

AMPLIACIÓN DE LOS LÍMITES DE EDAD PARA LA PERCEPCIÓN DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD TRAS LA LEY 24/97 DE CONSOLIDACIÓN Y RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Sara RICO LETOSA

Francisco Javier MAGAÑA BALANZA

*Prof. Asociados Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: I. La pensión de orfandad y la última reforma del sistema de la Seguridad Social. II. Ampliación de la edad de los beneficiarios de la pensión de orfandad. III. La problemática aplicación del régimen transitorio. IV. Otras novedades relativas al abono de la pensión; el régimen de compatibilidades, las causas de extinción y la suspensión de la prestación. V. Conclusiones.

I. LA PENSIÓN DE ORFANDAD Y LA ÚLTIMA REFORMA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

La pensión de orfandad, incluida dentro de las prestaciones por muerte y supervivencia, se concibe para sofocar el real o presunto estado de necesidad económica,

que ocasiona en unos sujetos, en este caso los hijos, el fallecimiento de uno o de sus dos progenitores.

No puede decirse que en este ámbito sea demasiado ambiciosa la reforma producida por la LCR y sus normas de desarrollo¹. Básicamente, se limita a hacer realidad la Recomendación 11.^a del Pacto de Toledo, que se refiere a la ampliación de los límites de edad para ser beneficiario de las prestaciones por orfandad. Aún cuando, haya de recordarse, la redacción de la citada recomendación posibilitaba la materialización de otras propuestas de mayor calado, para lograr el reforzamiento de los principios de solidaridad y suficiencia de las pensiones dentro del sistema.

Dejando a un margen otras pequeñas modificaciones introducidas en esta pensión, en las siguientes líneas trata de llevarse a cabo una aproximación a esta antecitada mejora y a la problemática surgida de su aplicación. Sin perjuicio de las reflexiones que posteriormente se efectúen, hay que adelantar que, pese a la ampliación de los sujetos posibles beneficiarios de la prestación, ésta continua siendo insuficiente, tal y como puede decirse de la viudedad, alejada de la realidad social y necesitada de una profunda reforma que no tardará en ver la luz.

II. AMPLIACIÓN DE LA EDAD DE LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD

La regulación de la pensión de orfandad exigía al beneficiario ser huérfano menor de dieciocho años o, alternativamente, encontrarse incapacitado para el trabajo, no existiendo, en este último caso, límite de edad máxima para el disfrute de la pensión.

El nuevo régimen jurídico de esta prestación mejora el contenido de su acción protectora posibilitando, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas, que los hijos del causante mayores de dieciocho años puedan disfrutar de la pensión de orfandad hasta los veintiún o veintitrés años, en los supuestos de orfandad relativa o absoluta respectivamente. Por lo tanto, podría decirse que la novedad radica en la ampliación de la edad de percepción, más allá de los dieciocho años a los huérfanos, pese a no encontrarse incapacitados.

Constituye también una innovación de la presente etapa de reformas la distinción, que ahora se efectúa, entre huérfanos de un solo padre o de ambos padres. Aparente desigualdad de trato que únicamente persigue la mayor protección de los huérfanos absolutos, puesto que, presumiblemente, van a encontrarse con mayor carencia de rentas al faltarles ambos progenitores.

1. La regulación de esta prestación se contiene, apenas inalterada, en la OM 13/2/1967. La reforma parcial de esta pensión se produce de modo escalonado en diferentes textos normativos, de los que cabe citar hasta cinco: Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización de la Seguridad social (en adelante LCR), RD 1647/1997, Ley 66/1997, RD 4/1998 y Ley 50/1998.

La progresiva elevación de la edad máxima de permanencia en el percibo de las pensiones de orfandad, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, como medio para reforzar *el principio de solidaridad y de garantía de suficiencia*, en la medida en que la situación financiera lo permita, es objeto del contenido de la Recomendación 12.^a del *Pacto de Toledo*. Y es el art. 175 LGSS², quien, en su nueva redacción, fija las nuevas edades máximas para ser beneficiario de la pensión en un sistema de pensiones públicas para el que se pretende la consecución de mayores grados de justicia³, en los términos que ya establecía el texto del *Acuerdo⁴ sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social*.

Esta medida, aunque insuficiente, es valorada positivamente por el CES, como necesaria adaptación de la prestación a la realidad social actual, de ingreso más tardío de los jóvenes en el mercado de trabajo⁵, a consecuencia de la dilatación del período formativo académico o profesional. La mejora de la pensión piensa en las situaciones de jóvenes que prolongan cada vez más sus estudios, posiblemente con la esperanza de conseguir un puesto de trabajo, que finalmente se logra a una edad mucho más tardía que aquella en la que pensaba la trasnochada OM 13/2/1967.

La parcial mejora de esta pensión ha sido muy contestada por su falta de generosidad⁶. Se dice que, la exigua ampliación temporal de la edad de percepción de la prestación, impedirá alcanzar el objetivo de conseguir que los huérfanos puedan comenzar o continuar con su formación. Considerando que la mayoría de los estudios universitarios deben cursarse en más de tres años, el tiempo de percepción de la pensión de orfandad no va a permitir la finalización de los mismos si no se dispone de otras rentas diferentes a la propia pensión, que se extingue, recordemos, a los veintidós o veintitrés años, en los supuestos, inferiores en número, de orfandad absoluta. Aunque, bien mirado, y en cualquier caso, dada la pequeña cuantía a la que suele ascender la mayor parte de las pensiones de orfandad, a duras penas le permitirá al huérfano continuar o comenzar con sus estudios si no cuenta simultáneamente con otras rentas o no convive con otras personas que colaboren en su mantenimiento⁷.

2. En redacción dada por art. 10 LCR.

3. EM LCR.

4. Letra J.

5. En la actualidad la edad media de acceso al trabajo se sitúa en los 26 años.

6. Por todos, ALARCÓN CARACUEL, M.A. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. ("Principios de organización de las pensiones públicas". Ponencia presentada al IX Congreso Nacional AEDTSS. Madrid. 1998); CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. "Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, y 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998". Relaciones Laborales. N.º 6. 1998.

7. BLÁZQUEZ AGUDO, E. "La aplicación práctica de la Disposición Transitoria Sexta bis sobre la pensión de orfandad de la Ley 24/97, de 15 de julio de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social" Ponencia al IX Congreso Nacional AEDTSS. Madrid. 1998.

Aún cuando es posible percibir la prestación de orfandad más allá de los dieciocho años, sin necesidad de que el beneficiario se encuentre incapacitado, al disfrute de esta ampliación de la edad se impone una condición de carácter económico: o bien el hijo del causante no efectúa un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o realizándolo, los ingresos que obtiene en cómputo anual resultan inferiores al 75% SMI vigente en cada momento, también en cómputo anual⁸.

Muchas han sido las observaciones doctrinales vertidas en relación a este requisito económico impuesto para el disfrute de la nueva mejora de la pensión de orfandad. Así, en primer término, destaca Menéndez Sebastián⁹, la dificultad de controlar los ingresos procedentes del trabajo por cuenta propia del huérfano, tarea que resultará más sencilla de tratarse de trabajo por cuenta ajena.

En otro orden de cosas, podemos constatar que siendo ésta una prestación del nivel contributivo, la reforma introduce un requisito propio de las prestaciones del nivel asistencial: la exigencia de la demostración de carencia de rentas. A todas luces contradictorio, si se piensa que con la última reforma de la pensiones se pretendía reforzar el principio de contributividad¹⁰. Una vez más, el legislador confunde los rasgos del nivel contributivo con los del nivel asistencial en las pensiones por muerte y supervivencia¹¹. Podría considerarse que, en tanto en cuanto la pensión de orfandad es una pensión contributiva financiada con cotizaciones de empresario y trabajador, al igual que sucede con la pensión de viudedad, debería otorgarse independientemente del nivel de rentas del beneficiario. Por el contrario, asistimos a un espectáculo en el que esta pensión contributiva cambia su naturaleza al superar el huérfano los dieciocho años, ya que es a partir de dicha edad cuando deben reunirse requisitos de carácter marcadamente asistencial, convirtiendo a la prestación en un ser mutante¹². En nuestra opinión, el legislador debería aclarar en próximas reformas la naturaleza y finalidad de las prestaciones por muerte y supervivencia, y en parti-

8. Para la determinación de esos ingresos ver Instrucción 15.3.3 Circular INSS 3/1998.

El art. 175 LGSS es todo un ejemplo de deficiente técnica legislativa. Se ve modificado por una misma Ley 66/1997 en dos preceptos distintos: su art. 46 reforma el art. 175.2 LGSS y su DA 13.ª hace lo propio con el art. 175.1 LGSS.

9. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Pensiones de orfandad*. Marcial Pons. Madrid. 1999, p. 130.

10. Muy criticado por el Dictamen del CES, donde se reconoce que se rompe con el principio de contributividad, que recordemos rige esta pensión financiada mediante cuotas, introduciendo elementos propios del nivel asistencial al exigir la carencia de determinado tipo de rentas.

11. Recuérdese que la LCR que mejora la pensión de viudedad de los menores de 60 años con cargas familiares, del mismo modo, exige la no superación de determinados umbrales de renta, como si se tratase de una prestación del nivel asistencial (Vid. DA 7.ª bis LGSS). Piénsese también en la confusa naturaleza de las prestaciones por muerte y supervivencia a favor de familiares.

12. Vid. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J. "La Reforma parcial de la Seguridad Social: comentario a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social y, 66/1997, de 30 de diciembre, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado". *Relaciones Laborales*. N.º 6. 1998.

cular de la pensión de orfandad, sopesando la posibilidad de su inclusión en el nivel asistencial.

Dada la rigurosidad de este requisito, se ha afirmado que en la mente del legislador estaba presente proteger a los huérfanos mayores de dieciocho años, exclusivamente cuando sufriesen situaciones de necesidad. Estados de necesidad que, por otra parte, no es preciso demostrar hasta la mayoría de edad, ya que se presume su existencia hasta ese momento. En este caso y de seguir este razonamiento, no queda claro por qué el legislador se fija únicamente en los ingresos derivados del trabajo del huérfano, ignorando cualquier otro tipo de rentas. Al hacer incompatible la percepción de la pensión más allá de los dieciocho años con el trabajo retribuido que supere ciertos límites, se está penalizando este tipo de actividad y, consecutivamente, fomentando la no demanda de trabajo. Además, la realidad nos demuestra que son los hijos de las familias económicamente menos pudientes, los que se ven obligados a trabajar, y precisamente éstos se van a ver privados del derecho a la pensión. Mientras, se beneficia a los huérfanos que no necesiten trabajar por disponer de rentas suficientes, ya que van a poder disfrutar de la ampliación¹³.

En esta misma línea, la incompatibilidad entre las rentas salariales y la percepción de la pensión sólo se produce en los casos de huérfanos mayores de dieciocho años, lo que podría resultar discriminatorio, máxime cuando no se establece ningún tipo de incompatibilidad en las pensiones de viudedad. A juicio de Roldán Estrada y Purcalla Bonilla¹⁴ se precisa de una regulación menos restrictiva con los mayores de 18 años, que considere las circunstancias personales de los beneficiarios, individualizando caso por caso, a semejanza de las fórmulas utilizadas en otros países europeos.

Asimismo, resulta muy limitado el umbral de renta con que debe retribuirse el trabajo realizado para que éste sea compatible con la pensión de orfandad. El legislador permite percibir la pensión de orfandad una vez superados los dieciocho años si el huérfano que efectúa trabajos lucrativos por cuenta ajena o propia, obtiene en cómputo anual unos ingresos inferiores al 75% SMI que se fije en cada momento, también en cómputo anual. Esto es, se permite conservar el derecho a la pensión mientras se pres-

13. Se consienten situaciones tan sangrantes como el hecho de huérfanos, mayores de dieciocho años, que disponen de importantes rentas extrasalariales, y que al no efectuar trabajos remunerados, percibirán la pensión hasta el cumplimiento de los nuevos límites de edad. Coexistirán con supuestos de huérfanos de familias humildes con escasez de todo tipo de rentas, que se verán obligados a trabajar, y que experimentarán la suspensión de su pensión de orfandad, si perciben rentas salariales superiores a la ínfima cantidad consistente en el 75% SMI, en ningún caso suficiente para llevar una vida digna en ausencia de otro tipo de rentas. Como observa MERCADER UGUINA, J.R. ("La reforma..." *op. cit.*) la Ley prescinde de la situación económica en que queda el huérfano al fallecimiento de sus causantes, limitándose a introducir un límite objetivo, la edad y no el desempeño de un trabajo lucrativo, que puede llevar consigo multitud de agravios comparativos.

14. En ROLDÁN ESTRADA, N. y PURCALLA BONILLA, M.A. ("Pensión de orfandad: notas sobre las recientes reformas de su régimen jurídico" Comunicación presentada al IX Congreso Nacional AEDTSS. Madrid. 1998).

tan ciertos trabajos, de carácter más o menos marginal, y como decíamos *supra*, se desincentiva la actividad y se fomenta el trabajo a tiempo parcial¹⁵. Se fuerza así al beneficiario al cese en cualquier otro tipo de contrato, ya que, el trabajo estable, a tiempo completo¹⁶, bien remunerado del huérfano no es objeto de protección alguna, al menos más allá de los 18 años, y en este sentido es coherente con la finalidad de la norma: la protección del huérfano sólo en los supuestos de claro desamparo económico.

Con los antecitados Roldán Estrada y Purcalla Bonilla, cabe entender que debería quedar establecido el umbral de renta en el 100% SMI; siendo conscientes que, ni aún en estos casos, se garantiza, pese a ser considerada una teórica renta de subsistencia vital, la protección del estado de necesidad¹⁷. El contar con un trabajo por cuenta ajena o propia no es garantía de suficiencia de rentas o recursos. Sólo hay que pensar que los trabajos que desempeñan los jóvenes comprendidos entre las edades de 18 a 23 años, sin experiencia en el mundo laboral, en su práctica totalidad se efectúan en precario y están considerablemente mal remunerados¹⁸. Indudablemente, se lograría mayor coherencia relacionando tal circunstancia con el nivel de renta de cualquier tipo de los interesados. En esta línea también se pronunciaba el Dictamen del CES, lamentándose de la inclusión de la circunstancia de ejercer un trabajo por cuenta ajena o propia como causa excluyente del acceso a la pensión, puesto que podría dar lugar a situaciones socialmente indeseables.

Sorprende además que el legislador que atiende a las rentas procedentes del trabajo, fije en los 18 años la edad frontera entre la compatibilidad de las rentas de trabajo y la percepción de la pensión. Tal vez hubiera sido más coherente, estableciendo dicha barrera en los 16 años, edad que tiene verdadera transcendencia a estos efectos puesto que es la mínima de acceso al mercado de trabajo¹⁹.

15. En este sentido vid. RIVAS VALLEJO, P. y GARCÍA VIÑA, J. "Las prestaciones por muerte y supervivencia. La necesidad de una reforma estructural". Comunicación presentada al IX Congreso Nacional AEDTSS. Madrid. 1998. Para DE LA VILLA, L.E. ("Las pensiones sociales. Problemas y alternativas. Ponencia al IX Congreso Nacional. AEDTSS. Madrid. 1998). "*...la dureza del techo dispuesto con relación al SMI obliga a que esas actividades sólo puedan ser marginales o de muy escasa importancia, si no prefieren sumergirse*".

16. También en ROLDÁN ESTRADA, N. y PURCALLA BONILLA, M.A. ("Pensión de..." *op. cit.*).

17. En este sentido ROLDÁN ESTRADA, N. y PURCALLA BONILLA, M.A. ("Pensión de..." *op. cit.*) consideran que "*si el SMI es un mínimo vital de subsistencia, tal como declara el Tribunal Supremo, no parece suficiente una remuneración inferior al mismo que dejaría al trabajador en una situación de difícil supervivencia económica*".

18. Estamos pensando en trabajos en el sector de la hostelería, o en labores de recolección de productos agrarios, diversas tareas en grandes establecimientos comerciales, cuidado de niños, ... actividades para las que se suele recurrir a los contratación temporal y parcial, en el mejor de los casos.

19. Como indican ALARCÓN CARACUEL, M.A. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. ("Principios de..." *op. cit.*) el alcanzar la edad de 18 años no es dato indicativo de un cambio en la situación social del sujeto huérfano que deba ser valorado a efectos de determinar el ámbito de la acción protectora.

Hay que puntualizar como, hasta Ley 66/97²⁰ y el RD 4/1998 no se declara la compatibilidad entre la percepción de la mejora de la pensión y la obtención de rentas procedentes de rendimientos del trabajo, en cuantía no superior al 75% SMI. Ambas normas despliegan sus efectos a partir del 1 de enero de 1998, por lo que se perjudicó a aquellos cuyas pensiones de orfandad hubieran sido denegadas o hubieran quedado extinguidas por la realización de trabajos remunerados desde el 5 de agosto de 1997 al 1 de enero de 1998, puesto que en ese período la incompatibilidad era total. Resulta injusto e inconcebible este “olvido”²¹ del legislador de no retrotraer los efectos de la nueva regulación a la fecha de entrada en vigor de la LCR.

A solicitud del beneficiario, la Administración de la Seguridad Social²² concede o rehabilita, desde el 1 de enero de 1998, y siempre y cuando se cumpliesen los requisitos exigidos, las pensiones de orfandad denegadas o extinguidas por el ejercicio de un trabajo lucrativo. Sin embargo, en vez de retrotraer hasta la fecha de entrada en vigor de la LCR, limitó los correspondientes efectos económicos al 1 de enero de 1998 cuando la solicitud se hubiera efectuado dentro de los tres meses siguientes a dicha fecha, en caso contrario, la pensión reconocida o rehabilitada tendría una retroactividad máxima de tres meses a contar desde la fecha de solicitud. Salvo que los tribunales hayan subsanado el error del legislador, quedaría un período de cerca de seis meses (agosto a diciembre de 1997) en el que no habría forma de recuperar pensión alguna.

En líneas generales, podríamos apuntar que la pensión de orfandad de nuestro sistema de Seguridad Social, a pesar de las mejoras introducidas, se encuentra muy lejos de la protección ofrecida al huérfano en otros países de nuestro entorno. A modo de ejemplo, podrían proponerse edades móviles de percepción de la prestación²³ o la existencia de prórrogas en función de la situación personal, estableciéndose así medidas más adecuadas para atender a la situación de necesidad real del huérfano.

20. EM LCR establece el máximo de ingresos procedentes del trabajo en 50% SMI, pero esta excepción no figura en el articulado de la Ley. Aún cuando el Proyecto de LMFAOS, en su art. 29, situaba el límite de rentas procedentes del trabajo en el 50% del SMI, el art. 46 Ley 66/97, que modifica el art. 175 LGSS, contradiciendo el tenor de su propia EM que lo situaba en un 50%, establece el límite de ingresos procedentes del trabajo en un 75% del SMI.

21. Vid BARRIOS BAUDOR, G.L. “Recientes modificaciones operadas en las prestaciones por muerte y supervivencia (problemas de transitoriedad) y en la D.A. 8.ª LGSS (problemas interpretativos) (A propósito de la sentencia del Juzgado n.º 3 de Pamplona de 4 de febrero 1998)” *Aranzadi Social*. N.º 7. 1998, y del mismo autor “Problemas jurídicos derivados de determinadas omisiones legislativas en la reforma de pensiones: posibles interpretaciones”. Comunicación presentada al IX Congreso Nacional AEDTSS. Madrid. 1998.

22. Circ. DGINSS 3/1998 10 marzo.

23. Vid. GARCIA VIÑAS, J. y RIVAS VALLEJO, P. *Las prestaciones de supervivencia en el sistema de Seguridad Social*. Cedecs. Barcelona, pp. 168 y ss. También ROLDAN ESTRADA, N y PURCELLA BONILLA, M.A. “Pensión de orfandad...” *op. cit.*

III. LA PROBLEMÁTICA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN TRANSITORIO

Las disponibilidades financieras del sistema obligaron, al igual que viene sucediendo con otras prestaciones, al establecimiento de un sistema transitorio y progresivo de entrada en vigor de la nueva medida de mejora de la pensión, para evitar el efecto desestabilizador de la misma. Hasta la fecha del 1 de enero de 1999, se estableció un régimen paulatino y gradual de aplicación de estos límites de edad, que durante 1997 quedaba fijado en 19 años, salvo en los supuestos de inexistencia de ambos padres, en cuyo caso el límite era de 20 años. Siendo durante el año 1998 de 20 años el límite en el caso de fallecimiento de uno de los padres y de 21 años, en el supuesto de falta de ambos progenitores²⁴, teniendo en cuenta lo previsto en la DT 4.ª RD 1647/1997.

No obstante, la aplicación²⁵ de este régimen transitorio no es pacífica y ha dado lugar a lamentables agravios comparativos, que podrían haberse solventado, en su mayor parte, de haber previsto una entrada en vigor inmediata de las nuevas edades de disfrute de la pensión. Veamos, a continuación, cómo han ido resolviendo los Tribunales las cuestiones en torno a la aplicación retroactiva de la medida. Problemas que, en definitiva, se limitan a la interpretación de la expresión “*durante todo el año 1997*”. La entrada en vigor gradual de esta medida de ampliación, en orden a las consecuencias que producen en los beneficiarios, manejaba dos fechas diferentes: la del nacimiento del posible beneficiario y la fecha del hecho causante, obligando a diferenciar si el óbito se había producido antes o después de la entrada en vigor de la Ley, esto es, el 5 de agosto de 1997.

En este primer grupo de supuestos, relativos al fallecimiento anterior a la entrada en vigor de la Ley, se venía interpretando que si el beneficiario cumplió los dieciocho años con anterioridad al 5 de agosto de 1997, veía extinguida su pensión de orfandad conforme a la legislación aplicable anterior a la LCR, puesto que, esta misma norma, no quiso dotar de efecto retroactivo a dicha mejora. Según el anterior texto del art. 175 LGSS, la pensión de orfandad se extinguía, salvo incapacidad, al cumplir el beneficiario los dieciocho años, sin efectuar distinción entre orfandad relativa y absoluta. En otras palabras, se considera que la LCR no contempla efectos retroactivos para los beneficiarios mayores de edad en el momento de su entrada en vigor, puesto que para éstos la pensión ya se había extinguido²⁶.

24. DT 6.ª bis LGSS, introducida por art. 10.2 LCR.

25. BLÁZQUEZ AGUDO, E. (“La aplicación...” *op. cit.*) admite que cuando el legislador establece sistemas transitorios, no puede contemplar todas las posibles situaciones particulares que podrían verse afectadas con la Reforma.

26. La introducción de esta limitación a la percepción de la mejora a aquellos beneficiarios que no hubiesen visto extinguida su pensión de orfandad en la fecha de entrada en vigor de la LCR, se produce a través del art. 13 LCR bajo la denominación “*De las normas de desarrollo y aplicación a los Regímenes Especiales*”, constituyendo un buen ejemplo de deficiente técnica legislativa.

En esta línea la STSJ Cataluña de 12/3/1999 (Ar. 1731)²⁷ reconoce que, si en un principio nada impide que una Ley otorgue derechos a quienes con la anterior legislación no los tenían, resultando aplicables desde su entrada en vigor, tal como se desprende de lo establecido con carácter general en la DT 1.ª CC, respecto de hechos caecidos con anterioridad a la entrada en vigor de una norma, no obstante, la LCR tiene prevista su propia aplicación transitoria en su art. 10.2 y art. DT 4.ª RD 1647/1997, de modo que esas han de ser las disposiciones aplicables al caso. Esto es, la mejora no afectaría a situaciones consolidadas, extinguidas o agotadas, pero sí a aquellas que, nacidas bajo la regulación anterior, perviviesen en el momento de entrada en vigor de la LCR²⁸.

Si ciertamente ésta fue la interpretación acogida tanto por la doctrina como por los Tribunales en un primer momento: la no aplicabilidad retroactiva de la LCR a los supuestos extinguidos antes de su entrada en vigor, con posterioridad, y a nuestro entender de manera forzada, se considera que la DT 6.º bis LGSS no hace salvedad, dentro del año 1997 al periodo de entrada en vigor de la Ley, sino que su remisión es a todo el año 1997, sin cortapisa alguna. En ese sentido ya se ha manifestado la jurisprudencia, entre otras en STSJ Asturias 30/10/1998²⁹ o la STS u.d. 12/5/1999 (Ar. 4815)³⁰. Así, el intérprete, conforme al art. 3.1 CC, debe tener presente la realidad so-

27. También vid. SSTSJ Extremadura 28/5/1998 (Ar. 2349) y 10/6/1999 (Ar. 2510); STSJ Andalucía/Málaga 19/3/1999 (Ar. 614); STSJ Castilla León Valladolid 28/6/1999 (Ar. 2502). Y en particular, la STSJ Madrid 30/6/1998 (Ar. 2605) no considera en ningún caso la aplicabilidad retroactiva de la Ley. Dicha interpretación es conforme con la Doctrina del TC (STC 14/2/1995 RTC 1995,38), puesto que "*el art. 14 CE no impide el distinto tratamiento temporal de situaciones iguales motivado por la sucesión normativa, porque no exige que se deba dispensar un trato idéntico a todos los supuestos con independencia del tiempo en que se originaron o produjeron sus efectos... la introducción de mejoras en el sistema de Seguridad Social no significa que se lesione aquel precepto constitucional en relación con quienes no pudieron beneficiarse de la mejora en cuestión ni que, para no vulnerar el art. 14 CE el legislador deba consagrar ineludiblemente el principio de retroactividad de la mejora. El principio de igualdad no exige que la Ley creadora de un nuevo derecho y sobre todo de un derecho de carácter prestacional, haya de tener una retroactividad ilimitada en el tiempo y ni siquiera retroactividad alguna...*".

28. SJS n.º3 Navarra/Pamplona 25/7/1998 (Ar. 2897).

29. Siguiendo esta misma corriente STSJ Asturias 24/7/1998 (Ar. 2330).

30. SÁNCHEZ CASTILLO, M. ("Pensión de orfandad. Recuperación del derecho a la misma por quienes lo perdieron por el cumplimiento de la edad de 18 años antes de la entrada en vigor de la Ley 24/1997, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social, de 15 de julio". Aranzadi Social. Octubre. 1999) efectúa una revisión crítica de dicha sentencia en unificación de doctrina. Cabe preguntarse si esta nueva regulación se aplica sólo a las prestaciones causadas con posterioridad a su entrada en vigor, o si por el contrario la norma tiene carácter retroactivo y puede también aplicarse a prestaciones causadas bajo el imperio de la normativa antigua. Hay que matizar la retroactividad: la DA 8.ª y DT 6.ª bis se aplicarán a quienes en la fecha de entrada en vigor se encontrasen *percibiendo* la prestación de orfandad. Por lo que entiende que, de esta disposición, no se desprende que la ley no sea de aplicación a prestaciones causadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, sino que nos delimita expresamente la aplicación de dicha norma, tan sólo a las prestaciones que, causadas con anterioridad, todavía se están percibiendo en el momento de entrada en vigor de la misma.

cial del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. Entienden que la DT 6.^a bis LGSS es una norma de carácter retroactivo, que extiende los efectos de una norma nueva a situaciones surgidas antes de la misma, ya que, se quiere someter al tratamiento más favorable recogido en ella. Cualquier otra interpretación, denegando el derecho a pensión, supondría aceptar una discriminación entre sujetos de la misma edad que no es lógica ni razonable: quien tenga 18 años en el momento de entrada en vigor de la LCR disfrutará o no de la pensión de orfandad en función de la fecha del óbito.

Si el beneficiario alcanzó la mayoría de edad con posterioridad al 5 de agosto de 1997, se encontraba recibiendo la prestación en el momento de entrada en vigor de la LCR, le serían de aplicación los límites graduales del nuevo régimen establecido en la misma y sus normas de desarrollo³¹. No se extingue la pensión al alcanzar la citada edad, sino que es aplicable el régimen previsto en los supuestos de fallecimiento posterior a la entrada en vigor de la Ley, pudiendo beneficiarse de la mejora y percibir la pensión hasta los 21 ó 23 años.

En un segundo grupo de supuestos se incluirían aquellos de fallecimientos posteriores a la entrada en vigor de la LCR, o indistintamente, huérfanos beneficiarios menores de dieciocho años en esa misma fecha, siéndoles de aplicación la escala gradual recogida por la nueva regulación de la pensión. Y así podrían disfrutar de la pensión, según los casos, como máximo hasta los 21 ó 23 años.

Desde la doctrina se ha reclamado la inmediata entrada en vigor de la mejora. Ya que, condicionar su disfrute, como se ha adelantado, a la fecha de nacimiento del beneficiario y fecha de defunción del causante, hecho, este último, totalmente fortuito o azaroso, da lugar al nacimiento de situaciones discriminatorias³².

En palabras de Marín Correa³³, hay que proteger *“a quién, según la Ley, dejó de merecer la protección en un momento anterior, pero está en una situación a la que la Ley ha extendido posteriormente la protección”*. Barrios Baudor³⁴, con quien coincidimos, advierte como el legislador hubiera podido evitar situaciones injustas, al menos previendo la retroacción de la ampliación en función de años completos y no a partir de la fecha de entrada en vigor de la LCR, otorgando un trato semejante a to-

31. Como reza la DT 4.^a.1.1.^o.b RD 1647/1997.

32. ALARCÓN CARACUEL, M.A. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. (“Los principios...” *op. cit.*) creen que se introducen con esta medida elementos distorsionadores en el marco protector, difícilmente compatibles con las exigencias de objetividad y racionalidad del sistema, porque se hace depender la percepción de la pensión de circunstancias que nada tienen que ver con la esfera subjetiva del beneficiario o del causante, sino de un hecho fortuito: la muerte del causante.

33. MARÍN CORREA, J.M. “Acerca de las prestaciones por muerte y supervivencia”. RMTAS. N.º 14. 1999.

34. BARRIOS BAUDOR, G.L. “Recientes modificaciones...” *op. cit.*, “De nuevo...” *op. cit.* sobre las STSJ Navarra 7/9/1998 (Ar. 2957) y Sentencia Juzgado de lo Social n.º 3. Pamplona 25/7/1998 (Ar. 2897).

dos los huérfanos nacidos en un mismo año. Se lograría atender al objetivo de lograr mayor justicia en el sistema de protección social, huyendo del establecimiento de criterios para la percepción de la pensión que pueden resultar tan arbitrarios como el haber nacido en un día u otro del calendario. Así, también para Gete Castrillo³⁵ aunque la mejora del art. 10 LCR, en su conjunto entendida, cabe valorarse positivamente, no puede decirse lo mismo de la forma restrictiva en que se formula y de la gradualidad de su implantación legal.

Problemas de otro tipo pueden originarse en aquellas situaciones de huérfanos simples que dejan de ser beneficiarios de la pensión de orfandad por alcanzar la edad máxima, y se convierten en huérfanos absolutos cuando todavía no han cumplido los 23 años de edad³⁶. La DT 4.^a RD 1647/1997 puntualiza, que una vez extinguido el derecho a la pensión de orfandad, no procederá un nuevo reconocimiento de la prestación por el mismo hecho causante. No parece haber lugar a dudas en el caso contrario, huérfano relativo que antes del cumplimiento de la edad en que se produce la extinción de la pensión, deviene absoluto al fallecer el otro de sus padres, ya que según el art. 175 LGSS se aplicaría gradualmente la escala de la DT 6.^a bis LGSS. Comenta Blázquez Agudo³⁷ que en el supuesto de orfandad absoluta la protección dispensada es muy diferente en función de que se interprete los sucesivos fallecimientos como uno o dos hechos causantes. Si se considera un sólo hecho causante, el fallecimiento del segundo padre no dará lugar al disfrute de la pensión que ya se ha extinguido, produciéndose situaciones injustas, puesto que huérfanos absolutos de igual edad podrían quedar desprotegidos, en tanto que otros podrían beneficiarse.

De considerar dos hechos causales diferentes, se aplicarán los límites de edad de forma independiente al fallecimiento del primer padre y podría dar lugar a la recuperación de la pensión. Esta segunda solución parece más acorde con la intencionalidad de la LCR: facilitar la continuación del período formativo de los huérfanos que en el supuesto de no percibir esta prestación se verían obligados a trabajar. La cuestión no resulta pacífica y, una vez más, serán los Tribunales los encargados de ofrecer solución a los problemas que presenta la aplicación de la Reforma en este aspecto de la pensión de orfandad.

35. En GETE CASTRILLO, P. "La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente en la reforma interminable del sistema de Seguridad Social", en VALDES DAL RE, F. *La Reforma pactada de las legislaciones laboral y de seguridad social*. Lex Nova. Valladolid, p. 454.

36. En opinión de BLÁZQUEZ AGUDO, E. ("La aplicación..." *op. cit.*) hubiera sido más efectivo, si lo que se busca es mayor protección del huérfano absoluto por carecer de rentas de ambos padres, el aumentar la cuantía económica de la pensión en relación a los huérfanos de un sólo padre, que el establecer diferencias en los límites de edad de los beneficiarios. Se hubiesen evitado los problemas de la posible adquisición de la orfandad por la muerte del progenitor supérstite, después de haberla perdido por sobrepasar la edad señalada para los huérfanos de un solo padre.

37. BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. "La aplicación..." *op. cit.*

IV. OTRAS NOVEDADES RELATIVAS AL ABONO DE LA PENSIÓN; EL RÉGIMEN DE COMPATIBILIDADES, LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN Y LA SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN

La posibilidad de percibo de la pensión por personas mayores de dieciocho años, edad a la que se alcanza la capacidad de obrar, justifica la alteración del sistema de pago de la pensión. Así, tras el RD 1647/1997, se diversifica su régimen de pago, abonándose bien directamente a los beneficiarios mayores de dieciocho años, bien a las personas que los tengan a su cargo a beneficiarios menores de esta edad o incapacitados judicialmente, según reza el nuevo art. 175.3 LGSS³⁸.

En el primer supuesto, el beneficiario deberá manifestar la modalidad de cobro que elige, advirtiéndosele, al mismo tiempo, de la incompatibilidad de la pensión con la obtención del mencionado nivel de ingresos del trabajo³⁹.

De igual manera se produce una modificación en el régimen de compatibilidades⁴⁰, distinguiéndose, ahora, en función de la edad del beneficiario. La pensión de orfandad de los menores de dieciocho años o huérfanos incapacitados para el trabajo, en los términos que precisa la reforma, será compatible con la pensión de viudedad del superviviente y con cualquier renta de trabajo del cónyuge superviviente o del propio huérfano⁴¹.

En el supuesto de mayores de dieciocho años, no incapacitados, será compatible la pensión de orfandad con la de viudedad o las rentas de trabajo del cónyuge superviviente, y, curiosamente, con las posibles rentas del huérfano no derivadas del trabajo. A lo que cabría añadir, la compatibilidad de la pensión de orfandad con las rentas derivadas del trabajo por cuenta ajena o propia del huérfano, cuando estas no sean superiores al 75% SMI. Como ya hemos dicho, se crea un doble régimen jurídico, en perjuicio del trabajo lucrativo del huérfano mayor de dieciocho años, al posibilitarse la acumulación con cualesquiera otras rentas con la pensión, pero limitarse la cuantía máxima de las que provienen del trabajo. Resultan injustas la situación de los huérfanos mayores de 18, que ven condicionada la realización de prestación de servicios retribuidos, si se los compara con los menores de edad, a los que no se imponen limitaciones⁴².

La ampliación de la edad de percepción también afecta a las causas de extinción de la pensión recogidas en el art. 21 OM 13/2/1967, ahora modificado. Novedosa-

38. Redacción dada por el art.10 LCR y desarrollado por el art.11 RD 1647/1997.

39. Como contiene Instrucción 17 Circular INSS 3/1998.

40. Art.10 RD 1647/1997.

41. BLASCO LAHOZ, J.F. ("La última reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia". *Tribuna Social*. N.º 92-93. 1998) advierte una posible ilegalidad puesto que mientras el art. 179.2 LGSS permite la compatibilidad entre la pensión y cualquier renta de trabajo del huérfano, el art. 10.1 y 2 RD 1647/1997 predica la incompatibilidad, al menos para los mayores de 18 años.

42. Vid. ROLDÁN ESTRADA, N. y PURCALLA BONILLA, M.A. "Pensión de orfandad..." *op. cit.*

mente consta como causa por la que se extingue esta pensión “*el cumplimiento de la edad correspondiente, edad máxima fijada en cada caso*”, y se elimina la referencia expresa a los 18 años.

Se dispone, asimismo, para esta pensión un régimen de suspensión de la percepción de la misma en los supuestos en los que los beneficiarios, mayores de dieciocho años, pasen a realizar un trabajo por cuenta ajena, en cualquiera de las modalidades, o por cuenta propia, que dé lugar a su inclusión en algún régimen público de Seguridad Social, por el que perciban rentas superiores al 75% SMI. Como se vio, no daría lugar a la suspensión de la pensión el trabajo retribuido por debajo de este mínimo o el llevado a cabo por el huérfano menor de dieciocho años, sin sujeción a este límite. La suspensión se produce desde el día siguiente a concurrir la causa de suspensión.

El derecho a la percepción de la pensión, suspendido durante la realización de tales prestaciones, se recupera a partir del día siguiente a aquel en que se extinga el contrato de trabajo, cese la actividad por cuenta propia, o finalice la percepción de los subsidios con los que se cubre su interrupción temporal o pérdida definitiva, esto es, maternidad, incapacidad temporal y prestación por desempleo, siempre que la recuperación de la pensión se solicite dentro de los tres meses siguientes a la extinción de la prestación⁴³ o del contrato de trabajo. La reapertura de la pensión está condicionada a la solicitud del interesado en un plazo determinado, dentro de los tres meses siguientes a dicha situación. La solicitud tardía implica la aplicación de la regla de la retroacción a los tres meses anteriores, a contar desde tal solicitud. Como ya se anticipaba, también se recuperará si se produce una disminución en los ingresos provenientes del trabajo.

Si se venía efectuando un trabajo lucrativo con anterioridad al fallecimiento del causante, no se producirá el nacimiento de la prestación, en tanto en cuanto el huérfano no deje de realizar esta actividad, o vea reducidos sus ingresos por la misma por debajo del 75% SMI. Huelga comentar que no se producirá la suspensión de la pensión, pese a que los ingresos por el trabajo por cuenta ajena o propia superen el 75% SMI, cuando el huérfano sea menor de dieciocho años, ya que en este caso son compatibles la pensión con cualquier clase de ingreso del beneficiario.

Nótese que cuando subsisten cónyuge viudo y tres o más huérfanos, la pensión que corresponde a cada uno de éstos no alcanza el 20% de la base reguladora, decreciendo en función del mayor número de supervivientes. Consideramos que en aquellos supuestos de supervivencia de tres o más huérfanos con derecho a prestación de orfandad, cuando alguno de ellos viese suspendido el percibo de su pensión por realizar trabajos remunerados por encima del 75% SMI, debería establecerse la po-

43. En DA 8.ª RD 4/98, modificando art. 9.2 RD 1647/1997. Aunque parezca inconcebible en menos de dos meses el legislador cambia el contenido de un precepto el párrafo 2 del art. 9 del RD 1647/1997, que desarrolla la Ley 24/97. En su anterior redacción el derecho al percibo de la pensión se recuperaba “*a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se extinga el contrato de trabajo...*”.

sibilidad de que acreciera la pensión suspendida al resto de los hermanos, de tal manera que percibieran la pensión en su legítima cuantía del 20% de la base reguladora, por lo que podría proponerse el acceso a esos recursos en suspensión que la Seguridad Social ahorra. Tanto la informatización del sistema como el escaso número de familias numerosas en nuestro país, harían viable técnica y económicamente esta propuesta.

V. CONCLUSIONES

Anticipábamos al comienzo de estas páginas que la reforma experimentada por la pensión de orfandad es, indiscutiblemente, insuficiente. Aún cuando se pretendía reforzar los principios de solidaridad y suficiencia, anunciando una mejora del contenido de la pensión, no se aprovecha para crear una nueva prestación por orfandad más acorde con la realidad de estos tiempos.

La ampliación temporal de la edad límite de percepción de la pensión es mínima y no cumple con su objetivo de garantizar la culminación de estudios universitarios. Más aún, penaliza las situaciones de los huérfanos económicamente menos afortunados al impedir la compatibilidad de la pensión con el trabajo retribuido, de los mayores de 18 años, por encima del 75% SMI, e incomprensiblemente no establece un régimen de incompatibilidad de la pensión con cualesquiera rentas de otra naturaleza. Por si fuera poco, la defectuosa redacción del régimen transitorio de entrada en vigor de la mejora genera situaciones que colocan en desafortunadas situaciones de desigualdad a los huérfanos.

La Reforma ignora que las necesidades del huérfano al fallecimiento del causante son una carga gravosa para el progenitor supérstite⁴⁴, dada la insuficiencia de la pensión de orfandad. Esta prestación se ve necesitada por ello, entre otros cambios, de un incremento en su cuantía, de un nuevo régimen de compatibilidades, así como de mecanismos que permitan la variación en su contenido conforme cambien las necesidades o la situación económica del huérfano.

Resulta criticable el abandono que sufren, tanto ésta como el resto de las prestaciones por muerte y supervivencia, máxime cuando en la práctica se convierten en prestaciones de protección a la familia. Teniendo en cuenta las funciones sociales que cumple el grupo familiar y la situación actual de la demografía española, debería tomarse buena nota de las políticas familiares adoptadas en los países de nuestro entorno.

44. Progenitor supérstite que no siempre tiene derecho a pensión de orfandad, ya que, se exige con carácter previo al fallecimiento del causante, la existencia de matrimonio.