



Universidad de Valladolid

Campus de Palencia

Facultad de Ciencias del Trabajo

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

TRABAJO DE FIN DE GRADO

PRESTACIONES DE VIUDEDAD Y ORFANDAD (RASGOS
ASISTENCIALES Y CONTRIBUTIVOS)

ALUMNA: ELENA CABALLERO PESCADOR

TUTOR: ANTONIO PIÑEYROA DE LA FUENTE

UVa

PA-
LEN-
CIA



Resumen

El presente Trabajo de fin de Grado tiene como finalidad el análisis de las prestaciones por muerte y supervivencia en el Sistema de Seguridad Social de España, analizando los dos regímenes más importantes en la actualidad, el régimen general y el régimen especial del trabajador autónomo (RETA) describiendo los elementos contributivos y asistenciales de las pensiones de viudedad y orfandad. Y realizar una comparativa con las prestaciones implantadas en otros países de la Unión Europea, ya que parten de una norma mínima por estar dentro de la Unión Europea pero cada país tiene una legislación interna propia de desarrollo y mejora según los criterios de cada uno.



Índice

1. Introducción.	3
2. Origen del Derecho de la Seguridad Social.	3
3. Estructura del Sistema de Seguridad Social.	6
4. Prestaciones por muerte y supervivencia en el régimen general.	7
4.1 Pensión de viudedad. Requisitos y modalidades.	9
4.1.1 Requisitos del sujeto causante y beneficiarios.	9
4.2 Pensión de orfandad.	13
4.3 Contenido de las prestaciones.	14
4.3.1 Concurrencia en las prestaciones:	17
4.4 Dinámica y gestión.	18
5. Prestaciones por muerte y supervivencia en el régimen especial de trabajadores autónomos.	18
5.1 Contenido de las prestaciones.	20
6. Sentencias relacionadas a las prestaciones por viudedad y orfandad.	20
7. Comparación con otros países de la Unión Europea.	30
8. Conclusiones.	32
9. Bibliografía.	35



1. Introducción.

Las prestaciones por muerte y supervivencia del Sistema de Seguridad Social fueron creadas para compensar la situación de necesidad económica que pueda causar el fallecimiento de, o bien el cónyuge en el caso de viudedad o un progenitor en el caso de orfandad.

En España, según el INE, en el primer trimestre de 2021, dentro de la población mayores de dieciséis años hay un total de 2.839.800 personas¹ que han sufrido la pérdida de su cónyuge, siendo 557.000 los viudos y 2.282.200 las viudas. Esto supone que, del total de la población viuda en España, el 80% son mujeres.

Según el INSS, la subdirección general de gestión económico-presupuestaria y estudios económicos el 1 de mayo de 2021, en el régimen general estaban cobrando una pensión de viudedad 2.354.615 personas con una media de 739,19 euros y en el RETA, 468.168 personas con una media de 532,36 euros. En el caso de la pensión de orfandad, del régimen general cobran 341.846 personas con una media de 416,69 euros y en el RETA, 64.054 personas una media de 345,48 euros.

Por ello, debido al número de personas que hoy perciben una pensión de viudedad/orfandad, el objetivo principal de este trabajo es analizar las prestaciones establecidas en el Sistema de la Seguridad Social de España especificando sus rasgos asistenciales y contributivos, así como una comparativa con otros países miembros de la Unión Europea.

2. Origen del Derecho de la Seguridad Social.

Según la Organización Internacional del Trabajo define como la protección en forma de asistencia y ayuda que se proporciona a los miembros y familiares de una sociedad a través de unas políticas de protección ante una pérdida de rentas ocasionadas a causa de situaciones como enfermedad, maternidad, accidente, desempleo, invalidez, vejez o muerte.²

¹ Instituto Nacional Seguridad Social (2021). *Informe de Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de mayo de 2021*

² Organización Internacional del Trabajo. Hechos concretos sobre la seguridad Social.



La seguridad social es considerada como un derecho fundamental en la Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944. Este derecho es confirmado en la Declaración Universal de Derechos humanos, 1948, y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1966.

En España³, surgen las políticas de protección con la Comisión de Reformas Sociales en 1883 para la mejora y bienestar de la clase obrera. Posteriormente, en 1900 se creó el primer seguro social con la Ley de Accidentes de Trabajo y en 1908 el Instituto Nacional de Previsión (INP). Surgieron así una serie de seguros sociales como el Retiro Obrero, Seguro de enfermedad, Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), etc. Estos seguros no aportaron una seguridad suficiente por lo que a través de mutualidades laborales complementaron esa protección.

Todo esto provocó una protección desigual debido a la multitud de mutualidades que surgieron para cada sector, por lo que, en 1963, se creó la Ley de Bases de la Seguridad Social para implantar un modelo de protección social unitario e igualitario con una base financiera de reparto, gestión pública y financiado por el Estado. En 1966 se creó la Ley General de la Seguridad Social con entrada en vigor el 1 de enero de 1967 y la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967 en la que establecieron normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia.

Buscaban el fin de unidad, pero al mantenerse vigente los sistemas de cotización antiguos no se consiguió plenamente y surgieron problemas financieros por lo que crearon la Ley 24/1972 de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora en 1972.

Hasta que no se creó la Constitución Española de 1978, no se producen una serie de reformas que configuran el sistema de la Seguridad Social. El artículo 41 de la Constitución Española se establece que los poderes públicos deben mantener un régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos

³ Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. (s. f.). Seguridad Social: *Historia de la Seguridad Social*



que garantice la asistencia, así como prestaciones sociales ante situaciones de necesidad, especialmente en el caso de desempleo.⁴

Dentro de su acción protectora, recogida en el artículo 42, establece que se comprende de la asistencia sanitaria y recuperación profesional, así como prestaciones económicas o sociales para paliar las consecuencias generadas por diferentes riesgos entre ellos, el que se trata en este TGF recogidas en el apartado de muerte y supervivencia.

Con la publicación del Real Decreto Ley 36/1978, de 16 de noviembre, se realiza una gran reforma en la gestión de la Seguridad Social, se crea un sistema de participación institucional de los agentes sociales favoreciendo la transparencia y racionalización de la Seguridad Social. También, se establece un nuevo sistema de gestión a través de diferentes organismos; el Instituto Nacional de la Seguridad Social, encargado de la gestión de las prestaciones económicas del sistema; El Instituto Nacional de Salud, para la gestión de las prestaciones sanitarias (después el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria); El Instituto Nacional de Servicios Sociales, como su nombre indica, para la gestión de los servicios sociales, hoy conocido como IMSERSO; y, por último la Tesorería General de la Seguridad Social, para la gestión y control de los recursos financieros.

Más tarde, en 1986, se implanta la Ley 14/1986 General de Sanidad configurando el Sistema de Seguridad Social basado en el principio de universalidad, extensión máxima de la acción protectora.

En 1990, se introdujeron las prestaciones no contributivas con la Ley 26/1990 desarrollada con el Real Decreto 357/1991 y en 1994, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, actualmente derogada, donde realizaron mejoras en la protección.

Se fueron realizando reformas parciales entre ellas, la Ley 24/1997 en la que se amplió el límite de edad hasta los 21 o 23 años para conceder la prestación de orfandad, la Ley 66/1997 en la que se introdujo el acceso a la prestación de

⁴ Cortes Generales. (1978, diciembre 29). BOE núm. 311, de 29/12/1978.



viudedad desde la situación de no alta. Incrementaron los porcentajes a aplicar a la pensión con la Ley 24/2001 y posteriormente con el Real Decreto 1425/2002 y en 2004 con la Ley Orgánica 1/2004 para implantar medidas de protección integral contra la violencia de género.

Con la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social, se introducen importantes modificaciones, como la inclusión de las parejas de hecho y los divorciados para causar derecho a la pensión de viudedad y posteriormente con la Ley 27/2011 sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social hasta llegar al actual Real Decreto Legislativo 8/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS).

3. Estructura del Sistema de Seguridad Social.

El Sistema de la Seguridad Social español se divide en dos niveles de protección⁵, nivel contributivo y nivel asistencial, aunque existe también el nivel complementario que es de carácter libre, constituido por las Entidades de Previsión Social y los Fondos de Pensiones.

En el nivel contributivo, el Estado garantiza una serie de prestaciones a quienes realicen una actividad profesional, así como a familiares y/o personas que estén a su cargo, en forma protección ante las situaciones de necesidad legalmente establecidas.

En el artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social, establece el campo de aplicación del Sistema De La Seguridad Social, a todos los ciudadanos del territorio español, ya sean españoles o extranjeros instalados legalmente en España, independientemente de su sexo, estado civil y profesión, que ejerzan su actividad profesional en el territorio español y sean trabajadores por cuenta ajena reconocidos en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), trabajadores por cuenta propia, socios trabajadores de cooperativas de trabajo, estudiantes y funcionarios públicos, civiles y militares. Una persona está incluida en un solo régimen por esa actividad que ejerza, si ejerce más actividades podrá

⁵ Aula de la Seguridad Social. (s. f.). *Seguridad Social*.



estar incluida en el régimen general y en uno especial según indica el artículo 8 de la LGSS.

Dentro del nivel contributivo, se clasifica en diferentes regímenes a los trabajadores según su actividad, el régimen general para los trabajadores por cuenta ajena y los regímenes especiales: el RETA para los trabajadores autónomos, el REFP para los trabajadores funcionarios públicos, el RETM para los trabajadores del mar, el REE para los estudiantes y el REMC para los trabajadores de la minería y el carbón. A grandes rasgos, se podría decir que los regímenes más importantes, son el régimen general de los trabajadores por cuenta ajena y el régimen especial de los trabajadores autónomos y son los regímenes en los que se va a centrar el presente trabajo debido al número de trabajadores que abarca.

Y, por otro lado, se encuentra el nivel no contributivo, que engloba las prestaciones de tipo asistencial creadas con la Ley 26/1990, y es destinado a todas aquellas personas que no han cotizado nunca o no han cotizado lo suficiente para percibir una prestación a nivel contributivo y que no disponen de unos recursos propios mínimos para mantener un nivel de vida.

En España según el informe de mayo de la Seguridad Social⁶, en el régimen general han cotizado 14.711.196 personas y en el régimen especial de trabajadores autónomos 3.308.618 personas. Dada la importancia que tienen el régimen general y el régimen especial de trabajadores autónomos, el presente trabajo va a tratar de analizar las prestaciones por muerte y supervivencia de ambos regímenes.

4. Prestaciones por muerte y supervivencia en el régimen general.

Las prestaciones por muerte y supervivencia son destinadas a paliar la situación de necesidad en la que pueden quedar los familiares de un trabajador tras su fallecimiento, derivada tanto de los gastos de sepelio como de la pérdida de ingresos en la unidad familiar. Es decir, son las únicas prestaciones en las que el sujeto causante y el beneficiario de la prestación, son dos personas distintas.

⁶ Seguridad Social: Estadísticas. (s. f.). Informe Régimen General mayo 2021



Por un lado, la persona que fallece y por otro, la que percibe la prestación por ello. Para la persona que fallece, existe un auxilio por defunción para paliar los gastos de sepelio y para los familiares, prestación por viudedad, prestación por orfandad y prestación a favor de otros familiares.

La normativa básica aplicable a esta protección viene establecida en los artículos 216 a 234, ambos inclusive, 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; el Real Decreto 1465/2001 de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia, el Decreto 3158/1966 de 23 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento General de Prestaciones Económicas del Seguridad Social, y la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General.

Así, el artículo 216 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social dispone que, en caso de muerte, independientemente de su causa, se otorgan, según los supuestos, alguna o algunas de las prestaciones siguientes:

- a) Un auxilio por defunción. Recogido en el artículo 218 de la LGSS que consiste en una prestación económica inmediata de pago único para paliar los gastos de sepelio a favor de la persona que soporta dichos gastos.
- b) Una pensión vitalicia de viudedad. Prestación económica destinada a compensar la situación de necesidad económica como consecuencia de la muerte del cónyuge, ex – cónyuge o pareja de hecho.
- c) Una prestación temporal de viudedad. Prestación económica similar a la pensión vitalicia, pero de carácter temporal.
- d) Una pensión de orfandad. Prestación económica a favor de los descendientes de la persona fallecida.
- e) Una pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal en favor de familiares. Pensión económica a favor de aquellos familiares que convivían y dependían económicamente del fallecido.



4.1 Pensión de viudedad. Requisitos y modalidades.

Al tratarse de una prestación económica que se destina a compensar la disminución de rentas como consecuencia del fallecimiento del cónyuge, ex - cónyuge o pareja de hecho, la peculiaridad de esta prestación es que la persona que causa el derecho a percibir la prestación o pensión y la persona beneficiaria es distinta, se exigen una serie requisitos tanto para el sujeto causante para que nazca el derecho de la prestación/pensión como para el beneficiario para que pueda percibir dicha protección.

4.1.1 Requisitos del sujeto causante y beneficiarios

Sujeto causante.

Según el artículo 217 de LGSS, podrán causar derecho, en el régimen general y para cualquiera de las prestaciones por muerte y supervivencia reconocidas en la LGSS, las personas que cumplan como requisito general, estar afiliadas y en situación de alta en dicho régimen o asimilada a la de alta al sobrevenir la situación protegida según indica el artículo 165.1 de la LGSS, salvo disposición legal contraria. Además, podrán ser sujetos causantes los perceptores de subsidios o prestaciones como la incapacidad temporal, maternidad/paternidad, etc. o titulares de pensiones contributivas como la incapacidad permanente o jubilación, siempre que, en ambos casos, cumplan con el periodo de cotización exigido.

El requisito fundamental para el sujeto causante es que se produzca el fallecimiento de la persona que, en condiciones normales, bastaría con un certificado de defunción, pero puede darse la presunción de fallecimiento, es decir, que no hay cadáver, por lo que pueden darse dos posibilidades:

Que concurren una serie de circunstancias, como un accidente, que permita presumir la muerte de la persona. En este caso, la Seguridad Social, establece la regla de que si pasados 90 días sin noticias del presunto fallecido, se habilita un plazo de 180 días para poder solicitar la prestación oportuna, en caso de no hacerlo, según normativa civil, debe esperar dos años. Si se da la situación de que la persona aparece y salvo presunta mala fe, el beneficiario no debe devolver ninguna cantidad.



Si no hay un accidente, no hay nada establecido en la LGSS, por lo que habría que acudir al Código Civil, que establece un periodo de espera de 10 años o 5 años en el caso de que la persona presuntamente fallecida tenga 75 o más años.

En el caso de producirse la muerte como consecuencia de una contingencia profesional obtendrán el derecho de muerte si éstos tenían una incapacidad absoluta o gran invalidez, en caso contrario, debe ser probado que la muerte es consecuencia de dicha contingencia y en el caso de accidente, dentro de un periodo máximo de los cinco años siguientes a la fecha del accidente.

Los requisitos de carencia desde la situación de alta o asimilada al alta, según el apartado 1 del artículo 219 de la LGSS, se establece lo recogido en el artículo 165.4 de la LGSS, si deriva de un accidente ya sea o no de trabajo o de una enfermedad profesional, no se exigen periodos previos de cotización. En los casos que derive de enfermedad común, se exige tener 500 días de cotización en los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento.

En el caso que la muerte derive de una situación de no alta, se endurecen los requisitos de cotización previa de tal manera que, debe haber cotizado un periodo mínimo de quince años.

Beneficiarios según la modalidad.

Una vez que el sujeto causante cumple los requisitos mencionados en el apartado anterior, el beneficiario debe cumplir una serie de requisitos según la relación que mantenía con el fallecido, esto quiere decir, si estaban unidos en matrimonio, pareja de hecho o divorciados.

La pensión de viudedad del cónyuge superviviente, según el artículo 219 de la LGSS, la persona viuda, tiene derecho a una pensión de viudedad de carácter vitalicio si el fallecido se encontraba en situación de alta o asimilada al alta con un periodo de cotización mínimo de quinientos días dentro de los últimos cinco años anteriores a la fecha de fallecimiento.

Como requisitos de carencia para todas las modalidades de la pensión de viudedad, en el caso de que se dé desde una situación asimilada al alta, según el apartado 1 de este artículo, se establece, como norma general, lo recogido en el artículo 165.4 de la LGSS, si deriva de un accidente ya sea o no de trabajo o



de una enfermedad profesional, no se exigen periodos previos de cotización. Entonces, los cinco años computarán desde el momento en el que cesó la obligación de cotizar. Si la causa deriva de una contingencia profesional, no exigirá periodos previos de cotización. Y si no se encontrara en situación de alta, el beneficiario tendrá derecho a la pensión siempre que el fallecido tenga un periodo de cotización igual o superior a quince años.

Tiene derecho también a pensión de viudedad en el supuesto en el que se produce el fallecimiento derivando de una enfermedad común contraída con anterioridad a la fecha de matrimonio, se requerirá, además, que el matrimonio se contrajera, mínimo, con un año de antelación a la fecha del fallecimiento o con la existencia de hijos en común. Existe, también, la salvedad en el caso de que el sobreviviente pueda demostrar que ha existido una convivencia anterior a la fecha de matrimonio que, junto al periodo de matrimonio, sumen más de dos años.

En el caso de que no pueda demostrar la concurrencia de los requisitos del apartado anterior, según el artículo 222, tiene lugar una prestación temporal de igual cuantía durante dos años para el beneficiario.

La pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial recogida en el artículo 220 de la LGSS, establece que el derecho lo adquirirá quien cumpla, además de los requisitos establecidos en el artículo 219, haya sido cónyuge legítimo y además no haya contraído de nuevo matrimonio o haya constituido una nueva pareja de hecho. Si la persona superviviente, percibía de la fallecida una prestación compensatoria recogida en el artículo 97 del Código Civil⁷, la obligación se extingue con su muerte y si la pensión de viudedad es superior a la pensión compensatoria, se disminuye hasta

Menciona en este mismo artículo hacia las mujeres víctimas de violencia de género, ya que, si acreditan serlo o existen indicios en el momento de la separación a pesar de no percibir una pensión compensatoria, tendrán derecho a la prestación de viudedad.

⁷ Ministerio de Gracia y Justicia. (1889). «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículo 97. BOE-A-1889-4763.



Como se puede dar la situación de que, en caso de divorcio legal, puedan contraer nuevas nupcias posteriormente, se puede dar una concurrencia de beneficiarios. En el apartado 2 del artículo 220, ambas personas pueden percibir la prestación en proporción al tiempo convivido con la persona fallecida, perteneciendo al menos el cuarenta por ciento al cónyuge superviviente o persona conviviente actual.

En el supuesto de que se declarase la nulidad matrimonial, contraída de buena fe, como indica el artículo 98 del Código Civil⁸, será reconocida también en cuantía proporcional al tiempo convivido.

La pensión de viudedad de parejas de hecho viene establecida en el artículo 221 de LGSS. La pareja de hecho es definida como aquella convivencia pública y estable análoga al matrimonio, con intereses en común para desarrollar una vida familiar sin contraer matrimonio. La persona superviviente tiene derecho a una pensión, si cumpliendo los requisitos de alta y carencia del artículo 219 de la LGSS, demuestra que sus ingresos no alcanzan el cincuenta por ciento de la suma de los ingresos de ambos, reduciéndose este porcentaje a un veinticinco en el caso de la inexistencia de descendientes en común o cuando se acredite que los ingresos del superviviente sean 1,5 veces inferiores al salario mínimo interprofesional.

La existencia de convivencia se demuestra a través de un certificado de empadronamiento o mediante un documento público en el que conste la constitución de dicha pareja y habiéndose realizado con una anterioridad mínima de dos años a la fecha de fallecimiento.

Para todas aquellas personas que no han podido adquirir el derecho de alguna de las pensiones anteriormente explicadas por no acreditar que la duración del matrimonio ha sido superior a un año, la inexistencia de hijos en común u otros requisitos detallados anteriormente, podrán optar, según el artículo 222 de la LGSS, a una prestación temporal cuya duración es de dos años de igual cuantía a la pensión de viudedad que le hubiera correspondido.

⁸ Ministerio de Gracia y Justicia. (1889). «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículo 98. BOE-A-1889-4763.



En cuanto a la compatibilidad de las diferentes pensiones, incluida la prestación temporal, según el artículo 223 de la LGSS, la pensión de viudedad es compatible con cualquier renta de trabajo, así como aquellas prestaciones que sustituyen a las rentas de trabajo. Sólo será incompatible cuando se reconozca otra pensión de viudedad en cualquier otro régimen de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones de cada uno de los regímenes que haya cotizado, se superpongan al menos durante quince años.

4.2 Pensión de orfandad.

Para que el beneficiario pueda solicitar el derecho de la pensión de viudedad, primero, el sujeto causante debe cumplir los requisitos establecidos y explicados del artículo 217 de la LGSS.

La pensión de orfandad consiste en una prestación económica a favor de los descendientes y, en ocasiones, los descendientes de su cónyuge para paliar la situación de necesidad que puede originar ante una disminución de las rentas económicas por la pérdida del ascendiente. Según el artículo 224 de la LGSS, tendrán derecho en igual cuantía cada uno de los hijos, cualquiera que fuera la situación del fallecido, siempre que los descendientes en el momento de la muerte tengan 21 años. Para los descendientes de entre 21 y 25 años, tiene derecho a una pensión de orfandad siempre que no tengan unos ingresos iguales o superiores al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, pudiéndose prolongar en el caso de ser estudiantes hasta el mes inmediatamente anterior al inicio del siguiente curso. En el caso de los descendientes incapacitados para el trabajo, no tienen límite de edad.

Los hijos que son sólo del sobreviviente, como indica el artículo 16.3 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, tienen derecho siempre:

- Que el matrimonio se hubiese celebrado con dos años de antelación.
- Que se demuestre que vivían a expensas y con el causante.
- Que no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil



En cuanto a los requisitos⁹ si la persona fallecida estaba en situación de alta o asimilada al alta o deriva de un riesgo profesional, no se exige periodo de carencia.

De la misma forma que en el caso de viudedad, se aplica lo previsto en el segundo párrafo del punto 1 del artículo 219 de la LGSS, en el supuesto de que el causante no se encontrase en alta o asimilada al alta, el huérfano tiene derecho a percibir la prestación de orfandad si garantiza un periodo de cotización mínimo de quince años.

4.3 Contenido de las prestaciones.

En los artículos 228 y 229 de la LGSS, se establece el contenido de las prestaciones, así como el límite de las cuantías.

Para realizar el cálculo del contenido de las pensiones y prestación de viudedad, se debe calcular la base reguladora que es aplicación, la cual puede partir de tres situaciones:

- I. Que derive de un accidente laboral o enfermedad profesional. La cuantía se obtendría de la suma de tres apartados:
 - Salario diario multiplicado por 365 días (quedando excluidos los conceptos extrasalariales)
 - Pagas extras por el importe total al que se tenga derecho en el año anterior.
 - Pluses y retribuciones complementarios que se perciben por los días realmente trabajados. Se suman el importe que se haya cobrado por esos pluses y se divide entre el número de días que los he cobrado y, cuando está calculado, se multiplica por el número de días laborables, que son 273 días normalmente.

De esos tres sumandos se obtiene lo que el trabajador cobra en un año, por lo tanto, para obtener la base reguladora, al estar incluida las pagas extras, se divide entre doce.

⁹ Ministerio de Inclusión, Seguridad Social e inclusión. (s. f.). Seguridad Social: Información útil. Pensión de Orfandad



- II. Que derive de un accidente no laboral o enfermedad común. El beneficiario elige 24 mensualidades ininterrumpidas de la base de cotización de contingencias comunes para después dividir las entre 28 mensualidades a elegir entre los últimos 15 años desde el hecho causante. En este caso, si hay catorce mensualidades ya que el divisor quita la parte de las pagas extras, luego habrá catorce mensualidades, en vez de doce.
- III. En el caso de que la persona fallecida ya fuera pensionista ya sea de una incapacidad permanente o jubilación no habría que calcular nada, pues es la misma base reguladora que sirvió para calcular la otra pensión.

En cuanto a las cuantías, a esa base reguladora se le aplica un porcentaje. Como regla general, se cobra el 52% de la base reguladora. Desde enero de 2019 según la disposición adicional trigésima de la Ley 27/2011, para mejorar la acción protectora a los mayores de 65 años¹⁰, se incrementa el porcentaje hasta el 60 para aquellos beneficiarios que cumplan los requisitos de:

- Tener 65 o más años.
- No perciba otra pensión pública, ya sea española o extranjera.
- No obtenga rentas del trabajo.
- No disponga rentas de capital, ganancias matrimoniales o rentas de actividades económicas superiores a 7.569€/ año.

Hay una posibilidad, según el artículo primero del Real Decreto 1465/2001 de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia, en la que, con requisitos de tipo asistencial¹¹, se puede incrementar hasta el 70% independientemente de que sea de carácter temporal o vitalicio siempre que cumpla los requisitos de:

- Que la pensión sea la principal o única fuente de ingresos. Por esto se entiende que represente, como mínimo, el 50% de los ingresos.

¹⁰ BOE.es - BOE-A-2011-13242 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. (2011). Boletín Oficial del Estado.

¹¹ BOE.es - BOE-A-2001-24970 Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia. (2001). Boletín Oficial del Estado.



- Que no supere un determinado límite o cuantía, que va a ser equivalente a lo que se fija cada año en la Ley de Presupuestos para recibir complementos por mínimo más el importe de la pensión a la que tengo derecho.
- Que tenga cargas familiares (hijos menores de 16 años o mayores incapacitados) y la renta del conjunto de la unidad familiar no supere el 75% del salario mínimo, es decir, la suma de lo que cobran todos entre el número de miembros que tenga la familia.
- Que los rendimientos anuales del pensionista no superen la cantidad de 18.539,40€/año.

Estos requisitos se tienen que dar de forma conjunta. No afecta la cuantía a que sea prestación temporal o pensión vitalicia.

En todo caso, la pensión de viudedad junto a los rendimientos del pensionista en cómputo anual no puede superar los 18.539,40, de ser así, se reduce la pensión de viudedad hasta que llegue a esa cantidad. Una vez que el beneficiario, pierda alguno de los requisitos mencionados anteriormente, automáticamente, hace que se reduzca el porcentaje a cobrar al 52%.

En enero de 2016 entró en vigor un complemento para las pensiones de las mujeres que han tenido dos o más hijos para reconocer una aportación demográfica a la Seguridad Social, que viene recogido en el artículo 60 de la LGSS. Consiste en incrementar las pensiones contributivas de:

- 5% para las que han tenido dos hijos.
- 10% para las que han tenido tres hijos.
- 15% para las que han tenido cuatro o más hijos.

Por el término hijos, se reconoce como a aquellos que son hijos biológicos o adoptivos y que ya lo fueran con anterioridad a la fecha de la muerte.

Con la publicación del Real Decreto-ley 3/2021¹², de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en

¹² Jefatura del Estado. (s. f.). BOE.es - BOE-A-2021-1529 Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.



los ámbitos de la Seguridad Social y económico, se ha creado un complemento para estas pensiones contributivas que sustituye el complemento anterior, con el fin de reducir la brecha salarial.

- Para la orfandad y a favor de familiares, se cobra el 20% de la base reguladora por hijo que tenga derecho a la prestación.

4.3.1 Concurrencia en las prestaciones:

Si el sujeto causante deja una persona viuda con hijos, generan el derecho a la prestación de viudedad y orfandad, pero la suma de las pensiones, como regla general, el 100% de la base reguladora. En el caso de superarse, se reducen las pensiones de orfandad hasta que la suma de ésta y el 52% de la pensión de viudedad, sumen el 100% de la BR. En el supuesto de que el viudo cobre el 70%, podrá superarse como excepción el 100% pero la suma de todas las pensiones no puede superar 118%, es decir, el 48% máximo correspondiente a la pensión de orfandad y el 70% de la pensión de viudedad.

En el caso de que se fallezca siendo pensionista de viudedad, esa cuantía se reparte entre los huérfanos que queden. Si el viudo o viuda no genera derecho a pensión de viudedad, no se trasmite.

En el caso de que fallezca la madre y el padre y ambos trabajasen, cada uno de ellos genera pensiones de orfandad a sus hijos; pero solo les correspondería la de viudedad de uno de ellos.

Si habiendo separación judicial, hay un solo beneficiario, cobrará el importe íntegro que corresponda, pero si se da que el causante estuviera casado de nuevo, se reconoce una pensión a cada beneficiario proporcional al tiempo convivido percibiendo la actual pareja o cónyuge beneficiario de al menos el 40%.

Aparte de todo esto, se establece una indemnización a tanto alzado en el artículo 227 de la LGSS, pero solo prevista para los casos en que la muerte sea por trabajo o enfermedad profesional; es decir, a mayores de lo explicado.



Dos posibilidades:

- Complementario, previsto para la viuda y/o los hijos. Entonces, si hay viudo/a se cobraría 6 meses de la base reguladora del cónyuge de una sola vez; si hay huérfanos, cada uno cobraría lo correspondiente a esos 6 meses, es decir, se dividen esas mensualidades entre el número de hijos.
- Si no hay ni viudo ni huérfanos, en vez de ser complementaria, hay una modalidad sustitutiva prevista para los padres del sujeto causante, condicionada a que los padres no tengan derecho a pensión a favor de familiares; en este caso, si hay solo uno (padre o madre) cobra 9 mensualidades de la base reguladora, pero si hay dos, cobran 12 mensualidades.

4.4 Dinámica y gestión.

En cuanto al nacimiento, se da en la fecha del hecho causante, es decir, en el momento de la muerte; en los casos de los desaparecidos, depende del plazo de cada caso. El problema de solicitarlo tarde es que los efectos retroactivos solo se aplican a tres meses.

En cuanto a la duración, en principio, la pensión de viudedad es vitalicia, pero tendríamos ciertos supuestos de duración limitada a 12 meses. Las pensiones de orfandad en principio durarán el tiempo que se tarde en cumplir las edades establecidas, salvo en los casos en los que haya una incapacidad.

En cuanto a la extinción, la pensión de viudedad se extingue por fallecimiento, culpabilidad de la muerte del causante o contraer nuevas nupcias, esta última, cabe ciertas excepciones.

La orfandad se extingue por cumplimiento de la edad establecida, por contraer matrimonio el huérfano o fallecimiento.

5. Prestaciones por muerte y supervivencia en el régimen especial de trabajadores autónomos.

El ámbito de aplicación de este régimen especial viene recogido en el artículo 305 de la LGSS, las personas físicas mayores de 18 años que realicen de forma



habitual, personal y directa una actividad económica con ánimo de lucro y sin la supervisión y organización de otra persona y tienen como normativa de desarrollo la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo¹³ y su acción protectora viene establecida en el artículo 26 de dicha ley.

Las prestaciones por muerte y supervivencia se reconocen en el artículo 27 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos¹⁴ y se reconoce en los mismos términos que en el régimen general (explicado en el apartado 4 de este trabajo), como indica el artículo 318 de la LGSS en su apartado e). Lo cierto es que tienen unas matizaciones a la hora de reconocerlas, como indica el artículo 30 del mencionado decreto, y es que se exigen unos periodos mínimos de cotización, pues en el caso de muerte y supervivencia, exigen tener cotizados mínimo 60 meses dentro de los diez últimos años previos a la fecha de fallecimiento.

Como requisito indispensable para poder percibir cualquier tipo de prestación contributiva, es que estén al corriente de las obligaciones de pago de cotizaciones como indica el artículo 28 del decreto 2530/1970.

En cuanto al fallecimiento que derive de contingencias profesionales, podrán acceder a las prestaciones derivadas de éstas si las tienen cubiertas de forma obligatoria o hayan optado por la mejora voluntaria de cotización por AT y EP que, según el artículo 308 de la LGSS, consiste en el incremento de un tipo que se aplica a la correspondiente base de cotización elegida por el trabajador y ese tipo es fijado cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Para el cálculo de la base reguladora, artículo 31 del Decreto 2530/1970 apartado b), como es normal, la cuantía dependerá de la base de cotización por la que haya optado el trabajador autónomo y la base reguladora es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización durante 60 meses naturales a elegir por el beneficiario dentro de los últimos diez años entre los 60 meses de

¹³ Boletín Oficial del Estado - BOE-A-2007-13409 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. (2007)

¹⁴ Boletín Oficial del Estado - BOE-A-1970-1000 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. (1970).



cotización mínima que se exigen para las prestaciones de muerte y supervivencia. En el supuesto que el fallecido sea pensionista, se utiliza la misma base reguladora que se utilizó para el cálculo de la pensión.

Según el artículo 46 del Decreto 2520/1970, independientemente de la causa de la muerte del sujeto causante, los diferentes beneficiarios, hablando de cónyuge o excónyuge, hijos y familiares, pueden acceder a un subsidio por defunción, pensión vitalicia de viudedad, pensión de orfandad o pensión vitalicia/prestación temporal a favor de familiares.

5.1 Contenido de las prestaciones.

Según el artículo 50, la cuantía a percibir por la persona viuda es del 50% de la base reguladora obtenida, incrementándose al 60% en el supuesto que el sujeto causante fuera pensionista, ya que la base reguladora que se utiliza para el cálculo de la pensión de viudedad es la misma que la que se utilizó para el cálculo de la pensión del fallecido siempre y cuando la cantidad a percibir por el beneficiario no supere la cantidad a percibir si el sujeto causante no hubiera sido pensionista.

La pensión de viudedad resultante de un trabajador autónomo, como ocurre con la pensión de viudedad en el régimen general, es compatible con cualquier renta de trabajo del beneficiario o pensión de jubilación o invalidez según establece el artículo 51.

6. Sentencias relacionadas a las prestaciones por viudedad y orfandad.

- Tribunal Superior De Justicia De Andalucía, STSJ AND 8900/2020 de junio de 2020, en la que el Tribunal Supremo concede una pensión de viudedad a las dos esposas de un matrimonio con poligamia ¹⁵

Se trata de un recurso de suplicación interpuesto ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para recurrir sentencia dictada por el

¹⁵ Tribunal Superior De Justicia De Andalucía, STSJ AND 8900/2020 – ECLI:ES:TSJAND:2020:8900



Juzgado de lo Social de Melilla y solicitar la pensión de viudedad a partes iguales para dos esposas de un hombre con nacionalidad de origen marroquí.

La actora, segunda esposa del fallecido, presentó demanda ante el Juzgado de lo Social de Melilla contra el INSS, la TGSS y la primera esposa del fallecido. En la sentencia del juzgado de lo Social se desestimó su demanda manteniéndose como beneficiaria de la pensión de viudedad la otra esposa por lo que anunció recurso de suplicación.

Como hechos probados, la demandante, pudo demostrar la validez de su matrimonio celebrado 26 años antes de la muerte de su esposo con el que, además, compartía dos hijos y que antes del fallecimiento, adquirió la nacionalidad española por residencia.

Los fundamentos jurídicos tenidos en cuenta en este litigio son; que se han podido confirmar una vinculación matrimonial contraído por el rito islámico, que son reconocidos tanto ella como sus hijos, en un acta de herederos del causante y que queda acreditado de que es beneficiaria de la prestación de viudedad por aplicación de la legislación marroquí.

Pero el fundamento jurídico que cabe destacar es el tercero, ya que, a pesar de que la poligamia sea contraria al ordenamiento español y que el matrimonio no estuviera inscrito en un Registro Civil por lo que no podría acceder a ningún tipo de protección en forma de prestación o pensión de viudedad. Esto no impide, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad regulado por el RDL 670/1987. Al amparo del Convenio Hispano Marroquí de Seguridad Social del 8 de noviembre de 1979, en concreto, por la posición jerárquica, permite que se haga una excepción en la condición de beneficiario. Y según jurisprudencia, la pensión debe distribuirse a partes iguales entre las viudas que hayan convivido simultáneamente con el fallecido.

Por lo tanto, el fallo es que se estima la demanda y se reconoce el derecho a percibir una pensión de viudedad según el artículo 230 de la LGSS con efecto desde 2016, que es cuando se concedió la pensión de viudedad a la otra viuda.

Las diferentes situaciones de la vida hacen que la norma no siempre se adapte a cada situación concreta por lo que hace inevitable que se tenga que interpretar



y ajustar en su contexto teniendo en cuenta la realidad social de ese momento. Un ejemplo es esta sentencia, pues a pesar de que se parte de que la poligamia está prohibida en el estado español por el Código Civil, el TSJ ha tomado como base el Convenio Hispano Marroquí y como indica el artículo 96 de la CE, una vez publicados oficialmente los tratados internacionales o, en este caso, convenios, forman parte del ordenamiento jurídico interno. Desde mi punto de vista, creo que el TSJ está en lo correcto, a pesar de que no se especifica las circunstancias en las que se encuentra cada una de ellas y si el matrimonio de la primera esposa se ha celebrado en las mismas circunstancias que el de la demandante, partiendo de que ambas se encuentran en igualdad de condiciones y circunstancias, las dos, han sufrido una disminución de la renta por el fallecimiento de su marido. La ley es igual para todos por lo que, si se reconoce el derecho a una, para proteger esa situación de necesidad, debe reconocerse a otra.

- Tribunal Superior De Justicia De Madrid, STS M 13478/2019, en la que se deniega la pensión de viudedad por violencia de género a un hombre maltratado por su marido¹⁶.

Es un recurso de suplicación ante el Juzgado de lo Social nº31 de Madrid contra INSS y TGSS en el que el actor presentó demanda para reclamar la pensión de viudedad por el fallecimiento de su exmarido, siendo esta denegada en el fallo.

Como antecedentes de hecho, es probado el matrimonio entre ambos en marzo de 2007 en régimen de gananciales, aunque posteriormente, en 2013, otorgaron capitulaciones para pasar al régimen de separación de bienes.

En 2014, el actor interpuso demanda de malos tratos ante el que, entonces, era su marido, en el auto se dictó una orden de protección, así como una orden de alejamiento y posteriormente una demanda de divorcio, en la que se concedió sin que se fijara una pensión compensatoria por los malos tratos.

En 2017 fallece el demandado y su ex marido, el actor de este mismo recurso, tres meses después, solicita la prestación de viudedad por no ser perceptor de

¹⁶ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, STSJ M 13478/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:13478



la pensión compensatoria de los supuestos de violencia de género cuando se trata de matrimonios heterosexuales.

Como fundamentos de derecho, contra la sentencia del JS nº31 de Madrid, señala el artículo 220 de la LGSS que establece que los casos de separación o divorcio, tiene derecho a la pensión quien cumpliendo los requisitos del artículo 219, sea o haya sido cónyuge legítimo y no haya contraído un nuevo matrimonio posteriormente, al igual que deben ser perceptores de la pensión compensatoria por el divorcio y que sea extinguida con la muerte del excónyuge. También se menciona la excepción de las víctimas de violencia de género, que, a pesar de no percibir esa pensión compensatoria, si pueden demostrar ser víctimas de violencia de género mediante sentencia, tienen derecho a la pensión de viudedad.

Por todo esto, en el fallo se desestima el recurso de suplicación basándose en que, por regla general, la pensión de viudedad solo sería concedida como sustituta de una pensión compensatoria que se extingue con la muerte del exmarido. En este caso, se le ha reconocido un derecho de protección de malos tratos y no puede ser considerado como violencia de género ya que sólo se reconoce a las mujeres, por lo que no cabe que la violencia de género se dé entre hombres.

Considerando que está en lo cierto el TSJ de Madrid, la LGSS reconoce que se tiene derecho a la pensión de viudedad quien haya sido cónyuge o pareja de hecho de la persona fallecida siempre y cuando no haya vuelto a celebrar un nuevo matrimonio. Para sustituir esa pensión compensatoria concedida para evitar un desequilibrio económico que pueda causar la separación extinguida tras la muerte, se concede la pensión de viudedad. Como ya he explicado en la parte teórica del presente TFG, la ley prevé una pensión de viudedad para las mujeres divorciadas víctimas de violencia de género¹⁷, cobren o no una pensión compensatoria, simplemente demostrando judicialmente que en el momento de la separación eran víctimas de violencia de género. Se trata de una protección hacia el género débil del matrimonio.

¹⁷ Artículo 220 de la LGSS.



En este caso, a pesar de hablar de ser una víctima de violencia, no es considerada violencia de género ya que ambas personas eran del mismo sexo, se trata de malos tratos en un matrimonio homosexual y el superviviente no tiene derecho a esa pensión de viudedad.

- Tribunal Superior De Justicia De Extremadura, STS EXT 51/2020, en la que se deniega la pensión de viudedad a una mujer casada por el rito y costumbre gitano.¹⁸

En la sentencia dictada por el JS nº 3 de Plasencia, recurrida en este recurso de suplicación, se denegó la pensión de viudedad a la actora por carecer de validez legal su matrimonio con su esposo fallecido.

Como antecedentes de hecho probados, la actora solicitó ante el INSS el reconocimiento de derecho a percibir una pensión de viudedad como consecuencia del fallecimiento de su marido en 2018, negándose por parte del INSS ya que la relación que les unía no puede generar derecho a dicha pensión. Esta interpuso una reclamación administrativa, la cual también fue desestimada mediante resolución por parte del INSS.

El fondo del asunto en el que la actora defiende su derecho a la pensión es que, en 1984, celebraron la unión entre ambos a través del rito y costumbre gitana reconocido en dicha etnia como matrimonio. Ambos estaban empadronados en el mismo domicilio y de su unión nacieron cuatro hijos. En el libro de familia presentado por la actora, ambos aparecen como solteros a pesar de que en el certificado de defunción apareciera como “casado” el estado civil del fallecido.

Como fundamentos de derecho, los motivos que aporta la actora para que le sea concedida es que consta la concesión del título de familia numerosa, que en la tarjeta sanitaria del fallecido consta como beneficiaria y que creía de buena fe que estaba unida en matrimonio. Otro motivo de recurso es el principio de no discriminación y protección a las minorías nacionales recogido en el Convenio Marco del Consejo de Europa.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 51/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:51



El TSJ ratifica sentencia defendiendo que no cumple los requisitos para acceder a dicha pensión reconocida en la LGSS, ya que no contrajo ningún tipo de matrimonio con el fallecido. La actora aporta documentos en los que contiene el estado civil de “casado” o “casada” lo que no hace que se demuestre la existencia de un matrimonio válido, simplemente son declaraciones de la interesada o terceras personas, por lo que no son admitidos por este Tribunal ya que no determina la existencia del matrimonio. Se menciona una sentencia del TC que parte de un litigio similar, pero es anterior a la reforma de la Ley 40/2007 en la que si se podía tener derecho a dicha pensión.

En mi opinión, a pesar de que el TSJ se ajusta a la norma y que el matrimonio no ha sido celebrado válidamente. Según el artículo 221.2 LGSS, dando por hecho que el fallecido cumpliera los requisitos del apartado 1 del mismo artículo, se considerará pareja de hecho aquella relación similar al matrimonio no teniendo vínculo matrimonial con otra persona y que se pueda acreditar a través de un certificado de empadronamiento, que en este caso la demandante, lo facilitó demostrando una convivencia estable previa al fallecimiento de su marido. Es cierto que la pareja de hecho no quedaba inscrita en ningún registro, pero queda demostrada una convivencia de 34 años y comparten cuatro hijos en común. Posiblemente mantuvieran el estado civil de solteros por desconocimiento de la nulidad de su matrimonio. Aun así, se desconoce que la mujer dependiera económicamente de su marido, en caso de ser así, cumpliría lo establecido en el artículo 221.2 a excepción del registro de la pareja de hecho.

- Tribunal Supremo, STS 2964/2020, recurso de casación interpuesto por la beneficiaria de una pensión de orfandad para la unificación de doctrina en relación a la incompatibilidad de su pensión de orfandad con la pensión de invalidez.¹⁹

Como antecedentes de hecho, el JS nº 20 de Madrid, dictó sentencia quedando probado que poseía un dictamen técnico del equipo de valoración de Madrid en el que se reconocía una discapacidad del 58% lo que suponía un grado de

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo STS 2964/2020 – ECLI:ES:TS:2020:2964



minusvalía del 66%, por lo que se le concedió una pensión no contributiva de invalidez.

Tras el fallecimiento de su padre, solicitó la prestación de orfandad al INSS en la que el INSS dictó resolución en la que dada la incompatibilidad entre la pensión de orfandad y de invalidez, concedió la pensión de invalidez siendo la más favorable para la actora. La actora formuló demanda contra el INSS para reclamar su derecho a la pensión de orfandad correspondiente al 20% de la base reguladora con efectos económicos desde el momento inicial en el que fue solicitada, en dicha sentencia se reconoce el derecho solicitado. No estando de acuerdo, el INSS recurre mediante recurso de suplicación quedando revocada la sentencia del JS de Madrid.

La actora presenta recurso de casación para determinar si ambas pensiones son o no compatibles cuando ambas prestaciones han sido reconocidas por la discapacidad que tiene reconocida por su enfermedad de sordomudez.

Como fundamentos de derecho, el TSJ en el recurso de suplicación, estimó que eran incompatibles y la actora razona que no da cabida a la incompatibilidad ya que no tienen su razón de ser en una misma incapacidad, por lo tanto, una misma incapacidad debe ser protegida a través de una prestación.

Para acreditar la contradicción aporta como contraste la sentencia de la Sala de lo Social de Asturias Rec. 1768/2013 en la que reconocieron ambas pensiones. La pensión de orfandad responde a la situación de huérfana e incapacitada y la de invalidez a que posee una discapacidad igual o superior al 65% y a la carencia de rentas.

El Ministerio Fiscal considera que debe tenerse en cuenta el artículo 163.1 de la LGSS en relación a la incompatibilidad de las pensiones y el artículo 225.2 de la misma ley, en el que se establece los huérfanos incapacitados deberán optar por una de las pensiones reconocidas y derivadas de una misma incapacidad. Son compatibles en el momento de que al huérfano se le reconociera antes de cumplir los dieciocho años o después de cumplir los dieciocho años si derivan de lesiones distintas.



Por lo tanto, el fallo del TS lleva a la conclusión de que la doctrina correcta corresponde a la sentencia recurrida confirmándola y declarando la incompatibilidad entre ambas pensiones.

En este caso, creo que la aportación determinante es la del Ministerio Fiscal, ya que, ciñéndose a la LGSS, el fondo de la cuestión proviene de la misma incapacidad y la incompatibilidad de pensiones viene recogida en la LGSS. Por lo que tiene la opción de escoger entre ambas prestaciones, la más favorable económicamente. La actora en el momento que es reconocida la invalidez tenía treinta y cinco años y a pesar del grado de discapacidad, la limitación que posee es en las tareas de comunicación, por lo que no tiene problemas para el desarrollo del resto de acciones de la vida cotidiana y el fallecimiento de su padre no perjudica en la realización de estas.

- Tribunal Superior de Justicia, STSJ GAL 1313/2021, ²⁰ recurso en el que el actor mayor de edad reclama al INSS una pensión de orfandad por vivir a expensas de su padre.

Recurso de suplicación recurre a la sentencia dictada por el JS nº1 de Ourense en la que se desestima su solicitud de pensión de orfandad absolviendo al INSS y TGSS de la pretensión.

En los antecedentes de hecho, el actor de treinta y seis años convivía a expensas de su padre pensionista en el momento de fallecimiento por lo que solicitó el reconocimiento de la pensión de orfandad alegando que padecía trastorno depresivo recurrente y secuelas de una fractura de codo, la cual fue denegada por el INSS al considerar que es mayor de edad y no se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta.

Los fundamentos de derecho, el actor defendiendo que se encuentra incapacitado para todo tipo de trabajo, alega la aplicación indebida del artículo 224.1 de la LGSS señalando que tienen derecho a pensión cada hijo del causante menores de edad o estén incapacitados para el trabajo.

²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, STSJ GAL 1313/2021 – ECLI:ES:TSJ GAL:2021:1313



La resolución de la entidad gestora denegó su solicitud por ser mayor de edad y no encontrarse incapacitado absoluto ni de manera permanente además de que en la fecha de la muerte del padre, no poseía acreditación de incapacidad para cualquier tipo de trabajo, simplemente tenía reconocido una minusvalía del 34%. El Equipo de Valoración de Incapacidad (EVI) defendió en su informe estar inhabilitado para tareas de alta responsabilidad, estrés o que sobrecarguen el codo, pero no le inhabilitaba realizar todo tipo de trabajo.

Y en relación al trastorno depresivo es diagnosticado tras el fallecimiento de la madre dos años antes que el padre que según el Servicio de Psiquiatría es considerado como un episodio depresivo de larga duración pero que está controlado con medicación.

Según jurisprudencia, para las normas de desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia, la incapacidad de trabajo a la que se refiere la LGSS es aquella que inhabilite por completo cualquier profesión, por lo que el TS desestima el recurso confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social.

Dando la razón al Tribunal Superior de Justicia, a pesar de tener reconocida la invalidez del 34% y un trastorno depresivo. Ciñéndome a la LGSS, en concreto al artículo 224, no considero que se dé ninguno de los requisitos para ser beneficiario de la pensión de orfandad, supera la edad establecida y no posee una invalidez que le impida desarrollar una profesión.

- Sentencia del Tribunal Supremo 2168/2021, recurso de casación para unificación de doctrina, sobre una reclamación para el reconocimiento de una prestación de orfandad absoluta impropia²¹.

Como antecedentes de hecho, la actora, madre de una menor, solicita la pensión de orfandad como consecuencia de la muerte de su padre por accidente no laboral, el INSS reconoció una pensión de orfandad equivalente al 20% de la base reguladora resultante. El JS nº7 de Murcia, dictó fallo en el que desestimaba la demanda interpuesta por la madre de la menor solicitando que se reconociera que la muerte derivaba de un accidente laboral. La actora presenta recurso de suplicación, concediendo una indemnización a la hija

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, STS 2168/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2168



equivalente a una mensualidad de la base reguladora, así como el incremento del porcentaje a aplicar sobre la base reguladora hasta el 52% al considerarlo que deriva de un accidente laboral.

Como fundamentos de derecho, la mutualidad con la que tenía cubierta las contingencias de riesgo el fallecido, reconoce que sea correcto indemnizar a la menor por la muerte derivada del accidente laboral y al incremento de la prestación de orfandad ya que la madre no puede cumplir los requisitos establecidos para causar derecho a la pensión de viudedad.

El INSS oponiéndose alegó con referencia al artículo 38 del RD 3158/1966 que el incremento de la pensión de orfandad a pensión de orfandad absoluta no exige la muerte de ambos progenitores, sino que exista un beneficiario de la pensión de viudedad, el cual no ha podido causar derecho.

Contrastando jurisprudencia, la sentencia de contraste en la que hay una identidad sustancial en los hechos, pretensiones y fundamentos, no se reconoce la prestación de orfandad absoluta impropia.

Por lo que el TS en el fallo, estima el recurso, casando y anulando parcialmente la sentencia recurrida del TSJ de Murcia, queda calificado el accidente como accidente laboral pero no es concedida la prestación por orfandad absoluta.

En este caso se ha tratado de un error interpretativo en el que se cofunde el que no exista beneficiario de la pensión de viudedad con que exista beneficiario, pero no cobre la pensión de viudedad. Según el Real Decreto 296/2009, se modifica el artículo 38 del Real Decreto 3158/1966 en el que cita que, en caso de orfandad absoluta, cuando no exista beneficiario de pensión de viudedad, podrá incrementarse el porcentaje de prestación de orfandad al 52%. Entendiendo que la prestación de viudedad podría ser concedida un nuevo cónyuge contraído después de, por ejemplo, que haya fallecido la madre del hijo, para que pueda considerarse como huérfano absoluto.

Considero que está en lo cierto el TS en no conceder el incremento del porcentaje a aplicar en la base reguladora ya que, si existe un beneficiario de la pensión de viudedad, pero no ha podido causar derecho. Que la madre no cause



derecho a la pensión no hace que se conceda a la hija la orfandad absoluta impropia.

7. Comparación con otros países de la Unión Europea.

El Convenio 102 de la OIT de 1952²², de norma mínima de Seguridad Social, tiene como finalidad que todos los países pongan en práctica un sistema de seguridad social. En el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia, vienen recogidas en la parte X de este convenio.

A pesar de que todos los países tengan esta norma mínima en común, cada país tiene su propia legislación y tienen criterios diferentes en cuanto a los requisitos para el reconocimiento, cuantías, importe y duración de la prestación. Pero, por otro lado, tienen que tener cierta concordancia entre ellos, quiero decir, nos encontramos ante una sociedad continuamente en cambio con una gran movilidad debido a la libre circulación de personas. Por ello, en 2004, el Parlamento Europeo y el Consejo²³ crearon el Reglamento (CE) 8836/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y sus sucesivas modificaciones para establecer un sistema de concesión de prestaciones en el caso de que los sujetos estén o hayan estado sujetos a la legislación de más de un país miembro de la UE.

En Alemania, por ejemplo, situándonos en régimen que equivale al régimen general de España, según la Consejería de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social en Alemania²⁴ y la guía de Seguridad Social de Alemania²⁵ también reconoce el derecho a la pareja similar a la pareja de hecho y distingue dos tipos de pensiones.

La “menor”, para menores de 45, sin hijos a cargo y sin discapacidad, perciben una prestación durante dos años como máximo y la cuantía equivalente al 25% de la pensión de invalidez que hubiera generado el fallecido (desde 2012, se va ampliando la edad límite hasta los 47 años para el año 2029). La “mayor” para

²² Organización Internacional del Trabajo. (1952) *C102- Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)*. www.ilo.org.

²³ Parlamento Europeo y Consejo Europeo (2004) *Reglamento 883/2004 de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social*.

²⁴ Consejería de Trabajo, Migraciones y Seguridad social (s.f). *Pensiones de supervivencia*.

²⁵ Comisión Europea, (s.f.) *La Seguridad Social en Alemania*.



mayores de 45 años o discapacitados o tengan hijos a cargo, perciben una pensión vitalicia equivalente al 55% de la pensión de invalidez. En ambos casos exigen, como en España, que el matrimonio se haya celebrado con un año de anterioridad mínimo.

Además, existen dos particularidades de la pensión de viudedad, existe la *pensión "splitting"* en castellano "reparto equitativo de las pensiones en vida", se refiere a que, sólo en el caso de que ambos hayan alcanzado la edad de jubilación y hayan cotizado al seguro de pensiones 25 años mínimo, el importe que han generado para la jubilación durante el tiempo que ha existido el matrimonio, se reparte de forma equitativa, es decir el superviviente cobra el 50% de esa cantidad generada. Esta pensión sustituye la pensión de viudedad y, aunque la pensión resultante puede ser inferior que la pensión de viudedad, les permite volver a contraer matrimonio sin perder esta prestación. Los matrimonios que fueron celebrados con anterioridad al año 2001, pueden optar por la pensión de viudedad o la pensión splitting.

Y el "trasvase de cuotas", el estar divorciado anula la posibilidad de acceder a la pensión de viudedad, con el trasvase de cuotas, los cónyuges reparten equitativamente lo que han cotizado mientras han convivido en matrimonio de esta manera pueden comenzar su nueva vida de manera equitativa.

En cuanto a la pensión de orfandad, la pueden percibir tanto hijos, nietos y hermanos del causante menores de 18 años que hayan vivido a expensas del fallecido siempre que éste haya cotizado un mínimo de cinco años al seguro de pensiones. La edad del beneficiario se amplía hasta los 27 años si son estudiantes o tienen una discapacidad que les impide generar rentas. También existen dos tipos de pensiones. La completa para aquellos que han perdido ambos progenitores, la cuantía equivale al 20% de la pensión que resultase más alta entre los progenitores o la parcial, que equivale al 10% de la pensión que hubiera generado el fallecido.

En el caso de Dinamarca²⁶, tanto el cónyuge/pareja superviviente y cada hijo menor de 22 años tienen derecho a percibir una suma a tanto alzado (unos

²⁶ Comisión Europea, (s.f.) *La Seguridad Social en Dinamarca*



7000€ a descontar impuestos) siempre que el fallecido estuviera afiliado al nuevo régimen (régimen que introdujeron con una reforma en 2002) o haya cotizado al menos 2 años a tiempo completo en el régimen anterior. Ese importe se recude si el fallecido tiene más de 66 años o desaparece en el caso de tener cumplidos los 70 años.

En Holanda, según el informe del Instituto Aviva²⁷, en cuanto a la pensión de viudedad, pretende proteger a los más vulnerables, como requisitos para el beneficiario son, tener un hijo menor de 18 años a su cargo o tenga reconocida una discapacidad mínima del 45% y en el caso de la pensión de orfandad, se concede sólo a aquellos que hayan perdido a ambos progenitores. Pudiendo cobrar los menores de 10 años el 32%, entre 10 y 16 años el 48% y entre 16 y 21, el 64%. Son las pensiones más altas en cuanto al porcentaje respecto a otros países.

8. Conclusiones.

Nos encontramos ante una sociedad que está en cambio continuo, por lo que la seguridad social debe ir adaptándose e intentar ser el reflejo de la sociedad del momento. Cada país posee unos criterios, valores y culturas totalmente diferentes, pero deben partir de unos mínimos para partir de un nivel de vida y unas condiciones iguales.

Como hemos visto, en España, la pensión de viudedad, en caso de los divorciados, por el tiempo convivido pueden cobrar una pensión de viudedad tanto el excónyuge como el cónyuge legítimo actual, correspondiendo a la segunda al menos un cuarenta por ciento²⁸ de la pensión que origine el fallecido. En el caso de Alemania, se totalizan los derechos adquiridos y se dividen en partes iguales.

Según una noticia de marzo de 2021, de El Correo²⁹, “*Reformas en Europa para adaptarla a la realidad de la mujer*”. España es uno de los países que más gasto

²⁷ Instituto AVIVA, (s.f.) Informe: *Pensiones en transición*.

²⁸ Artículo 220 LGSS

²⁹ Palacios, L. (2021, 29 marzo) *Reformas en Europa para adaptarla a la realidad de la mujer*. *El Correo*.



tiene en pensiones y sin embargo países como Alemania, han tratado adaptarse a la realidad social realizando más reformas.

Entiendo que las pensiones de muerte y supervivencia sean una protección necesaria, sobre todo para los más vulnerables, pero creo que debería realizarse una revisión general ya que la sociedad ha evolucionado mucho más que la legislación de hoy en día. La situación, en el caso de España, ha cambiado mucho desde que se implantaron, la mayoría de las mujeres acostumbraban a tener el rol del hogar y quien aportaba el dinero en casa era el hombre, por lo que, si fallecía el hombre, la familia se quedaba sin la persona que proporcionaba el sustento para vivir.

Un ejemplo, la sentencia comentada anteriormente del TSJ de Extremadura 51/2020, no se concedió la pensión de viudedad porque en realidad no poseía el estado civil de casada.

En la actualidad, el modelo de familia es totalmente diferente, ambos trabajan. Quiero decir que, si ahora, una mujer de 40 años queda viuda con dos niños pequeños, es normal que necesite una ayuda económica para sacar adelante a sus hijos, pero no va a necesitar la misma ayuda que necesitaba una mujer de antes. Por lo tanto, considero que esa revisión debería centrarse en aplicar una racionalidad para endurecer más esos requisitos para que sean beneficiarios aquellos que más lo necesiten y, además, incrementar los porcentajes en el nivel asistencial para los que no puedan acceder a una calidad de vida estándar.

Por otro lado, el ejemplo de la sentencia STSJ de Galicia 1313/2021, en la que le deniegan la prestación de orfandad. La minusvalía que posee no le impide que desempeñe una actividad profesional y a pesar de tener reconocido un trastorno depresivo, estaba controlado con medicación, en vez de desempeñar tareas con responsabilidad puede desempeñar otras que sean de utilidad para una empresa. Con esto quiero decir, que se ha creado una situación de dependencia a las prestaciones de la Seguridad Social. Si le llegan a conceder la prestación de orfandad, se podría acostumbrar a vivir al nivel de vida que la pensión le permitiera, en vez de cotizar a la Seguridad Social con un trabajo y dejando que ese dinero sea para otra persona que lo necesite más.



Con todo esto, quiero decir, desde un punto de vista general del Sistema de la Seguridad Social, que debemos concienciarnos y comprometernos más con el modelo social para que nuestras aportaciones a la Seguridad Social y las políticas públicas sean destinadas a la protección de aquellos que de verdad lo necesiten y no tratemos de aprovecharnos de ellas porque se tenga la opción de acceder a ellas.



9. Bibliografía.

A

Aula de la Seguridad Social. (s. f.). *Seguridad Social*.

<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/PortalEducativo/Profesores/Unidad2/PESS24#:~:text=Mediante%20el%20nivel%20contributivo%20de,contingencias%20y%20situaciones%20definidas%20legalmente.>

B

Boletín Oficial del Estado. - BOE-A-1966-6647 *Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social* (1966). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1966-6647>

Boletín Oficial del Estado - BOE-A-1967-2876 *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.* (1967). BOE. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1967-2876>

Boletín Oficial del Estado - BOE-A-1966-21116 *Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas.* (1967). *Boletín Oficial del Estado.* <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1966-21116#:~:text=Ayuda-,%20Decreto%203158%2F1966%2C%20de%2023%20de%20diciembre%2C%20por%20el,Publicado%20en%3A&text=312%2C%20de%2030%2F12%2F1966.>

Boletín Oficial del Estado - BOE-A-1970-1000 *Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.* (1970). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1970-1000>

Boletín Oficial del Estado. -BOE.es - BOE-A-1978-31229 núm. 311, de 29/12/1978 *Constitución Española.* (1978). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229#a41>

Boletín Oficial del Estado - BOE-A-1990-30939 *Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas* (1990). <https://www.boe.es/eli/es/l/1990/12/20/26>

Boletín Oficial del Estado - BOE-A-2001-24970 *Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia.* (2001).

Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-24970>



Boletín Oficial del Estado. - BOE-A-2007-13409 *Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.* (2007). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13409>

Boletín Oficial del Estado. - BOE-A-2009-4725 *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.* (2009). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-4725>

Boletín Oficial del Estado. - BOE-A-2011-13242 *Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.* (2011). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-13242>

Boletín Oficial del Estado. - BOE-A-2015-11724 *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.* (2015). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>

C

Comisión Europea, (s.f.) *La Seguridad Social en Alemania.*
https://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Germany_es.pdf

Comisión Europea, (s.f.) *La Seguridad Social en Dinamarca*
https://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Denmark_es.pdf

Consejería de Trabajo, Migraciones y Seguridad social (s.f.) *Pensiones de supervivencia.*
<https://www.mites.gob.es/es/mundo/consejerias/alemania/webempleo/es/seguridadsocial/seguropeniones/pensionsupervivencia/index.htm>

I

INE - Instituto Nacional de Estadística. (2021). *Población de 16 y más años por relación de parentesco con la persona de referencia, sexo y estado civil.* INE.
<https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4030>

Instituto AVIVA, (s.f.) Informe: *Pensiones en transición.*
<https://institutosantalucia.es/wp-content/uploads/2017/04/pensiones-en-transicion-sistemas-de-pensiones.pdf>

Instituto Nacional Seguridad Social (2021). *Informe de Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de mayo de 2021*
<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST24>

J



Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (2021). BOE.es - BOE-A-2021-1529 *Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.*
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-1529>

M

Ministerio de Gracia y Justicia. (1889). «*Gaceta de Madrid*» núm. 206, de 25/07/1889 *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.* Artículo 97. BOE-A-1889-4763. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763#art97>

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. (s. f.). Seguridad Social: *Historia de la Seguridad Social.* www.seg-social.es.

<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Conocenos/HistoriaSeguridadSocial>

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social e inclusión. (s. f.). Seguridad Social: Información útil. Pensión de Orfandad. <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/44539/45659/45664>

O

Organización Internacional del Trabajo. *Hechos concretos sobre la seguridad Social.*
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (1952) *C102- Convenio sobre la seguridad social (norma mínima).*

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102P

P

Palacios, L. (2021, 29 marzo) *Reformas en Europa para adaptarla a la realidad de la mujer.* *El Correo.*
<https://www.elcorreo.com/economia/pensiones/reformas-europa-adaptarla-20210329120207-ntrc.html>

Parlamento Europeo y Consejo Europeo (2004) Reglamento 883/2004 de 29 de abril de 2004 sobre a coordinación de los sistemas de seguridad social.
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81111>

S

Seguridad Social: Estadísticas. Instituto Nacional Seguridad Social. Subdirección General de Gestión Económico-Presupuestaria y Estudios Económicos. *Informe de Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de mayo de 2021*



<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/2575/d5ebe7ce-2ded-4acb-8051-9f5a6735e0a7/1f73f471-4dd8-4a9a-80fe-7b9e3b880226/685e046e-73ae-4b4d-8b89-03993f3dc049>

Seguridad Social: Estadísticas. (2021). *Informe afiliados Régimen General mayo 2021*.

<https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST8/EST10/EST305/EST309>

T

Tribunal Superior De Justicia De Andalucía, STSJ AND 8900/2020 – ECLI:ES:TSJAND:2020:8900

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, STSJ M 13478/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:13478

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 51/2020 – ECLI:ES:TSJEXT:2020:51

Tribunal Supremo STS 2964/2020 – ECLI:ES:TS:2020:2964

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, STSJ GAL 1313/2021 – ECLI:ES:TSJ GAL:2021:1313

Tribunal Supremo, STS 2168/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2168

U

Unión Europea. (2004). BOE.es - DOUE-L-2004-81111 *Reglamento (CE) no 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Boletín Oficial del Estado.* <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81111>