

25 de maig del 2017

**PRESTACIONS PER MORT I
SUPERVIVÈNCIA:
EN ESPECIAL ATENCIÓ A LA PENSIÓ
D'ORFANDAT**

ALUMNE: Roser Jou i Gironès

DNI. 41546459H

TUTOR: Ferran Camas Roda

FACULTAT DE DRET- Grau en Dret

CONVOCATÒRIA: juny 2017

AGRAÏMENTS

M'agradaria donar les gràcies al meu tutor, el professor Ferran Camas, pel suport i l'ajuda envers aquest projecte així com els ànims que m'ha anat donant.

ABREVIATURES

SMI: Salari Mínim Interprofessional

TRLGSS: Actual Real Decret Legislatiu 8/2015 de 30 d'octubre, pel que s'aprova el Text Refós de la Llei General de la Seguretat Social.

LGSS: Antiga Llei General de la Seguretat Social (Text Refós de la Llei General de la Seguretat Social, aprovat pel Real Decret Legislatiu 1/1994, de 20 de juny i totes les disposicions legals relacionades) abans de l'aprovació del Real Decret Legislatiu 8/2015 de 30 d'octubre pel que s'aprova el Text Refós de la Llei General de la Seguretat Social.

OMS/OM: Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social.

I.P.C: Índex del preu al Consumidor

INSS: Institut Nacional de la Seguretat Social

TGSS: Tesoreria General de la Seguretat Social

CE: Constitució Espanyola

ÍNDEX

PRIMER CAPÍTOL.- PART GENERAL: ACCIÓ PROTECTORA DEL SISTEMA DE SEGURETAT SOCIAL	3
1.2.- Prestacions per mort i supervivència: significat i evolució.....	6
1.3.- Característiques generals de les prestacions per mort i supervivència: Entitats competents de la gestió i el pagament	9
1.4.- Requisits generals	15
1.5.- Subjectes i fet causant.....	18
1.6.- Beneficiaris generals de les prestacions.....	20
SEGON CAPÍTOL.- VIDUÏTAT.	24
2.1.- Concepte, evolució històrica i beneficiaris.	24
2.2.- Quantia de la prestació.....	30
2.3.- Compatibilitat i Extinció.....	31
TERCER CAPÍTOL.- PART ESPECIAL: LA PENSIÓ D'ORFANDAT.	33
3.1.- Evolució històrica	33
3.2.- Subjecte i fet causant	36
3.3.- Subjectes beneficiaris.....	41
3.4.- Quantificació de la pensió i Base reguladora.....	47
3.5.-. Determinació dels ingressos	53
3.7.- Dinàmica del dret a la prestació.....	56
3.6.- Naixement del dret a la pensió d'orfandat	56
3.8.- Abonament de la pensió.....	57
3.9.- Suspensió de la prestació	61
3.10.- Rehabilitació de la prestació	63
3.11.- Règim de compatibilitats	66
3.12.- Extinció del dret a la prestació.....	73
3.13.- Reintegrament de prestacions indegudes	75
CONCLUSIONS.....	78
BIBLIOGRAFIA.....	82
ANNEX I	83

INTRODUCCIÓ

En base a una situació personal, amb 13 anys em vaig quedar orfe. Efectivament no es tractava d'una orfandat absoluta ja que comptava amb la meva mare. Amb aquesta edat no em plantejava el cobrament d'aquesta pensió en termes jurídics. Més endavant, amb el pas dels anys, va ser quan vaig començar a interessar-me per aquella quantia econòmica que cobrava i en el perquè d'aquesta, així com a administrar-me-la jo mateixa (ja que hi tenia dret, com s'exposarà al llarg del treball). Per altra banda, la meva passió pel dret laboral també em va encaminar a buscar un tema relacionat amb la matèria del que poder aprendre.

És cert que el sistema de la Seguretat Social és bastant garant i ofereix prestacions econòmiques de tot tipus, si bé algunes acreditant una sèrie de requisits o d'altres pel contrari, pel fet de trobar-te o poder acreditar una situació concreta.

La societat ha evolucionat molt amb el pas del temps així com el sistema de la Seguretat Social i la forma que tenia aquest d'ajudar als ciutadans de forma econòmica. Veurem que passarem d'una ajuda precària i inclús una mica discriminatòria en alguns àmbits a una ajuda més gratificant així com garant i igualitària. Per exemple, s'ha acabat reconeixent el dret a la pensió d'orfandat als fills aportats al matrimoni, així com als fills adoptius o acollits: *“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”*. Això marca el Real Decret 8/2015, de 30 d'octubre, pel que s'aprova el Text Refós de la Llei General de la Seguretat Social.

L'acció protectora de la seguretat social ha passat per molts alts i baixos, intents fallits de reformes, discussió jurisprudencial i crítiques, moltes crítiques. S'anirà exposant aquesta evolució així com de forma explicativa i molt descriptiva com ha evolucionat en concret la pensió d'orfandat.

La pensió d'orfandat en sí, com tota prestació econòmica té un inici i pot tenir un final. No és una pensió vitalícia, com ho pot ser per exemple, la pensió de viduïtat. Aquesta pensió es podria definir com l'intent de solució a aquell estat de necessitat que es crea a l'orfe, al fill/a del causant i que econòmicament l'acompanya fins arribar als 25 anys. Dotada, amb una sèrie de criteris i requisits, inclou moltes situacions diferenciades que tot i tenir aquesta característica, els uneix un mateix fet causant.

Altrament, prestacions per mort i supervivència, és una classificació que realment, inclou molts tipus d'ajudes econòmiques classificades en funció del fet causant d'aquestes. El que busquen

bàsicament és pal·liar l'estat de necessitat que sorgeix davant la falta d'ingressos econòmics derivats de la mort d'un membre de la família: ja sigui el pare o mare en la pensió d'orfandat o el cònjuge o parella de fet en la pensió de viduïtat, per exemple. Inclús es dona una prestació a favor de certs familiars del causant i que sol sorgir alhora que sorgeix la pensió d'orfandat o la de viduïtat.

Si bé fent referència a un estat de necessitat, no es pot parlar en termes amplis. Quan es fa menció tota l'estona d'estat de necessitat ja sigui de forma jurisprudencial, doctrinal o legislativa, es parla d'una necessitat econòmica. La seguretat social, davant la pèrdua d'un familiar intenta pal·liar l'economia amb un ajut monetari amb trets humans. Per això mateix reitero, que ens trobem davant d'un estat bastant garant, que ajuda a les persones davant la mort (en el cas de les prestacions per mort i supervivència) a fer front a totes les despeses que aquesta mort pot ocasionar, així com a la falta d'ingressos.

En referència a tot això exposat, el meu treball es dividirà en tres capítols, les conclusions i en una entrevista. En el primer d'aquests hi constarà la part general; l'acció protectora del sistema de la Seguretat Social. Suposarà, una visió general del context on ens troben envers el sistema de seguretat social, en relació amb les prestacions per mort i supervivència.

En segon lloc, en el segon capítol, hi trobarem la pensió de viduïtat, íntimament connectada amb la d'orfandat i exposada de forma molt breu i sintetitzada, fent-ne només una pinzellada per contextualitzar ja que no és l'eix principal del treball.

En tercer lloc, i com a més important, trobaríem el capítol dedicat a la pensió d'orfandat. Un capítol molt més extens, subdividit en 13 apartats que van des dels orígens de la pensió d'orfandat fins a l'extinció d'aquesta, passant pels subjectes que en poden ser beneficiaris, com neix el dret a aquesta pensió, com es quantifica, etc.

Finalment, trobarem les conclusions a les que he arribat al llarg del treball i de l'organització exposada així com una entrevista molt interessant amb la Dra. Mercedes Martínez Aso sobre el sistema de pensions, incidint el màxim possible en la pensió d'orfandat. Aquesta, intentarà donar una visió més real del meu treball, encarat al dia a dia en l'actualitat.

PRIMER CAPÍTOL.- PART GENERAL: ACCIÓ PROTECTORA DEL SISTEMA DE SEGURETAT SOCIAL

Abans d'entrar a aprofundir sobre les pensions de viduïtat i orfanat, caldrà primer fer una breu referència a l'acció protectora del sistema de seguretat social i en com i on es troben emparats els casos de viduïtat i orfanat.

Normativament parlant, i actualment, si ens dirigim a l'article 2.2 del Real decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, l'estat per mitjà de la seguretat social garantirà a les persones compreses dins el seu camp d'aplicació pel sol fet de dur a terme una activitat de caire professional o per complir una sèrie de requisits que s'exigeixen en la modalitat no contributiva i així com als familiars al càrrec d'aquests, una protecció adequada i en condicions enfront a les contingències i en les possibles situacions que es contemplen en aquesta llei.

Aquesta protecció, es configura atorgant una sèrie de prestacions per preveure, reparar o superar l'estat de necessitat al qual es veu sotmès el beneficiari que pot derivar de l'actualització d'alguna contingència.

Conforme l'article 42.1 del TRLGSS, l'acció protectora de la seguretat social, comprendrà: l'assistència sanitària, casos de maternitat i paternitat, invalidesa no contributiva, risc durant l'embaràs, etc. Dins aquest article també hi trobem compresa la protecció a la mort i supervivència.

A efectes de l'acció protectora, és important i necessari diferenciar entre conceptes:

- 1) Contingència, és la situació fortuïta que la llei defineix com a tal i que dóna dret a la prestació per part del sistema. Pot tractar-se d'augment de despeses o pèrdua d'ingressos.
- 2) Prestació, és aquella protecció atorgada ja sigui en diners o en espècies per poder fer front a un estat de necessitat.
- 3) Situació de necessitat, és aquell estat del subjecte particular, que se'l protegeix de les necessitats socials previstes i tipificades per la llei com aquelles que mereixen una especial protecció.
- 4) Seguidament trobem el risc: les contingències, poden derivar d'una sèrie de riscos ja siguin de caràcter professional o de caràcter comú. De caràcter professional trobem

l'accident de treball i la malaltia professional. De caràcter comú, tenim la malaltia comuna i l'accident no laboral.

Finalment, cal destacar l'enumeració de les prestacions concedides per la seguretat social. Ens interessa distingir en especial les pensions de viduïtat i orfandat dins la classificació. Així doncs aquestes dues pensions es classificarien de la següent forma: són prestacions econòmiques reparadores i de pagament periòdic. Dins aquest pagament periòdic distingim la pensió de viduïtat, la pensió de viduïtat temporal i la pensió d'orfandat. Són alhora prestacions contributives.

Així doncs, distingim les prestacions contributives (que són les que engloben les prestacions per mort i supervivència) i les no contributives. Les prestacions contributives exigeixen uns mínims de període de carència o anys cotitzats juntament amb una sèrie de requisits d'acord amb cada cas, com podria ser per exemple l'edat. Les prestacions no contributives, altrament, són aquelles en les que tot i complimentar tots els requisits que es necessiten per una prestació contributiva, no compleixen amb el període mínim de carència exigít. Per comptabilitzar aquestes, es té en compte el nivell d'ingressos reals del treballador o la unitat familiar depenent del cas. Les més comuns, com ja he especificat, són les pensions de jubilació, de protecció familiar i les d'incapacitat.

Per acabar, farem una petita menció a la Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, para el ejercicio 2017.

D'acord amb l'article 1 es determina la base de cotització. Exposa que per determinar les bases de cotització corresponents a cada mes per les contingències comunes en el Règim General, s'aplicaran un seguit de normes. Per exemple, la primera ens diu que es computarà la remuneració meritada en el mes a què es refereixi la cotització.

La segona ens diu que a aquesta remuneració computada s'hi afegirà la part proporcional de les gratificacions extraordinàries establertes i altres conceptes retributius que tinguin una periodicitat superior a la mensual. Segueix amb l'explicació de la cotització en base mínima o màxima. Els articles que segueixen exposen també bases, tipus de cotització, com es determina el coeficient, contractes a temps parcial, etc.

De la mà de BARREIRO GONZÁLEZ¹ la branca de l'acció protectora de la seguretat social, era a la vegada complexa i obsoleta en el context de l'any 2011. Destaquen un problema social evident: des de fa temps, es reclamava una reforma profunda i global que fos capaç d'adaptar la norma a noves realitats socioeconòmiques i familiars en la població espanyola. La reforma que va ser propiciada per la llei 40/2007, de 4 de desembre, va intentar corregir algunes deficiències notables però ho va fer de forma molt parcial i va deixar per un futur una reforma més estructural.

Aquesta reforma, pren com a referència una sèrie de prioritats marcades pel Pacto de Toledo² en la renovació parlamentària d'aquest el 2003. Es reafirma la necessitat de mantenir i poder reforçar alguns principis determinats com a bàsics en els que es basa el Sistema de Seguretat Social. L'objectiu és garantir l'eficàcia d'aquest sistema i buscar el perfeccionament dels nivells de benestar de tots els ciutadans. D'aquesta manera es torna a impulsar el principi de solidaritat i garantia mitjançant l'extensió de la intensitat protectora així com també el reforçament de la unitat de caixa. Es busca inclús una intensificació de la contribució en el sistema i una major proporcionalitat entre les cotitzacions realitzades i les prestacions obtingudes evitant la falta d'equitat.

FERNÁNDEZ i MARTÍNEZ, prossegueixen indicant que autors com JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ I M^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO, profunds entesos en la matèria, opinen que el legislador s'aparta de grans reformes i avarca senzills retocs com la recuperació de conceptes o requisits del passat normatiu (com el subsidi temporal de viduïtat o la necessitat de convivència per a les parelles de fet) amb una intenció que busca una nova cobertura per a noves necessitats i desisteix en resoldre problemes del passat.

Cal afegir que la gran reforma pendent és la definitiva assignació d'un valor que determini correctament quina és la prestació que correspon al beneficiari amb independència de les unitats familiars en les que hagi participat el causant o la relació que hi hagi entre progenitors, número de beneficiaris, etc. Tot això, per poder evitar casuística i deixar de banda el fet de que tot allò que succeeixi en les unitats familiars pugui repercutir en les prestacions. Al cap i a la fi,

¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J i MARTÍNEZ BARROSO, M: *Pensiones de viudedad y orfandad: Últimas reformas y cuestiones pendientes*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.9.

² Aprovació pel ple del Congrés dels Diputats d'Espanya en la sessió del 6 d'abril de 1995 d'un document referent a l'anàlisi dels problemes estructurals del sistema de la Seguretat Social i de les principals reformes que s'haurien de dur a terme.

BARREIRO GONZÁLEZ³ ressalta el fet de que les prestacions per mort i supervivència busquen sense parar un nord, que no acaben de trobar. Potser, perquè el vertader problema no radica en els pilars ni en buscar més suports sinó en poder proporcionar uns ciments sòlids que puguin sostenir una estructura coherent, que és el problema de rerefons.

1.2.- Prestacions per mort i supervivència: significat i evolució

Si retrocedim en el temps, sota el nom equívoc de mort i supervivència, La Llei General de la Seguretat Social, als antics articles 171-179 (actuals articles 216-234) regulava una branca de l'acció protectora molt complexa, exposen DOMÍNGUEZ i BARROSO⁴, així com obsoleta fins l'aprovació de les últimes normes. El legislador al llarg del temps ha tingut problemes per adaptar-se a les noves realitats socials i als canvis d'escenaris que s'han anat presentant. Per trobar un equilibri un tant difícil, s'havia de remodelar les prestacions de fons.

Un important canvi, va ser arribar a reconèixer les parelles de fet, provocant un desplaçament del centre de gravetat des del matrimoni (art. 32 de la Constitución Española) fins arribar a la família. El principal objectiu dels canvis que va anar propiciant el legislador, era modificar les prestacions d'acord amb les demandes reals de qui vertaderament havia de suportar l'estat de necessitat causat per la mort del causant.

Sempre ha prevalgut i segueix prevalent el dany econòmic enfront la carència real amb un major impacte cap a les parelles de fet, provocant una clara discriminació cap a aquests subjectes, sol·licitant requisits, acreditacions i condicions que no es donaven en els altres possibles casos de percepció d'aquesta pensió.

Aquests canvis i més, són els que s'han anat donat al llarg de les modificacions de la legislació i sobretot de la Ley General de la Seguridad Social.

D'acord amb VÍLCHEZ I GUTIÉRREZ⁵, les prestacions per mort i supervivència, són aquelles que tenen com a principal finalitat el fet de protegir als familiars d'un treballador o un

³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J i MARTÍNEZ BARROSO, M: *Pensiones de viudedad y orfandad: Últimas reformas y cuestiones pendientes*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.12.

⁴ *Ibidem*, p.13.

⁵ VILCHEZ PORRAS, M i GUTIÉRREZ PÉREZ, M: *Lecciones de seguridad social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p.295.

pensionista difunt, davant la pèrdua d'ingressos que això pot suposar per aquests familiars, i davant l'augment de despeses que provenen de la mort. El risc protegit doncs, és la vida humana. Quan aquesta deixa d'existir, pot generar estat de necessitat a totes aquelles persones que es veuen unides al mort per algun vincle familiar.

D'acord amb el TRLGSS, al capítol XIV on el títol és "Muerte y supervivència" s'elaboren un seguit d'articles que donen a entendre que la mort, és el seu propi i pròxim fonament. Tot i això, se sol·licita acreditar una sèrie de requisits, no només es té en compte la mort per si sola, sinó que la llei marca una sèrie de criteris per poder tenir dret a percebre aquesta prestació econòmica, que s'explicarà al pròxim apartat.

Quan les prestacions fan referència a "mort i supervivència" engloben un seguit de casos que van íntimament relacionats amb la mort. El terme engloba supervivència perquè fa referència a aquelles persones que sobreviuen al causant i que per tant es veuen en una situació de desprotecció que requereix una necessària ajuda per part de l'Estat cap a aquells que econòmicament sofreixen un descens o que és el mateix, sofreixen una pèrdua d'ingressos derivats de la pèrdua del familiar. Per això, es va creure convenient en el seu moment, donar suport econòmic a aquests supòsits de fet. Clarament, cada supòsit amb les seves característiques particulars i les seves condicions.

La normativa reguladora d'aquestes prestacions la trobem:

- Al Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (artículos 216-234).

L'article 216 de la mateix llei ens diu que en cas de mort, sigui quina sigui la seva causa i sempre i quan es donin els requisits necessaris o exigibles per la llei, d'acord amb cada supòsit, es reconeixerà el dret a percebre les següents prestacions:

- L'auxili per defunció
- Una pensió vitalícia de viduïtat
- Una prestació temporal de viduïtat
- Una pensió d'orfandat
- Una pensió vitalícia o subsidi temporal a favor de familiars dependent del cas

- Al Real Decret 1465/2001 de 27 de desembre de modificació parcial del règim jurídic de les prestacions per mort i supervivència.

Aquest millora i desenvolupa el sistema de protecció social i d'acord amb la recomanació 12^o del pacte de Toledo, acorda una millora en l'acció protectora de les prestacions per mort i supervivència. Té l'objectiu principal d'incrementar el grau de solidaritat, d'entre d'altres coses.

- L'Ordre ministerial de 13 de febrer de 1967. També es coneix com OM o OMS, per varis autors⁶. Hi ha alguns articles derogats per el Real Decret 1646/1997, entre d'altres, però encara té bastants articles vigents i serveix com a font normativa amb les seves corresponents modificacions.
- Finalment, al Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, sobre modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, d'entre moltes altres normes.

Procediré a definir les classes de prestacions que engloba mort i supervivència de forma breu.

En primer lloc, d'acord amb l'article 216 del TRLGSS, les prestacions que es poden reconèixer a causa de la mort d'una persona són: auxili per defunció, pensió de viduïtat (ja sigui temporal o vitalícia), pensió d'orfandat i pensió a favor de familiars.

En primer lloc, l'auxili per defunció, fa referència a aquella ajuda econòmica que s'utilitza per poder fer front a totes aquelles despeses que deriven de la mort de la persona. Ajuden a aquelles que hagin de suportar les despeses que aquesta mort origina.

En segon lloc, la pensió de viduïtat, va dirigida a el cònjuge supervivent o a la parella de fet del causant així com en casos de separació o divorci, perquè puguin, aquestes persones anomenades beneficiaries, tenir un suport econòmic davant la pèrdua de la seva parella.

Després, la pensió d'orfandat, que d'alguna manera complementa la de viduïtat, fa referència a aquella prestació econòmica que es dona als fills del causant amb edat no superior a 21 anys així com a incapacitats, perquè puguin mantenir-se econòmicament mentre estudien o encara que treballin sempre i quan en còmput anual no superin el salari mínim interprofessional marcat al moment. Hi ha molts altres casos excepcionals que s'exposaran més endavant en referència a aquesta pensió.

La pensió a favor de familiars o subsidi temporal a favor de familiars (ja que poden consistir en una prestació o altra) com marca per exemple BENAVIDES ⁷.

⁶ MAXIMILIANO VÍLCHEZ I MIGUEL GUTIÉRREZ, entre d'altres.

⁷ BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.591.

Si es tracta de subsidi, és aquella prestació econòmica que s'atorga a fills i germans (majors de 22 anys), solters, separats del causant que no acreditin les condicions o requisits exigits per poder ser pensionistes però tot i això la llei els protegeix pel fet de ser part de la família del causant.

Si es tracta de pensió, s'atorga a nets, germans, mares, pares, avis del causant, etc. També té una sèrie de requisit que s'hauran d'acreditar diferenciant-se del subsidi. Cada una de les dues prestacions s'atorgarà depenent d'aquelles condicions que s'acreditin per part dels familiars i que marca el TRLGSS.

Si bé, finalment cal afegir que d'acord amb l'article 229 del TRLGSS, la suma de quanties de les prestacions per mort i supervivència no podrà excedir mai de l'import de la base reguladora que correspongui d'acord amb cada una d'elles tot d'acord amb allò que preveu l'article 161.2 del TRLGSS⁸ en funció doncs, de les cotitzacions realment efectuades per part del causant.

1.3.- Característiques generals de les prestacions per mort i supervivència: Entitats competents de la gestió i el pagament.

En primer lloc, per parlar de la gestió d'aquestes pensions, ens dirigim a la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social. Al capítol VII, es dedica a concretar el reconeixement del dret i pagament de les prestacions.

A l'article 30 d'aquesta ordre, s'explica que el reconeixement del dret a les prestacions es durà a terme d'acord amb la contingència que hagi originat la mort del causant:

Es durà a terme per la Mutualitat Laboral quan la mort provingui de malaltia comuna o accident no laboral. Cal tenir en compte que amb la integració de mutualitats laborals a l'INSS en virtut de la reforma de la organització gestora de 1978, correspondrà actualment a l'INSS en aquest cas.

⁸ La quantia de les pensions i les altres prestacions la quantia de les quals es calculi en funció d'una base reguladora, es determinarà d'acord amb la totalitat de les bases per les que hagi cotitzat durant els períodes assenyalats per a cada una d'elles.

Es durà a terme, pel contrari, per la Mutualitat laboral⁹ o Mutua o Mútua d'accidents de treball i malalties professionals de la seguretat social que tingui al seu càrrec la protecció de les contingències sempre i quan la mort provingui d'accident de treball.

Finalment, es durà a terme per el Servei Comú de la Seguretat Social¹⁰ que correspongui, quan parlem de casos on la mort esdevingui a causa de malaltia professional.

Així mateix desenvolupa la idea RIERA VAYREDA¹¹ exemplificant la pensió d'orfandat, on exposa que el reconeixement i la gestió del dret del dret a la pensió d'orfandat difereix. Quan la mort derivi de causa comuna o malaltia professional correspondrà a l'INSS i en canvi quan la mort derivi d'accident de treball correspondrà a l'entitat que cobreixi el risc.

S'haurà de tenir en compte, efectivament, que perquè les entitats gestores, per poder procedir a tramitar la prestació econòmica hauran de corroborar que el beneficiari/a en qüestió compleix els requisits que marca l'article 165 del TRLGSS. Aquest article que s'exposarà més endavant, informa que per poder tenir dret a les prestacions del Règim General, les persones que s'incloguin en el seu camp d'aplicació, hauran de complir a més a més dels requisits particulars per cada prestació, el requisit general d'estar afiliat o d'alta en aquest règim o inclús en situació assimilada a l'alta.

D'acord amb Antonio Benavides Vico¹², el dret al reconeixement de les prestacions per mort i supervivència és imprescriptible (amb excepció a l'auxili per defunció, que té un termini de prescripció general). Els efectes econòmics tenen una retroactivitat màxima de tres mesos des de que es presenta la sol·licitud.

El dret a les pensions d'orfandat, viudetat i a favor de familiars es produeix a partir del dia següent al que es produeix la mort quan la sol·licitud es presenta dins els tres mesos següents a

⁹ Per "Mutualitat laboral" s'ha d'entendre INSS. De conformitat amb la disposició addicional primera de la Llei 35/2014, de 26 de desembre: *las referencias a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social, se entenderán hechas a las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.*

¹⁰ Per "Servei Comú de la Seguretat Social" s'ha d'entendre INSS. D'acord amb la disposició transitòria d'aquesta ordre, el reconeixement del dret, en aquest cas, correspondria al Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Es tracta d'un organisme que es va extingir amb la reforma gestora de 1978 passant les funcions a l'INSS. En quan al pagament, haurem de recórrer als articles 82 i 260.1 de la LGSS.

¹¹ RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 115-116.

¹² BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.555.

la data de la mateixa mort. Quan el difunt, era pensionista de jubilació o incapacitat permanent a nivell contributiu, el dret a les prestacions neix el primer dia del mes següent a la mort sempre que la sol·licitud es presenti dins als tres mesos següents a aquesta.

La determinació de la contingència causant, la puntualitza la Resolución de 19 de septiembre de 2007, que ens exposa com es determina la contingència causant dins de l'àmbit de mort i supervivència. Relata que la determinació de la contingència causant és un aspecte fonamental en quan a les conseqüències de la mateixa, conclouran en un abast, contingut i règim de protecció diferenciat. Afegeix que tot i comptar-se amb una regulació on s'entén o interpreta la competència de l'entitat gestora per determinar quina és la contingència causant, no existeix una previsió i pot deixar dubtes a l'hora de resoldre.

VÍLCHEZ i GUTIÉRREZ ¹³determinen que es fixa un termini de 90 dies (3 mesos) com a màxim per a la resolució dels expedients administratius de les prestacions per mort i supervivència. Emfatitzen que tractant-se de treballadors desapareguts a causa d'un accident, el reconeixement del dret a les prestacions per mort, s'haurà de sol·licitar dins els 180 dies naturals següents a la finalització del termini de 90 dies posteriors a la desaparició, d'acord amb l'article 7 de la Orden por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Decreto 1646/72, de 23 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social i d'acord amb l'article 271.3 del TRLGSS. Les sol·licituds sobre percepció de pensions i subsidis, seran resoltes per les direccions provincials de l'entitat gestora competent per declarar-los, prèvia tramitació de l'expedient corresponent que busca que la comunitat hereditària pugui percebre un benefici.

Per altra banda, d'acord amb l'article 82 del TRLGSS, que exposa les particularitats de les prestacions i serveis gestionats, les prestacions i serveis que s'atribueixin a la gestió per part de les mútues col·laboradores amb la Seguretat Social, formaran part de l'acció protectora del sistema i s'excusaran a favor de treballadors que estiguin al servei d'empresaris associats i dels treballadors per compte pròpia que estiguin adherits conforme amb les normes del règim de la Seguretat Social.

Afegeix al punt 2, que respecte de les contingències professionals, correspondrà a les mútues la determinació inicial del caràcter professional o no de la contingència. A més a més, correspondrà a l'òrgan de direcció i tutela de les mútues col·laboradores amb la Seguretat Social

¹³ VILCHEZ PORRAS, M i GUTIÉRREZ PÉREZ, M: *Lecciones de seguridad social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p.296.

(que depèn del Ministeri de Treball i Seguretat Social) establir la planificació periòdica de les activitats preventives de la seguretat social. També correspondrà a les mútues col·laboradores la funció de declarar el dret a la prestació econòmica, així com la seva denegació, suspensió, anul·lació i declaració d'extinció d'aquesta d'acord amb el 82.4.a) de la llei.

Si ens fixem ara en l'article 31 de la Orden de 13 de febrero de 1967, fa referència al pagament. Exposa que el pagament de les prestacions regulades per aquesta ordre (prestacions per mort i supervivència), aniran a càrrec de les Mútues col·laboradores de la Seguretat Social¹⁴ i les empreses responsables, en l'àmbit de la Tresoreria General de la Seguretat Social. El Ministeri de Treball i Seguretat Social aprovarà les taules de mortalitat i la taxa d'interès aplicables per poder determinar els valors en qüestió. Tot això d'acord amb l'actual article 260.1 del TRLGSS sobre normes específiques en matèria d'accidents de treball i malalties professionals.

Aquest article també amplia que en relació amb la protecció d'accidents de treball i malalties professionals, el Ministeri de Treball i Seguretat Social podrà establir la obligació cap a les mútues col·laboradores amb la Seguretat Social de reassegurar a la Tresoreria General de la Seguretat Social el tant per cent dels riscos assumits que es determinin sense que pugui ser inferior al 10% o superior al 30%.

D'acord també, amb l'article 24 de l'ordre de 22 de febrer de 1996 que desenvolupa el reglament financer de seguretat social, determina que quan mori un beneficiari de prestacions econòmiques de la seguretat social, les pensions o subsidis reconeguts, meritats i no percebuts s'abonaran als hereus d'acord amb el dret civil. L'import de la prestació, s'abonarà quan la sol·licitud es formuli en benefici de la comunitat hereditària prèvia acreditació sempre de la mort del causant mitjançant una certificació de l'acta de defunció.

Un altre punt important a desenvolupar és la referència que fa sobre les pensions públiques, la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. Aquesta, fa algunes mencions a la quantia d'aquestes prestacions. En primer lloc, d'acord amb l'article 39 (*Limitación del señalamiento inicial de las pensiones públicas*) l'import a percebre com a conseqüència de l'assenyalament inicial de les pensions públiques que s'enumeren a l'article 42 de la Ley 37/1988, de 38 de diciembre, de Presupuestos Generales del estado para

¹⁴ D'acord amb l'article 80 de la LGSS són mútues col·laboradores amb la Seguretat Social, les associacions privades d'empresaris constituïdes mitjançant autorització per part del Ministeri de Treball i Seguretat Social i prèvia inscripció al registre especial que depèn d'aquest.

1989, no podrà superar en aquest any 2016 una quantia total de 2.567,28 euros mensuals (sens perjudici de les pagues extraordinàries que poguessin correspondre al titular.

Per altra banda, el que disposa el paràgraf anterior diferiria, si el pensionista tingués dret a percebre més o menys de 14 pagues per any (incloent també les extraordinàries) el límit econòmic marcat anteriorment passaria a ser de una quantia anual màxima de 35.941,92 euros.

Seguidament, cal recalcar el terme de re-valorització, que és un tema important i que es dóna amb freqüència dins d'aquestes prestacions. Re-valorització, significa l'augment de valor d'un actiu en concret, que es dóna per poder reflectir el seu valor de mercat actual.

Partint doncs d'aquesta definició, si ens dirigim a l'article 40 de la mateixa Ley 48/2015, se'ns exposa la re-valorització i modificació dels valors de les pensions públiques. Explica, que les pensions que s'abonen per part del Sistema de la Seguretat Social (en la seva modalitat contributiva, com és el cas de les prestacions per mort i supervivència) així com les pensions de classes passives de l'Estat, experimentaran un increment del 0,25% l'any 2016 d'acord amb el que es preveu a l'article 36 de la mateixa llei (sens perjudici de les excepcions que marca la llei als següents articles).

Seguidament, podem també dirigir-nos al Real Decreto 746/2016, de 30 de diciembre, sobre revalorización y complementos de pensiones de Clases Pasivas y sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2017.

Aquest Real Decret, ens exposa o introdueix els complements per mínims. Els pensionistes, tenen dret a percebre els complements que siguin necessaris per poder arribar a una quantia mínima de pensions en la seva modalitat contributiva (sempre i quan no percebin durant l'any 2016, rendiments del treball, del capital o d'activitats econòmiques i guanys patrimonials i no excedeixin de 7.116,18 €/any).

No obstant, els pensionistes que rebin ingressos per els conceptes indicats en una quantia superior a la xifra senyalada, tenen dret a un complement per mínims, quan la suma en còmput anual d'aquests ingressos (corresponent a la pensió ja re-valoritzada) resulti inferior a la suma de 7.116,18 € més l'import en còmput anual, de la quantia mínima fixada per la pensió de la que es tracti.

Així doncs, trobem plasmada aquesta informació a l'Annex I d'aquesta Ordre. S'exposa quines seran les quanties de les pensions i prestacions públiques aplicables per al 2017 i els complements per mínims amb els que comptaran:

ANEXO I

Cuantías de pensiones y prestaciones públicas aplicables en 2017

I. Complementos por mínimos

1. Cuantías mínimas de las pensiones de la modalidad contributiva del Sistema de la Seguridad Social para el año 2017:

Clase de pensión	Titulares		
	Con cónyuge a cargo — Euros/año	Sin cónyuge: unidad económica unipersonal — Euros/año	Con cónyuge no a cargo — Euros/año
<i>Viudedad</i>			
Titular con cargas familiares		10.326,40	
Titular con sesenta y cinco años o con discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100		8.927,80	
Titular con edad entre sesenta y sesenta y cuatro años		8.351,00	
Titular con menos de sesenta años		6.760,60	

Clase de pensión	Euros/año
<i>Orfandad</i>	
Por beneficiario	2.727,20
En la orfandad absoluta el mínimo se incrementará en euros/año distribuidos, en su caso, entre los beneficiarios	6.760,60
Por beneficiario discapacitado menor de 18 años con una discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100	5.367,60

Finalment, també tenim la Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2017.

Aquesta ordre, el que fa és desenvolupar les normes de cotització a la Seguretat Social, desocupació, protecció per finalització de l'activitat, etc. Aquesta Ordre, actualitza les quanties del límit màxim de la base de cotització a la seguretat social en aquells règims que ho tinguin establert i les bases màximes de cotització aplicables a cada un d'ells, per aplicar l'increment del 3% respecte de les vigents en l'any 2016 que va establir el RD Llei 3/2016.

També actualitza les bases mínimes que anualment augmenten en la mateixa mesura que ho fa el Salari Mínim Interprofessional (que s'ha incrementat un 8%). A les bases de cotització, que no puguin ser actualitzades en virtut del RD Llei 3/2016, els hi serà d'aplicació el contingut de l'article 115 de la Ley 48/2015 de Presupuestos Generales del Estado, a causa de la pròrroga automàtica dels Pressupostos de l'exercici 2016 fins a l'aprovació dels corresponents a l'any 2017.

Així doncs, aquests són els criteris generals de les quanties de les pensions i prestacions públiques en general i d'acord amb totes aquestes directrius es marquen unes quanties a percebre per part del contribuent o beneficiari i es garanteixen uns mínims. Parlem doncs, d'un sistema bastant garant.

1.4.- Requisits generals

D'acord amb el TRLGSS, al capítol XIV on el títol és "Muerte y supervivència" i en concret a l'article 165, hi trobem les condicions o els requisits generals per causar dret a les prestacions.

Com exposa aquest article, per causar dret a les prestacions del règim de la seguretat social, a part de complir amb una sèrie de requisits (com estar afiliat o en situació assimilada), en les prestacions on a més s'hagi d'acreditar determinats períodes de cotització, seran computables les cotitzacions efectivament realitzades.

També cal recalcar que no s'exigiran períodes previs de cotització per el dret a les prestacions que derivin d'accident, siguin o no de treball, o de malaltia professional excepte disposició legal contrariant. El requisit de cotització, per exemple, de la pensió d'orfanat, quan la mort del subjecte causant és per malaltia comuna, no s'exigirà si al moment de morir el causant es troba en alta o situació assimilada. En els casos en què el causant no es trobi en situació d'alta o assimilada, pot accedir a les pensions de viudedat i orfanat, així com a aquelles a favor de familiars, d'acord amb BENAVIDES¹⁵, el període de carència exigít serà de 15 anys sigui quina sigui la contingència que motiva la mort en qüestió.

¹⁵ BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.560.

El requisit de carència o de cotització prèvia, es determina en funció de la causa de la mort en primer lloc i seguidament depenent de si el causant estava o no en situació d'alta o assimilada a la data de la mort.

Llavors, si la causa de la mort fos un accident (ja sigui laboral o no) o una malaltia professional, no s'exigiria cap període previ de cotització d'acord amb l'article 165.4 del TRLGSS.

Cal tenir en compte, que tal i com marca l'article 227 del TRLGSS en cas de mort per accident de treball o per malaltia professional, el cònjuge supervivent, el supervivent d'una parella de fet (d'acord amb el que marca l'article 221) i els orfes, tindran dret a una indemnització a tant alçat i la quantia es determinarà d'acord amb la normativa que desenvolupa aquesta llei.

Si la causa de mort, pel contrari, no té res a veure amb un accident ni una malaltia professional, serà necessari acreditar un període de cotització previ, que pot variar en funció de si la prestació merita des d'una situació d'activitat o una situació d'inactivitat. D'aquesta manera:

-Si el causant es troba en alta o situació assimilada a l'alta, s'haurà d'acreditar un període de cotització de 500 dies, dins d'un període ininterromput de cinc anys immediatament anteriors a la data del fet causant de la pensió, d'acord amb els articles 165.2 TRLGSS en relació amb els articles 7.1.b) i 22 de la Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social i el Real Decreto 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 la Seguridad Social.

-Si el causant, pel contrari, no es trobés en alta o en situació assimilada a l'alta a la data de la mort, serà necessari acreditar un període mínim de quinze anys cotitzats. Això, d'acord amb l'article 165.2 i 219.1. del TRLGSS.

Cal afegir que en els casos de contingències comunes, l'article 288 del TRLGSS, relata que la base reguladora en aquests casos, es computarà la totalitat de les bases per les que s'hagi efectuat la cotització durant el període establert anterior al mes previ del fet causant.

Cal dir sobre les exigències que marca la llei, que es va pronunciar al 2007, d'entre d'altres per exemple, el Tribunal Superior de justícia de Castilla y León de la Sala de lo social número 879/2007 de 22 de juny, contextualitzant que la garantia per a tots els ciutadans de tenir una protecció social suficient davant les possibles situacions de necessitat que s'estableix com un

principi rector de política social clarament marcat per l'article 41 de la Constitución Española, no pot desvirtuar en un ordenament de la seguretat social que es fonamenti i es basi en l'activitat professional dels assegurats, en els requisits de cotització o alta i situació assimilada que es demanen per a poder tenir dret a les prestacions de caire contributiu.

Tot i això, el tribunal per altra banda argumentava que els requisits provenen dels anys seixanta aproximadament i que s'ha d'entendre la realitat social en la que es trobava la societat i en el principi que es remuntava en aquells moments, que era el principi constitucional de protecció suficient. Això ens demostra d'entrada, que els requisits fixats han estat si més no controvertits i que porten problemàtica a la pràctica doncs quan es dona la mort del causant, el beneficiari troba excessiu que s'estigui filant tan prim al comprovar que es compleixin aquests, davant un fet tan important i a la vegada devastador com pot ser la pèrdua d'una persona propera.

L'article 166 de la mateixa llei, per altra banda, ens parla de les situacions assimilades a l'alta. Ens diu que algunes d'elles son per exemple la situació legal de desocupació total durant la que el treballador percebi prestació per tal contingència, també el període de vacances anuals del treballador que no hagin estat disfrutades abans de finalitzar el contracte, etc. Els treballadors compresos dins aquest camp d'aplicació del règim general es consideraran de ple dret, en situació d'alta a efectes d'accident de treball, malalties professionals i desocupació, encara que l'empresari hagi incomplert les obligacions.

Cal mencionar, finalment, els casos especials on es formen unes normes específiques en quan a accidents de treball o malalties professionals. Interpretant les paraules de VÍLCHEZ i GUTIÉRREZ¹⁶, quan es donen els supòsits mencionats, hi ha una sèrie de principis que conformen l'acció protectora, quan la mort del causant deriva de contingències professionals:

En primer lloc, s'estableix una presumpció *iuris et de iure* a favor de les persones que tinguin reconeguda per les causes d'accident de treball o malaltia professional una incapacitat permanent absoluta per tot el treball o bé la condició de gran invalidesa, de que la mort es va produir com a conseqüència de contingència professional (fos quin fos el temps transcorregut des de la declaració d'aquesta invalidesa o de la mort).

Aquests autors, afegixen dos punts importants en relació a aquests casos especials i són que els treballadors del Règim General es consideraran en alta de ple dret a efectes d'accident de treball

¹⁶ VÍLCHEZ PORRAS, M i GUTIÉRREZ PÉREZ, M: *Lecciones de seguridad social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p.310.

i malaltia professional, quan l'empresari hagués complert amb les seves obligacions (d'acord amb l'article 166.4 del TRLGSS) i que no s'exigeix un període previ de cotització per causar dret a les prestacions per mort i supervivència.

Aquests són els punts importants a destacar, en aquests casos especials quan es donen contingències professionals.

1.5.- Subjectes i fet causant.

En les prestacions per mort i supervivència, és important la distinció entre subjecte causant i subjecte beneficiari, cosa que no concorre en altre tipus de prestacions com la de jubilació o la de incapacitat per exemple, on trobem una connexió o unió entre els dos tipus de subjectes.

El subjecte causant, és la persona que genera el dret a percebre les prestacions (el difunt). S'anomena causant perquè és aquella persona que causa el dret a percebre una prestació econòmica. El subjecte beneficiari és la persona que guardava un vincle familiar amb el difunt i que acredita un estat de necessitat i un dret a percebre les prestacions i el seu gaudi.

Si ens dirigim a l'article 217 del TRLGSS, hi trobem un llistat de qui pot ser subjecte causant en les prestacions per mort i supervivència. Aquestes persones poden ser les que es trobin incloses en el règim general i compleixin amb la condició que s'exigeix a l'article 165.1¹⁷:

Així doncs i basant-nos en les precisions que complementen la llei, de VÍLCHEZ i GUTIÉRREZ¹⁸, en primer lloc trobem les persones que estiguin afiliades i en alta o situació assimilada i sempre i quan tinguin cobert un període mínim de cotització, quan la mort es produeixi per accident o malaltia comuna. En el cas de mort per accident de treball o malaltia professional, si el treballador en aquells moments no es trobava en situació d'alta o assimilada, s'aplicarà el principi d'alta presumpta o de ple dret.

A part, com a regla general no s'exigeix carència per les prestacions per mort i supervivència, com s'ha exposat a l'apartat anterior, en els casos on la mort ha estat provocada per accident

¹⁷ Per tenir dret a les prestacions del Règim General, les persones incloses en el seu àmbit d'aplicació hauran de complir el requisit d'estar afiliats i en alta en aquest règim o situació assimilada a l'alta.

¹⁸ VILCHEZ PORRAS, M i GUTIÉRREZ PÉREZ, M: *Lecciones de seguridad social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p.297.

(laboral o no) o per malaltia professional. El mateix passa amb l'auxili per defunció sigui quina sigui la contingència originadora de la mort.

Seguidament, quan la mort ve provocada per malaltia comuna, si el causant es trobava en situació d'alta o assimilada, haurà d'acreditar una cotització d'un període mínim de 500 dies dins els cinc anys anteriors a la data de la mort.

En segon lloc, si el causant no es trobava en situació d'alta o assimilada, farà falta que acrediti un període mínim de 15 anys de cotització al llarg de la seva vida laboral, afegixen els autors.

En tercer lloc, podran ser subjectes causants els perceptors d'un subsidi per incapacitat temporal, risc durant l'embaràs o maternitat i paternitat o risc durant la lactància natural.

També, podran ser subjectes causants els pensionistes per incapacitat permanent en la modalitat contributiva així com els pensionistes per jubilació també en la modalitat contributiva.

Finalment afegix que els treballadors que hagin desaparegut a causa d'accident independentment de si és de treball o no, en unes circumstàncies de les quals es pugui deduir la seva mort i sempre i quan no s'hagin tingut notícies de la persona dins un període de 90 dies naturals després de l'accident, es podran considerar com a causants de les prestacions per mort i supervivència, amb l'excepció de l'auxili per defunció.

És el mateix subjecte causant, d'acord amb Benavides¹⁹ el que determinarà la forma en la que es reconeixeran les prestacions, en funció d'uns criteris:

En primer lloc d'acord amb la contingència que motiva la mort, ja sigui professional o comuna, en segon lloc d'acord amb la carència que s'exigeix (es tindrà dret a més o a menys prestació) i per últim d'acord amb la base reguladora de la prestació.

Bé, ara passaré a explicar breument el fet causant en les prestacions per mort i supervivència. D'acord amb VÍLCHEZ i GUTIÉRREZ²⁰, el fet causant suposa la mort del subjecte assegurat. Llavors, es dedueix que el fet causant es la data de la mort d'aquella persona (sempre i quan es

¹⁹ BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.557.

²⁰ VÍLCHEZ PORRAS, M i GUTIÉRREZ PÉREZ, M: *Lecciones de seguridad social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p.298.

donin les condicions per poder obtenir les prestacions, d'acord amb l'article 3 de la OMS (Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social).

D'acord amb BENAVIDES²¹ efectivament, el fet causant és la mort del subjecte i el dia en què es produeix aquesta mort, han de concórrer una sèrie de requisits d'acord amb la prestació que es pretengui obtenir (amb excepció de la pensió d'orfandat en cas de fills pòstums).

És molt important distingir la causa de la mort del subjecte, determinar-la clarament ja que depenent pot tenir dret a una prestació o altre o requerir uns requisits o altres. Recordem que les contingències que pot produir la mort es troben a l'article ja esmentat anteriorment 217.2 del TRLGSS i a l'article 2.2 de l'OMS, i tenim:

Aquelles anomenades comunes, en primer terme. Aquestes, inclouen la malaltia comuna i l'accident no laboral.

En segon terme, tenim aquelles anomenades professionals, que poden incloure l'accident de treball i la malaltia professional.

1.6.- Beneficiaris generals de les prestacions.

Els beneficiaris en les prestacions per mort i supervivència difereixen tractant-se d'una prestació o d'una altra. D'acord amb l'article 216.1 del TRLGSS, les prestacions per mort i supervivència són.

- L'auxili per defunció
- La pensió vitalícia de viduïtat
- La prestació temporal de viduïtat
- La pensió d'orfandat
- La pensió vitalícia o subsidi temporal a favor de familiars.

Aquestes són les prestacions que s'atorguen en mort i supervivència d'acord amb la llei. Faré un breu esment als beneficiaris que pot tenir cada tipus de prestació de forma generalitzada per posar-nos en context. Tan els termes viduïtat com orfandat, passaran a tractar-se de forma més desenvolupada en els apartats que prossegueixen.

²¹ BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.561-562.

A) l'auxili per defunció, l'article 218 del TRLGSS parla de fer front a "los gastos de sepelio a quien los haya soportado". El terme "sepelio" fa referència a l'enterrament, cerimònies i tot el conjunt d'actes per despedir a una persona un cop ha mort. D'acord amb VÍLCHEZ I GUTIÉRREZ²², es presumeix que les despeses han de ser sufragades per el cònjuge supervivent, el supervivent en cas de parella de fet i els seus fills i parents que convissuessin amb el causant de forma habitual.

Sembla ser que BENAVIDES²³, coincideix amb els autors anteriors, al designar els beneficiaris següents: "Será beneficiario del subsidio por defunción quien haya soportado los gastos de sepelio del sujeto causante" i acaba definint-los, essent coincidents amb els que mencionen VÍLCHEZ i GUTIÉRREZ.

B) En referència a la pensió vitalícia de viduïtat, que es troba regulada i té la seva base jurídica en l'article 219 del TRLGSS, el beneficiari en serà el cònjuge supervivent a grans trets. Si bé, s'hauran de seguir al peu de la lletra tots els criteris que enumera la llei en aquest article, així com als connexes.

Paral·lelament, tindriem també la pensió de viduïtat en supòsits de separació, divorci o nul·litat matrimonial, partint de l'article 220 de la mateixa llei. Aquest article divideix els casos de separació i divorci (on el beneficiari serà qui sigui o hagi estat el cònjuge il·legítim, complint els requisits marcats per la llei) i nul·litat, on el dret a la prestació econòmica correspondrà al supervivent que tingui dret a una indemnització d'acord amb l'article 98 del codi civil.

Altrament, tenim també la pensió de viduïtat en el cas de les parelles de fet. Per analitzar-les, seguim els criteris marcats per l'article 221 del TRLGSS.

Aquest article, marca també una sèrie de requisits i ens redirigeix a les normes de l'article 219 de la mateixa llei. Aquí, si es compleixen els requisits necessaris, tindrà dret a la pensió de viduïtat aquella persona que es trobés unida al causant en el moment de la seva mort, formant una parella de fet i acreditant tot allò que marca l'article.

Finalment, tenim la prestació temporal de viduïtat. Si anem a l'article 222 del TRLGSS, es pot percebre que és una prestació de caràcter temporal, no una pensió, i que té fonament en el fet de

²² VILCHEZ PORRAS, M i GUTIÉRREZ PÉREZ, M: *Lecciones de seguridad social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p. 298.

²³ BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.563.

que el beneficiari o cònjuge supervivent no pugui acreditar que el seu matrimoni amb el causant hagi tingut una duració d'un any o el fet de tenir fills comuns. Aquest cònjuge supervivent tindrà dret a una prestació temporal que no excedirà de dos anys.

C) A continuació passarem a desenvolupar els beneficiaris de la pensió d'orfandat. La pensió d'orfandat es troba regulada a l'article 224 del TRLGSS. L'article ja comença fent referència a quines persones tindran dret a ser beneficiaris d'aquesta pensió. Ens relata que, en règim d'igualtat, tindran dret a aquesta pensió, cada un dels fills del causant, sigui quina sigui la seva naturalesa, tan adoptats com no, sempre i quan siguin menors de 21 anys o estiguin incapacitats per treballar al moment de la mort del causant. La llei també afegeix que és necessari que el causant es trobés en alta o situació assimilada a l'alta o que tingués la categoria de pensionista, d'acord amb l'article 217.1.c)²⁴.

L'article 224.2, afegeix que també podrà ser beneficiari d'aquesta pensió, aquell fill que a data de la mort del causant fos menor de 25 anys però que no treballés de forma lucrativa per compte pròpia o aliena o que tot i treballar, el seu salari en còmput anual no superés la quantia vigent pel salari mínim interprofessional. Totes aquestes qüestions, les passaré a desenvolupar més, més endavant.

D) Ens queda, en últim lloc, la pensió vitalícia o subsidi temporal a favor de familiars. Aquesta pensió es troba regulada a l'article 226 del TRLGSS. Aquest article fa referència a aquells altres familiars no mencionats anteriorment o assimilats, que reuneixin unes condicions i que provin que depenien econòmicament del causant per així tenir dret a un subsidi o pensió per la mort d'aquest. Els beneficiaris, es troben nominats a l'article 22 de l'ordre ministerial de 13 de febrer de 1967.

També els menciona la llei general de la seguretat social, però amb menys èmfasi. Aquests beneficiaris, són els següents:

1. Néts i germans del causant. Han de ser orfes de pare i mare sempre i quan al moment de la mort del causant, siguin menors de divuit anys o majors incapacitats. Així ho exposen VÍLCHEZ i GUTIÉRREZ.

²⁴ Los titulares de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente.

Es pot ampliar l'edat a vint-i-dos anys en els casos de que aquests beneficiaris no treballin ni per compta pròpia ni aliena o que fent-ho, no superin en còmput anual l 75% del salari mínim que es fixi en cada moment.

2. Mares i àvies. És igual quin sigui el seu estat civil, però si estan casades és necessari que el seu cònjuge estigui incapacitat per treballar o tingui seixanta anys o més.
3. Pares i avis. Com ja hem dit han de tenir seixanta anys complets i estar incapacitats per treballar. De la opinió de VÍLCHEZ i GUTIÉRREZ²⁵, sona discriminatori el fet que a les dones se'ls exigeixi que el seu marit estigui incapacitat i en el cas dels homes no faci referència a la dona. No es considera discriminatori en base a la sentència del tribunal suprem de 24 de febrer de 1995.
4. Finalment, fills i germans. Aquests han de ser fills de pensionistes de jubilació o incapacitat permanent en la modalitat contributiva, o de treballadors que al moment de la mort, tinguessin dret a la pensió de jubilació encara que no l'haguessin demanat. Aquests beneficiaris, han de ser majors de quaranta cinc anys, solters, separats judicialment, divorciats o vidus, però han d'acreditar una dedicació o cura prolongada en el temps cap al causant.

A més a més, aquests beneficiaris hauran d'acreditar un parell de requisits més:

En primer lloc hauran d'haver conviscut amb el causant al menys els dos anys anteriors a la mort d'aquest.

En segon lloc, per poder ser beneficiaris no haurien d'ésser beneficiats amb cap altre pensió pública. De fet, VÍLCHEZ i GUTIÉRREZ²⁶, són de la opinió dels termes "carecer del derecho". Això implica, que no tinguin ni tan sols el dret a poder gaudir de cap altre tipus de pensió i que puguin doncs, beneficiar-se de la pensió vitalícia o subsidi a favor de familiars.

Per últim, hi ha d'haver una dependència econòmica cap al subjecte causant i carència d'uns medis de subsistència propis del beneficiari sol·licitant. També ha d'haver-hi una clara falta de familiars amb obligació i possibilitat de poder prestar-li aliments a la persona en qüestió, d'acord amb les normes del codi civil.

²⁵ VILCHEZ PORRAS, M i GUTIÉRREZ PÉREZ, M: *Lecciones de seguridad social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p.306.

²⁶ *Ibidem*, p.307.

És important finalment destacar que, no podrà tenir la condició de beneficiaris de les prestacions per mort i supervivència qui fos condemnat per sentència ferma per la comissió d'un delictes dolós d'homicidi en qualsevol de les seves formes, quan la víctima fos el subjecte que causa la prestació o subjecte causant. Això, d'acord amb la Disposició Final onzena de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Llavors, en aquest cas, l'entitat gestora suspèndrà cautelament el pagament de les prestacions per mort i supervivència sempre i quan recaigui sobre el suposat beneficiari resolució judicial de la que es derivin indicis racionals de que podria haver-se donat un delictes dolós d'homicidi i que el subjecte causant en fos la víctima.

SEGON CAPÍTOL.- VIDUÏTAT.

2.1.- Concepte, evolució històrica i beneficiaris.

El terme viduïtat, cobra sentit quan enfoquem la mort dins el pla sentimental. Aquest pla, avarca moltes novetats amb respecte al pas del temps i mica en mica s'han anat reconeixent drets a lligams efectius que probablement abans no haurien donat peu a cap mena de suport econòmic.

No trobem una definició del terme viduïtat en si, però si un estat de fet, que es dona amb la mort del que s'anomena causant i la possibilitat de rebre una prestació econòmica en la majoria dels casos en forma de pensió, per part del que s'anomena beneficiari. S'exposarà qui es pot considerar beneficiari d'aquesta prestació econòmica que atorga l'Institut Nacional de la Seguretat Social.

Passarem a desenvolupar l'evolució de la pensió, els tipus de prestacions que inclou en si la viduïtat i els beneficiaris d'aquesta.

Cal començar fent referència a VALENCIANO²⁷. Aquest autor exposa que la pensió de viduïtat es va originar com a resposta a una nova contingència que els estats tenien la necessitat de cobrir per la des protecció que suposava la mort del membre de la família que sostenia l'economia familiar. La des protecció venia donada per la mort de la persona que aportava la única font d'ingressos. Segueix exposant, que aquesta matèria troba la seva primera regulació

²⁷ Valenciano, A. (2011). Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones: La pensión de viudedad, "su estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados". *Temas Laborales*. 109/2011, 111-140.

amb la llei espanyola coneguda com la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

Tot i això, es considera que l'origen vertader es troba al dret internacional amb el Convenio número 102 de la OIT (Instrumento de ratificación del Convenio número 102 relativo a la Norma mínima de la Seguridad social, adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1952).

Aquestes normes definien, marcaven com a pautes, que per tenir dret a la pensió de viduïtat i poder accedir a ella, es requeria una relació de causalitat entre la mort del difunt (el cap de la família) comportant això la notòria falta d'ingressos, i una situació inestable que impedis la subsistència econòmica de la resta de la família del causant.

VALENCIANO, segueix argumentant que al llarg del temps s'ha anat reformant la pensió de viduïtat i la necessitat de fons d'aquesta donada la progressiva transformació que ha sofert aquesta pensió i havent estat objecte de debat entre forces polítiques i socials. Tot això ha donat peu a que ens trobem davant la creació d'una contingència, exposa l'autor, que no neix a causa d'un estat de necessitat com vindrem argumentant d'acord amb altres autors actuals i amb la llei, sinó degut a l'adquisició d'un nou estat civil.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ i MARTÍNEZ BARROSO²⁸, asseguren que les successives reformes en matèria de seguretat social, no havien incidit en termes de viduïtat, més enllà de millorar les seves quanties. D'aquí sorgien crítiques molt insistents de la doctrina científica cap a la falta d'adequació d'aquest tipus de protecció a la realitat social, al seguir lligada a esquemes matrimonials sense tenir en compte les noves relacions familiars que anaven apareixent, com per exemple les parelles de fet.

Aquests autors, també critiquen molt la pensió perquè opinen que ha acabat perdent la seva finalitat originària que era atendre o protegir les situacions de necessitat i s'ha acabat convertint en un complement o suplement econòmic del cònjuge supervivent o la parella de fet o persona divorciada, etc. Paral·lelament, alguns autors, comencen a considerar-la una prestació en crisi.

Totes aquestes preocupacions van ser recollides pel Tribunal constitucional, qui va formular una tesis que es basava en aconseguir protegir les parelles de fet a través del nivell no contributiu. se situa en la disposició addicional 54^a de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos

²⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J i MARTÍNEZ BARROSO, M: *Pensiones de viudedad y orfandad: Últimas reformas y cuestiones pendientes*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.21-67.

Generales del Estado para 2006. Aquesta disposició, contenia un mandat que es dirigia al govern. Era un projecte de llei que de manera global re formulava la pensió de viduïtat i es buscava que recuperés el caràcter de renda de substitució, pels casos on el difunt o el causant contribuïa de forma eficaç al sosteniment o manteniment del supervivent.

Segons BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ²⁹, en un escenari que bàsicament es caracteritza per recursos limitats, la qüestió consisteix en saber elegir els riscos que cal atendre prioritàriament i el preu a pagar per la seva cobertura i evitar situacions tan de infra protecció com de sobre protecció.

Seguidament, passarem a analitzar els beneficiaris de les diferents pensions de viduïtat que existeixen i ho farem d'acord amb l'article 216.1 del Real Decret legislatiu 8/2015 i partint de la opinió de varis autors. Trobarem incloses la pensió vitalícia de viduïtat; la pensió de viduïtat en casos de separació, divorci o nul·litat matrimonial; la pensió de viduïtat en el cas de parelles de fet i la prestació temporal de viduïtat.

En primer lloc, en quan a la pensió vitalícia de viduïtat, d'acord amb l'article 219 del TRLGSS: *“Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente de alguna de las personas del artículo 217.1, siempre que si el sujeto causante se encontrase en alta o en situación asimilada a la del alta en la fecha de su fallecimiento hubiera completado un período de cotización de 500 días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión”*.

Així doncs, d'acord amb aquest article, el principal beneficiari de la pensió vitalícia de viduïtat és el cònjuge supervivent del difunt.

Si bé, cal tenir en compte que tan la pròpia llei (TRLGSS als articles 219-222) com els autors VÍLCHEZ, GUTIÉRREZ, BENAVIDES i FERNÁNDEZ i MARTÍNEZ³⁰, estan d'acord en que hi ha varis supòsits que es poden donar en el cas de la pensió de viduïtat. Podem parlar de la pensió de viduïtat del cònjuge supervivent, de la pensió de viduïtat en supòsits de separació,

²⁹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2008). La pensión de viudedad y la Ley 40/2007: anatomía de una encrucijada, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 413-432.

³⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J i MARTÍNEZ BARROSO, M: *Pensiones de viudedad y orfandad: Últimas reformas y cuestiones pendientes*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.28-45.

divorci o nul·litat matrimonial, de pensió de viduïtat de parelles de fet i per últim, que ja explicaré més endavant, de la pensió temporal de viduïtat.

Continuant amb la pensió de viduïtat en supòsits de separació, divorci o nul·litat matrimonial, d'acord amb l'article 220 de la mateixa llei, en els casos de separació o divorci, la pensió de viduïtat correspondrà a qui sigui o hagi estat el cònjuge il·legítim (sempre i quan compleixi amb els requisits que marca l'article 219 de la llei). Si ha estat el cònjuge il·legítim solament podrà beneficiar-se d'aquesta pensió sempre i quan no s'hagi tornat a casar o no concorri el cas de que es trobi en parella de fet amb alguna persona. A més a més l'article també requereix que aquestes persones beneficiaries siguin creditors o estiguin percebent una pensió compensatòria d'acord amb el que marca l'article 97 del codi civil, etc.

Altrament, en el cas de la nul·litat, el dret a la prestació correspondrà al supervivent a qui li correspongui el dret a una indemnització d'acord amb l'article 98 del codi civil. A més a més, VÍLCHEZ i GUTIÉRREZ afegeixen que la nul·litat matrimonial, declarada per sentència judicial ferma, posi de relleu també que el contraent ho és de bona fe.

Seguidament, entrem en la pensió de viduïtat de les parelles de fet i ho fem seguint les pautes de l'article 221 de la llei general de la seguretat social.

La llei segueix posant èmfasi en el necessari compliment dels requisits d'estar en alta a la seguretat social i cotitzar, d'acord amb les normes de l'article 219 de la llei. Si es compleixen aquests requisits, l'article dona per fet que tindrà dret a la pensió de viduïtat aquella persona que es trobés unida al causant en el moment de la seva mort, formant així una parella de fet i acreditant que els seus ingressos durant l'any natural automàticament anterior a la mort de la persona en qüestió no superessin el 50% de la suma dels propis i els del difunt en el mateix període. També explica que si no tinguessin fills comuns, el percentatge de prestació passaria d'un 50% a un 25%.

L'article 221 en el seu apartat segon, exposa que s'entén per parella de fet constituïda. Així també ho fa BENAVIDES³¹, que exposa que a efectes de la pensió de viduïtat es considerarà parella de fet a aquella que estigui constituïda, amb una anàloga relació d'efectivitat a la conjugal, a aquells que no es trobin impeditos per contraure matrimoni, que no tinguin vincles

³¹ BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.570.

matrimonials amb cap altre persona i que acreditin un certificat d'empadronament, una convivència estable i notòria (no inferior a 5 anys) anterior a la mort del causant.

En quan al requisit de no tenir cap vincle matrimonial al moment de la mort, hi ha certa jurisprudència que ho matisa, que assenta una mica les bases de l'actual llei de Seguretat Social.

Recorrem a la sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Canàries, de les Palmas de la sala de lo social secció 1^a, número 1061/2012 de 27 de juny: Els protagonistes, eren Don Feliciano i Marisa, que van conviure maritalment durant uns quants anys fins la mort de Feliciano. Llavors és quan Marisa presenta sol·licitud per poder cobrar la pensió i li deneguen per no poder acreditar convivència ininterrompuda de sis anys anteriors a la mort. Llavors interposa recurs de suplicació i arribem aquí.

Aquesta sentència, matisava que d'acord amb les modificacions de la Ley 40/2007 , de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, el requisit de no tenir vincle matrimonial amb una altra persona (d'acord amb l'article 221.2 del TRLGSS) per poder configurar la parella de fet, no era necessari que es complís durant els sis anys de convivència exigits per llei sinó que n'hi havia prou amb què es donés just al moment anterior a la mort del causant.

Per interpretar aquest requisit, i seguint les pautes del Tribunal Suprem, aquest tribunal creu que no és exigible que durant el període de convivència marital que requereix la norma i que ha de ser anterior al fet causant, els afectats haguessin pogut contraure matrimoni en qualsevol moment per falta de vincle matrimonial. Ho fonamenta en els següents arguments:

Es basa en primer lloc en la literalitat de l'antic article 174.3 de la LGSS (actual 221.2 TRLGSS). Aquest article exposava i segueix exposant que per poder tenir dret a la pensió de viduïtat, es considerarà que hi ha parella de fet en els supòsits que va exposant al llarg del text de la llei. Alguns son no està privat per poder contraure matrimoni i no tenir cap vincle matrimonial amb una altra persona.

El tribunal exposa que clarament s'han de tenir en compte aquests requisits però en el moment en què es pretén constituir la parella de fet, no abans, que seria moment immediatament anterior a la mort. Va ser a partir d'aquí que el legislador va afegir un nou requisit: un període de carència per poder accedir o tenir dret a la prestació i era que era igual la data de constitució de

la parella de fet però la convivència era necessari que hagués durat cinc anys al menys (sis per casos particulars) ininterromputs fins la mort. I, arribem a la redacció actual.

Finalment, tenim la prestació temporal de viduïtat. Si fem una petita referència al terme, d'acord amb el RAE, per pensió s'entén aquella quantitat periòdica, temporal o vitalícia, que la seguretat social paga per raó de jubilació, viduïtat, orfandat o incapacitat. Veiem que la mateixa llei parla de pensió "vitalícia" en els casos dels articles 219-221. Si, altrament, busquem el terme prestació, ens diu que és aquella quantitat econòmica que atorga la seguretat social o altres entitats a favor dels seus beneficiaris en diners o en espècie, per atendre a les seves necessitats.

Llavors, és curiós veure que no és el mateix la pensió vitalícia de viduïtat que la prestació temporal de viduïtat. Aquesta és una qüestió important referent al concepte de viduïtat: es pot donar la prestació econòmica amb caràcter vitalici (passaria a ser pensió de viduïtat del cònjuge supervivent, com marca la llei (TRLGSS)) o per altra banda pensió vitalícia de viduïtat, com marquen alguns autors.

Sembla ser que la prestació temporal de viduïtat, té un termini prefixat per la llei, i així és. Si anem a l'article 222 del TRLGSS, es pot percebre amb caràcter notori. Exposa el següent: *"Cuando el cónyuge superviviente no pueda acceder al derecho a la pensión de viudedad por no acreditar que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año o, alternativamente, por la inexistencia de hijos comunes y concurran el resto de requisitos enumerados en el artículo 219, tendrá derecho a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años"*.

Així doncs, la llei marca un termini de dos anys perquè finalitzi l'atorgament d'aquesta prestació temporal de viduïtat. Tot i això, amb una quantia igual a la pensió de viduïtat que li hagués correspost. Podem veure que per tenir dret a la pensió de viduïtat, fa falta acreditar uns requisits de convivència o tenir fills comuns entre d'altres, i que de no ser així, la durada de la pensió no serà tan beneficiosa.

BENAVIDES³², afegeix que la prestació temporal de viduïtat té el seu fonament en el fet de que la mort del causant deriva de malaltia comuna no sobrevinguda després del vincle matrimonial. A més a més conclou dient que el criteri administratiu, en el cas de que la prestació temporal de viduïtat coincideixi amb el dret a altres pensions ordinàries de viduïtat, és que el percentatge

³² BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.580.

reconegut per determinar l'import de la prestació temporal no es deduirà de la pensió de viduïtat, a reconèixer a altres beneficiaris recurrents.

2.2.- Quantia de la prestació

Si bé el TRLGSS, no fa menció expressa a la quantia de la prestació ni tampoc al seu càlcul, ens haurem de remetre a lleis de desenvolupament d'aquesta normativa.

De normativa de referència tenim moltes lleis i tot i que aquestes segueixen vigents en l'actualitat i totes són molt semblants en les respostes que donen, les bases reguladores que mostren no es corresponen amb l'actualitat i haurem d'utilitzar el Decreto 2158/1966, 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 para el derecho a las mismas, que parteix d'actualitzacions vigents fins al 2009.

VÍLCHEZ i GUTIÉRREZ, parlen de la pensió de viduïtat com una pensió vitalícia³³ la quantia inicial de la qual s'obté aplicant un percentatge del 52% a la base reguladora. BENAVIDES³⁴ confirma que la quantia de la pensió de viduïtat s'obté aplicant a la base reguladora el percentatge corresponent.

Si ens dirigim al Decreto 2158/1966, al capítol V fa referència a "muerte y supervivencia". Al modificat article 31³⁵, fa referència a la quantia de la prestació de viduïtat: el percentatge a aplicar a la corresponent base reguladora per a la determinació de la quantia de la pensió de viduïtat, serà del 52 per cent.

Tot i això, VÍLCHEZ i GUTIERREZ³⁶ afegixen que aquest percentatge es podrà elevar al 70% quan es reuneixin els següents requisits:

³³ VILCHEZ PORRAS, M i GUTIÉRREZ PÉREZ, M: *Lecciones de seguridad social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p.300.

³⁴ BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.572-573.

³⁵ Redactat per l'apartat 1 de l'article primer del Real Decreto 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejoras de la pensión de viudedad, BOE 310 § 23712 (2003).

³⁶ VILCHEZ PORRAS, M i GUTIÉRREZ PÉREZ, M: *Lecciones de seguridad social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p.301.

En primer terme, que la pensió ha de constituir la font principal d'ingressos del beneficiari o pensionista. Al menys ha de suposar un 50% d'aquests.

En segon lloc, els rendiments anuals del pensionista no podran superar, en conjunt, les següents quantitats:

- El límit que es prevegi en cada exercici econòmic per reconèixer complements mínims a les pensions contributives
- El límit que es marca per a la pensió de viduïtat en terme anual i d'acord amb l'edat del pensionista.

En tercer lloc, el pensionista ha de tenir càrregues familiars. S'entenen per "càrregues familiars" tenir fills menors de 26 anys a càrrec o que es tracti de majors d'aquesta edat però només en el cas de que estiguin incapacitats (amb un grau de discapacitat igual o superior al 33%). Inclús engloba menors acollits d'acord amb l'article 31.2 de la mateixa llei. Per càrregues familiars, a part del requisit dels fills i l'edat, els rendiments de la unitat familiar (incloent el/la pensionista) i dividits entre el número de membres de la família, no podran superar el 75% del SMI (excloent la part de pagues extraordinàries).

Per altra banda, cal matisar, què passa amb la concurrència de beneficiaris. Si hi ha un sol beneficiari de la pensió de viduïtat, li correspondrà la totalitat de la pensió, excepte en els casos en què el matrimoni fos declarat nul. En aquest cas, li correspondrà la pensió en quantia proporcional al temps viscut amb el causant.

En el cas contrari, si concorre més d'un beneficiari en la pensió de viduïtat, obtindran la pensió en proporció al temps viscut amb el causant cada un d'ells.

2.3.- Compatibilitat i Extinció

Finalment, passarem a desenvolupar la compatibilitat de la pensió de viduïtat amb el cobrament d'altres prestacions econòmiques i finalment com s'extingeix aquesta pensió.

En primer lloc, aquesta pensió és compatible amb qualsevol renda de treball del beneficiari i inclús amb la pensió de jubilació o d'incapacitat permanent a la que pugui tenir dret per

l'exercici d'una activitat. Així ho exposa BENAVIDES³⁷. Afegeix que quan el subjecte causant no es trobi en situació d'alta o assimilada, serà incompatible el cobrament d'aquesta pensió amb el reconeixement de qualsevol altre pensió de viduïtat, sigui quin sigui el règim de la Seguretat Social de què es tracti excepte que els períodes de cotització acreditats en cada règim es superposin durant al menys, uns 15 anys. Que es superposin significa que un element s'interposi sobre un altre. Una cosa sobre una altra cosa. Implica, que es trobin les pensions connectades.

Així ho exposa també el TRLGSS en el seu article 223. Aquest article esmenta que la pensió de viduïtat serà compatible amb qualsevol renda de treball sigui quina sigui. Però, afegeix al final del punt 1, que això es donarà sens perjudici del que estableix l'article 221. Aquest article, fa referència a la pensió de viduïtat de les parelles de fet. Marca una sèrie de requisits per poder tenir dret a la pensió i inclús i han d'acreditar un determinat nivell d'ingressos (durant l'any natural anterior no poden superar el 50% de la suma dels seus propis i del causant en el mateix període). Aquests requeriments, així com d'altres, es troben a l'apartat 1 del mateix article.

L'article 223.1 amplia també la incompatibilitat amb una altra pensió de viduïtat a no ser que es doni el requisit de la superposició durant 15 anys.

Per altra banda, en relació a l'extinció d'aquesta pensió recorrerem també a l'article 223 del TRLGSS. Aquest article, en el seu punt 2, exposa quan s'extingirà aquesta prestació econòmica. L'article afirma que la pensió s'extingirà en tots els supòsits sempre i quan el beneficiari contregui matrimoni o constitueixi una parella de fet en els termes que regula l'article 221 (com ja he mencionat anteriorment) sens perjudici de les excepcions que es puguin establir reglamentàriament.

Finalment al punt 3, s'especifica que tot això previst en aquest article, s'aplicarà també a la prestació temporal de viduïtat.

Si partim, de BENAVIDES³⁸ ens remet al Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, que va modificar les causes d'extinció de la pensió de viduïtat que s'establien a l'article 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social.

³⁷ BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.577.

³⁸ *Ibidem*, p.578.

La nova regulació partint d'aquesta llei, exposa que és la següent:

El dret a la pensió de viduïtat, s'extingirà quan el beneficiari de la pensió contregui matrimoni o constitueixi parella de fet als efectes necessaris perquè es doni d'acord amb la llei. Aquesta és la principal menció.

L'autor, però, afegeix que podran mantenir el cobrament de la pensió d'orfandat i encara que contreguin matrimoni de nou, els pensionistes de viduïtat que compleixin amb una sèrie de requisits. Aquests requisits són tals com ser major de 61 anys o menor acreditant ser pensionista d'incapacitat permanent, incapacitat absoluta o gran invalidesa i inclús acreditant una minusvàlua igual o superior al 65%. També seria un requisit el fet de que la pensió o pensions de viduïtat suposin la única font d'ingressos per part del beneficiari (quan aquesta pensió suposi un 75% com a mínim, del total d'ingressos del pensionista en còmput anual).

Per últim, un altre requisit podria ser tenir, en el nou matrimoni, uns ingressos anuals incloent la pensió de viduïtat, que no superin en còmput anual el salari mínim interprofessional vigent dues vegades.

TERCER CAPÍTOL.- PART ESPECIAL: LA PENSIÓ D'ORFANDAT.

3.1.- Evolució històrica

La protecció que es dona a l'orfe, en el model actual de Seguretat Social, és el producte de la concurrència de dues línies de cobertura: la que troba el seu principal origen en el règim jurídic regulador dels accidents de treball i per altra banda, la que neix per poder donar cobertura quan el fet causant s'hagi produït o donat, per contingències comunes³⁹.

Des dels seus orígens és cert que l'orfe, ha anat obtenint una protecció més elevada, així com més regulada i ho ha obtingut a partir de tres línies d'actuació.

En primer lloc, a raó de la contingència de la que derivava la mort del causant, s'ha evolucionat i s'ha passat d'una protecció únicament relacionada i provinent d'un accident de treball fins a arribar al punt de protegir inclús quan la mort derivava d'accidents no laborals i malalties comunes o no laborals. També incloïa doncs, supòsits de protecció en malalties professionals.

³⁹ RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 13.

En segon lloc, la segona línia d'actuació, basant-se en el subjecte beneficiari, va evolucionar fins al límit de passar del simple pagament d'una indemnització a tant alçat al pagament d'una pensió pròpiament dita. Així doncs, al llarg de la història s'ha anat passant mica en mica d'un estat o situació de necessitat al simple fet de presumir aquesta necessitat i això ha acabat provocant, com menciona RIERA, la pèrdua del fonament originari o inicial d'aquesta prestació tan controvertida.

Un cop explicada l'evolució a grans trets, passarem a desenvolupar la normativa que ha anat existint i s'ha anat desenvolupant en referència a la regulació de la pensió d'orfanat.

Trobem els orígens de la primera regulació en la matèria, a la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900. La protecció que conferia aquesta llei, consistia en el pagament d'una indemnització a tant alçat a favor d'aquells que fossin els descendents legítims i menors de setze anys sempre i quan la mort vingués donada per un accident de treball. Llavors, partíem d'una protecció més aviat escassa i gens relacionada amb la trajectòria laboral del causant.

Cal matisar, i matisa RIERA⁴⁰, que quan el causant era una dona, només es concedia ajuda sempre i quan es pogués demostrar que els orfes estiguessin en situació d'abandonament per part del pare o avi vidu o que procedien d'un matrimoni anterior de la causant. Aquí, podíem veure una clara discriminació cap a les dones, que havien d'acreditar una sèrie de requisits, que no eren exigits pels homes, com s'ha exposat més amunt.

Amb l'evolució, passem a la Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922. Gràcies a aquesta llei es va produir una ampliació de l'àmbit subjectiu de la prestació i es va procedir a incloure, dins dels subjectes beneficiaris (juntament amb els descendents legítims o naturals menors de 18 anys o incapacitats per el treball) els fills adoptius i joves adoptats o acollits sempre i quan dependguessin econòmicament del causant al menys un any anterior a la mort d'aquest i no tinguessin possibilitat d'empara. Per altra banda aquesta llei, preveu un augment en la quantia de les indemnitzacions.

També trobem, unit a aquesta llei, el Reglamento provisional de Accidentes de Trabajo de 29 de diciembre de 1922. El que va fer aquest reglament, tot completant la llei anterior, va ser ampliar el conjunt de beneficiaris i va incorporar els fills derivats d'altres matrimonis i aportats a el matrimoni en qüestió.

RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfanadad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.14.

Seguint el fil d'aquesta normativa, al entrar en la segona República, va augmentar el nivell de protecció. Passa a regular-se aquesta pensió a l'article 46 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931. En aquest article s'obligava als poders públics a promoure i tenir en compte una assegurança de mort. Per tant, partíem ja des d'una òptica protectora a nivell general i garantida per la pròpia Constitució, encara que poc específica i complerta.

Llavors, amb la Ley de 8 de octubre de 1932, Texto Refundido sobre Accidentes de Trabajo i el seu Reglamento de desarrollo de 31 de enero de 1933, es tornen a ampliar i a modificar els beneficiaris. El més important d'aquesta llei i el seu desenvolupament és que es va donar un pas més en la protecció de l'orfe i per primera vegada es contemplava la possibilitat de que es pagués directament a l'orfe una pensió calculada en base al salari del causant.

Finalment amb el Decreto por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 i la seva normativa de desenvolupament, es va acabar completant correctament el règim protector de la pensió.

Això és l'evolució a grans trets, de com va sorgir la pensió que percebem avui dia, evidentment molt més evolucionada i garant però que com podem comprovar, ha hagut de passar molt de temps perquè s'arribés a concedir el que es coneix com a pensió d'orfandat. Altrament, tot i el desenvolupament legislatiu d'aquesta temàtica, és cert que va anar sorgint un problema important: el problema financer, com exposa RIERA⁴¹. El problema financer, va ser el problema desencadenant de les posteriors reformes que s'han anat impulsant dins l'àmbit de la seguretat social, afirma.

La preocupació no només era política, sinó també social. Era tan forta la problemàtica que va arribar al Ple del Congrés dels Diputats. El que es destaca d'aquella sessió (de 15 de febrer de 1994) era aprovar o no aprovar la llei catalana que instava la creació d'una ponència dins la Comissió de pressupostos per poder analitzar els problemes de la seguretat social i buscar progressos, millores i reformes. Sobretot es buscava garantir un sistema públic de pensions en condicions. La comissió va aprovar l'informe que sol·licitava el Congrés dels diputats aprovat per ple el dia 6 d'abril de 1995. Es buscava, donar resposta al mal funcionament i als problemes que havia anat desencadenant el sistema de seguretat social.

⁴¹ RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 18.

L'acord que va derivar d'aquest procediment, es va anomenar el Pacto de Toledo. Aquest pacte, realitzava una sèrie de recomanacions i buscava un manteniment de l'equilibri financer del sistema de seguretat social així com arreglar aquelles “esquerdes” i cicatrius que tenia el sistema millorant la seva estructura interna i racionalitzant-lo.

Aquest pacte, a part de buscar el reforçament del principi de solidaritat o la reforma del sistema financer, fixava com un dels objectius, per exemple, incrementar o augmentar l'edat del beneficiari de la pensió d'orfandat. Si bé és cert però, que ho feia de forma molt diluïda i poc específica. Potser massa abstracte. No fixava edat i tampoc deia quan. Ho deixava en mans del legislador i aquest tenia molt de marge d'actuació.

Així doncs, aquesta pensió va ser reforçada gràcies als principis de solidaritat i contributivitat que marcava aquest pacte i que va fer sorgir. El Acuerdo de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, completava aquest pacte. Inclús podríem dir que ambdós es plasmaven en part, a la Ley 24/1997 de 15 de Julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social.

A partir d'aquesta llei s'aniran introduint reformes que faran que es passi a obtenir millores en la pensió, com tenir en compte situacions on el causant no es trobava en situació d'alta o en fer compatible el fet de que l'orfe percebés ingressos derivats del treball, però amb uns límits, que s'aniran exposant en els apartats següents.

3.2.- Subjecte i fet causant

La contingència que es protegeix amb la pensió d'orfandat troba el seu origen més pròxim tant en la mort del subjecte causant com en la declaració d'aquesta mort. Així ho confirma el Código Civil (articles 193-197) i ho exposa RIERA⁴².

Per tant, com en la resta de prestacions per mort i supervivència, el fet causant és ni més ni menys que la mort del subjecte causant. En aquesta prestació econòmica en concret, el subjecte causant és el pare o mare del subjecte beneficiari. Així ho deduïm de forma tàcita, de l'article 224 del TRLGSS, ja que no s'exposa el fet causant a cap normativa: “*Siempre que, al fallecer el causante*”. Així doncs diríem, que el fonament per poder reconèixer aquesta pensió és la mort, la mort del qui s'anomena subjecte causant.

⁴² RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 27.

La llei difereix en intentar construir conceptes sobre què s'entén per fet causant doncs dóna per suposat que a les prestacions per mort i supervivència, partim de la mort, per poder obtenir-ne un lucre. El dret a poder ser perceptor de la pensió d'orfandat, en l'actualitat es troba només condicionat al compliment del requisit d'afiliació i alta (o situació assimilada) ja que es va suprimir l'exigència d'acreditació d'un període mínim de cotització que si que està vigent per la resta de prestacions per mort i supervivència, quan la mort deriva de malaltia comuna⁴³.

En aquells supòsits en què el subjecte causant al moment de la mort no es trobés en alta o en situació assimilada, llavors si que s'haurà d'acreditar un període mínim de cotització de 15 anys. Partint doncs, d'aquestes consideracions, el legislador diferencia els següents supòsits de fet, partint de les diferenciacions que exposen MONERERO i RODRÍGUEZ:

- 1) Podríem trobar-nos amb la mort ocasionada per contingències comunes o professionals. En aquests casos, com he exposat, es causarà dret a la pensió sense que es pugui exigir cap període previ de cotització i només s'exigirà trobar-se en situació d'alta o assimilada. Però, si el causant mort sense estar en alguna d'aquestes dues situacions, haurà d'acreditar que ha complert amb un període mínim de cotització de 15 anys.

En referència al període mínim de cotització de 15 anys, hi ha una interessant sentència del Tribunal Suprem de 22 de febrer del 2017 on el Tribunal, reconeix el dret a la pensió d'orfandat sol·licitada per part de la mare de dos menors d'edat i rebutja la tesis de l'INSS i la TGSS, que al·legaven la seva improcedència ja que entenien que el causant -el pare de les criatures- es trobava en situació assimilada a l'alta, no existia un apartament del mercat laboral de forma voluntària i no complia amb el període de carència de 15 anys. Es tracta d'una sentència molt interessant perquè per primer cop, el Tribunal Suprem utilitza una interpretació flexibilitzadora del requisit d'alta o assimilada.

En el supòsit de fet, el pare dels menors, va morir degut a una cirrosi hepàtica com a conseqüència de l'abús d'alcohol de forma crònica. A la data de la seva mort, no es trobava en situació d'alta a la Seguretat Social i només acreditava al llarg de la seva vida laboral 4.550 dies de cotització sense arribar als 15 anys exigits (5475 dies).

⁴³ DÍAZ AZNARTE, M.T: "Capítulo 15. La pensión de orfandad", a AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Dir.: Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G), Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 139 i ss.

La mare dels menors va sol·licitar la pensió d'orfandat pels seus tres fills que els hi va ser denegada per la situació concreta del causant, al no trobar-se en situació assimilada a l'alta o d'alta.

Encara que el jutjat de lo social va donar la raó a la reclamant, la sentència va ser revocada pel Tribunal Superior de Justícia de Madrid entenent que no era possible considerar que el causant es trobava en situació assimilada a l'alta per atur voluntari per alcoholisme, ja que no quedava suficientment acreditat.

Finalment, el Tribunal Suprem, ha acabat considerant que situacions com la present, on es dona un cas d'alcoholisme crònic i on el causant es trobava especialment incapacitat per treballar i encara més per gestionar la seva permanència dins del Sistema de la Seguretat Social, s'ha d'entendre complert el requisit d'alta quan la malaltia causant de la mort es va iniciar bastant abans de que es produís la baixa a la Seguretat Social. El tribunal, doncs, exposa el següent:

“En determinadas circunstancias, como la que concurre en ambos supuestos de alcoholismo, se puede aplicar una jurisprudencia flexibilizadora y humanitaria y por lo tanto puede reconocerse a los causantes en situación asimilada al alta a efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de orfandad”.

Llavors, tot això, d'acord amb el tribunal, suposa el dret dels fills a la pensió reclamada, tot considerant la situació del causant com assimilada a l'alta.

- 2) També ens podem trobar que la mort vingui ocasionada per actes terroristes. El legislador en aquests casos, ha decidit que aquests supòsits es regulin d'acord amb el Règim General de la Seguretat Social per a les prestacions per mort i supervivència que derivin d'accident de treball, per les circumstàncies especials en les que concorren.
- 3) Excepcionalment, el fet causant és el naixement del fill pòstum. Aquest, nascut després de la mort del seu progenitor, com a *nasciturus* se'l té per nascut a tots els efectes que li siguin favorables. D'acord doncs, amb l'article 116 del Codi Civil: *els fills nascuts després de la celebració del matrimoni i abans dels tres-cents dies següents a la seva dissolució o separació legal o de fet, es considera que són del marit.*

Per altra banda, l'article 3 de la OMS de 13 de febrero de 1967 disposa que la pensió d'orfandat, quan el beneficiari sigui fill pòstum, s'entendrà causada a la mateixa data del naixement del fill.

d) Finalment, tenim els supòsits de desaparició del subjecte causant o també anomenats supòsits de mort presumpta, que porten a una declaració de mort de la persona absent⁴⁴. Aquesta desaparició ha de venir donada a causa d'un accident, amb independència de si és laboral o no, però en circumstàncies que facin presumible que ha pogut morir. D'acord amb l'article 217.3 del TRLGSS: si en 90 dies naturals immediatament posteriors a l'accident no es tenen notícies del subjecte, es donarà per produït el fet causant, i per mort l'absent. Per determinar el moment exacte en què es causarà dret a aquestes prestacions, es tindrà en compte la data de l'accident.

A continuació, per tal d'analitzar els subjectes causants, partirem de la llei i en concret de la llei principal que és el TRLGSS. Els subjectes causants de la pensió d'orfandat, es troben ja sigui de forma compartida amb la resta de pensions a l'article 217 així com de forma específica a l'article 224. Per altra banda, podem trobar-los a l'article 2.1 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967.

D'acord amb l'article 224 del TRLGSS, les persones que tindran dret a la pensió d'orfandat i afegeix la llei "en règim d'igualtat" (el que significa que si hi ha més d'un beneficiari, tindran dret els que siguin a percebre una pensió a parts iguals o també pot significar que té el mateix dret en l'actualitat un descendent legítim que un fill adoptiu, etc) seran cada un dels fills del causant i sigui quina sigui la seva filiació sempre i quan, quan el causant mori, aquests fills siguin menors de 21 anys o si són majors, que al menys estiguin incapacitats per al treball i a més que el causant, es trobés, al moment de la mort, en alta o situació assimilada a aquesta. Fins i tot s'inclou la possibilitat de que fos pensionista d'acord amb el que estableix l'article 217.1.c) (engloba jubilació i incapacitat permanent).

L'article finalitza el punt 1, afegint que també s'aplicarà a les pensions d'orfandat el que disposa l'article 219.1, que són una sèrie de requisits que s'han d'acreditar per part del subjecte causant per poder donar dret a la pensió de viduïtat cap al cònjuge supervivent.

⁴⁴ DÍAZ AZNARTE, M.T: "Capítulo 15. La pensión de orfandad", a AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Dir.: Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G), Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 140 i ss.

Reafirma doncs RIERA⁴⁵, que els subjectes causants en general de les prestacions per mort i supervivència, són els que es troben regulats a l'article 217.1 del TRLGSS. Aquest article que ja s'ha exposat anteriorment exposa que, tindran dret a aquestes prestacions aquelles persones que es trobin dins el règim general de la Seguretat Social i que, d'acord amb l'article 165.1 de la mateixa llei, estiguin en condició d'alta o assimilada i que es compleixi amb determinats períodes de cotització en determinades prestacions.

També podran ser subjectes causants els perceptors de subsidis per incapacitat temporal, risc durant l'embaràs, maternitat, paternitat, risc durant la lactància natural i que compleixin amb el període de cotització que s'estableixi per cada cas. La llei inclou també com a subjecte causant aquells titulars de pensions contributives de jubilació i incapacitat permanent.

Per situació assimilada a l'alta i partint de l'article 165 del TRLGSS i de la mà de MONERERO i RODRÍGUEZ⁴⁶ es considera:

- a) La situació legal de desocupació total durant la qual el treballador percebi una prestació per tal contingència
- b) La situació del treballador durant el període corresponent a vacances anuals retribuïdes que no hagin estat disfrutades amb anterioritat a la finalització del contracte
- c) Els casos d'excedència forçosa, trasllat per l'empresa a fora del territori nacional, casos de convenis especials amb l'Administració de la Seguretat Social i tots aquells que assenyali el Ministerio de Empleo y Seguridad Social es podran assimilar a alta per a determinades contingències de forma reglamentària.
- d) Els treballadors compresos en el camp d'aplicació d'aquest règim general es consideraran de ple dret, en situació d'alta a efectes d'accidents de treball, malalties professionals i desocupació (fins i tot encara que l'empresari hagués incomplert les seves obligacions).
- e) Els treballadors en situacions de vaga i tancament patronal (es donarà, una alta especial).

A aquest llistat, s'hi afegeixen, d'acord amb els articles 166 del TRLGSS i 36 del RD 85/1996, de 26 de enero, les següents situacions d'assimilació a l'alta:

⁴⁵ RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 33.

⁴⁶ DÍAZ AZNARTE, M.T: "Capítulo 15. La pensión de orfandad", a AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Dir.: Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G), Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 138 i ss.

- La situació de desocupació involuntària, una vegada esgotada la prestació contributiva, sempre i quan es mantingui la inscripció de desocupació a l'Oficina de desocupació corresponent.
- La situació d'excedència per a la cura del fill, menor acollit o altres familiars durant tot el temps de l'excedència
- La suspensió de treball per compliment del servei militar o prestació social substitutòria
- Els períodes de percepció d'una ajuda equiparada a la jubilació anticipada
- La situació d'incapacitat temporal, sempre i quan subsisteixi un cop extingit el contracte
- La pròrroga d'efectes de la incapacitat temporal
- El fet de ser perceptor d'una pensió d'invalidesa no contributiva

Aquest és el llistat de subjectes causants que estableix el Real Decret 8/2015. També l'article 2 de la OM de 1967 fixa aquests subjectes, i a l'article 2 d'aquesta ordre, inclou els treballadors morts per accident de treball o malaltia professional sempre i quan es provi que la mort deriva d'alguna de les contingències que es fixen per llei. També en fa referència el Real Decret 8/2015 a l'article 217.2 i atribueix als treballadors morts per accident de treball o malaltia professional la necessitat de que tinguin reconeguda per aquestes contingències una incapacitat permanent absoluta o que acrediti la condició de gran invalidesa.

Finalment TRLGSS en el punt 3 completa afegint aquells treballadors que es trobessin desapareguts a causa d'un accident (i matisa que és igual si es tracta d'accident laboral o no, els inclou ambdós) en unes circumstàncies de les que es dedueixi la seva mort i fa falta que no se'n hagi tingut notícies en 90 dies naturals seguits de l'accident. Si es donen aquestes condicions, aquests treballadors es podran convertir en subjectes causants del dret a la pensió d'orfandat, així com a la resta de prestacions econòmiques per mort i supervivència.

3.3.- Subjectes beneficiaris

En relació als subjectes beneficiaris d'aquesta pensió, ens dirigirem a l'article 224.1 i 2 del TRLGSS. Aquest article, exposa que podran ser beneficiaris de la pensió d'orfandat i en règim d'igualtat, cada un dels fills del causant -sigui quina sigui la naturalesa de la seva filiació, ja sigui adoptat, acollit, legítim...- sempre que al moment de la mort d'aquest, els beneficiaris o el beneficiari sigui menor de 21 anys o, si no acredita els 21 anys que al menys estigui incapacitat

per el treball i també que el causant al moment de la mort es trobés en situació d'alta o assimilada o que fins i tot fos pensionista.

Per altra banda, el punt 2 introdueix una millora, on es permet que el beneficiari pugui cobrar la pensió amb un límit de 25 anys al moment de la mort del causant -havent de ser una edat menor a aquesta, així ho estableix la llei- i acreditant els següents requisits:

- a) Que no realitzi un treball lucratiu ja sigui per compte pròpia o aliena o que si el realitza, els ingressos que obtingui siguin inferiors, en còmput anual, a la quantia que es fixa de salari mínim interprofessional també en còmput anual vigent.

Així ho puntualitza també la Sentència del Tribunal Suprem de 22 de Juny del 2015. En aquesta sentència, el demandant, va sol·licitar la pensió d'orfanat a causa de la mort del seu pare. La pensió li va ser reconeguda. En aplicació de la legislació vigent, es dona de baixa al demandant de la prestació a la que tenia dret.

Va complir els 22 anys i no realitzava treball lucratiu i a més, cursava estudis universitaris. Així doncs, va sol·licitar el cobrament de la pensió a la que tenia dret. Se li va denegar la petició d'acord amb la normativa vigent del moment, ja que s'establia d'acord amb l'article 175 de la LGSS (RCL 1994, 1825) l'extinció de les pensions d'orfanat simple als 22 anys i la pròrroga per estudis estava prevista únicament pels orfes absoluts.

El que es buscava descobrir, era si l'actor tenia dret a la pròrroga fins els 25 anys, per poder percebre la pensió d'orfanat, d'acord amb la redacció del moment de l'article 175 de la LGSS. Era complex, doncs es tractava d'indagar en la voluntat de legislador davant el seu disseny del benefici i d'acord amb l'article 175.2 de la LGSS s'establia que el moment idoni per adquirir la condició de beneficiari era l'anterior a complir els 25 anys.

Per altra banda, la disposició transitòria sisena bis de la LGSS ens deia quina era la data límit i des de quan. Llavors, la data límit era el dia 1 de gener del 2014. Fins arribar a aquesta data, podien accedir al benefici de la pensió d'orfanat els que complissin 24 anys durant el 2014, els que complissin 23 anys durant el 2012 i que la mort del causant es produís abans de complir els 24 o 23.

D'acord amb aquesta interpretació, es pot veure clarament que es dona un enllaç entre la nova edat protegida i la que ho era anteriorment. Se li acaba donant la raó al demandant.

S'entén d'aquesta sentència doncs, que en els casos on el fill/a del causant no efectui un treball lucratiu per compta pròpia o aliena o quan realitzant-lo, els ingressos que obtingui en còmput anual resultin inferiors en còmput anual també a la quantia vigent pel salari mínim interprofessional, podrà ser beneficiari de la pensió sempre i quan a la data de mort del causant sigui menor de 25 anys d'edat, en l'actualitat.

- b) Si l'orfe es trobés cursant estudis i complís els 25 anys durant el curs escolar, la percepció d'aquesta pensió es mantindrà fins el primer dia del mes següent a l'inici del següent curs acadèmic.

Finalment l'article afegeix que aquesta prestació econòmica s'abonarà a la persona que tingui al càrrec als beneficiaris que es determinen reglamentàriament.

Si bé és cert, que com argumenta BENAVIDES⁴⁷, que cal destacar que amb la regulació establerta per la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, s'elimina el requisit d'exigència de període de carència quan el causant es trobava en situació d'alta o assimilada al moment de la mort. Si no s'hi trobava, per tenir dret a poder cobrar la pensió d'orfandat s'haurà d'acreditar per part de la situació del causant que complia amb un període mínim de cotització de 15 anys.

Llavors l'autor, desglossa els fills que poden ser beneficiaris, entent-se tal desglossament, fonamentat en l'apartat 1 de l'article 224 on s'exposa "*Cualquiera que sea la naturaleza de su filiación*".

Així doncs, en primer lloc trobaríem els fills del causant, sigui quina sigui la naturalesa de la seva filiació, però també trobem els fills del cònjuge supervivent aportats al matrimoni (sempre i quan aquest s'hagués celebrat al menys dos anys abans de la mort del causant i que haguessin conviscut ambdós cònjuges, estant el supervivent necessitat econòmicament del causant i que no tingui dret a cap altre tipus de pensió ni cap altre familiar pugui suportar econòmicament a el/la cònjuge supervivent).

Altrament, també tenen dret a aquesta pensió els fills del causant nascuts amb posterioritat a la mort d'aquest i s'inclouen també els fills concebuts amb tècniques de reproducció assistida, que també s'anomenen fills pòstums.

⁴⁷ BENAVIDES VICO, A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.580-581.

També és important, per altra banda destacar que en el cas que s'anomena orfandat no absoluta, l'evolució de l'edat límit per finalitzar el cobrament de la pensió d'orfandat, com apunta l'autor, ha estat la següent:

- Durant l'any 2011: l'edat límit es fixava en 22 anys
- Durant l'any 2012: l'edat límit es fixava en 23 anys
- Durant l'any 2013: l'edat límit es fixava en 24 anys
- A partir de l'any 2014, l'edat límit s'ha fixat en 25 anys i encara no s'ha modificat.

Però, cal tenir en compte que d'acord amb l'exposició que ens fa LEONÉS⁴⁸, també es van fixar uns límits anuals anteriors partint de la Disposición Transitoria cuarta 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 la Seguridad Social, com per exemple, en aquests casos:

- Durant l'any 1997, el límit estava en 19 anys, excepte en el supòsit d'existència d'ambdós parents on llavors el límit passava de 19 a 20 anys.
- Durant l'any 1998, el límit estava en 20 anys, excepte en el cas d'existència d'ambdós parents, on el límit es convertia en 21 anys.

Així doncs, partint d'aquestes dades, veiem una clara evolució al llarg de cada any, on podem veure que l'edat es va ampliant i es va donant més garanties a el cobrament de la pensió. Quan parlem d'orfandat no absoluta, fem referència al cas en què un dels dos progenitors sobrevisqui, que és un dels casos que més es dona a la pràctica. En aquest tipus d'orfandat doncs, com hem vist, s'ha fixat més límits i s'ha actuat de forma progressiva anualment.

D'acord, per altra banda, amb el Real decreto 296/2009, de 6 de marzo, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia, al seu article primer, exposa la modificació de la Orden de 1967 i incorpora un nou article 38 que es titula: “*Incremento de las pensiones de orfandad y de las indemnizaciones especiales a tanto alzado*”.

En el seu punt 1, especifica que en els casos d'orfandat absoluta, les prestacions que corresponguin als orfes, es podran incrementar d'acord amb unes condicions que exposa seguidament.

⁴⁸ LEONÉS SALIDO, J.M: *Las pensiones de viudedad y orfandad (Comentarios, Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Práctica forense con supuestos prácticos y Estadísticas)*. Ed. Comares, Granada, 1998, p.51.

Aquest article fa referència als casos d'orfandat absoluta, on el beneficiari perd ambdós parents o tutors.

Pel greuge que suposa, s'incrementen els imports. Com bé exposa el subapartat 1 del punt 1, quan es doni la mort d'ambdós pares del beneficiari, se li reconeixerà a l'orfe un increment en l'import que resulti d'aplicar a la base reguladora del causant el 52%.

Aquest increment del 52% però, ha de provenir d'una orfandat absoluta necessàriament. D'acord amb això, hi ha una sentència molt interessant del Tribunal Suprem de 1 de juliol de 2014. En aquesta sentència, el tribunal suprem conclou dient que la quantia de la pensió d'orfandat no s'ha d'incrementar amb el percentatge que correspondria a la pensió de viduïtat en els casos d'orfandat absoluta quan a la data del fet causant de la pensió, els progenitors estiguessin divorciats sense existència de pensió compensatòria i sense la constància de la sol·licitud de la pensió de viduïtat per part de la mare supervivent.

En el supòsit de fet, ens trobem amb la mare de la menor, divorciada del causant i sense haver fixat un conveni regulador amb una pensió compensatòria a favor seu. Es sol·licita pensió d'orfandat de la menor i se li reconeix el 20% de la base reguladora respectiva.

Es sol·licita a l'entitat gestora l'aplicació de l'increment de la pensió d'orfandat en el percentatge que correspondria a la pensió de viduïtat (ja que va sol·licitar mitjançant reclamació prèvia aquesta pensió i li va ser denegada). El tribunal exposa, que l'ordenament de la Seguretat Social, d'acord amb l'article 38 del Reglamento General, que determina la quantia de les prestacions del Règim General de la Seguretat Social i condicions per al dret a les mateixes (aprovat pel Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre) estableix que les prestacions corresponents als orfes podran incrementar-se, quan a la data de mort del causant no existeixi beneficiari de la pensió de viduïtat.

En aquest supòsit de fet, a la data de mort del causant, existeix una persona que va estar casada amb aquest, però que a la data de la mort estava divorciada d'ell. També és cert, que no havia sol·licitat la pensió de viduïtat i l'acord de divorci entre ambdós no recollia cap pensió compensatòria a favor de cap dels cònjuges.

D'acord amb el Tribunal Suprem, s'ha de partir d'una interpretació estricta: a efectes de l'increment de la pensió d'orfandat, es precisa de l'existència d'una situació d'orfandat absoluta (inexistència d'un progenitor, per poder-se fer càrrec de l'orfe en qüestió).

El tribunal conclou, exposant que, de resoldre's de la forma en què pretén l'actora, es vulneraria la norma que estableix per a tots els supòsits, l'exigència d'orfandat absoluta, requisit que estaria justificat en atenció a la situació especial de necessitat que contempla: la inexistència d'algun progenitor, que pugui fer-se càrrec de l'orfe.

Un altre apartat important, el subapartat 3 del punt 1, estableix que quan el progenitor supervivent a la mort del causant i essent beneficiari de la pensió de viduïtat mori, això incrementarà el percentatge de la pensió que cobraria l'orfe, sumant-li el que s'hagués aplicat per determinat la quantia de la pensió de viduïtat ara extingida.

Aquí és molt important destacar una sentència controvertida de l'any 2016, que assenta unes bases en casos específics en aquesta matèria i elabora uns criteris, encara que potser un pel contraris a la normativa (com el mateix tribunal exposa), però que serveixen per casos problemàtics i per garantir la seguretat econòmica en condicions d'igualtat sense que es pugui donar un tracte discriminatori. Aquesta sentència, és la Sentència del Tribunal Suprem número 1048/2016 de 12 de diciembre.

La qüestió controvertida en el supòsit de fet que es planteja, és poder determinar si té o no té dret d'acréixer la seva pensió d'orfandat el beneficiari d'aquesta pensió (doncs es tracta de Clemencia, filla de D^a. Violeta i D. Armando), en el possible cas de que mort el pare causant (doncs mort en un accident de treball quan prestava serveis com a conserge per l'empresa *Grupo Manserco S.L.*) la mare no hagués pogut accedir a la pensió de viduïtat pel fet de no haver estat casada, ni tampoc haver constituït parella de fet en els termes legals seguits per l'article 221.2 de la Ley General de la Seguridad Social, amb el causant.

Així a grans trets, Armando va morir en un accident de treball mentre realitzava tasques de conserge en una empresa. Aquest i Violeta, no estaven casats. Clemencia era beneficiària després d'aquests fets, i li va ser concedida una pensió d'orfandat per un import del 20% de la base reguladora del causant valorada en una quantitat de 849,84 euros en concepte d'indemnització especial a tant alçat, per raó d'una mensualitat de la base reguladora i d'un auxili per defunció valorat en 42,07 euros.

La demandant, no estant d'acord amb les quanties, insta escrit de reclamació. Tot i això, li és desestimat ja que s'estableix que no queda acreditat el requisit d'orfandat absoluta per tenir dret a major quantia.

El tribunal segueix establint qüestions: Si un orfe que és perceptor de la pensió d'orfandat (del 20% de la base reguladora) a causa de la mort del seu pare, té algun dret a incrementar la pensió en una quantia equivalent a la pensió de viduïtat (52% de la base reguladora) en el possible cas de que la seva mare supervivent, no sigui perceptora de la pensió de viduïtat per no haver pogut acreditar un vincle matrimonial amb el causant.

Finalment el Tribunal Suprem, desestima el recurs i denega la pretensió de la demandant. El que exposa és que per poder créixer la pensió la pensió d'orfandat amb la pensió de viduïtat, l'orfandat ha de ser absoluta i l'absolutesa es basa en l'absència d'ambdós progenitors. Afegeix que l'increment en l'orfandat absoluta ve exigint per l'estat de necessitat que es crea cap al beneficiari.

Tot i això, seguint els criteris de la doctrina anual, si es seguís la pretensió de l'actora, es vulneraria la normativa que estableix que s'incrementa la pensió en casos d'orfandat absoluta que es basa en l'especial situació de necessitat que apareix ja que cap progenitor es pot fer càrrec de l'orfe. Però, per altra banda, la doctrina exposa que actuar així suposaria un tracte desigual injustificat si es pogués créixer als fills dels ex cònjuges sense dret a una pensió compensatòria i no es concedís en el cas de fills de cònjuges actuals que no pugui accedir a la pensió de viduïtat per qualsevol altra causa.

Finalitza exposant que per evitar un tracte diferenciat, s'hauria de concedir l'acreixement en tots els casos on un dels progenitors del beneficiari sobrevisqui i sempre i quan aquest no hagués causat un dret a la pensió de viduïtat. Això és bastant contrari a la regulació actual, com he començat exposant i com exposa també la doctrina. Però, ho tracta en forma d'innovació i s'explica que s'ampliaria a tots els supòsits en què no es causa dret a la pensió de viduïtat per falta de cotització inclús.

3.4.- Quantificació de la pensió i Base reguladora

La base reguladora d'aquesta pensió, es troba regulada a l'article 17.1 de la Orden de 13 de febrero de 1967. Aquest article exposa com es determina la pensió, i la quantia d'aquesta suposa un 20% de la base reguladora del causant per a cada orfe. A més, continua dient que es calcularà d'acord amb les normes que s'estableixen per la pensió de viduïtat (d'acord amb l'article 9 de la mateixa ordre) i sense que la quantia de la pensió d'orfandat sigui inferior a 250 pessetes

mensuals. Això s'establí abans, quan encara no hi havia l'euro instaurat. Actualment, la pensió segueix suposant un 20% de la base reguladora del causant.

Es plantegen varis supòsits, atenent a l'article 9 que ofereix informació sobre la base reguladora de la pensió vitalícia de viduïtat. Com ja he esmentat, aquests supòsits s'estenen a la pensió d'orfandat.

Si existeixen varis beneficiaris de la pensió d'orfandat, si concorren varies persones sol·licitant-la o amb dret a percebre-la, la suma de les pensions d'orfandat més la de viduïtat no podran superar el 100% de la base reguladora.⁴⁹ La regla general serà que a cada un dels orfes, els hi correspon el 20% de la base reguladora.

Hi ha una petita excepció a això, com bé exposa BENAVIDES i és que aquest límit exposat, es podrà trencar quan es doni la concurrència de varies pensions d'orfandat juntament amb una pensió de viduïtat i el percentatge a aplicar a la base reguladora per al càlcul d'aquesta sigui del 70%, la suma de les pensions d'orfandat en cap cas podrà superar el 48% de la base reguladora que correspongui. Llavors, la pensió de viduïtat computarà al 52% i no al 70%.

Cal destacar que en els supòsits de pensió d'orfandat absoluta (quan no queda cònjuge supervivent o aquest mor mentre era beneficiari de la pensió de viduïtat) o s'abona el domicili familiar per part del cònjuge supervivent, la pensió d'orfandat s'incrementarà amb el percentatge del 52% de la viduïtat. Això s'anomena dret d'acréixer o acreixement. Aquesta regla, es donarà en un seguit de casos taxats:

Per començar, quan a la mort del causant no existeixi un possible beneficiari de la pensió de viduïtat, aquesta manca incrementarà la pensió d'orfandat aplicant el 52% de la base reguladora. Cal destacar que, quan al moment de la mort del causant existeixi, en aquest cas sí, algun beneficiari de la pensió de viduïtat, la pensió d'orfandat podrà incrementar-se en el percentatge en que no s'hagués assignat la pensió de viduïtat.

Finalment, quan el progenitor supervivent mori, havent estat beneficiari de la pensió de viduïtat, podrà incrementar la pensió de l'orfe tot sumant-li el percentatge que s'hauria utilitzat de la quantia de la pensió de viduïtat extingida.

⁴⁹ BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.584.

En quan al dret d'acréixer, d'acord amb la sentència del Tribunal Constitucional de 22 de maig del 2006, es considera un dret fonamental i es predica la igualtat davant la llei per a tots els fills independentment del tipus de filiació. Quan parlem del dret "d'acréixer de l'orfe" fe referència a un terme general però, inclou un orfe adoptiu? Extramatrimonial?

El debat inherent en aquesta sentència, se centrava en el dret a la percepció i quantia d'una indemnització a tant alçat per mort, que provenia d'un accident de treball. El causant, vivia amb qui ha arribat fins a aquest recurs i tenien un fill en comú. Es procedeix a la demanda perquè la part demandat considera que la interpretació de la legalitat que es va fer era contrària al dret fonamental d'igualtat davant la llei del fill del causant, tot discriminant-lo per raó de la seva filiació extramatrimonial i vulnerant també, l'article 14 de la Constitució Espanyola.

Es va vulnerar aquest article, perquè no se li va concedir el dret a la situació d'orfandat en les mateixes condicions que se li concediria a un fill que hagués nascut d'un matrimoni. Aquest tribunal, recollint la doctrina del Tribunal Europeu de Drets Humans en relació amb l'article 14 del CEDH, el principi d'igualtat no vol dir que en tots els casos es doni un tractament igual. No tota desigualtat de tracte, suposa una infracció de l'article 14 de la CE. Doncs, el principi d'igualtat, exigeix que a iguals supòsits de fet s'apliquin iguals conseqüències jurídiques. El que prohibeix el principi d'igualtat són aquelles desigualtats artificioses o injustificades que no es trobin fonamentades en criteris objectius i totalment raonables.

La filiació extramatrimonial, com exposa el tribunal, requereix igualtat de drets amb la matrimonial, doncs ambdues es basen en una idèntica relació jurídica entre els progenitors i el fill. La filiació per naturalesa, pot donar-se tan dins com fora del matrimoni. No hi ha cap diferència entre ambdues modalitats si enfoquem al seu origen.

Conseqüentment, apunta el tribunal: la condició extramatrimonial no es podrà acceptar com a causa de desigualtat de tracte. Seria una expressió de menysvaloració on la mateixa Constitució, busca posar-hi una barrera. Per raons històriques, les relacions extramatrimonials sempre s'han trobat en una situació desavantatjosa i també els fills nascuts d'aquestes.

A continuació, les regles per calcular la base reguladora, variarien depenent de dos circumstàncies: la situació en la que es trobi el subjecte causant (ja sigui treballador en actiu o pensionista) i el tipus de contingència (professional o no) que hagi ocasionat la mort del

treballador⁵⁰. Així es preveu a l'article 9 de la Orden de 1967, com he esmentat, que sempre s'haurà de complementar amb el que estableixi el Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 25 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, així com amb allò que preveu el Decreto de 22 de Junio de 1956, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Accidentes de Trabajo.

Altrament, d'acord amb la Orden de 25 de junio de 2001 para la aplicación y desarrollo del Real decreto 771/1997, de 30 de mayo, por el que se establecen reglas de determinación de los importes de las pagas extraordinarias de las pensiones de la Seguridad Social, és important saber que aquesta prestació econòmica, inclou pagues extraordinàries.

D'acord amb l'article 1 d'aquesta ordre, que marca l'àmbit d'aplicació, s'exposa que les disposicions d'aquesta norma s'aplicaran per les entitats gestores de la Seguretat Social, en determinació de les pagues extraordinàries de les pensions i amb efectes econòmics a partir de l'1 de desembre de 1996.

Les pagues extraordinàries recauran sobre: pensions contributives derivades de contingències comunes de sigui quin sigui el règim que integra el sistema de Seguretat Social, pensions no contributives i pensions de l'extingit ja "Seguro obligatorio de Vejez e Invalidez".

D'acord amb l'article 2 d'aquesta ordre, l'import de les pagues extraordinàries conclourà de la següent forma:

En primer lloc, les pagues extraordinàries que s'apliquin a les pensions mencionades a l'article 1 apartat 1, s'abonaran en els mesos de juny i novembre, per un import igual a la quantia de la mensualitat cobrada de forma ordinària corresponent a els mesos en qüestió. Els períodes de meritació, es troben compresos entre 1 de desembre i 31 de maig de l'exercici següent, incloent ambdós, per a la paga extraordinària de juny i novembre.

L'article 2 al punt 2, ressalta que quan en els mesos de juny i novembre, quan es donin variacions en les característiques de la pensió que impliquin un canvi en la quantia, la paga extraordinària serà igual a l'import resultant d'aquest canvi, en aquests mesos determinats.

⁵⁰ DÍAZ AZNARTE, M.T: "Capítulo 15. La pensión de orfandad", a AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Dir.: Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G), Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 142 i ss.

Per altra banda, quan aquestes variacions esmentades es produeixin en els mesos immediatament anteriors a juny o a novembre i també modifiquin la quantia, la paga extraordinària també serà igual a l'import dels mesos esmentats.

Un altre supòsit plantejat, és la situació de la violència de gènere, quan el progenitor que sobreviu perd el dret a la pensió de viduïtat. En aquest cas, l'orfe té dret a els increments necessaris per poder obtenir l'orfanat absoluta.

Es preveu un article, concretament el 8, dedicat a aquests casos i en relació a les pagues extraordinàries proporcionals (*Incremento de las pensiones de orfanat por extinción de la pensión de viudedad, al fallecer su titular*) al Real decreto 771/1997, de 30 de mayo, i aquest article exposa com es resoldrà la situació.

Així doncs, quan s'extingeixi la pensió de viduïtat per mort del cònjuge supervivent i a causa d'això i de tot lo exposat anteriorment s'incrementin les pensions d'orfanat vigents en el percentatge de la pensió de viduïtat en qüestió, la paga extraordinària d'aquesta pensió o pensions d'orfanat meritara, a causa de l'increment, en funció de les mensualitats en què s'hagués estat percebent

Pel que fa a la situació del causant, trobem una sèrie de supòsits que es plantegen mirant des del punt de vista d'aquest i que afecten en més o menys proporció a la base reguladora de la pensió d'orfanat, i són els següents:

En primer lloc, quan el causant fos treballador en actiu, com exposa l'apartat a) de l'article 9.1 de la Orden de 13 de febrero de 1967, o inclús es trobés en situació assimilada a l'alta al moment del fet causant (la mort) i sempre i quan aquest no fos degut a accident de treball o malaltia professional, la base reguladora suposarà el quocient que resulti de practicar la divisió per 28 la suma de les bases mínimes de cotització del causant durant un període ininterromput de 24 mesos naturals (encara que dins d'aquests hi hagi petits períodes on no era necessari cotitzar). Aquest període que s'estableix de 24 mesos, serà elegit pel beneficiari de la pensió (en el cas d'orfanat, pel tutor o cònjuge supervivent del fill, si aquest és menor d'edat) dins dels 15 anys immediatament anteriors a la data del fet causant⁵¹.

⁵¹ DÍAZ AZNARTE, M.T.: "Capítulo 15. La pensión de orfanad", a AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Dir.: Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G), Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 142 i ss.

En segon lloc, en el cas de que el causant fos pensionista de jubilació o incapacitat permanent, la base reguladora serà l'import de la pensió que cobrés sense que computi l'increment del 50% de la pensió que es sol concedir a grans invàlids per poder pagar a la persona que se n'ocupa. També és important saber que aquesta pensió es podrà incrementar amb les millores i revaloritzacions que provinguin del fet causant.

Si per altra banda, el causant es trobava en situació de jubilació parcial, s'incrementaran les cotitzacions efectuades durant aquest període fins al punt d'arribar al 100%. En el cas de que el causant s'hagués jubilat anticipadament, per trobar-se en un pla de reconversió industrial i tenia dret a l'actualització de la seva base reguladora com si es fes la ficció de que el causant hagués estat en actiu, tindria dret a que s'actualitzessin les bases.

En tercer lloc, quan el causant fos invàlid provisional o es trobés percebent un subsidi d'espera o d'assistència, marca l'article, la base reguladora es podrà determinar en la mateixa forma que es preveu en l'apartat a) mencionat anteriorment.

Finalment, quan la mort del causant provingui d'un accident de treball o malaltia professional, la base reguladora es determinarà (en tots els casos, com especifica l'article) partint de les retribucions efectivament percebudes. Quan la mort prové de tal contingències, es preveuen una sèrie de problemes. Així ho planteja RIERA⁵². Exposa que per part seva, es dona un problema de prova. És molt important doncs, en aquest sentit, el que exposa l'article 217.2 del TRLGSS 8/2015. Aquest precepte, estableix la presumpció de que es consideraran morts a conseqüència d'accident de treball o malaltia professional aquells que tinguin reconeguda per aquestes pròpies contingències, una incapacitat permanent absoluta o que acreditin la condició de gran invalidesa.

Per altra banda el precepte en el segon paràgraf del punt 2 introdueix que quan no es pugui donar la presumpció del supòsit anterior, s'haurà de provar, donat fet de que la mort ha estat causada per un accident de treball o malaltia professional. La llei matisa, que en el cas en el cas d'accident de treball, la prova s'admetrà si la mort s'hagués donat dins dels 5 anys següents al dia de l'accident. Per altra banda, en cas de malaltia professional, s'admetrà la prova i no es té en compte el temps en aquesta contingència.

⁵² RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.82.

La base reguladora, es determinarà sobre les retribucions percebudes de forma efectiva per el causant, en tots i cada un dels casos. Es calcula, sobre la base de cotització corresponent durant l'any immediatament anterior al fet causant. Així ho explica RIERA⁵³. Això és així amb la seva base jurídica als articles 60 i següents del Decreto 22 de junio de 1965, por el que se aprueba el Reglamento de Accidentes de Trabajo.

Llavors, d'acord amb aquests articles, la base reguladora seria el resultat de dividir per 12 la suma de salaris percebuts pel causant a la data de l'accident i multiplicat pels 365 dies que té l'any. A més a més, se li ha de sumar el còmput anual de les pagues extres o extraordinàries i altres meritacions que no siguin periòdiques (es sumaran a la mitjana d'hores extraordinàries realitzades durant els 12 mesos immediatament anteriors. Aquest és bàsicament el funcionament de la base reguladora de la pensió d'orfandat.

Altrament, quan el treballador estigui contractat a temps parcial i no presti serveis cada dia o fent-ho, la seva jornada de treball sigui bastant irregular o variable, el salari diari computarà dividint-se entre 7 o 30 el setmanal o mensual que s'hagi pactat en funció de les distribucions d'hores al supòsit de fet. En el cas de treballadors fixes-discontinus, el salari diari serà el que resulti de dividir entre el número de dies naturals de campanya que hagin transcorregut fins arribar a la data del fet causant, els salaris percebuts per part del treballador en el mateix període.

Per últim, RIERA apunta, que és important qüestionar-se si el salari que hem de prendre de referència és el de la data de l'accident o la data de la mort del causant.⁵⁴ L'autor exposa que el més encertat és prendre de referència L'I.P.C i fer-ho d'acord amb el dia en què es va produir l'accident.

3.5.- Determinació dels ingressos

Passarem a exposar, com es poden determinar els ingressos dels beneficiaris de la pensió d'orfandat així com d'on han de derivar i quantitativament quin és el seu límit per poder trobar-se en risc de deixar de percebre la prestació econòmica.

⁵³ RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 83.

⁵⁴ *Ibidem*, p.85.

Sigui quina sigui la data en què es produeix el fet causant, es totalitzaran els ingressos que es percebin o es vagin a percebre en còmput anual que derivin d'un treball lucratiu ja sigui per compta pròpia o aliena o d'una prestació de la Seguretat Social, també en còmput anual. En cap cas, i això és important, es tindran en compte els ingressos obtinguts per l'orfe abans de que compleixi els 18 anys. Això exposa BENAVIDES⁵⁵, que dins de l'any natural es computaran tots els ingressos obtinguts per l'orfe, per poder compatibilitzar o no el cobrament d'aquesta pensió.

Si bé és cert que la quantia que resulti d'aquest còmput anual, es comparará amb el Salari Mínim Interprofessional. Si la totalitat dels imports percebuts i computats al llarg de l'any, no supera la xifra establerta i actualitzada pel Salari Mínim Interprofessional, es mantindrà el dret al cobrament de la pensió (ja sigui el cas en què s'estigués percebent amb anterioritat o es sol·licités per primer cop). Així doncs, es reconeixerà el dret a percebre aquesta prestació econòmica si es compleixen aquests requisits.

Per altra banda, si l'import total dels ingressos supera el límit econòmic que marca el Salari Mínim Interprofessional, la pensió quedarà en suspens i no es podrà reconèixer, encara que fins i tot s'extingeixi el contracte al llarg d'aquell any, cessi l'activitat que s'estava duent a terme per compta pròpia o que finalitzi la prestació que aquest orfe cobrava de la Seguretat Social.

Cal apuntar també, que una vegada reconegut el dret a la pensió d'orfandat o ja prolongat aquest dret, la pensió quedarà en suspens quan es doni el cas de què els beneficiaris (majors de 21 anys) contreguin un contracte laboral, en qualsevol de les seves modalitats o treballin per compta pròpia sempre i quan la totalitat dels seus ingressos en còmput anual, superin el Salari Mínim Interprofessional. Aquesta suspensió, tindrà efectes des del dia següent a aquell en què es doni la causa de suspensió.

Llavors, l'aturament del cobrament de la pensió és pràcticament instantani. Això previst, serà d'aplicació també en els casos en què tot i no haver complert els 21 anys, s'hagués estat percebent la pensió d'orfandat i l'orfe hagués estat realitzant un treball per compta pròpia o aliena sempre i quan els ingressos superessin el límit del Salari Mínim Interprofessional.

En aquests supòsits, la suspensió tindrà efectes a la mateixa data del compliment dels 21 anys.

⁵⁵ BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.582-583.

A continuació, passarem a exposar com es recupera la pensió d'orfandat en els casos de suspensió o com es recupera aquest dret que ha quedat en suspens.

BENAVIDES⁵⁶ exposa que el dret a la pensió es recuperarà quan s'extingeixi el contracte de treball o bé cessi l'activitat laboral per compta pròpia o que finalitzi la prestació que estigüés cobrant de la seguretat social el beneficiari ja sigui per desocupació, incapacitat temporal, risc durant l'embaràs o maternitat o inclús en el cas de continuar amb una activitat o prestació sempre i quan els ingressos que derivin d'aquestes no superin el ja mencionat Salari Mínim Interprofessional vigent en cada moment.

Aquesta recuperació del cobrament de la pensió, tindrà efectes a partir del dia següent a la data d'extinció del contracte de treball, finalització de l'activitat o de la percepció de la prestació de la Seguretat Social o des del dia en què es modifiqui la quantia d'aquests ingressos sempre i quan es sol·liciti el cobrament de nou dins dels tres mesos següents a aquesta data mencionada.

En cas de no sol·licitar-ho d'aquesta forma, la pensió que es recuperi tindrà una retroactivitat màxima de tres mesos des del moment de la sol·licitud i en el cas de que l'orfe superi el límit d'ingressos que s'assenyala en els paràgrafs anteriors, la recuperació de la pensió es produirà el primer dia de l'any següent sempre i quan acrediti els requisits necessaris.

En el cas de que, al finalitzar l'exercici econòmic, els ingressos percebuts pel beneficiari en còmput anual siguin inferiors al Salari Mínim Interprofessional vigent en còmput anual també, s'abonarà o reintegrarà la pensió a l'orfe per tot el temps en què no l'ha percebuda des del primer dia de gener de l'exercici corresponent o des de la data en què es va considerar suspesa la pensió, sempre i quan es sol·liciti en el termini dels tres primers mesos de l'any posterior.

En el cas de que l'orfe no hagués pogut accedir a la pensió d'orfandat al moment de la mort del primer progenitor, per superar en aquell moment el límit econòmic marcat per la percepció de rentes derivades del treball però donat el cas de que es doni la mort del progenitor supervivent pot acreditar que ja no supera aquest límit o esdevé incapaç abans d'arribar als 25 anys, es procedirà al reconeixement de la pensió d'orfandat provinent de la mort del primer progenitor amb totes les revaloritzacions que esdevinguin oportunes. És evident que serà necessària prèvia sol·licitud de l'interessat o beneficiari, per poder tramitar tot aquest procediment.

⁵⁶ BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.583.

3.7.- Dinàmica del dret a la prestació

La dinàmica del dret a la prestació, fa referència al transcurs de la pensió d'orfandat, des de que neix, passant pel seu abonament fins als múltiples supòsits passant per la suspensió, la rehabilitació de la pensió, l'extinció del dret a aquesta, la possible revisió de la prestació que ha estat concedida i inclús passant pel reintegrament de les prestacions indegudes.

Començarem exposant com neix aquesta pensió i tot el camí que segueix fins al supòsit de la seva extinció.

3.6.- Naixement del dret a la pensió d'orfandat

En primer lloc, per parlar del naixement de la pensió d'orfandat, podríem dir que se situa en la data de la mort del causant. Però és cert, i així ho explica RIERA⁵⁷, que aquest dret naixerà sempre que el beneficiari presenti la sol·licitud corresponent en un termini de tres mesos a partir d'aquesta mort. És important el fet de que si la sol·licitud no es presenta dins d'aquest termini, igualment els efectes es retrotrauran als tres mesos anteriors a la data de la sol·licitud (el reconeixement de la prestació és imprescriptible, d'acord amb l'article 230 del TRLGSS). Si bé és cert, que RIERA és de la opinió que la regla de retroactivitat de 3 mesos, ha estat interpretada de forma bastant flexible per la doctrina.

Per començar, en els supòsits en què els beneficiaris siguin menors d'edat o incapacitats, per un sector de la doctrina els efectes econòmics de la pensió, es retrotrauran al moment de la mort del causant sempre i quan el tutor -nomenat judicialment- presenti la sol·licitud dins als 3 mesos següents al seu propi nomenament. Exposa RIERA⁵⁸, que la finalitat que prové d'aquest límit temporal, és la de sancionar d'alguna manera la falta de diligència que poden tenir els beneficiaris.

Per part d'un altre sector judicial, la sol·licitud d'apercebiment de la prestació, la pot sol·licitar qualsevol persona que tinguin al càrrec els orfes, sense necessitat de tenir el nomenament legal de tutor en aquell moment, el termini de sol·licitud de 3 mesos no es suspèn pel fet de

⁵⁷ RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.99.

⁵⁸ *Ibidem*, p.100.

promoure un expedient de Jurisdicció Voluntària per constituir correctament la tutela dels menors.

En segon lloc, si per exemple es dona un litigi per determinar la filiació i està pendent davant la jurisdicció civil alhora que s'ha sol·licitat l'abonament de la pensió d'orfandat dins el citat termini de tres mesos, no es tindrà en compte la data en què finalitzi el judici o es dicti sentència sinó que els efectes es retrotrauran a la data de la mort del causant.

En tercer lloc, s'aplicarà similar retrotracció quan el que està pendent, per altra banda, és un litigi sobre sol·licitud de jubilació o invalidesa. En aquests casos no es pot sol·licitar la pensió d'orfandat fins que no es declara el dret a la pensió de jubilació o invalidesa.

En quart lloc, la doctrina judicial, ha argumentat que en els casos en què el causant desaparegui, es trobin les seves restes amb posterioritat i consegüentment es sol·liciti dins els tres mesos següents a la inscripció de la mort del causant el cobrament de la pensió d'orfandat, aquesta s'haurà d'atorgar des de la data de la mort del causant. En aquest supòsit el termini de tres mesos no s'imposa ja que amb aquest període es busca anar en contra de les actituds passives del beneficiari però el en supòsit concret el/la beneficiari no podia sol·licitar la pensió fins que no es constatés la mort del desaparegut.

En canvi si el beneficiari hagués conegut la mort uns anys després de que es produís, els efectes de la sol·licitud de la pensió, únicament es retrotreuen a 3 mesos anteriors a aquesta.

Per altra banda, si parlem com a beneficiari d'un fill pòstum, és important recalcar que el dret a la prestació naixerà des de la data del seu naixement⁵⁹.

Finalment, en els casos en què la causa de la mort provingui d'un accident de treball, un sector de la doctrina considera que amb independència de quan es presenti la sol·licitud i es presenti en el termini de 3 mesos o no, la pensió s'haurà d'abonar des de la mateixa data del fet causant.

3.8.- Abonament de la pensió

Si partim de l'article 224.3 del TRLGSS: "*La pensión de orfandad se abonará a quien tanga a su cargo a los beneficiarios, según determinación reglamentaria*".

⁵⁹ Artículo 3 de la O.M. de 13 de febrero de 1967

Si bé, ens dirigim al Real Decreto 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 la Seguridad Social, en el seu article 11 exposa a qui s'abonarà la pensió d'orfandat. Així doncs, la pensió d'orfandat s'abonarà:

En primer lloc, en el cas de beneficiaris menors de 18 anys o que és el mateix, menors d'edat, la pensió d'orfandat s'abonarà a aquelles persones que els tinguin al seu càrrec sempre i quan compleixin amb la obligació de mantenir-los i educar-los.

L'apartat a) afegeix que quan l'entitat pública del territori respectiu s'encomani a la protecció de menors i constati que l'orfe es troba desemparat per un incompliment dels corresponents deures de protecció que s'estableixen per llei, l'entitat gestora adoptarà totes aquelles mesures que cregui oportunes per tal de que la pensió es pugui atribuir a la guarda del menor d'acord amb les pautes que marca el Codi Civil.

L'apartat b) estableix que quan els beneficiaris d'aquesta pensió, pel contrari, siguin majors de 18 anys o que és el mateix, menors d'edat, la pensió s'abonarà directament al mateix beneficiari o orfe amb excepció de majors d'edat incapacitats judicialment (en aquest cas, s'abonarà la pensió d'acord amb el mateix procediment que estableix l'apartat a).

De la mà de RIERA⁶⁰, el pagament de la pensió correspon a la Tresoreria General de la Seguretat Social a no ser que el risc fos gestionat i assegurat per la Mutua Patronal (llavors passarien a ocupar-sen les Mútues d'Accidents de Treball i Malalties Professionals de la Seguretat Social, fins al límit de la seva responsabilitat).

D'acord amb l'article 45 del TRLGSS, les entitats gestores de la Seguretat Social, seran responsables de les prestacions, la gestió de les quals tinguin atribuïda, sempre i quan es compleixin els requisits generals per causar dret a les prestacions.

Les pensions d'orfandat, derivades de contingències comunes, apunta l'autor, seran satisfetes en 14 pagues corresponents a cada un dels mesos de l'any i dos pagues extraordinàries que meritiran els mesos de juny i novembre, d'acord amb l'article 46 del TRLGSS.

⁶⁰ RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.101.

RIERA, no difereix gaire de l'actualitat, doncs exposa els mateixos beneficiaris als quals s'abonarà aquesta pensió. Afegeix⁶¹, i és interessant, que el Codi Civil juntament amb el titular de la pàtria potestat i el tutor, també contempla la figura del “guardador de fet”, que queda al marge del coneixement per part de l'autoritat. Així doncs l'autor considera que s'hauria d'abonar a qui tingués a l'orfe al seu càrrec i no al titular de la pàtria potestat.

També afegeix que el cobrament es podrà realitzar a partir de l'entitat financera reconeguda oficialment (mitjançant graduat social o per gir postal). També la Tresoreria General de la Seguretat Social, podrà autoritzar altres mètodes de pagament, quan existeixin raons d'interès general. Si no es procedeix al cobrament, altrament, l'entitat gestora donarà de baixa la pensió d'orfandat per incompareixença al cobrament i amb posterioritat el beneficiari reclama la pensió, com a màxim podrà obtenir les 12 últimes mensualitats, ja que d'acord amb l'article 54.2 del TRLGSS: “*Cuando se trate de prestaciones periódicas, el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento*”.

Així funciona doncs, una mica l'abonament de la pensió. Si bé és cert que per altra banda, tal i com exposa l'article 234 del TRLGSS, ens podem trobar amb l'abonament de pensions d'orfandat en determinats supòsits concrets. Aquests supòsits versen sobre què passa amb l'abonament de la pensió dels fills o beneficiaris d'aquell que és condemnat per sentència ferma, essent aquest el progenitor supervivent i amb dret, en principi, a percebre-la, en representació d'aquests.

L'article, diu que la pensió d'orfandat causada per la víctima (el cònjuge premort, el causant), no serà abonable a la persona condemnada (el cònjuge supervivent, amb dret a percebre la pensió en nom dels seus fills menors d'edat).

S'exposa que en tot cas, l'entitat gestora ho posarà en coneixement del Ministeri Fiscal i així com tota resolució judicial que situï al progenitor supervivent com a responsable d'un delictes dolós d'homicidi i en compliment de l'article 158 del Codi Civil s'instarà a l'adopció d'aquelles mesures oportunes amb relació a la tutela del menor i a la persona competent per percebre la pensió. Un cop adoptades aquestes mesures, l'entitat gestora ho comunicarà també al Ministeri Fiscal (la resolució que posi fi al procés i ferma).

⁶¹ RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.102.

Finalment, en referència a l'abonament d'aquesta pensió, hi ha una sentència molt interessant que exposa un supòsit de fet i que assenta una doctrina important. Aquesta sentència és la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castilla-La Mancha (sala de lo social) de 15 d'octubre de 2001.

Els fets principals d'aquesta sentència són els següents:

L'actor, Juan Enrique consta com a beneficiari d'una pensió d'orfandat causada per la mort de la seva mare. Aquesta pensió va ser reconeguda prèvia sol·licitud del pare de l'actor. Aquest, va sol·licitar la pensió i va estar percebut en la seva compta bancària una pensió de viduïtat i tres d'orfandat corresponents a tres fills menors d'edat, d'entre ells l'actor.

Més endavant mor el pare de l'actor i Juan sol·licita que se li aboni la pensió d'orfandat al seu propi compte corrent essent-li transferits els imports corresponents des del compte del seu pare. Es constata que el treballador (Juan) acredita, posteriorment a la mort del seu pare, uns ingressos superiors al 75% del SMI i l'INSS, deixa en suspens la pensió d'orfandat.

Per altra banda, el pare de l'actor patia de problemes d'alcoholisme i va portar conflictes en l'àmbit familiar fins a tal punt, que va motivar que el demandant i fill, abandonés el domicili familiar i se n'anés a viure a casa el seu avi.

La realitat al·legada per Juan, era la inexistència de convivència amb el seu pare. L'entitat gestora, abonava les prestacions directament a la compta bancària del progenitor de l'actor.

El tribunal, fa èmfasi en un precepte important del Real Decreto 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: "la pensión de orfandad se abonará a quien tanga a cargo los beneficiarios, según determinación reglamentaria" i la determinació reglamentària exposa que si el beneficiari és menor de 18 anys la pensió s'abonarà a qui el tingui al seu càrrec sempre que compleixi amb la obligació de mantenir-los i educar-los.

Es posa de manifest la falta de compliment de la finalitat de la pensió d'orfandat: la de fer front a les necessitats econòmiques dels fills que es produeixen perquè disminueixen els seus ingressos familiars derivats de la mort del causant. Així doncs, si durant tot el període reclamat el demandant no ha disfrutat de la pensió per culpa de la seva desconexió familiar a part de que indegudament el seu progenitor era perceptor de la prestació amb una marcada absència del compliment de la finalitat de la protecció, semblaria ser que no s'ha complert amb la finalitat de la prestació. Això acaba determinant la sentència.

3.9.- Suspensió de la prestació

Si bé és cert, la pensió d'orfandat s'ha de sol·licitar. També és cert que un cop sol·licitada, si compleix amb els requisits necessaris segurament te la concediran i finalment és cert que igual que es concedeix, també es pot suspendre, per una sèrie de causes determinades.

El dret a la pensió d'orfandat, queda en suspens quan l'orfe és major de 21 anys i realitza un treball ja sigui per compte aliena o pròpia i amb la realització del qual obté uns ingressos, que en còmput anual, són superiors al 100% del salari mínim interprofessional també en còmput anual produint una sèrie d'efectes. Així ho exposa BENAVIDES⁶². MONERERO i RODRIGUEZ⁶³ relaten que les causes de suspensió, només resultaran operatives, quan el beneficiari de la pensió d'orfandat s'aculli a les edats mencionades per RIERA.

Els efectes, són els següents:

En primer lloc, si l'orfe és menor de 21 anys o està incapacitat per treballar, la pensió s'abonarà independentment dels ingressos que obtingui, provinents del seu treball.

En segon lloc, si l'orfe és major de 18 anys i no es troba incapacitat, la pensió d'orfandat es suspendrà:

- A la data del compliment dels 21 anys simplement en aquells casos on els ingressos derivats del treball realitzat per el menor en qüestió (no incapacitat) superin el límit que s'estableix.
- Des del dia següent al que es comenci un treball per compte pròpia o aliena sempre que els ingressos obtinguts i provinents d'aquest superin, també, el límit establert. També es pot partir del moment en què els ingressos que s'estaven percebent, passen a superar el límit establert, entenent doncs, que amb anterioritat no el superaven. Aquesta regla no s'aplicarà si es tracta

⁶² BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.586.

⁶³ DÍAZ AZNARTE, M.T: "Capítulo 15. La pensión de orfandad", a AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Dir.: Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G), Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 152 i ss.

d'un contracte formatiu o a temps parcial, ja que per imperatiu legal, el salari no pot ser inferior al SMI⁶⁴.

Així mateix, la pensió d'orfandat pot quedar en suspens quan es superi una quantia que marca l'article 3.1 del Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificació parcial del règimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, en modificació de l'article 9.2 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre.

Aquest article preveu que un cop reconegut el dret a la pensió d'orfandat, aquest quedarà en suspens quan els beneficiaris majors de 18 anys, concertin un contracte laboral en qualsevol de les seves modalitats o efectui un treball per compta pròpia sempre i quan els ingressos derivats del contracte superin el límit assenyalat reglamentàriament. La suspensió tindrà efectes des del dia següent a aquell en que es doni la causa de suspensió.

La llei afegeix que això exposat, serà també d'aplicació als casos en què amb anterioritat al compliment de 18 anys s'estigués percebent la pensió d'orfandat i l'orfe en qüestió, estigués realitzant un treball, superant el límit previst. La suspensió tindrà efectes a la data de compliment dels 18 anys. És important que per la determinació dels ingressos, no es tindrà en compte els ingressos obtinguts per l'orfe abans de que es compleixin els 18 anys.

RIERA⁶⁵ també ho exposa així. El dret a la pensió d'orfandat queda en suspens quan es superi la quantitat fixada reglamentàriament (el 100% del SMI d'acord amb l'article 9.2 del R.D. 1647/1997, de 31 de octubre, modificat per l'article 3.1 del R.D. 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificació parcial del règimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia).

Així doncs, la suspensió, d'acord amb el real decret i amb l'autor, tindrà efectes des del dia següent al que es doni la causa de suspensió.

Altrament, també es podrà suspendre la pensió d'orfandat, d'acord amb l'article 232 del TRLGSS. Aquest article explicita la "*Suspensión cautelar del abono de las prestaciones de muerte y supervivencia, en determinados supuestos*".

⁶⁴ DÍAZ AZNARTE, M.T.: "Capítulo 15. La pensión de orfandad", a AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Dir.: Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G), Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 152 i ss.

⁶⁵ RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.103.

S'exposa sota aquest títol, que l'entitat gestora suspèndrà cautelarment el pagament de les prestacions per mort i supervivència que essent reconegudes, recaigui resolució judicial de la que derivin uns indicis racionals de que el subjecte investigat és responsable d'un delictes dolós d'homicidi -sigui quina sigui la seva forma- i sempre i quan la víctima fos el subjecte causant de la prestació. Aquesta suspensió cautelar tindrà efectes el primer dia del mes següent a aquell en què se li comunicui tal circumstància.

La suspensió cautelar, es mantindrà fins que recaigui sentència ferma o qualsevol altra resolució ferma que posi fi al procediment penal o que determini que el beneficiari no és culpable de la mort del causant.

L'article també afegeix que si el beneficiari de la prestació finalment és condemnat per sentència ferma, es revisarà el reconeixement del dret a la prestació i al reintegrament de les prestacions percebudes, d'acord amb el que marca l'article 231 de la mateixa llei. Per altra banda, quan recaigui una sentència absolutòria o resolució judicial ferma que apunti, cap a la innocència del beneficiari, es rehabilitarà el pagament de la prestació suspesa amb els efectes que s'haguessin donat de no haver-se acordat la suspensió, un cop descomptades les quantitats satisfetes en el concepte d'obligació d'aliments.

També recalca el punt 3, i és important, que durant la suspensió del pagament d'una pensió de viduïtat, es podran fer efectives amb càrrec a la mateixa (fins al límit de l'import que hagués correspost per aquest concepte al beneficiari d'aquesta pensió, les obligacions d'aliments a favor dels titulars del dret a la pensió d'orfandat o a favor de familiars, causada per la víctima del delictes.

Aquests són, en definitiva, els casos en què es pot donar una suspensió del pagament de la pensió d'orfandat i venen amb la seva pròpia justificació objectiva marcada per llei.

3.10.- Rehabilitació de la prestació

Per parlar de rehabilitació de la prestació o rehabilitació de la pensió d'orfandat, fem referència a com s'arriba a la situació objectiva de recuperació del cobrament de la pensió.

Partirem de l'article 9.2 del Real Decreto 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 la Seguridad Social. Tal i com ho descriuen MONERERO i RODRÍGUEZ, d'entre d'altres⁶⁶, és molt complex el treball de determinar en quin moment es produeixen els efectes de rehabilitació de la pensió d'orfandat, quan cessa la causa que motivava la suspensió.

Així doncs, d'acord amb l'article 9.2 del RD 1647/1997, s'hauran de diferenciar varis supòsits de fet:

- A) si els ingressos percebuts per part de l'orfe durant aquell any natura no arriben a superar el límit del 100% del SMI en còmput anual (sempre i quan se sol·liciti dins un termini de 3 mesos) la recuperació de la pensió tindrà efectes des de la data en la que va cessar la causa que motivava la suspensió. Per exemple, des de que s'extingeix el contracte de treball, cessa l'activitat per compta pròpia o es deixa de percebre la prestació de la Seguretat Social. S'extreu d'aquest apartat, que si l'orfe no sol·licita la rehabilitació de la pensió dins d'aquest termini, la prestació que es recuperi tindrà una retroactivitat de com a màxim, tres mesos comptats des de la data en què es dona la sol·licitud.

- B) En el cas de que els ingressos percebuts per part de l'orfe, pel contrari, superin el límit de l'any natural, es podrà sol·licitar la rehabilitació de la pensió quan cessi la causa suspensiva. Tot i això, de forma lògica, la rehabilitació no tindrà efectes econòmics fins el primer dia de l'any següent, sempre i quan el beneficiari a la data segueixi complint els requisits necessaris per tenir dret a aquesta rehabilitació.

- C) Per altra banda, quan la pensió d'orfandat s'hagués suspès d'ofici, al preveure que els ingressos del beneficiari provinents del treball superarien el límit de la quantia del SMI en còmput anual i, al moment de finalitzar l'exercici econòmic, no es doni tal situació, la pensió s'abonarà per el temps no percebut des de l'1 de gener de l'exercici en qüestió o Des de la data de suspensió, si era posterior a aquesta. Per tal de que la rehabilitació tingui efecte dins d'aquestes dates, el beneficiari l'haurà de sol·licitar dins els tres mesos primers de l'any següent (ja que en cas contrari, el període de recepció es reduiria en tants dies com s'hagi retardat la presentació de la sol·licitud.

⁶⁶ DÍAZ AZNARTE, M.T: "Capítulo 15. La pensión de orfandad", a AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Dir.: Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G), Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 153 i ss.

En la majoria de casos s'exposa la necessària sol·licitud per part del beneficiari. Això troba el seu fonament en la Circular 3/1998, de 10 de marzo del INSS, a la seva Instrucció 15.5, on disposava aquesta necessitat de sol·licitud.

Per altra banda, hi ha un altre sector doctrinal (d'entre ells, RIERA), que és de la opinió que la rehabilitació s'hauria de produir d'ofici des de la mateixa data de suspensió ja que l'orfe en el moment ja va sol·licitar la pensió. Llavors, si l'entitat gestora va suspendre la pensió d'ofici, també hauria de rehabilitar-la d'ofici, d'acord amb la lògica.

RIERA⁶⁷ reafirma que el dret a la pensió d'orfandat es recuperarà quan s'extingeixi el contracte laboral, finalitzi l'activitat per compte pròpia o fins i tot quan finalitzi la prestació per desocupació, incapacitat temporal, maternitat o també s'inclouen els supòsits en què l'activitat laboral continuï però la realització d'aquesta no superi els límits d'ingressos assenyalats.

BENAVIDES⁶⁸ opta per una definició del que suposa la rehabilitació de la pensió o la recuperació d'aquesta, de forma molt més breu i concisa: el dret a la pensió es recuperarà quan s'extingeixi la causa que va motivar la suspensió.

RIERA, continua exposant els efectes que tindrà la recuperació de la pensió, tal i com exposaven MONERERO i RODRÍGUEZ. Aquesta recuperació tindrà efectes des del dia següent a la data d'extinció del contacte de treball o finalització de l'activitat o de la prestació sempre i quan es sol·liciti dins dels tres mesos següents a la data en qüestió. En cas de que no es realitzés dins d'aquest termini, la pensió que es recuperi tindrà una retroactivitat de tres mesos com a màxim des de la data de la sol·licitud.

Ben arrelat amb aquest tema, trobem una sentència bastant interessant del Tribunal Superior de Justícia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 1769/2005 de 21 de desembre. Aquesta sentència, assenta criteris jurisprudencials en referència a la retroactivitat dels tres mesos, a la caducitat i a la prescripció del dret a la pensió d'orfandat.

En primer lloc, el tribunal exposa que ja és una doctrina unificada aquella que defensa que els efectes inicials del reconeixement de les prestacions es produiran a partir dels tres mesos anteriors a la data en què es presenti la sol·licitud en qüestió.

⁶⁷ RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.104.

⁶⁸ BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.587.

És cert que un cop s'ha reconegut la procedència en sí de la prestació, els seus efectes inicials ja han quedat fixats i si després es pretén un augment de la quantia, els efectes s'hauran de retrotraure a la data de reconeixement del dret. En aquest sentit, el Tribunal Suprem afirma que no es pot aplicar al contingut econòmic del dret ja reconegut anteriorment en quantia inferior, la norma que consagra la imprescriptibilitat del dret i la seva retroacció màxima a 3 mesos.

Com ha exposat el mateix Tribunal Suprem en altres sentències (7-2-02/11-6-03, etc) els efectes econòmics d'una pensió ja reconeguda, no es poden retrotraure als tres mesos anteriors a la sol·licitud de revisió. La data a tenir en compte, per tant, serà la data de la concessió o atorgament inicial de la pensió d'orfandat.

A part, el tribunal exposa que d'acord amb les causes de pèrdua del dret per el transcurs del temps sense exercir-lo, s'ha d'efectuar una clara distinció:

- a) En primer lloc tenim el reconeixement al dret a la prestació, al qual s'aplica la prescripció
- b) El cobrament de la prestació, una vegada reconeguda. En aquest cas, s'aplicarà la caducitat.

Per altra banda, el TRLGSS estableix una sèrie d'excepcions cap a algunes prestacions, que les fa imprescriptibles i que es poden sol·licitar en qualsevol moment amb el límit de la retroactivitat de tres mesos. Aquests supòsits són, per exemple: el dret a la pensió de jubilació, el dret a les prestacions per mort i supervivència amb excepció a l'auxili per defunció i finalment el dret al reconeixement de la prestació familiar contributiva,

3.11.- Règim de compatibilitats

Per poder determinar el règim de compatibilitats que envolta la pensió d'orfandat, en primer lloc ens dirigirem al TRLGSS. La llei, a l'article 225 fa referència a "*compatibilidad de la pensión de orfandad*".

Aquest article exposa breument, que sens perjudici del que exposa l'article 224.2 (el cas de l'orfe menor de 25 anys que no realitzi treball lucratiu per compta aliena o que realitzant-lo els ingressos no superin el SMI) la pensió d'orfandat serà compatible amb qualsevol renda provinent del treball de qui fos o hagués estat cònjuge del causant o inclús del propi orfe així com, amb la pensió de viduïtat que percebi aquell.

També introdueix l'article que, serà d'aplicació a les pensions d'orfandat allò previst respecte de les pensions de viduïtat, en el segon paràgraf de l'article 223.1. Això, traduït en termes d'orfandat; la pensió d'orfandat serà incompatible amb el reconeixement d'una altra pensió d'orfandat en qualsevol dels règims de la Seguretat Social (excepte que les cotitzacions acreditades en cada un dels règims, es superposin al menys durant 15 anys).

És important el fet de que la pensió d'orfandat és incompatible amb un lloc de treball en el sector públic. En els casos en què es doni aquesta concurrència, el dret a la pensió quedarà en suspens d'acord amb la Sentència del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de Junio.

En aquesta sentència, s'exposa que el funcionari que ingressa al servei d'una administració pública, es col·loca en una situació jurídica objectiva. La introducció de la regla d'incompatibilitat de la pensió d'orfandat i deures actius, causen un detriment patrimonial (així ho al·lega la defensa) als particulars afectats, el que suposaria una vulneració de l'article 33 de la Constitució Espanyola al ometre's el procediment establert i sense compensar per tal detriment.

El tribunal afirma, que les pensions d'orfandat, deriven de la creació d'una llei i que les Medidas Urgentes para la Función Pública no les suprimeix, sinó que estableix uns límits cap a la percepció sobre la base de que les situacions de necessitat que empara, es troben ja cobertes en aquests casos per els propis ingressos del pensionista.

El tribunal tampoc creu que es vulneri l'article 32.4 ja que aquest precepte estableix una incompatibilitat que impedeix a l'orfe major de 21 anys poder optar per treball remunerat renunciant a la pensió d'orfandat. El tribunal Constitucional considera que no hi ha violació, doncs el dret al treball està garantit constitucionalment i és una garantia que no es dona en relació amb el possible dret a la percepció simultània de pensió i treball actiu. Finalitza exposant que el precepte constitucional seria un subgènere del règim d'incompatibilitats però mai un possible obstacle per a l'accés a la funció pública o a l'exercici del dret al treball.

Així doncs, aquesta sentència posa en relleu el fet de que la constitució no vulnera el dret a l'accés a la funció pública. El que està exposant és que és com una petita incompatibilitat que s'entén provinent de la llei -percebre la pensió i treballar com a funcionari és incompatible- ja que aquesta no garanteix específicament aquest dret.

Continuant amb l'article 225.2, s'exposa que els orfes incapacitats per al treball amb el dret reconegut a la pensió d'orfandat, quan percebin una altra pensió de la Seguretat Social a raó de la mateixa causa o incapacitat, podran optar entre una pensió o l'altra. Això dóna a entendre que quan s'ha d'optar, s'ha de triar, no hi ha compatibilitat entre dues pensions quan provenen d'una mateixa causa.

A més, afegeix que quan l'orfe hagi estat declarat incapacitat per al treball amb anterioritat al compliment de l'edat de 18 anys, la pensió d'orfandat percebuda serà compatible amb la de incapacitat permanent que pogués causar després de l'edat de 18 anys i com a conseqüència de lesions diferents a aquelles originadores de la pensió d'orfandat. També afegeix que hi podrà haver compatibilitat amb la pensió de jubilació que pogués causar en virtut del treball desenvolupat ja sigui per compta pròpia o aliena.

Aquí s'exposa la compatibilitat d'orfandat amb incapacitat permanent i amb jubilació. Això sempre i quan s'acreditin els requisits exposats.

És important el que argumenta també el Tribunal Suprem a la Sentència de 14 d'octubre de 2014. El que es debat, és la compatibilitat de la pensió de jubilació causada per l'orfe que pateix una discapacitat mental des de la infància, encara que la resolució administrativa que declara la incapacitat sigui posterior a la majoria d'edat.

Es tractava d'un discapacitat mental que tenia reconeguda la pensió d'orfandat per una minusvalia de la infància i amb anterioritat a la seva majoria d'edat encara que el seu reconeixement va ser posterior i havia treballat en un centre especial per la seva situació. Se li va comunicar la baixa en la pensió d'orfandat per haver exercit la opció pel cobrament de la pensió de jubilació.

El que exposa és que la pensió d'orfandat en el supòsit d'un beneficiari major d'edat discapacitat, és compatible amb la pensió per incapacitat sempre i quan quedi provat que la discapacitat li afecta des de la infància (s'ha de complir amb el requisit d'estar incapacitat abans dels 21 anys). Això, permetrà la compatibilitat de prestacions encara que el reconeixement d'aquesta incapacitat sigui posterior al compliment de l'edat necessària.

Aquí doncs, trobem un altre argument per acreditar la compatibilitat de la pensió d'orfandat amb la pensió de jubilació, sempre i quan es compleixin els requisits necessaris.

L'article 225.3, marca una puntualització i és que els efectes de la concurrència en els mateixos beneficiaris de les pensions d'orfandat causades per part de pare i de mare, es determinaran reglamentàriament.

Això, a grans trets, és el que estableix el TRLGSS. BENAVIDES, introdueix la compatibilitat de la pensió d'orfandat. Ho fa de forma breu i sintetitzada: la pensió d'orfandat és compatible amb qualsevol renda de treball de qui sigui o hagi estat cònjuge del causant del propi orfe, així com amb la pensió de viduïtat que aquell percebi⁶⁹.

Afegeix que quan el subjecte causant no es trobava en situació d'alta o assimilada, serà incompatible amb el reconeixement d'una altra pensió d'orfandat, en qualsevol dels règims de la Seguretat Social, excepte en el cas de que les cotitzacions acreditades en cada un dels règims es superposin, com a mínim, durant 15 anys (tal i com exposa l'article 223.1 del TRLGSS).

Per altra banda, la pensió d'orfandat que percebi l'orfe incapacitat que hagués contret matrimoni serà incompatible, amb la pensió de viduïtat a la que pogués tenir dret de forma posterior i d'aquesta manera, haurà d'optar entre una o altre. Aquí tornem a veure una incompatibilitat, en aquest cas entre la pensió d'orfandat i la pensió de viduïtat en aquest cas concret.

VÍLCHEZ i GUTIÉRREZ, altrament, destaquen que quan l'orfe incapacitat per al treball, menor de 21 anys, tingui dret a una altra prestació de la Seguretat Social a causa de la seva incapacitat, haurà d'optar per una d'elles⁷⁰.

Per altra banda exposen, que s'amplien els supòsits de compatibilitat de les pensions d'orfandat amb les pensions d'incapacitat permanent i jubilació (quan la incapacitat que determina la continuació de la pensió d'orfandat després dels 21 anys, s'ha produït abans del compliment d'aquesta o quan la incapacitat que determina el reconeixement a la pensió per incapacitat permanent s'hagués produït després dels 18 anys per lesions diferents a les que haguessin donat lloc a la pensió d'orfandat).

⁶⁹ BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015, p.586.

⁷⁰ VÍLCHEZ PORRAS, M i GUTIÉRREZ PÉREZ, M: *Lecciones de seguridad social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p.306.

Segueixen relatant que la pensió d'orfanat de beneficiaris majors de 21 anys o incapacitats, serà compatible amb les rentes de treball del propi orfe sempre i quan els ingressos que aquest obtingui en còmput anual no superin la quantia del SMI vigent i també en còmput anual.

Finalment exposa que és incompatible el reconeixement de dues pensions d'orfanat a no ser que les cotitzacions per a cada una, es superposin al menys durant 15 anys, tal i com relata la llei i exposen els altres autors.

Per altra banda, RIERA, introdueix el règim de compatibilitats i incompatibilitats de la pensió d'orfanat tot distingint les que provenen de pensions ordinàries i les que provenen de pensions extraordinàries⁷¹. Dins de les primeres, diferencia també entre les que afecten als menors de 18 anys o menors incapacitats i les que afecten a majors de 18 anys.

Així doncs, partint de la distinció que fa RIERA, en el cas de la pensió ordinària, passarem a desenvolupar què passa en els casos d'orfes menors de 18 anys o incapacitats. Aquí l'autor destaca tot allò que s'ha anat exposant en aquest apartat. Està d'acord en què la pensió d'orfanat és compatible amb qualsevol renda de treball de qui sigui o hagi estat cònjuge del causant o del propi orfe així com amb la pensió de viduïtat que aquell percebi. També ressalta la incompatibilitat de la pensió d'orfanat amb el desenvolupament d'un lloc de treball al sector públic.

En aquests casos, la pensió quedarà en suspens per el temps que duri el desenvolupament del lloc de treball al sector públic sens perjudici de les re-valoritzacions corresponents.

Afegeix, que en el cas dels orfes incapacitats per al treball amb dret a la pensió d'orfanat, quan percebin una altre pensió de la Seguretat Social a raó de la mateixa causa d'incapacitat, podran triar el cobrament d'una o altra pensió.

Per altra banda, en el cas d'orfes majors d'edat o majors de 18 anys i no incapacitats, trobarem la següent qüestió: la pensió d'orfanat d'aquests beneficiaris, serà compatible (d'acord amb l'article 10.2 del Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, sobre revalorización de las pensiones de la Seguridad Social para 1998) amb qualsevol renda de treball del cònjuge supervivent o del propi orfe sempre i quan no superi el 75% del SMI o de la pensió que percebi.

⁷¹ RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.111.

Finalment, de cares a la pensió extraordinària, així com ho classifica RIERA⁷², hi ha alguna incompatibilitat. S'exposa que les pensions extraordinàries que es podrien generar com a conseqüència d'actes de terrorisme, seran incompatibles amb les ordinàries que es donin pels mateixos fets causants. També, aquestes pensions extraordinàries seran incompatibles amb qualsevol altre pensió extraordinària provinent de la mateixa causa, per part de qualsevol Règim Públic de protecció social bàsica.

Tot i això, en tots els supòsits d'incompatibilitat, quan es tingui dret a dos o més pensions, es podrà optar entre qualsevol d'elles (tot d'acord amb el Real Decreto 1576/1990, de 7 de diciembre, por el que se regula la concesión en el Sistema de la Seguridad Social de pensiones extraordinarias motivadas por actos de terrorismo).

Tot seguit, hi ha bastanta jurisprudència en relació al tema de les compatibilitats o incompatibilitats entre la pensió d'orfandat i altres pensions que s'atorguen per part del règim de la Seguretat Social.

En primer lloc, tenim una sentència del Tribunal Superior de Justícia de Asturias (Sala de lo Social, secció 1ª) de 17 de gener de 2014. En el litigi, es discuteix la compatibilitat o no entre la pensió d'orfandat i la pensió per invalidesa permanent no contributiva.

En el supòsit de fet, el demandant era perceptor de la pensió d'orfandat per incapacitat per al treball amb efectes des de l'any 2007 i a l'any 2013 se li va reconèixer la pensió d'invalidesa no contributiva. L'INSS, li va exigir al beneficiari que optés entre una o altra i degut a la falta d'elecció per part de beneficiari -aquest va al·legar que ambdues eren compatibles- va acordar l'extinció de la pensió d'orfandat.

La sentència recorreguda, seguia el criteri de la incompatibilitat assentat de forma exclusiva per les prestacions contributives del mateix règim de la Seguretat Social i, inaplicable en aquest cas. A més a més, la condició d'orfe incapacitat per al treball (fonament de la pensió d'orfandat) difereix de la situació d'invalidesa permanent no contributiva.

Finalment, ambdues prestacions són perfectament compatibles i poden cobrar-se simultàniament sempre i quan la pensió d'orfandat no impedeixi al beneficiari en qüestió, de la pensió no contributiva, el compliment del requisit de carència de recursos econòmics.

⁷² RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.113.

El tribunal, afirma aquestes al·legacions per part del recurrent i afegeix les següents puntualitzacions:

La norma sobre incompatibilitat de pensions que marcava l'antic article 122.1 de la LGSS (actual 225 del TRLGSS), regula les pensions del Règim General però no el supòsit en què es confronten una pensió d'orfandat per incapacitat per al treball amb una pensió d'invalidesa permanent no contributiva. Ambdues pensions no tenen la seva raó de ser en una mateixa incapacitat. La pensió d'orfandat respon a la doble condició que travessa el beneficiari alhora orfe i incapacitat per al treball.

Per altra banda, el reconeixement de la invalidesa permanent no contributiva prové d'una situació de discapacitat en grau igual o superior al 65% i de la carència de rentes. El tribunal conclou doncs, afirmant que per a rentes diferents, s'apliquen regles diferents.

El que veiem al cap i a la fi, és que tota pensió té el seu propi fonament, inherent i inequívoc. La prestació econòmica ha de suplir la carència en concret que pot patir el beneficiari i no té cap sentit, crear una incompatibilitat entre pensions, que provenen a raó de qüestions diferenciades.

En segon lloc, trobem una sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala de lo social, secció 1^a) de 7 de març de 2016 que exposa les vicissituds sorgides d'acord amb la compatibilitat entre la pensió d'orfandat i la pensió de jubilació. En aquest cas, l'INSS impugna una sentència en contra de la compatibilitat marcada entre la pensió d'orfandat i la prestació de jubilació reconegudes.

La qüestió que suscita el recurs, radica en poder determinar si és possible compatibilitzar una pensió d'orfandat i una altra de jubilació donat el cas que la treballadora, que ha prestat serveis especials de treball, pateix un retràs psicomotriu des del seu naixement però no ha estat declarada incapaç per al treball abans de complir els 18 anys. Tot i això, hi ha hagut constància de que a data de 2004 se la va declarar incapaç i se li va nomenar una tutora.

Altrament, l'INSS considera que no es pot compatibilitzar ambdues pensions perquè no s'ha produït una declaració d'incapacitat per al treball amb anterioritat al compliment de l'edat de 18 anys. L'impugnant, al·lega que conforme a la doctrina del Tribunal Suprem, allò rellevant no és la constatació administrativa de la incapacitat per al treball sinó la seva existència provada.

La qüestió ha estat resolta per la cassació unificadora de dues sentències del Tribunal Suprem de 14 d'octubre de 2014 i de 6 de juliol del 2015:

En primer lloc, l'article 122.1 de la LGSS marca la incompatibilitat de les pensions del Règim General quan coincideixin en un mateix beneficiari -actual article 163 del TRLGSS- a no ser que expressa, legal o reglamentàriament es digui el contrari. En cas d'incompatibilitat es podrà optar entre qualsevol d'elles. La regla general doncs, exposa la incompatibilitat.

Per altra banda l'article 179.3 de la mateixa norma estableix -actual article 225.2 del TRLGSS- que quan l'orfe hagi estat declarat incapacitat per al treball amb anterioritat al compliment de 18 anys, la pensió que estigui percebent, serà compatible amb la de incapacitat permanent que es pogués causar després dels 18 anys com a conseqüència de lesions, diferents a les que hagin causat la pensió d'orfandat o amb la de jubilació en virtut de treball per compta pròpia o aliena.

En base a aquesta normativa, queda provat que la treballadora pateix un retràs psicomotriu des del seu naixement i que encara que no hagués estat incapacitada al seu moment, abans de complir l'edat de 18 anys, sí va ser incapacitada civilment i de forma absoluta.

Veiem doncs, arrel de la jurisprudència comentada, que es tendeix a harmonitzar el cobrament de dues pensions alhora sempre i quan no provenguin d'una mateixa causa i sempre i quan s'acreditin tots els requisits marcats reglamentàriament per tenir dret al cobrament d'una sola pensió o d'ambdues alhora.

3.12.- Extinció del dret a la prestació

L'extinció del dret a una prestació, significa la finalització de l'abonament d'aquesta cap al beneficiari. Per una sèrie de causes que veurem a continuació, es posa fi, punt i final al cobrament d'una quantia que el Règim de la Seguretat Social posava en mans de determinats subjectes, amb uns drets en base a la llei.

La pensió d'orfandat, s'extingeix (d'acord amb el que marca l'article 21 de la OMS modificat per el Real Decreto 1.335/2005, de 22 de noviembre) per les causes següents⁷³:

⁷³ VILCHEZ PORRAS, M i GUTIÉRREZ PÉREZ, M: *Lecciones de seguridad social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2014, p.305.

En primer lloc, per compliment de l'edat límit establerta, excepte en el cas de que en aquell moment el beneficiari es trobi en situació d'incapacitat permanent en grau d'absoluta o gran invalidesa.

Seguidament, s'extingeix el dret a la pensió d'orfandat per cessar o finalitzar l'incapacitat que va donar origen a la prestació. També es pot extingir per adopció. Quan s'adopta l'orfe, es deixa de tenir dret per part d'aquest a optar a aquesta pensió.

Per contraure matrimoni, és una causa més, excepte que s'estigues afectat per incapacitat absoluta o gran invalidesa i per mort. RIERA⁷⁴, és de la opinió que contraure matrimoni no necessàriament impedeix l'accés a la pensió d'orfandat doncs no es pot extingir quan el beneficiari està separat, divorciat o el matrimoni en qüestió ha estat declarat nul. La interpretació literal ha de tenir en compte la realitat social del moment en què s'ha d'aplicar la norma i s'ha d'atendre a l'esperit i a la finalitat que es persegueix.

Aquestes són les causes generals que poden donar lloc a l'extinció de la pensió d'orfandat. Aquests autors exposen que en el cas d'extinció per compliment d'edat, cessament de la incapacitat o contracció de nou matrimoni, si el beneficiari no ha meritat una anualitat de pensió (incloent pagues extraordinàries d'aquesta) li serà entregada de cop, la quantitat que sigui precisa o necessària per a poder completar-la.

BENAVIDES, relata les mateixes causes que els autors mencionats anteriorment però si més no, fa un breu incís expositiu i desenvolupa algun aspecte important.

Afegeix que la mateixa regla d'entregar la quantia d'un sol cop, es donarà quan el beneficiari no hagués arribat a meritar cap quantitat de la pensió d'orfandat abans d'arribar a l'edat límit per a poder ser perceptor d'aquesta, per haver-la sol·licitat en data posterior al compliment de l'edat (això sempre i quan a la data del fet causant, complís amb els requisits necessaris i marcats per llei).

Per altra banda, en el cas d'orfandat absoluta, si l'orfe estigues cursant estudis i complís els 25 anys durant el transcurs del curs escolar -article 224.2 paràgraf segon del TRLGSS- la percepció de la pensió d'orfandat es mantindrà fins el primer dia del mes immediatament posterior de l'inici del següent curs acadèmic.

⁷⁴ RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.106.

Finalment, LEONÉS⁷⁵ exposa algun argument important que d'altres autors no han considerat oportú en relació a l'extinció de la pensió d'orfandat. Relata que no es considera causa d'extinció, el fet d'observar una conducta deshonest o immoral, com ho seria per exemple, el fet de que el pare estigués desaparegut i no passés la pensió compensatòria.

Si bé tots els autors, exposen les mateixes causes d'extinció de la pensió d'orfandat i dóna a entendre, que poc han evolucionat les causes en el temps.

3.13.- Reintegrant de prestacions indegudes

En aquest apartat, s'exposarà què és el que passa, quan s'ha abonat per part de la seguretat social una pensió econòmica excessiva o indeguda i el beneficiari d'aquesta hauria de retornar-la.

D'acord amb l'article 55 del TRLGSS, en el cas de que el beneficiari estigués percebent una pensió de forma indeguda, estarà obligat a retornar el seu import. I això mateix exposa la llei: *“Los trabajadores y demás personas que hayan percibido indebidamente prestaciones de la Seguridad Social, vendrán obligados a reintegrar su importe”*.

El punt 2 d'aquest mateix article afegeix que, aquells que per acció o omissió, hagin contribuït a fer possible la percepció indeguda, respondran de forma subsidiària amb els perceptors de la pensió excepte en el cas en què es pugui provar bona fe de la obligació de retornar.

El punt 3 exposa que aquesta obligació de retornar aquests imports, prescriurà als 4 anys, que es compten a partir de la data del seu cobrament o des de que es fes possible exercitar acció per reclamar la seva devolució (tot amb independència de la causa que va motivar la percepció indeguda).

La introducció d'aquest tercer paràgraf, acaba amb la doctrina del Tribunal Suprem de 1996 dictada en Unificació de Doctrina, que entenia que un cop establert que la falta de mala fe per part del beneficiari i el retard per l'entitat gestora en procedir a regularitzar, no constituïen una

⁷⁵ LEONÉS SALIDO, J.M: *Las pensiones de viudedad y orfandad (Comentarios, Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Práctica forense con supuestos prácticos y Estadísticas)*. Ed. Comares, Granada, 1998, p.60.

justificació a l'excepció a la obligació de reintegrar allò indegudament percebut fins a un límit temporal de 5 anys. Aquesta regla doncs, té un parell d'excepcions, d'acord amb RIERA⁷⁶:

La primera excepció, es dona en el supòsit de percepció indeguda sobrevinguda com a conseqüència en un canvi en la interpretació general de les normes.

La segona excepció, posa en contrast la conducta adoptada per part del beneficiari i l'organisme gestor de la Seguretat Social, amb l'origen d'aquesta percepció indeguda així com el seu manteniment sempre tenint en compte, tan el principi de bona fe i els perjudicis que, per culpa del retard es podrien derivar al patrimoni del beneficiari d'una possible acumulació de períodes en què s'ha donat aquesta percepció indeguda.

En referència al primer punt de l'article 55 hi ha certa jurisprudència que fa matisos del que diu la llei. Per exemple, d'acord amb la Sentència del Tribunal Suprem de 21 de març de 1995, si l'entitat gestora pretén modificar l'acte inicial tot concedint un dret al beneficiari, el que no pot fer és modificar-lo per si mateixa sinó que haurà d'acudir a la via jurisdiccional. Però, per altra banda, si quan qui fa variar la relació és el beneficiari, l'acte ja no es dona per part de l'entitat gestora sinó de qui té un dret subjectiu contra ella i que com a conseqüència de la seva actuació, aquest dret resulta afectat ja que l'acte no prové de l'entitat gestora sinó que el que ella realitzi, emanarà del beneficiari.

A continuació, la Sentència del Tribunal Suprem de 14 de maig del 2009, argumenta que el procediment per a la revisió i modificació del dret reconegut i, per a la declaració i reintegrament de prestacions indegudament percebudes, s'iniciarà per acord de l'entitat gestora i tan aviat com tingui coneixement dels fets o circumstàncies que evidenciïn els deutes. Es tramitarà en un sol expedient en els termes assenyalats en els apartats següents i es resoldrà en un termini de tres mesos com a màxim, a comptar des de la data de l'acord, tenint en compte l'article 3.1 del RD 148/96 (RCL 1996, 574) que exposa les "*Reglas del procedimiento de Reintegro*".

Per altra banda, trobem una altra sentència interessant, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Sala de lo Social, secció 1^a) de 21 de novembre del 2006 que versa sobre el reintegrament de prestacions de la Seguretat Social on l'actor, al·legava uns fets que es van estimar procedents i es va suplicar que es dictés sentència. Es va admetre la demanda i es va

⁷⁶ RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p.110.

dictar sentència que exposava que la seguretat social havia d'abonar al demandant una quantia econòmica.

L'INSS, interposa recurs de suplicació contra aquesta resolució i s'acaba exposant el següent:

El senyor Juan María, tenia un deute amb la Seguretat Social de 10.560,07 euros per cobrament indegut de la pensió d'orfandat simple, incompatible amb la pensió per incapacitat permanent absoluta que l'actor tenia reconeguda des de l'any 1985, degut a la mort del seu pare.

Aquest tribunal argumenta, que d'acord amb l'article 175 de la LGSS (actual article 224 del TRLGSS) s'estableix el dret a la pensió d'orfandat als fills del causant, sempre i quan al moment de la mort del progenitor, aquests siguin menors de 18 anys (menors de 21 anys actualment) o que estiguin incapacitats per al treball.

De la narració dels fets, d'acord amb el tribunal, s'acredita que l'actor era incapacitat per a tot tipus de treball i que els seus dos progenitors havien mort. És per això, que en principi, l'actor si que reunia els requisits necessaris per accedir a la pensió d'orfandat, però si bé ens fixem en el que exposa l'article 179.3 de la LGSS (actual article 225.2 del TRLGSS), és patent la incompatibilitat de la pensió d'orfandat amb qualsevol altre prestació que l'orfe percebi per part de la Seguretat Social tot imposant la obligació d'optar entre una o l'altre.

De la narració fàctica es constata també per part del tribunal, que l'actor percebia pensió per incapacitat permanent absoluta a càrrec de la Seguretat Social. Partint de tot això, finalitza el tribunal, és evident que l'actor tenia dret a la pensió d'orfandat però tenint en compte que havia d'optar entre una pensió o l'altre (la d'invalidesa permanent). Aquesta opció no la va exercitar i va estar percebent indegudament ambdues prestacions tot i la incompatibilitat marcada entre aquestes. S'acaba donant raó a l'INSS.

Finalment doncs, de tot lo exposat es podria extreure que la Seguretat Social és eficaç i objectiva. No es pot estar cobrant més del que et pertoca per llei i si al final, els organismes encarregats d'aquesta s'adonen de que un subjecte està percebent una prestació econòmica que no li pertoca d'acord amb els termes legals, li poden sol·licitar el retorn dels imports necessaris.

CONCLUSIONS

Dins la branca de prestacions de mort i supervivència, la pensió d'orfandat és una pensió conflictiva i bastant litigiosa. Es conclourà quins aspectes han estat més controvertits d'aquesta pensió al llarg del treball.

- 1) Envers el primer capítol, es pot excloure que han calgut petites reformes molt pausades al llarg del temps per poder arribar al punt en què ens trobem ara. El legislador al llarg del temps, ha trobat molts problemes per adaptar-se a les noves realitats socials i als canvis d'escenaris que s'han anat presentant. Un canvi important per part del legislador, va ser el fet d'arribar a reconèixer les parelles de fet envers l'estat de necessitat. També, m'he adonat que seguim partint d'una Ordre de l'any 1967 per a regular alguns punts importants i queda clarament patent, que es tracta d'una norma obsoleta d'acord amb el context social actual. S'hauria de constituir un text refós i englobar-ho tot tenint en compte l'època en la que ens trobem i els canvis que s'han propiciat.
- 2) Envers el segon capítol, s'ha vist la pensió de viduïtat a grans trets, per posar-me en context envers què significa una prestació per mort i supervivència i sobretot ja que la pensió de viduïtat, va íntimament relacionada amb la pensió d'orfandat. La pensió de viduïtat, es va originar com a resposta a una nova contingència que els estats tenien la necessitat de cobrir per la des protecció que suposava la mort d'un membre de la família que sostenia l'economia familiar. S'ha passat d'una regulació un tant escassa -abans per tenir dret a la pensió de viduïtat, es requeria acreditar una relació de causalitat entre la mort del difunt i una situació econòmica inestable- a una regulació molt garant, que fins i tot ha inclòs les parelles de fet o ha atorgat una prestació de viduïtat temporal, fent necessària l'acreditació d'uns requisits mínims.
- 3) Passaré a exposar el tercer capítol. Doncs les conclusions, no són poques. Fent referència a l'evolució històrica, podríem dir que l'evolució ha estat extremadament notable. És cert, que es tracta d'una pensió molt antiga, doncs ja venia reconeguda des del 1990 amb la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero, on es donava una mesura protectora a l'orfe. Es tractava però, d'una indemnització a tant alçat i a menors de 16 anys i sempre i quan la mort derivés d'un accident de treball. Sens dubte, quan el causant era una dona, només es podia concedir aquesta ajuda si demostrava que els

orfes havien estat abandonats per part del pare o avi vidu o fins i tot si procedien d'un matrimoni anterior.

Actualment, la pensió d'orfandat suposa un 20% de la base reguladora del causant. I per orfe, no només s'entén el fill que neix exclusivament del matrimoni, sinó que es dóna cabuda a molts més subjectes beneficiaris: "Sigui quina sigui la naturalesa de la seva filiació". Així ho estableix el TRLGSS. Es poden englobar doncs, moltes situacions i es garanteix igual protecció independentment del tipus de filiació de la que es tracti.

També s'ha donat una evolució patent en relació a l'edat límit pel cobrament de la pensió. Es va passar gradualment de 22 anys a l'any 2011 a 25 anys a partir de l'any 2014, que encara segueix vigent. Llavors, veiem una clara evolució en relació a l'edat límit, una mica adaptada a les realitats socials de cada moment. Tot i això, i en base a l'entrevista que vaig concertar amb la Dra. Mercedes Martínez Aso, es limita el cobrament a una edat i s'hauria de tenir molt en compte, la situació actual de necessitat de l'orfe i no els anys que aquest tingui. Si el que es predicava amb els anys, era la protecció de l'estat de necessitat, s'hauria de tenir en compte aquest i no algun dels requisits purament formals que marca la llei.

És important també, i a destacar, que quan es dóna orfandat absoluta (absència d'ambdós progenitors) es té dret a incrementar la pensió d'orfandat en quantia equivalent a la pensió de viduïtat (52% de la base reguladora). Llavors, s'intenta ajudar bastant en les situacions més greus. Això, molts anys enrere, no s'hauria ni plantejat.

Seguidament, és interessant el fet de que quan l'entitat gestora corresponent de la Seguretat Social veu que s'estan percebent prestacions indegudes o que s'estan incomplint els requisits marcats per la llei per poder tenir dret al cobrament, suspèn d'ofici la pensió d'orfandat. Pel contrari, per tal de què l'orfe tingui dret a rehabilitar el cobrament de la pensió quan li pertoca haurà de sol·licitar-lo dins dels tres mesos següents a la data en què finalitzi el contracte laboral, la prestació percebuda per part de la Seguretat Social no compatible amb la pensió d'orfandat, etc. La rehabilitació de la pensió, no procedeix d'ofici. aquest supòsit, queda també doncs, molt antiquat envers l'evolució del Sistema de la Seguretat Social.

També, ha estat una part a ressaltar, al llarg del treball, el conflicte jurídic envers el règim de compatibilitats entre la pensió d'orfandat i altres pensions així com entre el cobrament de la pensió d'orfandat i el cobrament d'un salari en base a un contracte laboral.

La pensió d'orfandat, és compatible amb el cobrament d'un salari, sempre i quan aquest no superi el salari mínim interprofessional anual. No es té en compte aquest, quan es tracta de contractes a temps parcial o formatius. Si es donés el cas de que se supera el salari mínim, la pensió quedaria en suspens. Aquests termes semblen perfectament lògics si ens basem en els ingressos que es perceben. Tot i això, la pensió d'orfandat s'abona en base a la mort d'un membre de la família i en base a la falta d'ingressos que això suposa.

Si es retira la pensió, el membre familiar, segueix faltant. Si l'orfe, no fos orfe i partís d'un salari, hi hauria els ingressos dels seus dos progenitors i per altra banda el salari que cobraria aquest. El fill, es trobaria cobert per partida doble. Llavors, en base a això, no és, des del meu punt de vista, massa lògic el raonament que utilitza el legislador. Per altra banda, és cert que els fons són limitats i que s'ha de procurar invertir les pensions en aquelles persones que realment tenen carències d'ingressos.

En relació a la compatibilitat entre la pensió d'orfandat i altres pensions del sistema de la Seguretat Social, s'ha de tenir en compte la contingència que causa cada una d'aquestes pensions. El cobrament de dues pensions d'orfandat alhora, no és compatible amb alguna salvedat. Però, per exemple, el cobrament de la pensió d'orfandat i el cobrament de la pensió per incapacitat permanent així com el de jubilació sí que serien compatibles. El fet causant que motiva la jubilació és independent del fet causant que motiva l'orfandat. El mateix succeeix amb l'incapacitat. Llavors, tan legislativament parlant, com jurisprudencialment, es preveu la compatibilitat entre aquestes pensions del Sistema de Seguretat Social sempre i quan s'acreditin els requisits d'edat que es marquen per la llei (per exemple, ser declarat incapacitat per al treball abans de complir l'edat de 18 anys).

Amb aquest treball m'havia plantejat esbrinar tot allò possible sobre aquesta pensió doncs és un tema important per mi, pel fet de ser-ne beneficiaria i per entendre el seu fonament així com el perquè d'aquesta. El fet de que ser beneficiari d'una pensió, qualsevol, implica acreditar una sèrie de requisits. Els acredites? Doncs tindràs dret al

seu cobrament. Sense més explicacions, sense més fonaments. Tot i això, si deixes d'acreditar-los, deixes de tenir dret a la pensió en qüestió i passes a perdre-la.

BIBLIOGRAFIA.

- BENAVIDES VICO A: *Desempleo, incapacidad permanente, Jubilación y viudedad/orfandad*. Ed. Lex Nova, Navarra, 2015.
- DÍAZ AZNARTE, M.T: “Capítulo 15. La pensión de orfandad”, a AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Dir.: Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G), Ediciones Laborum, Murcia, 2017.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J i MARTÍNEZ BARROSO, M: *Pensiones de viudedad y orfandad: Últimas reformas y cuestiones pendientes*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- LEONÉS SALIDO, J.M: *Las pensiones de viudedad y orfandad (Comentarios, Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Práctica forense con supuestos prácticos y Estadísticas)*. Ed. Comares, Granada, 1998.
- RIERA VAYREDA, C.: *La pensión de orfandad*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- VILCHEZ PORRAS, M i GUTIÉRREZ PÉREZ, M: *Lecciones de seguridad social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2014.

REVISTES

- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2008). La pensión de viudedad y la Ley 40/2007: anatomía de una encrucijada, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 413-432.
- Valenciano, A. (2011). Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones: La pensión de viudedad, “su estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados”. *Temas Laborales*. 109/2011, 111-140.

ANNEX I

ENTREVISTA A LA DRA. MARIA MERCEDES MARTÍNEZ ASO EN REFERÈNCIA A LA INSPECCIÓ DINS DE L'ÀMBIT DE LA SEGURETAT SOCIAL

1- Què fa la inspecció en matèria de Seguretat Social?

La inspecció en matèria de Seguretat Social, té dos objectius fonamentals: el primer es troba relacionat amb els impagaments de les quotes a la Seguretat Social. S'intenta que l'empresari compleixi amb les seves obligacions d'abonar a la Seguretat Social.

Per altra banda, també s'ocupa de buscar el respecte pels drets econòmics dels treballadors que es generen dins de la Seguretat Social i per tant, que poden donar lloc a les prestacions que els hi correspon per estar en el sistema.

Per exemple, un treballador que es troba sense donar-se d'alta a la Seguretat Social, si la inspecció detecta i comprova un període sense donar d'alta, faria les liquidacions corresponents i un cop fossin abonades al treballador, se li reconeixeria el dret a percebre les prestacions.

2- Ha tingut alguna intervenció en prestacions de Mort i Supervivència?

He tractat casos sobretot quan m'ho sol·licita l'INSS, sobre alguna dada rellevant. Per exemple, si la base reguladora que se sol·licita, és una base superior a la que ve determinada per el propi programa informàtic a l'INSS, s'haurà d'examinar. Es podria donar quan el treballador cobrés més diners dels que apareixen a la nòmina. En aquests casos, actuem.

En quan als requisits habitualment no, a no ser que no estigués, la persona en qüestió, donada d'alta.

Sí que hem fet actuacions en relació amb treballadors estrangers en situació irregular, que tenen dret a les prestacions de mort i supervivència sempre que vinguin derivades d'accident de treball o malaltia professional. És a dir, que en la situació d'irregularitat administrativa en la que es troben, no es veuen impeditos per generar aquests drets i aquestes prestacions. En aquests casos, solem identificar qui són els beneficiaris (la viuda, els fills, etc).

3- Creu rellevants les quantitats que es paguen per aquestes prestacions?

En principi, les prestacions es poden anar incrementant. Orfandat, suposa un 20%. És ridícula, però casi sempre va ben acompanyada d'una pensió de viduïtat i per tant, s'aproximen al 100% de la base reguladora.

Sí que és cert que les pensions de viduïtat, són una de les que ara s'està plantejant perquè ja no té la finalitat social que tenia abans (que era complir d'ingressos, respecte dels treballadors).

4- S'haurien de mantenir o no, aquestes prestacions?

Com ja comentava en la pregunta anterior, segurament és revisable la pensió de viduïtat. Hauria de ser en funció dels ingressos econòmics per part dels treballadors. S'ha perdut una mica, la finalitat social que tenia quan va aparèixer.

5- Creu que amb el temps i la crisi econòmica, desapareixerà el sistema de pensions?

Jo no sóc de les pessimistes. Jo crec que, al contrari. Crec que hem d'intentar garantir el sistema de prestacions del Sistema de la Seguretat Social que tenim actualment. Però, per a fer això possible és necessari incrementar els ingressos i la única forma de fer-ho és augmentant els salaris dels treballadors.

Ara, hi ha molt de frau. Et contracten menys hores de les que realment treballes. Quan hi ha contractes a temps parcial, sempre s'estan declarant moltes menys hores.

Si intentéssim evitar el frau i sobretot busquéssim la conscienciació de que s'ha de pagar d'acord amb el que retribueixes, milloraria molt el sistema de finançament.

És cert que demogràficament, hi pot haver un problema amb la generació del *baby boom* i que no arribem a la jubilació perquè som molts els que vam néixer a la dècada dels anys 60 i 70. Però, de moment, crec que és sostenible. Hem de recolzar i apostar per la sostenibilitat del sistema.

6- Ho veu correcte, que la pensió d'orfandat s'estengui només fins als 25 anys?

Doncs potser hauria de ser revisable, perquè es dona fins als 21 anys i amb possibilitat d'arribar als 25 si l'orfe no parteix de rentes. La veritat és que ara, els joves tarden molt més en

incorporar-se a la vida laboral i a tenir una retribució més o menys digna que els hi permeti ser independents.

Així com la viduïtat hauria de restringir-se d'acord amb la necessitat econòmica, la dels orfes també. Penso que hauríem de plantejar-nos inclús prolongar-la fins a la finalització dels estudis ja que a vegades amb els graus més els màsters, als 25 anys no has finalitzat.

Hauria d'anar de forma paral·lela depenent o més particularitzada en funció de si l'orfe està treballant o cursant estudis.

7- Llavors, si la pensió d'orfandat té un límit, ja no podríem parlar de pensió sinó de prestació. Per què creu que es segueix utilitzant un terme inequívoc?

Efectivament, són equívocs. En algun moment es parlava de pensió perquè la LGSS sempre parlava de pensió, excepte quan es tractava d'incapacitat temporal ja que era poc duradora. No haurem de fer cas a la terminologia perquè el TRLGSS de l'any 2015 està refós en normes que ja venen de l'any 74 i per tant, els termes que més s'utilitzaven eren pensió i no pas prestació.

Però, no hi ha cap dubte de que al ser temporal es tracta d'una prestació. No hi ha cap diferència en general. Si que seria més similar a la prestació per desocupació o a la prestació per incapacitat temporal. El terme prestació, sempre va acompanyat d'una protecció més limitada en el temps. En canvi, la jubilació o la viduïtat són imprescriptibles i a més a més es donen més en el temps. Així doncs, no encaixarien en el terme prestació.

8- S'ha trobat amb algun cas específic i interessant en referència a les prestacions de mort i supervivència?

Sobretot m'he trobat amb supòsits de treballadors estrangers en situació irregular que han mort i han generat dret a aquestes prestacions tot i que, no han estat mai sol·licitades a l'INSS. M'he trobat que ha estat sobretot el propi desconeixement de l'existència d'aquest dret a generar aquestes prestacions. Això feia que no les generessin.

Llavors, quan hi ha un accident d'aquestes circumstàncies, l'empresari intenta salvaguardar la seva responsabilitat tot fent un oferiment econòmic a aquestes persones i fins i tot la possibilitat de retorn al seu país amb despeses pagades. No es donen compte de que aquí, tenen el dret a generar aquestes prestacions i ho sé, perquè ho sé amb seguretat ja que he parlat amb l'INSS i no les sol·liciten.

No les sol·liciten perquè a l'empresari, no li interessa ja que encara que les anticipi l'INSS, i aquestes persones no hagin de reclamar res davant l'empresari, al final el responsable és el mateix empresari. La Seguretat Social és la que després reclama a l'empresari (anticipa les prestacions però després els hi reclama a l'empresari).

Com que aquestes persones no tenen tota la informació sobre els drets i la protecció social que els empara per la seva pròpia situació d'irregularitat, els empresaris tot basant-se en aquesta desinformació, intenten evitar que sol·licitin aquestes prestacions de les que al final, seran responsables. És a dir, han incorregut en prohibició per contractar i seran responsables del pagament. Aquests són els casos que he trobat més interessants.

Després hi ha una sèrie de casos mediàtics que han sortit als diaris, com el cas de la cuinera de Sils (que la van trobar morta en un descampat i va ser assassinada pel seu marit). Van tardar bastant en adonar-se que havia estat assassinada pel seu marit. Quan ell era a presó, ja estava cobrant la pensió de viduïtat per la mort de la seva dona. Llavors, en aquests casos això és el que més crida l'atenció (o com en el cas de l'assassí de la *Katana*, que va matar als seus pares i a la seva germana, que tenia síndrome *de down*, i cobrava la pensió d'orfandat).

No tens dret a la pensió si has estat el causant de la mort. Però, fins que no hi ha una condemna ferma, no es pot retirar aquesta. Llavors, aquest senyor estava a la presó però l'audiència provincial encara no s'havia pronunciat. Llavors, teòricament l'hauria de retornar.

Tot i això, a la pensió d'orfandat no trobem com a causa d'extinció o denegació el fet d'haver participat com a còmplice. És per això, que l'assassí de la *Katana* estava cobrant la pensió d'orfandat. És cert que hi ha una norma en dret penal, que diu que ningú es pot beneficiar del seu propi delictes. Llavors, sobre la base d'això, al final li van acabar retirant la pensió.

Aquests casos paradigmàtics de que estàs cobrant una pensió quan has estat el causant de la mort que ha generat el dret al cobrament d'aquesta.

9- Em podria explicar una mica quins són els tràmits a l'hora d'abonar la pensió d'orfandat o la pensió de viduïtat o qualsevol de les prestacions de mort i supervivència?

No faré menció explícita. Tots els tràmits consten a la web de la Seguretat Social i està molt esquematitzat, no són importants. S'ha de tenir en compte que es molt automàtica: si es dona el fet causant i es compleix amb el període de cotització, ja s'atorguen automàticament.