correspondido al condenado por delito doloso de homicidio o lesiones.

En definitiva, el condenado por delito doloso de homicidio o lesiones contra el causante de la prestación no podrá ser titular del abono de la pensión de orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos menores de edad, con una única salvedad: que haya mediado reconciliación entre el condenado por el delito doloso y el ofendido por dicho delito.

Ahora bien, la principal controversia reside en la forma de acreditación de que esa reconciliación se ha producido. En la sentencia del JS núm. 2 de Palma de Mallorca, de 13 de febrero de 2014, la juzgadora de instancia consideró suficiente la prueba practicada en el acto del juicio, consistente en el interrogatorio de parte y de testigos que confirmaron la reanudación de la convivencia de las partes, así como la prueba documental consistente en la autorización de la fallecida al actor para operar con sus cuentas bancarias. Por el contrario, el criterio mantenido por el INSS es que dicha reconciliación debe ser acreditada por el órgano judicial mediante certificación al respecto, para que así pueda tener efectos frente a terceros.

Actualmente existen posiciones contradictorias en función de si la interpretación del requisito de reconciliación se realiza en aplicación de la disposición adicional

primera de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, no requiriéndose acreditación judicial, o bien, para la aplicación de la LGSS en la que sí se exige ese requisito, concretamente a efectos del reconocimiento de una pensión de viudedad.

En conclusión, dado que la sentencia citada versa sobre el abono al autor del delito de la pensión de orfandad de la que son beneficiarios los hijos menores que conviven con él, ello justifica esa mayor flexibilidad en cuanto a la acreditación de la reconciliación, entendiéndose, por tanto, que procede reconocer la condición de titular de la pensión de orfandad al condenado por delito doloso tras haber mediado reconciliación entre las partes, en aplicación de la disposición adicional primera de la LO 1/2004⁶⁷.

7.3. Suspensión y rehabilitación de la pensión de orfandad.

Dentro de la dinámica de la prestación, procede hacer referencia a dos momentos fundamentales:

7.3.1. Suspensión.

La suspensión del derecho a la pensión reconocida se encuentra regulada en el artículo 9.2 del RD 1647/1997 conforme a las siguientes reglas:

1. En supuestos de beneficiarios mayores de 21 años, el derecho a la pensión de orfandad quedará suspendido cuando concierten un contrato laboral en cualquiera de sus modalidades o efectúen un trabajo por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en algún régimen público de Seguridad Social, siempre que los ingresos derivados del contrato o de la actividad de que se trate superen el límite del SMI, en cómputo anual, que se fije en cada momento, o cuando los ingresos del trabajo que se viniese efectuando superen el límite indicado. La suspensión tendrá efectos desde el día siguiente a aquél en que concurra la causa suspensiva.

⁶⁷ DE LA CONCHA RENERO, C., “Titular de la pensión de orfandad en aplicación de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género. Efectos de la reconciliación”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015, págs. 333-338.

2. Asimismo, tal suspensión tendrá lugar cuando, con anterioridad al cumplimiento de los 21 años, se viniese percibiendo la pensión de orfandad y el huérfano viniera realizando un trabajo por cuenta ajena o propia, y los ingresos superasen el límite establecido, surtiendo efecto dicha suspensión en la fecha del cumplimiento de los 21 años, puesto que para la determinación de los ingresos, en ningún caso se tienen en cuenta los obtenidos por el huérfano antes de cumplir dicha edad⁶⁸.

7.3.2. Rehabilitación.

La recuperación del derecho a la pensión de orfandad se produce cuando se extinga el contrato de trabajo, cese la actividad por cuenta propia o, en su caso, finalice la prestación por desempleo, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o maternidad. Del mismo modo, se produce la recuperación del derecho en los supuestos en que se continúe en la realización de una actividad o en el percibo de una prestación, cuando los ingresos derivados de una u otra no superen la cuantía vigente del SMI en cómputo anual.

Los efectos económicos de la rehabilitación tienen lugar en la fecha de extinción del contrato de trabajo, del cese en la actividad o a la finalización de la percepción de la correspondiente prestación, o bien, en la fecha en que se modifique la cuantía de los ingresos percibidos por el trabajo o la prestación de que se trate, siempre que la solicitud se formule dentro de los 3 meses siguientes a la indicada fecha. En caso contrario, la pensión recuperada tiene una retroactividad máxima de 3 meses, a contar desde la fecha de la solicitud.

Ahora bien, cuando los ingresos percibidos en el año por el huérfano fuesen superiores al límite exigido para tener derecho a la prestación, la recuperación de la misma se produce el día primero del año siguiente, siempre que en tal fecha se cumplan los requisitos exigidos para lucrarla. Si al finalizar el ejercicio económico, los ingresos percibidos por el beneficiario hubiesen sido, en cómputo anual, inferiores al límite

⁶⁸ BLASCO LAHOZ, J. F., *Seguridad Social. Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, cit., págs. 792-793.

exigido, se abona la pensión, por el tiempo no percibido, desde el día primero de enero de dicho ejercicio o desde la fecha en que se suspendió dicha pensión, de ser ésta última posterior, siempre que se solicite en el plazo de los tres primeros meses del año siguiente. En caso contrario, el período de percepción se reduce en tantos días como se haya demorado la presentación de la solicitud.

Por otra parte, existen supuestos de rehabilitación de la pensión de orfandad relacionados con el fallecimiento del progenitor sobreviviente. Así, si la pensión de orfandad se hubiera extinguido por cumplimiento de la edad y, posteriormente, se produjera también el fallecimiento del progenitor sobreviviente, la pensión de orfandad, derivada del primer causante, se puede rehabilitar hasta alcanzar los 25 años, siempre que el beneficiario reúna los demás requisitos exigidos.

Por otro lado, si el huérfano no pudo acceder a la pensión de orfandad al fallecer el primer progenitor, por superar en ese momento el límite de rentas del trabajo, pero, producido el fallecimiento del segundo progenitor, deja de superar el señalado límite, o le sobreviene una incapacidad, antes del cumplimiento de los 25 años podrá reconocerse o rehabilitarse la pensión de orfandad derivada del fallecimiento del primer progenitor, con las revalorizaciones que procedan. En cualquier caso, para ello resultará necesaria la solicitud del interesado⁶⁹.

Para concluir, la jurisprudencia se ha pronunciado en ciertos supuestos acerca de si procede o no la rehabilitación de la pensión de orfandad. En primer término, en un caso de pensión de orfandad extinguida por matrimonio de la beneficiaria, no procederá la rehabilitación de dicha pensión por la posterior extinción del matrimonio, a pesar de que la beneficiaria no percibe pensión de su marido, porque si bien es cierto que se encuentra en una real situación de necesidad que habrá de ser cubierta, en su caso, por medio de una prestación asistencial, tal situación de necesidad no puede estimarse causa suficiente para dar lugar a la contributiva de orfandad, al no existir precepto legal o reglamentario que la ampare⁷⁰. En esta misma línea, el Tribunal Supremo ha

⁶⁹ Artículo 9.2 del RD 1647/1997 y criterio del INSS 4/2003.

⁷⁰ STS, Sala de lo Social, 1 de marzo de 2004, RJ 2004/2429.

determinado que tampoco resulta posible la reanudación de la pensión de orfandad, que se extinguió por matrimonio, tras el fallecimiento del cónyuge⁷¹.

7.4. Extinción de la pensión de orfandad.

La pensión de orfandad se extingue por alguna de las causas recogidas en el artículo 21.1 de la OM de 13 de febrero de 1967, modificado por el artículo tercero del RD 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia.

Dicho precepto contempla que la pensión de orfandad se extingue por alguna de las siguientes causas que afecten al beneficiario:

- 1) Cumplir la edad máxima fijada en cada caso, de las previstas en el artículo 224 de la LGSS, salvo que, en tal momento, tuviere reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.
- 2) Cesar en la incapacidad que le otorgaba el derecho a la pensión.
- 3) Adopción, si bien por criterio del INSS la pensión de orfandad no se extingue cuando el huérfano es adoptado por el cónyuge de su progenitor fallecido.
- 4) Contraer matrimonio, si bien esta causa no opera, para matrimonios celebrados a partir del 23 de noviembre de 2005, cuando el huérfano esté afectado por una incapacidad en el grado de absoluta o gran invalidez.
- 5) Fallecimiento del beneficiario.

Como resulta lógico, aunque la norma no lo incluya expresamente como causa de extinción de la pensión, en aquellos casos en los que la prestación surgió a raíz de la desaparición del causante en accidente, serán causas extintivas la reaparición del presunto causante y la comprobación de que en el accidente no tuvo lugar el fallecimiento del mismo.

⁷¹ STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 30 de enero de 2007, RJ 2007/990.

En lo que respecta a la causa de extinción consistente en contraer matrimonio, esta constituye un argumento más que apoya la idea de que el fundamento de la concesión de la pensión de orfandad no es la existencia de una situación de necesidad, toda vez que dicha situación no tiene por qué dejar de concurrir por el mero hecho de que el huérfano contraiga matrimonio, lo que permite concluir que se trata de una regulación obsoleta en gran medida pues contraer matrimonio no significa necesariamente pasar a depender económicamente del cónyuge.

8. RÉGIMEN DE COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.

El artículo 225 de la LGSS contempla los supuestos de compatibilidad de la pensión de orfandad, estableciendo, en primer lugar, que la pensión de orfandad de beneficiarios menores de 21 años o que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, resulta compatible con cualquier renta de trabajo del cónyuge superviviente o del propio huérfano, así como, en su caso, con la pensión de viudedad que aquel perciba. De ello se deduce, por tanto, que los beneficiarios menores de 21 años o incapacitados para el trabajo en grado absoluto o gran invalidez, pueden compaginar la percepción de la pensión de orfandad con cualquier ingreso, ya proceda de un trabajo retribuido, por cuenta propia o de otro origen, sea cual sea su importe, lo que conduce a pensar que el legislador ha optado por prescindir, una vez más, de la exigencia de una situación de necesidad para que proceda el reconocimiento de la pensión⁷².

En segundo término, se establece que la pensión de orfandad de beneficiarios mayores de 21 años, no incapacitados, es compatible con cualquier renta de trabajo del cónyuge superviviente, o del propio huérfano, siempre que no supere el límite del SMI vigente en cada momento, en cómputo anual.

Asimismo, se contempla que, en caso de concurrencia de pensiones, existen varias posibilidades:

⁷² MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Pensiones de orfandad*, cit., pág. 178.

Las insuficiencias de la pensión de orfandad y el derecho a acrecer. Propuestas de *lege ferenda*.

En primer lugar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 223.1 de la LGSS, cuya previsión resulta de aplicación a las pensiones de orfandad, estas son incompatibles con el reconocimiento de otra pensión de orfandad causada por el mismo causante, en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos, durante 15 años. Son, sin embargo, compatibles con la pensión de orfandad causada por el otro progenitor. Ahora bien, en el supuesto de que concurran en los mismos beneficiarios pensiones de orfandad causadas por el padre y la madre, dichas pensiones son compatibles entre sí, aunque sean del mismo régimen, pero el incremento de la pensión de viudedad sólo será de aplicación a la causada por uno de ellos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17.3 de la OM de 13 de febrero de 1967.

Por otro lado, la pensión de orfandad también es incompatible con la pensión de viudedad a la que posteriormente pudiera tener derecho el huérfano, debiendo en este caso optar por una de las dos. Por el contrario, la pensión de orfandad resulta compatible con la asignación económica por hijo a cargo, tras la aprobación de la Ley 8/2005.

Por último, la pensión de orfandad reconocida al huérfano que haya sido declarado incapacitado para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de los 18 años, es compatible con la de incapacidad permanente que pudiera causar, después de los 18 años, como consecuencia de unas lesiones distintas a las que dieron lugar a la pensión de orfandad o, en su caso, con la pensión de jubilación que pudiera causar en virtud del trabajo que realice por cuenta propia o ajena, tal y como establece el artículo 225.2 de la LGSS.

9. DEFICIENCIAS DE LA PROTECCIÓN Y PROPUESTAS DE MEJORA DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD.

Para analizar las carencias que presenta la pensión de orfandad, una vez examinado su régimen jurídico, se incidirá fundamentalmente en el importe insuficiente de la pensión, sin olvidar las propias deficiencias que genera la propia normativa en lo que se refiere a ciertas situaciones en las que se encuentran los huérfanos.

Las insuficiencias de la pensión de orfandad y el derecho a acrecer. Propuestas de *lege ferenda*.

Se debe partir de la premisa básica de que la cuantía de la pensión de orfandad no se adecúa a las necesidades económicas actuales y, por ende, resulta insuficiente. Si bien es cierto que en los últimos años se han aprobado diversas normas destinadas a revalorizar y mejorar las pensiones del sistema de Seguridad Social, entre las que se encuentra la pensión de orfandad, tales como la Ley 40/2007, en cuya Disposición Adicional 5ª, apartado 2, se incluye el compromiso de que la cuantía mínima de la pensión de orfandad alcance, al menos, el 33% del IPREM; o más recientemente, el RD 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social y otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016, estos incrementos previstos, de poca entidad, no han logrado dotar a la pensión de orfandad de la suficiencia requerida.

Partiendo de la base de que el SMI para el año 2016 está fijado en la cuantía de 655,20 euros⁷³ y que, el importe mínimo de las pensiones de orfandad no se acerca a esta cifra, cabe pensar que dicho importe no permite a los huérfanos subsistir de manera digna. En este sentido, esta protección se puede relacionar con el mandato contenido en el artículo 41 de la CE, donde se señala que los poderes públicos deberán garantizar a todos los ciudadanos pensiones suficientes, deduciéndose que con las cuantías actuales no se está asegurando el mantenimiento de un nivel mínimo de vida⁷⁴.

Por otra parte, se debe destacar el acierto del legislador en lo que respecta a la ampliación de los límites de edad protegidos por la pensión de orfandad tras la aprobación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. Dicha ley ha conferido una nueva redacción, que ha supuesto la extensión del beneficio de la pensión de orfandad hasta los 25 años en general (o el día primero del mes posterior de inicio del siguiente curso escolar el momento de cumplir 25 años, cuando se continúe estudiando). No obstante, para mantener la pensión, a los mayores de 21 años se les exige que las rentas del trabajo no superen el SMI vigente en cada momento, en cómputo anual. Por fin, con

⁷³ De conformidad con el RD 1170/2015, de 29 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2016.

⁷⁴ BLÁZQUEZ AGUDO, E.Mª, “La pensión de viudedad y orfandad: una realidad pendiente de cambio”, *Aequalitas, Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, cit., págs. 56-63.

esta reforma se consiguen adecuar los límites de edad para extinguir la pensión de orfandad con las necesidades planteadas en la sociedad actual⁷⁵.

No es posible olvidar la precaria situación en la que se encuentra actualmente el sistema español de Seguridad Social como consecuencia de la crisis económica, sin embargo, ello no es óbice para que se realicen una serie de propuestas en aras de mejorar la protección de este tipo de contingencia en un futuro no muy lejano. Siguiendo esta línea, se pueden sugerir propuestas para la reforma de la pensión de orfandad que giran en torno a varias cuestiones básicas. En primer término, la posibilidad de extensión de la incompatibilidad con las rentas salariales. En segundo lugar, la necesidad de aprobar una normativa que reconozca los denominados supuestos de orfandad absoluta de hecho, sobre los que se hará hincapié más adelante. Por último, en relación con la cuantía de la pensión, se expone la necesidad de aumentar el tipo que se aplica con carácter ordinario a la pensión de orfandad cuando se den circunstancias excepcionales.

9.1. Extensión de la incompatibilidad con las rentas salariales.

La primera de las propuestas es la extensión de la incompatibilidad con las rentas salariales, en la cual se hace referencia a la ampliación del límite del 100% del SMI, puesto que este importe en ningún caso puede ser calificado como garantía de cobertura de las carencias de los huérfanos, en concreto en lo que respecta a supuestos de orfandad absoluta.

Actualmente, según la normativa vigente, quienes sean beneficiarios de la pensión de orfandad mayores de 21 años y realicen un trabajo por cuenta ajena o propia y las rentas de este superen la cuantía del SMI vigente en cada momento, en cómputo anual, dejarán de ser beneficiarios de la misma durante el tiempo que desempeñen dicho trabajo, produciéndose la suspensión de dicha prestación.

La propuesta de *lege ferenda* pasa por destacar la necesidad de modificar dicho límite con el fin de que la pensión de orfandad goce de una mayor compatibilidad con

⁷⁵ BLÁZQUEZ AGUDO, E.M^a., “El nuevo límite de edad en la pensión de orfandad: problemas aplicativos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N^o 39, 2013, recurso electrónico.

las rentas salariales derivadas de un trabajo por cuenta propia o ajena en aquellos casos en que esas rentas salariales, aunque superen la cuantía del SMI vigente en cada momento, continúen siendo insuficientes. Lógicamente, no se trata de eliminar el límite sino de modificarlo con el objeto de adaptarlo a supuestos concretos en los que los huérfanos obtienen ingresos insuficientes, a pesar de desempeñar un trabajo cuya renta supera el SMI vigente, dada su situación de necesidad extrema derivada de la precariedad por la que se caracteriza actualmente el mercado laboral.

La cuantía del SMI para el año 2016 está fijada en 655,20 euros mensuales, de modo que trasladando esta cuestión a la pensión de orfandad, un huérfano que supere ese límite verá suspendida la percepción de su pensión, pese a que dichos ingresos difícilmente son suficientes para subsistir, especialmente en el caso de huérfanos absolutos. Obviamente, en este Trabajo Fin de Grado no se pretende entrar en disquisiciones referidas a si la cuantía del SMI que anualmente se establece es un importe justo y suficiente para subsistir, pues únicamente se analiza en relación al tema que nos ocupa. Asimismo, se debe precisar que con la extensión de la incompatibilidad de las rentas salariales no se pretende que los beneficiarios de esta prestación se lucren de la misma de manera desproporcionada, sino que el objeto de esta propuesta reside más bien en una cobertura adicional, al permitir compatibilizar las rentas de un trabajo (que, a pesar de superar el SMI, pudiera ocurrir que no sean suficientes para subsistir dignamente) con la propia pensión, sin que por ello vean suspendida su percepción.

9.2. Reconocimiento legislativo de los supuestos de orfandad absoluta “de hecho”.

En este apartado se hace referencia a una propuesta de *lege ferenda*, relativa a la necesidad de elaborar una normativa que reconozca y regule, siguiendo la jurisprudencia, los denominados supuestos de orfandad absoluta “de hecho”.

La jurisprudencia distingue entre orfandad absoluta “de derecho”, esto es, la falta de ambos progenitores, y por otra parte, orfandad absoluta “de hecho”, con la que se hace referencia al supuesto en el que ha fallecido uno de los progenitores pero el otro sobrevive, con el matiz de que se produce *de facto* una inexistencia práctica del progenitor supérstite, puesto que carece de los medios necesarios o no está en

condiciones de prestarlos al huérfano en cuantía bastante para cubrir la deuda alimenticia que impone la patria potestad. Se trata de una cuestión que los Tribunales han tenido ocasión de interpretar en numerosas ocasiones, a efectos de reconocer el derecho de acrecimiento de la pensión de orfandad, sin embargo, resaltan la necesidad de que el poder legislativo cree una norma que regule los supuestos de orfandad absoluta “de hecho”, pues actualmente la carencia de regulación impide que puedan dictar pronunciamientos en los que se reconozca el acrecimiento de la pensión de orfandad en dichos supuestos.

Así, el Tribunal Supremo entiende que la orfandad absoluta “de hecho” se da cuando el progenitor superviviente “carezca de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad”, siendo necesario alegar y acreditar tal extremo para reconocer el incremento de la pensión en el porcentaje de la pensión de viudedad. El Alto Tribunal, en reiterada doctrina, considera que *de lege ferenda*, la solución más completa e integradora mientras se mantenga la vinculación entre la pensión de orfandad y la de viudedad, fruto de planteamientos propios de un concepto de familia tradicional que nada tiene que ver con el amplio concepto actual, sería incluir en la prestación de orfandad tanto la situación que constituye orfandad absoluta “de derecho” como la que constituye orfandad absoluta “de hecho”. No obstante, entiende que el concepto de orfandad absoluta no puede llevar a lo que la norma no dice, en lo que supondría un arriesgado ejercicio entre la interpretación propiamente dicha y la función legislativa, que en virtud del principio de separación de poderes consustancial a un Estado de Derecho, se residencia en otro poder del Estado⁷⁶.

En definitiva, existe una doctrina jurisprudencial consolidada en virtud de la cual no procede el incremento de la pensión de orfandad, en tanto no se trata de supuestos de orfandad absoluta estrictamente, salvo aquellas situaciones que actualmente se reconoce son equiparables a ésta, como es la ausencia de progenitor supérstite conocido o que este haya sido declarado responsable de violencia de género en los términos reglamentariamente establecidos⁷⁷.

⁷⁶ STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, 25 de febrero de 2015, RJ 2015/1632.

⁷⁷ SSTs, Sala de lo Social, Sección 1ª, 29 de enero de 2014, RJ 2014/2501; 6 de febrero de 2014, RJ 2014/1620; 11 de febrero de 2014, RJ 2014/1627; 30 de abril de 2014, RJ 2014/2684 y 17 de diciembre de 2014, RJ 2014/6883.

Algún pronunciamiento menor⁷⁸ estima la procedencia del incremento de la pensión de orfandad sosteniendo que, el derecho a acrecer de las pensiones de orfandad con el importe de las de viudedad no generadas a la muerte del causante por el otro progenitor no puede vincularse a la orfandad absoluta. Los argumentos que refrendan tan acertada decisión son la discriminación indirecta que ocasiona a los hijos extramatrimoniales por razón de su filiación⁷⁹, así como en el caso de los hijos de matrimonios legalmente separados o divorciados, por el desigual trato en que estos quedaron en relación a aquellos. Asimismo, se concreta que el propósito de reducir al supuesto de orfandad absoluta el ámbito de acrecimiento de la pensión de orfandad no puede prosperar, en cuanto el propósito del legislador es que el acrecimiento se condicione a la ausencia de beneficiario de pensión de viudedad y determinado por el importe no devengado de ésta, ya que la concurrencia de ambos factores lleva consigo la discriminación expresamente proscrita por el TC para los hijos extramatrimoniales cuando sobrevive el progenitor no causante y, de rebote, la del resto de hijos con progenitor superviviente que no genera pensión de viudedad, dada la peor situación económica familiar en que quedan por la diferente protección que reciben del sistema de Seguridad Social en comparación con los hijos del causante cuyo progenitor sobrevive y genera pensión de viudedad.

Ahora bien, no se quiere decir con ello que tenga que existir acrecimiento con carácter general en todos aquellos supuestos en que existe cónyuge supérstite sino que, en estos casos de orfandad relativa debe condicionarse el acrecimiento de la pensión de orfandad a la existencia de carencia de rentas de la unidad familiar, esto es, que el progenitor superviviente que no ha generado el derecho a pensión de viudedad carece de medios suficientes como para mantener a sus hijos.

Por otro lado, la expresión utilizada en el precepto 38.2 del Decreto 3158/1966, “cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad”, constituye un extremo sobre el que todavía la jurisprudencia no ha tenido ocasión de

⁷⁸ STSJ País Vasco, Sala de lo Social, Sección 1ª, 17 de abril de 2012, AS 2012/1571.

⁷⁹ Sobre esta cuestión, vid. STC 154/2006, 22 de mayo de 2006, RTC 2006/154, la cual equipara el huérfano simple extramatrimonial al huérfano absoluto matrimonial a efectos del derecho de acrecimiento.

Las insuficiencias de la pensión de orfandad y el derecho a acrecer. Propuestas de *lege ferenda*.

pronunciarse expresamente acerca de si puede admitirse la posibilidad de aplicar el incremento de las pensiones de orfandad que prevé el citado Decreto a otros supuestos equiparables a la orfandad absoluta, como aquellos casos en que no se trata de una situación de orfandad absoluta y tampoco existe beneficiario de pensión de viudedad, pero media una situación de necesidad extrema. En fin, la ambigüedad de dicho precepto conduce a la necesidad de que se produzca la equiparación de nuevas situaciones a la orfandad absoluta, con el objeto de que se pueda aplicar dicho incremento.

9.3. Incremento del tipo aplicable en circunstancias excepcionales.

Como última propuesta se plantea el incremento del tipo que se aplica con carácter ordinario a la pensión de orfandad, el cual es de un 20% de la base reguladora que corresponda, para cada uno de los huérfanos con derecho a pensión, cuando se den unas determinadas circunstancias.

Habida cuenta de que no se puede establecer una legislación que regule todos y cada uno de los supuestos que se plantean en la práctica, cada vez se asiste con mayor frecuencia a la existencia de unidades familiares caracterizadas por la carencia de rentas y, es en este punto, donde el legislador debe asumir la tarea de modificar y adaptar la normativa vigente que regula la pensión de orfandad a la realidad social del momento. En efecto, la carencia de rentas constituye un supuesto generalizado en nuestros tiempos que debería ser tenido en cuenta como situación excepcional que permita el incremento del tipo aplicable a la pensión de orfandad.

Al igual que ocurre con la pensión de viudedad, para la cual se prevé que su cuantía alcance el 70% de la base reguladora en circunstancias excepcionales, las cuales consisten en que la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos, que los rendimientos del beneficiario no superen un determinado límite y que este tenga cargas familiares; se propone la posibilidad de extender esta previsión, adaptándola convenientemente, a la pensión de orfandad.

De esta manera, quienes fueran beneficiarios de la pensión de orfandad y se encontraran en unas circunstancias excepcionales, que bien podrían consistir en la

carencia de rentas o que la pensión constituya su principal o única fuente de ingresos, verían aumentado el tipo aplicable a su pensión, en un 20% adicional de la base reguladora, de manera similar a lo ocurrido en la viudedad, evitándose así la desprotección del huérfano, concretamente en casos de orfandad simple en la que el progenitor supérstite, y por tanto, la unidad familiar, carece de medios suficientes para vivir de manera digna.

III. CONCLUSIONES.

Primera.- Los huérfanos constituyen uno de los colectivos más desprotegidos de nuestra sociedad, en la medida en que sus condiciones de vida cambian radicalmente como consecuencia de las repercusiones económicas que genera el fallecimiento de los progenitores.

Segunda.- La pensión de orfandad reviste una importancia práctica y dogmática extraordinaria, constituyendo una de las piezas esenciales e indisponibles del sistema de Seguridad Social, de tal forma que la evolución social y cultural debe conducir inevitablemente al Estado a reforzar y mejorar la protección de esta contingencia.

Tercera.- El interés jurídicamente protegido por la pensión de orfandad, en muchas ocasiones, no se materializa en la realidad, de ahí la necesidad de plantear un modelo que tenga en cuenta las situaciones de necesidad económica de los huérfanos con el objetivo firme de adecuar la protección a la realidad social del momento.

Cuarta.- La pensión de orfandad presenta una serie de deficiencias generadas principalmente por su deficiente importe, sin olvidar las dificultades que genera la propia normativa respecto a situaciones en las que se encuentran los huérfanos.

Quinta.- Las propuestas de *lege ferenda* pasan por flexibilizar la incompatibilidad de la pensión con las rentas salariales, el reconocimiento legislativo de los supuestos de orfandad absoluta “de hecho” y el incremento del tipo aplicable en circunstancias excepcionales, todo ello con el propósito de mejorar la protección de orfandad y, en consecuencia, mitigar o eliminar la precaria situación económica ocasionada por el fallecimiento de los progenitores.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

- AA.VV.: *MEMENTO PRÁCTICO, SEGURIDAD SOCIAL 2015*, Madrid, (Ediciones Francis y Taylor), 2015.
- BLASCO LAHOZ, J.: *Seguridad Social. Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*. (2ª ed.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E.Mª: "El nuevo límite de edad en la pensión de orfandad: problemas aplicativos", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 39, 2013.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E.Mª: "La pensión de viudedad y orfandad: una realidad pendiente de cambio", *Aequalitas, Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, núm. 21, 2007.
- DE LA CONCHA RENERO, C.: "Titular de la pensión de orfandad en aplicación de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género. Efectos de la reconciliación", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015.
- DESDENTADO DAROCA, E.: "Las paradojas del acrecimiento de la pensión de orfandad. Sobre la necesidad de un criterio autónomo para la protección de los huérfanos", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 149, 2011.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Pensiones de viudedad y orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- MÁRTINEZ BARROSO, Mª.R.: "La pensión de orfandad. Últimas reformas y cuestiones pendientes", en AA.VV. *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, La Seguridad Social en el siglo XXI*, Murcia: Ediciones Laborum, 2008.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P: *Pensiones de orfandad*, Madrid: Marcial Pons, 1999.
- PÉREZ ALONSO, M.: *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Las insuficiencias de la pensión de orfandad y el derecho a acrecer. Propuestas de *lege ferenda*.

- RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- SELMA PENALVA, A.: "Las peculiaridades prácticas de la pensión de orfandad", *Actualidad laboral*, núm. 14, 2009.

- **Referencias web:**
 - www.aranzadidigital.es
 - www.empleo.gob.es
 - www.seg-social.es
 - www.tirantonline.com