



LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD Y SOLIDARIDAD EN LA PROTECCIÓN POR ORFANDAD*

Naiara Rodríguez Elorrieta**

Universidad del País Vasco (España)

SUMARIO: 1. Principios universales de la Seguridad Social. –2. Pensión de orfandad. 2.1 Pensión de orfandad en España. 2.1.1 Beneficiarios. 2.1.2 Cuantía de la pensión. 2.1.3 Nacimiento y extinción de la pensión por orfandad. 2.1.4 Jurisprudencia española acerca de la pensión de orfandad. 2.1.5 Discapacidad y pensión de orfandad. 2.2 Pensión de orfandad en Costa Rica (Latinoamérica). 2.2.1 Regulación de la pensión de orfandad en Costa Rica. –3. Reflexiones finales. –4. Bibliografía.

RESUMEN

El objeto de este estudio consiste en analizar los principios de universalidad y solidaridad en la pensión de orfandad. Para ello, primero, se parte de la conceptualización de los principios universales de la Seguridad Social. Segundo, se analiza la pensión de orfandad en España (beneficiarios, cuantía de la pensión, nacimiento y extinción de la pensión por orfandad, jurisprudencia española acerca de la pensión de orfandad, y, discapacidad y pensión de orfandad) y en Latinoamérica, concretamente, en Costa Rica. Tercero y último, se aportan unas últimas reflexiones.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the principles of universality and solidarity in the orphan's pension. To do this, first, is exposed the conceptualization of the universal principles of Social Security. Second, the orphan's pension is analyzed in Spain (beneficiaries, amount of pension, birth and extinction of the orphan's pension, Spanish jurisprudence on the orphan's pension, and disability and orphans' pension) and in Latin America, specifically in Costa Rica. Third and last, some thoughts are brought forward.

* Recibido el 17 de noviembre. Aprobado el 27 de noviembre.

** Profesora doctora de Derecho Civil de la Universidad Pública del País Vasco e Investigadora del Grupo de Investigación reconocido por el Gobierno Vasco "Cooperativismo, fiscalidad, fomento, relaciones laborales y protección social" de la Universidad de Deusto (Bilbao, Deusto).

Palabras clave: pensión de orfandad, universalidad, solidaridad, discapacidad.

Key words: orphan's pension, universality, solidarity, disability.

1. PRINCIPIOS UNIVERSALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social se basa en unos principios de aplicación universal. En concreto, la Seguridad Social en España reconoce una serie de principios generales, a saber, la universalidad, la unidad, la solidaridad y la igualdad. En ese sentido, el 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 (TRLGSS)¹, dedica el artículo 2 a los principios y fines de la Seguridad Social. Así, el primer párrafo del citado artículo señala que «el Sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad». El segundo párrafo prosigue, «el Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de esta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley».

Ligado al artículo 2 del TRLGSS, también conviene tener en cuenta el artículo 41 de la Constitución Española (CE)². El citado precepto establece que «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres».

La garantía constitucional que confiere el artículo 41 de la CE reconoce tres principios. Así, primero, «el carácter público de la Seguridad Social. Todo lo que sea Seguridad Social es necesariamente público, por cuanto que será necesariamente función del Estado... Y, finalmente, su carácter público es sinónimo de financiación presupuestaria... [Segundo,] el carácter universal de la Seguridad Social. Lo que supone la declaración del derecho subjetivo de todos los ciudadanos frente a los poderes públicos... [Tercero,] la suficiencia en las prestaciones. Lo que quiere decir que debe atenderse a la realidad de la situación de necesidad y a la carencia de ingresos propios... a lo que debe añadirse, especialmente a partir del nuevo artículo 135 de nuestra Constitución, un principio de racionalización económica basado en la consecución del equilibrio financiero por el que el legislador nacional se verá compelido»³.

A continuación se detallarán con mayor extensión los principios de universalidad y solidaridad, por ser estos objeto de estudio del presente trabajo.

El concepto de universalidad puede ser examinado desde un punto de vista objetivo o subjetivo. Así, la universalidad subjetiva significa la protección de todos los ciudadanos. El principio «aboga por la superación definitiva de las limitaciones que, respecto del alcance subjetivo de la protección, han heredado los actuales Sistemas de Seguridad Social de la etapa anterior de los Seguros sociales, caracterizados por las exclusiones de determinados sujetos de su campo de aplicación»⁴. Probablemente, «el principio de universalidad subjetiva sea el rasgo ético más dis-

¹ BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261.

² BOE de 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

³ QUESADA SEGURA, R. *Derechos fundamentales inespecíficos y Seguridad Social*. Ginebra: Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2001. http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10905/Rosa_Quesada.pdf?sequence=1, p. 7.

⁴ BUENAGA CEBALLOS, O. *El Derecho a la Seguridad Social. Fundamentos éticos y principios configuradores* (SOLAR CAYÓN, J.I., Dir.). Santander: Universidad de Cantabria, Departamento de Derecho Público, 2016, p. 307.

tintivo de la institución de la Seguridad Social, que surgió con la vocación específica de extenderse a toda la población de un país»⁵.

Por el contrario, la universalidad objetiva hace alusión a la protección de todas las situaciones de necesidad⁶. Situaciones que la Seguridad Social protege, por ejemplo, en el caso de que se produzca una jubilación, en los casos de maternidad y paternidad, o en caso de que se produzca el fallecimiento de un trabajador.

El principio de solidaridad se refiere a la financiación, como expresión de un sistema de reparto de rentas y prestaciones..., y a la atención de las situaciones de mayor necesidad⁷. Por lo tanto, de tal acepción se pueden inferir dos tipos de vertientes de la solidaridad: la primera, referida a la solidaridad económica que conlleva que la Seguridad Social, en cuanto servicio público destinado a otorgar una garantía de protección social a todos los individuos, debe ser financiada por la totalidad de los ciudadanos⁸. Y, la segunda, la solidaridad que atiende al objeto, esto es, a las situaciones que requieren de mayor protección por parte de la Seguridad Social.

2. PENSIÓN DE ORFANDAD

Una de las situaciones de necesidad protegidas por la Seguridad Social es la relacionada con la muerte del trabajador y, concretamente, una de las prestaciones ligadas a esta situación es la pensión por orfandad.

2.1 Pensión de orfandad en España

La pensión por orfandad se sitúa dentro de las denominadas prestaciones por muerte y supervivencia, que son aquellas destinadas a solucionar las situaciones de necesidad que se originen para las personas que dependan económicamente de otra (un trabajador), cuando esta muere; y, por tanto cumplen un doble objetivo: compensar los gastos ocasionados por el sepelio y proteger la situación de necesidad derivada del fallecimiento del causante⁹.

2.1.1 Beneficiarios

La pensión por orfandad se regula, principalmente, en los artículos 224 y 225 del TRLGSS. Así, el primer párrafo del artículo 224 dispone que «tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de veintiún años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, o fuera pensionista en los términos del artículo 217.1.c). Será de aplicación, asimismo, a las pensiones de orfandad lo previsto en el segundo párrafo del artículo 219.1». El segundo párrafo del citado artículo añade que «podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad, siempre que en la fecha del fallecimiento del causante fuera menor de veinticinco años, el hijo del causante que no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual. Si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los veinticinco años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico».

⁵ BUENAGA CEBALLOS, O. *ob. cit.*, p. 308.

⁶ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. «Capítulo IX: Principios generales». En AAVV. *El sistema de fuentes de la relación laboral* (GARCÍA MURCIA, J., Coord.). Oviedo: Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2007, p. 294.

⁷ *Ibidem*.

⁸ BUENAGA CEBALLOS, O., *ob.cit.*, p. 395.

⁹ BLASCO LAHOZ, J.F. *Seguridad Social. Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, 4ª edición, p. 767.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta los dos primeros puntos del artículo 224 los beneficiarios de la pensión de orfandad serán¹⁰: primero, los hijos del causante cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación. Segundo, los hijos del cónyuge sobreviviente aportados al matrimonio. Tercero, los hijos del causante nacidos con posterioridad al fallecimiento de este. Cuarto, los hijos menores de veintidós años o mayores que tengan reducida su capacidad para el trabajo en los grados de incapacidad absoluta o gran invalidez. Quinto, los menores de veinticinco años que no efectúen un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando, realizándolo, los ingresos que obtengan, en cómputo anual, resulten inferiores al salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual. Sexto, si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera veinticinco años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes siguiente del inicio del siguiente curso académico. En este sentido, se consideran estudios todos aquellos oficialmente reconocidos como estudios reglados por las distintas Administraciones educativas, incluidos aquellos que se cursen en el extranjero y que se desarrollen en instituciones docentes públicas o privadas conducentes a la obtención de un título habilitante para el ejercicio de una profesión u oficio.

El tercer apartado del artículo 224 determina que «la pensión de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios, según determinación reglamentaria». Con lo cual, una vez reconocido el derecho a la pensión, se abonará de acuerdo a las siguientes reglas¹¹: en el caso de beneficiarios menores de dieciocho años, el abono se realizará a quienes los tengan a su cargo, en tanto cumplan la obligación de mantenerlos y educarlos; y, en el caso de beneficiarios mayores de dieciocho años, el abono se realizará directamente al beneficiario, salvo que se trate de mayores incapacitados judicialmente, en cuyo caso se abonará a quien lo tenga a su cargo. En el especial caso de que los hijos de quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, en los términos señalados en el artículo 231 del TRLGSS, siendo menores de edad o personas con capacidad judicialmente modificada, fueran beneficiarios de pensión de orfandad causada por la víctima, dicha pensión no le será abonable a la persona condenada (artículo 234 del TRLGSS)¹².

2.1.2 Cuantía de la pensión

La cuantía de la pensión de orfandad «será para cada huérfano la equivalente al veinte por ciento de la base reguladora del causante»¹³.

Para los de orfandad absoluta (esto es, cuando la persona beneficiaria de la pensión de orfandad carezca de progenitores o adoptantes) las prestaciones podrán incrementarse en los términos y condiciones establecidas en el artículo 38.1 del Decreto 3158/1966. Tal y como establece el segundo apartado del citado artículo, «a efectos de lo previsto en este artículo, se asimila a huérfano absoluto el huérfano de un solo progenitor conocido».

¹⁰ BENAVIDES VICO, A. *Desempleo, incapacidad, jubilación y viudedad/orfandad. Prestaciones de la Seguridad Social*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, 3ª edición, pp. 758-760.

¹¹ Artículo 11 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 (BOE de 13 de noviembre de 1997, núm. 272).

¹² BLASCO LAHOZ, J.F. *ob. cit.*, p. 804.

¹³ De acuerdo al artículo treinta y seis del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas (BOE de 30 de diciembre de 1966, núm. 312), y artículo 17 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 (BOE de 23 de febrero de 1967, núm. 46).

2.1.3 Nacimiento y extinción de la pensión por orfandad

El derecho a la pensión de orfandad será efectivo desde «la fecha en que se produzca el fallecimiento del sujeto causante salvo para la pensión de orfandad, cuando el beneficiario sea hijo póstumo, en cuyo caso se entenderá causada en la fecha de su nacimiento»¹⁴. Por lo tanto, para que el derecho a la pensión surja se tomará en cuenta la fecha del fallecimiento del causante, excepto para los supuestos del hijo póstumo, en cuyo caso se tendrá en cuenta la fecha de nacimiento del mismo.

Respecto a la extinción de la pensión, son causas las establecidas en el artículo 21.1 de la Orden de 13 de febrero de 1967:

- 1) Cumplir la edad mínima fijada en cada caso, de las previstas en el artículo 175 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, salvo que, en tal momento, tuviera reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente, absoluta o gran invalidez.
- 2) Cesar en la incapacidad que le otorgaba el derecho a la pensión.
- 3) Adopción.
- 4) Contraer matrimonio, salvo que estuviera afectado por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez.
- 5) Fallecimiento del beneficiario.
- 6) Cuando reaparece el trabajador presuntamente fallecido por accidente¹⁵.

2.1.4 Jurisprudencia española acerca de la pensión de orfandad

A través del análisis de la jurisprudencia tratará de observarse si efectivamente la pensión de orfandad atiende a los principios de universalidad y solidaridad.

Primer supuesto, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana¹⁶ se interpone una demanda por parte del padre de una menor de nacionalidad española. El motivo es la negación a la menor de la pensión de orfandad tras el fallecimiento de su madre.

La madre de la menor se encontraba prestando servicios por cuenta ajena y dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en el momento del fallecimiento, pero aun así se le requirió la tarjeta de identificación de extranjeros al padre de la menor. Al no aportarse la tarjeta en tiempo requerido, se le negó a la menor el reconocimiento de la pensión.

La sentencia declara que la magistrada del juzgado de lo Social «a quo» acogió la pretensión ejercitada en la demanda, y reconoció a la menor la prestación de orfandad solicitada, considerando que la presentación de la TIE de su progenitor no era un requisito indispensable para tal reconocimiento... considerando, [además] que la presentación de la TIE del representante de la menor no era un requisito indispensable para el reconocimiento de las prestaciones solicitadas a favor de esta, pues la propia entidad gestora reconocía que reunía tales requisitos». Tal y como sigue declarando la sentencia, «en el expediente objeto de examen en el presente recurso el objeto no era otro que determinar si la menor resultaba o no merecedora del reconocimiento de las prestaciones de orfandad solicitada, esto es, si concurrían los requisitos establecidos en el art. 175 de la LGSS para el acceso a la misma, resultando a tales efectos de todo punto irrelevante que la persona que tenga otorgada... su representación legal sea o no residente legal

¹⁴ Artículo 3 de la Orden de 13 de febrero de 1967.

¹⁵ De acuerdo al artículo 7.1.5 de la Orden de 31 de julio de 1972 (BOE de 11 de agosto de 1972, núm. 192).

¹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de febrero de 2015, rec.1470/2014.

en España, de ahí que la falta de presentación de la documentación requerida en modo alguno pueda producir el efecto de la caducidad del expediente administrativo, ni mucho menos la falta de reconocimiento del derecho solicitado». Por lo tanto, la sentencia reconoce la pensión de orfandad a la menor, por cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 224 del vigente TRLGSS, al margen de que su padre no hubiese presentado la tarjeta de identificación de extranjeros en el plazo establecido.

Tal y como se mencionaba anteriormente, el tercer apartado del artículo 224 del TRLGSS establece que la pensión de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo al beneficiario de la pensión, por lo que en este caso, la pensión tendría que abonarse al padre de la menor, por cumplir con los requisitos exigidos en los apartados del artículo 224. En caso contrario, difícilmente podría haberse cumplido con los principios de universalidad y solidaridad. En otras palabras, si no se hubiese concedido la pensión a la menor no se hubiera protegido a todas las personas, ni a todas las situaciones de necesidad, y, más aun, se hubiera desprovisto de ayuda una situación de máxima necesidad.

Por lo tanto, en el presente caso, se niega la percepción de la pensión de orfandad a la menor —por la muerte de su madre— en base a la no aportación, por parte del padre, de la tarjeta de identificación de extranjeros. El Tribunal Superior de Justicia entiende que tal requisito no es necesario para que a la menor se le reconozca la pensión.

Segundo supuesto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón¹⁷ versa sobre la negación de la pensión de orfandad al hijo de una pareja homosexual no casada. La pareja alega la imposibilidad de una de las partes de adoptar al hijo, pero como prueba de que el hijo era de ambas, aportan el seguro de automóviles (en el que aparece el hijo como conductor ocasional) y una escritura pública de donación (en el que una de las partes dona la mitad indivisa de una finca al hijo).

El Tribunal analiza si realmente existía la imposibilidad de adoptar el hijo. La sentencia señala que «el art. 10 de la Ley de las Cortes de Aragón 6/1999, de 26 marzo (LARG 1999, 79), acordaba: "Las parejas estables no casadas heterosexuales podrán adoptar conjuntamente". Esta norma fue modificada por la Ley de las Cortes de Aragón 2/2004, de 3 de mayo (LARG 2004, 143), quedando redactada del tenor siguiente: "las parejas estables no casadas podrán adoptar conjuntamente"». Muestra de ello es «el auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pamplona de 22-1-2004, procedimiento 1337/2003 (dictado seis años antes del fallecimiento de D^a. Amparo), que acordó la adopción por una mujer de las hijas biológicas de su compañera sentimental, con quien formaba una pareja estable». En ese sentido, «la doctrina científica argumentó que si se reconoce dicha adopción para las parejas heterosexuales, debe hacerse también para las homosexuales que tengan reconocido su derecho a adoptar, so pena de incurrir en violación del principio de igualdad de trato y paridad de ordenamientos».

La sentencia dictamina «que si D^a. Amparo hubiera querido establecer efectivamente una relación jurídica de filiación con D. Cirilo, más allá de la relación de afectividad existente, que en sí no constituye una filiación, debió haber solicitado su adopción. Al no haberlo hecho, la inexistencia de una relación jurídica de filiación entre ambos excluye el devengo de la pensión de orfandad, que trae causa de aquélla, sin que esta conclusión vulnere los preceptos invocados por la parte recurrente».

También convendría tener en cuenta que la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil¹⁸, declara, en el artículo 4.2º, como hecho inscribible la filiación. Asimismo, el artículo 44.7 de la ley declara que «el reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del hijo podrá hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código Civil en cualquier

¹⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de junio de 2012, núm. 315/2012.

¹⁸ BOE de 22 de julio de 2011, núm. 175.

tiempo. Si se realizare mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre y del representante legal del hijo si fuera menor de edad o de este si fuera mayor. Si tuviera la capacidad modificada judicialmente se precisará, según la sentencia, el consentimiento de su representante legal, el asentimiento de su curador o el consentimiento del hijo. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la Ley civil». Con lo cual, la filiación entre hijo y madre no era imposible.

En definitiva, en el presente caso no se reconoce la pensión de orfandad por no cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 224 del TRLGSS, que establece que «tendrán derecho a la pensión de orfandad... cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación». Filiación que puede tener lugar, tal y como establece el artículo 108 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (CC)¹⁹, «por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código». Por lo tanto, la negación de la prestación derivada por orfandad no quebranta los principios de universalidad y solidaridad, al no cumplir los requisitos legales para su reconocimiento: la filiación entre el beneficiario y el causante.

Así pues, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón niega la percepción de la pensión de orfandad al hijo de una pareja no casada. Entre la persona fallecida y el menor no existe una relación jurídica de filiación, pudiendo en todo momento, haber adoptado al hijo.

ercer supuesto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra²⁰ expone un caso de violencia de género. Una pareja contrae matrimonio, tiene una hija y años después, la madre fallece a manos de su pareja. La tutora de la menor solicita el incremento de la pensión de orfandad alegando que la hija es huérfana absoluta.

El tribunal entiende que es de aplicación la Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género²¹: «quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del sistema público de pensiones cuando la víctima de dichos delitos fuera la causante de la pensión, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos. En tales casos, la pensión de viudedad que hubiera debido reconocerse incrementará las pensiones de orfandad, si las hubiese, siempre que tal incremento esté establecido en la legislación reguladora del régimen de Seguridad Social de que se trate».

Además, al padre de la menor se le priva de la patria potestad, de acuerdo al artículo 153.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que señala que «el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años».

¹⁹ BOE de 25 de julio de 1889, núm. 206.

²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 16 de febrero de 2017, núm. 63/2017.

²¹ BOE de 29 de diciembre de 2004, núm. 313.

Ahora bien, aunque no se ostente la patria potestad los padres están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos, de acuerdo al artículo 110 del CC, lo que verdaderamente importa en el presente caso es la pérdida de condición de beneficiario de la pensión de viudedad por parte del marido. En ese sentido, el artículo 38.2 del Decreto 3158/1966 indica que «cuando el progenitor superviviente hubiera perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad a tenor de lo establecido en el apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, el huérfano tendrá derecho a los incrementos previstos para los casos de orfandad absoluta en el apartado anterior». El quid de la cuestión reside en la imposibilidad de ser beneficiario de una pensión de viudedad, al margen de tener o no la patria potestad del hijo. Tal y como apunta la sentencia, «el incremento en la pensión de orfandad, no es sino una renta social sustitutoria de la prestación que falta en la unidad familiar —en este caso la de viudedad—, previsto para cubrir las necesidades de la menor, y debe reconocerse en interés de una de las partes especialmente protegidas a través de la Ley Orgánica de Violencia de Género».

De manera, que el Tribunal Superior de Justicia de Navarra entiende que la menor —huérfana de madre por haberla matado su padre— tiene derecho al incremento de la pensión de orfandad, aunque no concurra el requisito de huérfana absoluta. De acuerdo a la normativa de violencia de género, si una persona fuera condenada por sentencia firme por un delito de homicidio contra la causante de la pensión —la mujer, en este caso— el monto referido a la pensión de viudedad incrementa la pensión de orfandad de la hija de ambos.

Sin embargo, piénsese en un ejemplo bien distinto: si una persona fuese víctima de lesiones por parte de su pareja, ¿esta tampoco tendría derecho a una pensión de viudedad y, por ende, la persona beneficiaria de la pensión de orfandad —en caso de fallecimiento de un solo progenitor— sería considerada huérfana absoluta? En este sentido, la referida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra señala que «como bien establece la juzgadora "a quo" en su sentencia, el hecho de que la redacción literal del precepto se refiera a un "delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones", no puede llevar a interpretar que deban entenderse incluidas en las previsiones del precepto, todas las formas dolosas de homicidio, y no las de lesiones, pues ni el espíritu de la norma, ni la inclusión del tipo penal en el Título correspondiente a las lesiones, permite una interpretación diferente a la mantenida en la sentencia de instancia». Sin embargo, la Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004 sólo hace alusión a un delito de lesiones, sin especificar si esas lesiones deben ser puntuales o continuadas. Por lo tanto, en este supuesto, en principio, también se respetan los principios de universalidad y solidaridad.

Cuarto supuesto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²² analiza la problemática de una mujer y un hijo que solicitan el incremento de la pensión de orfandad para este último.

Tal y como señala la sentencia, «a juicio de la parte recurrente, dicha norma no exige (para el incremento del 52% de la prestación de orfandad), que no exista un progenitor superviviente, sino que tan solo señala que no ha de haber un beneficiario de la pensión de viudedad, lo que sucedería en el caso de autos. Es decir, la demandante no desconoce que su hijo no es huérfano absoluto. Sin embargo, sostiene que el precepto es aplicable al caso de huérfano a cuyo progenitor supérstite se le ha denegado la pensión de viudedad, alegando que, de lo contrario, se discrimina a los hijos matrimoniales frente a los no matrimoniales... Entiende, en definitiva, que el reconocimiento del derecho al incremento de la pensión de orfandad a los huérfanos relativos cuyo progenitor vivo no perciba pensión de viudedad, se puede apoyar en razones tanto de interpretación literal, como de interpretación lógica, finalista y sistemática de los preceptos denunciados». La recurrente añade que «no siendo... beneficiaria de la pensión de viudedad, por no mantener vínculo matrimonial con el causante, procedería el incremento del importe de la pensión de orfandad». En efecto, el primer apartado del artículo treinta y ocho del Decreto

²² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de enero de 2012, núm. 617/2012.

3158/1966 relativo al incremento de la pensiones de orfandad, determina que «en los casos de orfandad absoluta las prestaciones correspondientes a los huérfanos podrán incrementarse en los términos y condiciones siguientes: Cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementará en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52 por ciento». Con lo cual, del referido precepto se concluye que para que proceda el incremento de la pensión de orfandad es necesario que el beneficiario sea huérfano absoluto.

El tribunal entiende que «la literalidad de la norma lleva a la desestimación de la pretensión ejercitada, ya que el incremento de la pensión, según el tenor literal del precepto, únicamente puede producirse en el supuesto de que, como consecuencia del fallecimiento del causante de la pensión de orfandad, el hijo quede privado de ambos progenitores, siendo clara la norma al aludir a la existencia de una orfandad "absoluta". Es decir, para tener derecho al incremento del 52% de la pensión de orfandad es requisito imprescindible que se trate de un huérfano "absoluto", esto es, sin padre ni madre, por haberse producido el fallecimiento de los dos progenitores, hecho que no se produce en el presente caso, al sobrevivir la madre, quien conserva sus facultades inherentes a la patria potestad de representar y administrar los bienes de sus hijos, según el artículo 154.2 del Código Civil (LEG 1889, 27), y todo con ello con independencia de si se trata de hijos matrimoniales o no». La sentencia añade también que «la madre del menor no percibe la pensión de viudedad porque la Ley considera que, al no haber percibido pensión compensatoria, el fallecimiento de su ex marido no le ha implicado perjuicio económico. Y si ésta es la decisión del legislador, resulta contradictorio sostener el derecho del hijo a percibir el importe correspondiente a la pensión de viudedad con base en un perjuicio económico, pues es la inexistencia de dicho perjuicio el que ha dado lugar a la denegación de la pensión de viudedad».

En definitiva, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictamina que si la madre hubiera tenido derecho a una pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del CC, la prestación hubiera sido aceptada, al entender que se reconoce «la pensión de viudedad únicamente a favor de quienes tenían una relación de dependencia económica con el causante». En este sentido, tal y como indica el artículo 220.1 del TRLGSS relativo a la pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, «en los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, concurriendo los requisitos en cada caso exigidos en el artículo 219, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última».

De este modo el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña rechaza el incremento de la pensión de orfandad a un hijo por no cumplir con el requisito de ser huérfano absoluto. Si bien, la parte entiende que tal incremento es posible porque la madre no percibe la pensión de viudedad –por falta de cotización del marido del tiempo determinado por ley–, el tribunal se atiene al requisito de orfandad absoluta que la normativa exige para el incremento de la pensión de orfandad.

Los principios de universalidad y solidaridad no se verían alterados en el último supuesto, pero imagínese la siguiente situación: un hijo se queda huérfano de padre y solicita la pensión de orfandad. Se le reconoce el derecho a la pensión por cumplir con los requisitos del artículo 224 del TRLGSS. Sin embargo, a la mujer del fallecido no se le reconoce la pensión de viudedad de acuerdo al artículo 219.1 del referido texto, al entender que el fallecido no tiene los años cotizados que exige la normativa, ni se trata de un accidente o enfermedad profesional. En ese sentido, el artículo establece que «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 a que se refiere el artículo 217.1, siempre que si el sujeto causante se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que esta se cause desde una situación de alta o de asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización». Por el contrario, al hijo sí que se le reconocería la pensión de orfandad, al no establecer ningún período mínimo de cotización del causante. Pero, el hijo ¿tendría derecho al incremento de la pensión de orfandad? Se entiende que no, puesto que el artículo treinta y ocho del Decreto 3158/1966 se refiere a huérfanos absolutos cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad. De los dos requisitos que marca el Decreto el segundo se cumple, pero el primero, referido al huérfano absoluto no, ya que el hijo tiene una madre.

Como bien se ha señalado anteriormente, y recogiendo las palabras del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, «el incremento en la pensión de orfandad, no es sino una renta social sustitutoria de la prestación que falta en la unidad familiar —en este caso la de viudedad—, previsto para cubrir las necesidades de la menor». En este presente caso, la prestación que falta en la unidad familiar —la pensión de viudedad de la mujer—, no produce el incremento de la pensión de orfandad. ¿No constituiría acaso la quiebra de los principios de universalidad y solidaridad? Quizá sería conveniente incluir este concreto supuesto en el Decreto 3158/1966, para no desprover de protección a aquellos huérfanos de padre o madre a los que se les niega el incremento de la pensión de orfandad en los que no existe beneficiario de la pensión de viudedad.

2.1.5 Discapacidad y pensión de orfandad

El artículo 224 del TRLGSS, referido a la pensión de orfandad, no hace alusión en ningún momento a la discapacidad; sin embargo, conviene realizar una distinción entre incapacidad para el trabajo, incapacidad civil y la discapacidad.

Por un lado, la incapacidad para el trabajo a la que se alude en el artículo 224 del TRLGSS hace referencia a las personas que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez²³. La incapacidad para el trabajo la califica el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), por lo tanto, el nacimiento del derecho a las prestaciones derivadas de la incapacidad permanente se producirá con la resolución del INSS²⁴.

La prestación por incapacidad permanente contributiva, tiene por finalidad proteger al sujeto ante la situación de necesidad que se produce por la falta de ingresos, que acontece cuando el trabajador se ve físicamente disminuido o imposibilitado, con carácter presumiblemente definitivo, para realizar una actividad laboral²⁵. Entre los grados de incapacidad permanente se encuentran: la incapacidad permanente parcial, la incapacidad permanente total, la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez. Los grados que guardan relación el artículo 224 del TRLGSS son, por tanto, la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez. En ese sentido, la incapacidad permanente absoluta es la que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio²⁶. Así, se entenderá que existe incapacidad permanente absoluta cuando el trabajador no pueda soportar el esfuerzo que supone la disciplina de cualquier trabajo o bien

²³ GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A.L. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M. *Lecciones de Seguridad Social*. Madrid: Tecnos, 2016, 6ª edición, p. 300.

²⁴ BLASCO LAHOZ, J.F., *ob.cit.*, p. 672.

²⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A.L. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *ob.cit.*, p. 239.

²⁶ BENAVIDES VICO, A., *ob.cit.*, p. 455.

no sea capaz de realizar un quehacer asalariado con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia²⁷. Por el contrario, la gran invalidez es la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdida anatómicas o funcionales, necesidad de la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos²⁸.

Por otro lado, en cuanto a la incapacidad civil, el Derecho Civil realiza una distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de la persona. Por una parte, la capacidad jurídica trata acerca de la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones²⁹, capacidad que posee cualquier persona desde su nacimiento; y, por otra parte, la capacidad de obrar, como la aptitud conferida por el Derecho para realizar actos jurídicos, que ni está en manos de cualquier persona, ni es igual para todos³⁰. Pues bien, el Derecho Civil distingue entre la capacidad general de obrar, la capacidad de obrar especial, la capacidad limitada o incompleta y la incapacidad de obrar. Y es precisamente la incapacidad de obrar la que impide a la persona realizar actos con trascendencia jurídica. Es por ello, que en principio, esa incapacidad puede ser suplida por el representante legal del incapaz, quien realizará en nombre de éste el acto³¹.

El artículo 11. b) del Real Decreto 1647/1997 se refiere a la incapacidad civil cuando señala que «en el caso de beneficiarios mayores de dieciocho años, directamente al beneficiario, salvo que se trate de mayores incapacitados judicialmente, en cuyo caso se abonaría la pensión conforme a lo indicado en el párrafo a)».

Por último, el grado de discapacidad de una persona se regula a través del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía³². El primer artículo de la norma establece su objeto y señala que «la presente norma tiene por objeto la regulación del reconocimiento de grado de minusvalía, el establecimiento de nuevos baremos aplicables, la determinación de los órganos competentes para realizar dicho reconocimiento y el procedimiento a seguir, todo ello con la finalidad de que la valoración y calificación del grado de minusvalía que afecte a la persona sea uniforme en todo el territorio del Estado, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso del ciudadano a los beneficios, derechos económicos y servicios que los organismos públicos otorguen». Por lo tanto, la norma establece los baremos para calificar el grado de minusvalía o discapacidad de una persona. En este caso, tal y como dictamina el artículo 6.1 de la citada norma, «es competencia de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieren sido transferidas las funciones en materia de calificación de grado de discapacidad y minusvalía o del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales: a) El reconocimiento de grado de minusvalía. b) El reconocimiento de la necesidad de concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida diaria, así como de la dificultad para utilizar transportes públicos colectivos, a efectos de las prestaciones, servicios o beneficios públicos establecidos. c) Aquellas otras funciones referentes al diagnóstico, valoración y orientación de situaciones de minusvalía atribuidas o que puedan atribuirse por la legislación, tanto estatal como autonómica».

Respecto al concepto de discapacidad, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social³³, define la discapacidad en el artículo 2.a) como «una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ BLASCO LAHOZ, J.F., *ob.cit.*, pp. 651-652.

²⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. «La persona y el derecho de la persona». En AAVV. *Derecho de la Persona* (De PABLO CONTRERAS, P., Coord.). Madrid: Edisofer, 2016, 5ª edición, p. 30.

³⁰ ALBALADEJO, M. *Compendio de Derecho Civil*. Madrid: Edisofer, 2010, 14ª edición, p. 39.

³¹ ALBALADEJO, M., *ob. cit.*, p. 40.

³² BOE de 26 de enero de 2000, núm. 22.

³³ BOE de 3 de diciembre de 2013, núm. 289.

Pues bien, en ocasiones, los términos discapacitado e incapacitado se emplean indistintamente, pero no son lo mismo. Afirmar que los beneficiarios de la pensión de orfandad son las personas discapacitadas³⁴, conllevaría a entender que cualquier discapacitado, en el grado que fuera, podría ser perceptor de una pensión de orfandad. Cuestión que no ocurre en la práctica, puesto que para que una persona discapacitada sea beneficiaria tendría que cumplir los siguientes requisitos: ser menor de veintinueve años o estar incapacitado para trabajar; o bien, ser menor de veinticinco años y no efectuar trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o aun realizándolo que los ingresos que obtenga resulten inferiores a la cuantía vigente del salario mínimo profesional.

A raíz del Real Decreto Legislativo 1/2013, las personas con una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez serán consideradas discapacitadas en grado igual o superior al 33 por ciento. Así lo establece el artículo 4.2 de la referida norma, que señala que «se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez». Por lo tanto, si bien las personas incapacitadas para trabajar tendrán una discapacidad igual o superior al 33 por ciento, no significa que los discapacitados se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la pensión de orfandad, puesto que no todos los discapacitados se entenderán incluidos, sólo aquellos que iguallen o superen el 33 por ciento de discapacidad y se encuentren incapacitados para el trabajo.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco³⁵, en una sentencia relativa a las prestaciones por muerte y supervivencia y, en concreto, a la pensión de orfandad, cita en los antecedentes de hecho: «el actor interesó ante el INSS el reconocimiento de pensión de orfandad por discapacidad». A continuación, prosigue: «con fecha 2/3/2016 se emitió IMS y con fecha 3/3/2016 se dicta propuesta del EVI declarando la no calificación del actor como incapacitado permanente absoluto a los efectos de la concesión de una pensión de orfandad para mayores de 25 años».

Pues bien, cuando el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se refiere al reconocimiento de la pensión de orfandad por discapacidad, lo que realmente advierte es la incapacidad para trabajar del sujeto, cuestión diferente de la discapacidad. En otras palabras, el hecho determinante que da derecho a la percepción de la pensión de orfandad es la incapacidad para el trabajo de la persona (incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez), y no la discapacidad. Si bien, la incapacidad va ligada a la discapacidad, pero no al revés, puesto que no todos los discapacitados son incapaces para trabajar. El fundamento de derecho tercero apartado B) de la sentencia expone mejor lo explicado anteriormente al señalar que «dichos preceptos vienen a exigir para que un huérfano mayor de 25 años a la fecha de la muerte de un progenitor... [sea beneficiario de la pensión de orfandad], como dice el recurrente, que tenga un estado constitutivo de la situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez».

El Tribunal Supremo³⁶ también se pronuncia sobre un caso de una beneficiaria a la pensión de orfandad y, conviene resaltar, lo que dictamina al respecto: «la simple circunstancia de que por el Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona se reconociera una disminución a la demandante del 65% con efectos 23 de julio de 2008, por sí sola no implica que pueda considerarse que esté incapacitada para el trabajo». Lo que viene a demostrar la nula dependencia de la incapacidad para el trabajo respecto de la discapacidad.

Por todo ello, parece necesario que el término discapacidad se incluya en el TRLGSS relativo a la pensión de orfandad con el fin de clarificar el sentido de los principios de universalidad y

³⁴ BLASCO LAHOZ, J.F. y LÓPEZ GANDÍA, J. *Curso de Seguridad Social*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, 8ª edición, p. 556; BENAVIDES VICO, A. *ob. cit.*, p. 760.

³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de julio de 2017, núm. 1616/2017.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 5 de abril de 2017, rec. núm. 238/2015.

solidaridad. El artículo 224.1 podría redactarse de la siguiente manera: «Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de veintiún años o estén incapacitados para el trabajo (discapacidad igual o superior a 33%) y que el causante se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, o fuera pensionista en los términos del artículo 217.1.c)».

A continuación se analizará la pensión de orfandad en un país latinoamericano, como es el caso de Costa Rica.

2.2 Pensión de orfandad en Costa Rica (Latinoamérica)

La mayoría de los sistemas previsionales en América Latina se organizaron durante la primera mitad del siglo XX, con un perfil claramente contributivo³⁷.

América Latina introdujo «sus programas de seguro social en pensiones y enfermedad-maternidad mucho antes que otros países en desarrollo en África, Asia y Oriente Medio; a finales de los años setenta todos los países de la región tenían dichos programas en vigor, pero con diferencias notables entre ellos... [Por una parte], el grupo pionero- alto (Uruguay, Argentina, Chile, Cuba, Brasil y Costa Rica) fue el primero en establecer los sistemas de seguros sociales en la región... [Por otra parte], el grupo intermedio (Panamá, México, Perú, Colombia, Bolivia, Ecuador y Venezuela) implementó sus programas principalmente en los años cuarenta y cincuenta... [y, por último], el grupo tardío-bajo (Paraguay, República Dominicana, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Honduras y Haití) fue el último que introdujo sus programas, en los años sesenta y setenta»³⁸.

Entre las primeras muestras de Seguridad Social en América Latina deben mencionarse las leyes de accidentes de trabajo, donde encontramos como países pioneros a Guatemala (1906); El Salvador y Perú (1911); Argentina, Colombia y Venezuela (1915); Chile, Cuba y Panamá (1916); México (1917); Brasil (1919) o Uruguay (1920)³⁹.

Pues bien, seguidamente se examinará la pensión de orfandad en Costa Rica (grupo pionero-alto).

2.2.1 Regulación sobre la pensión de orfandad en Costa Rica

El Sistema de Seguridad Social costarricense «es considerado a nivel internacional como uno de los más exitosos y eficientes de Latinoamérica. Empezó con el seguro social a los trabajadores del sector público y se ha ido consolidando hasta convertirse en uno de los sistemas públicos más comprehensivo y universal en el abordaje de la salud, tanto en el nivel financiero como en el poblacional, constituyéndose en un actor relevante en el logro de índices de salud comparables con los de países desarrollados»⁴⁰.

La institución encargada de la Seguridad Social en la República de Costa Rica es la Caja Costarricense de Seguridad Social. Los principios filosóficos del organismo son siete⁴¹: la equi-

³⁷ RODRÍGUEZ LARA, I. y RAMOS BOLAÑO, D.A. «Un recorrido de rango constitucional de la Seguridad Social en Latinoamérica». En *Revista Justicia*, 2010, núm. 18., p. 6.

³⁸ MESA LAGO, C. *Las reformas de salud en América Latina y el Caribe: su impacto en los principios de la Seguridad Social*. Santiago de Chile: CEPAL, 2005, pp. 14-15.

³⁹ VILAR RODRÍGUEZ, M. y PONS PONS, J. «La extensión del seguro de salud en Iberoamérica: una estrategia de política exterior del franquismo en la inmediata posguerra». En *Revista de Historia de la Medicina y la Ciencia*, 2015, núm. 67, p. 6.

⁴⁰ SÁENZ MADRIGAL, M.R. «Cobertura universal ¿sueño o utopía? El caso de Costa Rica». En *Revista Rupturas*, 2012, Jul-Dic., p. 347.

⁴¹ <http://www.ccss.sa.cr/cultura>

dad, la igualdad, la obligatoriedad, la solidaridad, la subsidiaridad, la unidad y la universalidad. Primero, la equidad pretende una verdadera igualdad de oportunidades para que todos los ciudadanos puedan ser atendidos en el sistema nacional de salud, de una manera oportuna, eficiente y de buena calidad. Segundo, la igualdad propicia un trato equitativo e igualitario para todos los ciudadanos sin excepción. Tercero, la obligatoriedad es la contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine. Cuarto, de acuerdo al principio de solidaridad, cada individuo contribuye económicamente en forma proporcional a sus ingresos para la financiación de los servicios de salud que otorga la Caja Costarricense de Seguridad Social. Quinto, la subsidiariedad es la contribución solidaria del Estado para la universalización del seguro social en su doble condición (patrono y Estado). Sexto, la unidad es el derecho de la población de recibir una atención integral en salud; y, por último, la universalidad garantiza la protección integral en los servicios de salud, a todos los habitantes del país sin distinción de ninguna naturaleza.

Concretamente, la pensión de orfandad en Costa Rica se regula a través del Reglamento del Seguro de Invalidez Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social⁴². Cuando este «régimen se puso en marcha, en 1947, estuvo dirigido en una primera instancia a los funcionarios administrativos del sector público y algunos del sector privado. En 1953, la Institución aplicó este Reglamento únicamente en aquellas zonas donde estaba establecido el Seguro de Salud; cinco años después, se incluyó a los trabajadores del Estado que efectuaban labores de oficina y que no pudieron ingresar al sistema por no encontrarse dentro del Régimen de Enfermedad y Maternidad... En 1962, se incorporaron los trabajadores manuales del sector industrial... [Y] a partir de 1975, el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte comenzó a dirigirse a la universalización con el propósito de garantizar a los trabajadores asegurados y su familia la protección básica en los riesgos que cubre este sistema: la invalidez, vejez y muerte»⁴³.

Pues bien, respecto a la pensión de orfandad, el artículo 12 del Reglamento establece que «tienen derecho a pensión por orfandad los hijos que al momento del fallecimiento dependían económicamente del causante, de acuerdo con la determinación que en cada caso hará la Caja: a) Los solteros menores de 18 años. b) Los menores de 25 años de edad, solteros, y sean estudiantes que cumplan ordinariamente con sus estudios, para lo cual deberán acreditar semestralmente la matrícula respectiva. c) Los inválidos, independiente de su estado civil, según los términos de los artículos 7^a y 8^a de este Reglamento. d) En ausencia del cónyuge del asegurado(a) o pensionado(a) fallecido(a), los hijos mayores de 55 años, solteros, que vivían con el fallecido, siempre que no gocen de pensión alimentaria, no sean asalariados y no tengan otros medios de subsistencia, en razón de limitaciones físicas, mentales o sociales, según determinación que en cada caso hará la Caja. e) Los hijos no reconocidos ni declarados como tales en virtud de sentencia judicial, tienen derecho si la Dirección Administración de Pensiones, con base en la investigación respectiva, determina que existió evidente posesión notoria de estado. Lo mismo será aplicable a los hijos extramatrimoniales póstumos, caso en el cual la citada Dirección hará la correspondiente declaratoria de posesión notoria por reconocimiento de vientre. En todo caso la Dirección Administración de Pensiones únicamente podrá declarar la posesión notaria de estado, cuando existiere la posibilidad de que el solicitante fuere el hijo biológico».

Especial atención merecen algunos de los beneficiarios que aparecen recogidos en el Reglamento. Primero, el apartado b) reconoce la prestación a favor de menores de 25 años que «cumplan ordinariamente con sus estudios». La Real Academia Española (RAE), define ordinario como «común, regular y que sucede habitualmente». Por lo tanto, de acuerdo a la regulación de Costa Rica, aquel menor de 25 años que no cumpla de manera regular con sus estudios no será beneficiario de la pensión. Se entiende así, que aquellos estudiantes que no

⁴² <http://www.ccss.sa.cr/normativa?pagina=10>

⁴³ KIKUT CALVO, L. *La sostenibilidad financiera del Régimen de invalidez, Vejez y Muerte en el periodo 2000-2025: diagnóstico*. Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica, 2004, p. 11.

acudan de manera habitual a clase se verán desprovistos de tal derecho. ¿No es acaso este requisito contrario a los principios de universalidad y solidaridad? La pensión por orfandad se concibe como aquella prestación destinada a solucionar las situaciones de necesidad que se originan para las personas que dependan económicamente de otra (un trabajador), cuando esta muere; y, por tanto cumple un objetivo: proteger la situación de necesidad derivada del fallecimiento del causante⁴⁴. Por lo tanto, la protección hacia el menor de 25 años surge como consecuencia del fallecimiento del progenitor para proteger su situación de necesidad, siendo indiferente la actitud que tenga el mismo hacia los estudios que curse.

Segundo, el Reglamento hace referencia a las personas inválidas y nos remite a los artículos 7^a y 8^o. El artículo 7^a se refiere a la declaración de invalidez y, en ese sentido, declara que «se crea la Comisión Calificadora del Estado de Invalidez encargada de valorar al asegurado que solicite una pensión por invalidez y de declarar si se encuentra o no inválido, conforme con los criterios de este Reglamento». Y, a continuación el siguiente artículo determina los requisitos de la invalidez: «para efectos de este Seguro se considerará inválido el asegurado que, por alteración o debilitamiento de su estado físico o mental, perdiera dos terceras partes o más de su capacidad de desempeño de su profesión, de su actividad habitual o en otra compatible con su capacidad residual, y que por tal motivo no pudiese obtener una remuneración o ingreso suficiente, todo a juicio de la Comisión Calificadora del Estado de Invalidez. También se consideran inválidos las personas que sean declaradas en estado de incurables o con pronóstico fatal que aún ante la posibilidad de realizar algún trabajo, razones de conveniencia social o de humanidad, justifiquen a juicio de la Comisión Calificadora el otorgamiento de una pensión. En estos casos la resolución deberá ser aprobada por la Junta Directiva, a propuesta de la Gerencia respectiva».

Conviene analizar a fondo este punto. La normativa de Costa Rica hace alusión al término «invalidez» y, por el contrario, la normativa de España se refiere a «incapacitados para el trabajo». Sin embargo, ambos términos son parejos, ya que la invalidez a la que se refiere la normativa de Costa Rica se equipara a la incapacidad para el trabajo de la normativa de España. Tal y como se mencionaba anteriormente, la incapacidad laboral protege al sujeto ante la situación de necesidad que se produce por falta de ingresos, que ocurre cuando el trabajador se ve físicamente disminuido o imposibilitado para realizar una actividad laboral. Por su parte, el Reglamento de Costa Rica en su artículo 8^a señala que «para efectos de este Seguro se considerará inválido el asegurado que, por alteración o debilitamiento de su estado físico o mental, perdiera dos terceras partes o más de su capacidad de desempeño de su profesión, de su actividad habitual o en otra compatible con su capacidad residual, y que por tal motivo no pudiese obtener una remuneración o ingreso suficiente». Igualmente, se consideran inválidos «las personas que sean declaradas en estado de incurables o con pronóstico fatal que aún ante la posibilidad de realizar algún trabajo, razones de conveniencia social o de humanidad, justifiquen a juicio de la Comisión Calificadora el otorgamiento de una pensión». Pero, cuando el Reglamento se refiere a incurables o con pronóstico fatal, ¿se está refiriendo a personas discapacitadas? Pues bien, en este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁵ precisa el concepto de discapacidad e indica que «debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, si esta limitación es de larga duración». El Tribunal de Justicia señala que, contrariamente a lo que alegan los empleadores en ambos asuntos, el concepto de discapacidad no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional. Por lo tanto, y relacionando la disposición de Costa Rica con lo dictado por el Tri-

⁴⁴ BLASCO LAHOZ, J.F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *ob.cit.*, p. 537.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de abril de 2013, asuntos Ring y Skouboe Werge.

bunal de Justicia, las personas «incurables o con pronóstico fatal» a las que se refiere el Reglamento de Costa Rica serán personas discapacitadas, pero el precepto no englobará a todos los discapacitados (curables o incurables), sólo a aquellos incurables o con pronóstico fatal.

Tal y como ocurre en la regulación de España, quizá convendría que Costa Rica modificase su Reglamento de aplicación relativo la pensión de orfandad con el fin de incluir el término «discapacidad». De esta manera, se evitarían posibles confusiones y se establecerían correctamente las personas beneficiarias. Por ende, el principio de universalidad también quedaría perfectamente limitado.

En definitiva, tanto la regulación española como la costarricense no aluden directamente a los discapacitados en sus normativas, no obstante, de manera indirecta sí que toman como referencia a los mismos.

Tercero, el Reglamento también señala como beneficiarios de la pensión de orfandad a los hijos mayores de 55 años y, en ese sentido, establece que «en ausencia del cónyuge del asegurado(a) o pensionado(a) fallecido(a), los hijos mayores de 55 años, solteros, que vivían con el fallecido, siempre que no gocen de pensión alimentaria, no sean asalariados y no tengan otros medios de subsistencia, en razón de limitaciones físicas, mentales o sociales, según determinación que en cada caso hará la Caja». Por lo tanto, establece cuatro requisitos para ser beneficiario de la pensión: ausencia del cónyuge del asegurado o pensionista fallecido; hijos mayores de 55 años y solteras; vivir con el causante; y que no sean asalariados y no tengan otros medios de subsistencia, por razón de limitaciones físicas, mentales o sociales.

La regulación española no reconoce como beneficiarios de la pensión de orfandad a las personas que indica el Reglamento de Costa Rica, sin embargo, estas quedan protegidas por el artículo 226.2 del TRLGSS dedicado a prestaciones en favor de familiares. El citado artículo establece que «en todo caso, se reconocerá derecho a pensión a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente, en quienes se den, en los términos que se establezcan reglamentariamente, las siguientes circunstancias: a) Haber convivido con el causante y a su cargo. b) Ser mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos. c) Acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante. d) Carecer de medios propios de vida». Por lo tanto, si bien la regulación de España no reconoce a estas personas como beneficiarias de la pensión de orfandad, sí que se les reconoce una pensión o subsidio por muerte del causante.

El Reglamento de Costa Rica quebranta en cierta manera el principio de universalidad y solidaridad, puesto que limita la pensión a aquellos hijos mayores de 55 años y solteros, mientras que el TRLGSS se refiere a mayores de 45 años y solteros, divorciados o viudos. Por consiguiente, la regulación en España es más acorde a los principios de universalidad y solidaridad, puesto que extiende la protección no solo a las personas solteras, sino también divorciadas o viudas, y, además, reconoce la pensión a aquellas personas mayores de 45 años. Es por ello, que Costa Rica debiera modificar la edad para la percepción de la pensión de orfandad, rebajándola de 55 años a 45 años.

Asimismo, cuando el artículo 12º d) del Reglamento de Costa Rica se refiere a personas que no sean asalariadas, ni cuenten con una pensión alimentaria y no tengan otros medios de subsistencia (por razón de limitaciones físicas, mentales o sociales), debe entenderse que las personas discapacitadas se encuentran dentro del ámbito de aplicación del mismo.

Podría pensarse que la regulación española quebranta el principio de universalidad de la pensión de orfandad por no reconocer como beneficiarios a aquellos que sí reconoce la regulación costarricense; sin embargo, esas personas no quedan desprotegidas por el Sistema de la Seguridad Social, puesto que se les reconoce otra pensión o subsidio por muerte del causante.

Cuarto y último, el Reglamento en el artículo 12. e) se refiere a «los hijos no reconocidos ni declarados como tales en virtud de sentencia judicial, tienen derecho si la Dirección Administración de Pensiones, con base en la investigación respectiva, determina que existió evidente posesión notoria de estado. Lo mismo será aplicable a los hijos extramatrimoniales póstumos, caso en el cual la citada Dirección hará la correspondiente declaratoria de posesión notoria por reconocimiento de vientre. En todo caso la Dirección Administración de Pensiones únicamente podrá declarar la posesión notoria de estado, cuando existiere la posibilidad de que el solicitante fuere el hijo biológico». El precepto determina como beneficiarios de la pensión de orfandad a los hijos matrimoniales o no matrimoniales, con especial alusión a la «posesión notoria de estado». En este sentido, el artículo 80 del Código de Familia de Costa Rica⁴⁶, indica que «la posesión notoria de estado del hijo consiste en que sus padres lo hayan tratado como tal, dándole sus apellidos, proveyendo sus alimentos y presentándolo con ese carácter a terceros; y éstos y el vecindario de su residencia, en general, lo hayan reputado como hijo de aquellos». Eso sí, conviene tener en cuenta que la posesión notoria de estado únicamente se podrá declarar cuando exista la posibilidad de que el hijo sea hijo biológico.

Por el contrario, el artículo 224.1 del TRLGSS declara beneficiarios a «cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación». A su vez, a filiación se regula en el artículo 108 del CC y, en ese sentido, señala que «la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código». Con lo cual, la regulación en España reconoce también como beneficiarios de la pensión de orfandad a los hijos adoptivos, sujetos que no se encuentran reconocidos en el Reglamento de Costa Rica, ya que sólo se refiere a los hijos matrimoniales o extramatrimoniales, pero no adoptivos. Los principios de universalidad y solidaridad también se quebrantan en este concreto caso, siendo la regulación española más acorde a esos principios, al abarcar también a los hijos adoptivos.

3. REFLEXIONES FINALES

Con el fin de cumplir con dos de los principios básicos universales de la Seguridad Social, a saber, la universalidad y la solidaridad, conviene que tanto España como Costa Rica realicen modificaciones –más o menos importantes– en sus regulaciones sobre la pensión de orfandad.

Respecto a España, por un parte, debiera incluir el supuesto de aquel hijo que se queda huérfano de padre o madre y solicita el incremento de la pensión de orfandad por no existir beneficiario de la pensión de viudedad, tal como exige el artículo 38 del Decreto 3158/1966. Pero, a su vez, al padre o madre sobreviviente se le niega la pensión de viudedad por no cumplir con los requisitos que exige el TRLGSS. En ese caso, el hijo no podría ver incrementada su pensión de orfandad, al no cumplir con el requisito del artículo 38 del Decreto 3158/1966: ser huérfano absoluto.

Por otra parte, sería conveniente que España introdujese el término «discapacidad» en la normativa sobre la pensión de orfandad para contribuir a mejorar el sentido de los principios universales de la Seguridad Social: universalidad y solidaridad. Así, los términos discapacidad e incapacidad se emplean indistintamente a la hora de hacer alusión a la pensión de orfandad. Sin embargo, el TRLGSS cuando regula la pensión de orfandad se refiere a las personas incapacitadas laboralmente. Referirse a las personas discapacitadas conllevaría a entender que cualquier persona discapacitada, por el hecho de serlo, podría ser beneficiaria de la pensión de orfandad, cuestión que no ocurre en la práctica. La pensión de orfandad va ligada a la incapacidad laboral, sin detrimento de que esa incapacidad suponga un grado de discapacidad. No obstante, en ningún caso supondrá la percepción de la pensión toda discapacidad.

⁴⁶ Ley núm. 5476, Código de Familia, de 21 de diciembre de 1973.

Respecto a Costa Rica, esta debiera introducir modificaciones de mayor calado en su normativa referente a la pensión de orfandad (artículo 12 del Reglamento) con el fin de contribuir a la mejora de los principios de universalidad y solidaridad. En concreto, debiera revisar su normativa respecto a los beneficiarios de la pensión: primero, sería conveniente que suprimiese el requisito de cumplir ordinariamente con sus estudios, referido a los menores de 25 años. Segundo, cuando el Reglamento determina como beneficiarios a los inválidos, debiera incluir el término discapacidad para establecer correctamente el principio de universalidad. Tercero, la normativa de Costa Rica hace alusión a los mayores de 55 años y solteros. Convendría que ampliase el ámbito subjetivo de los beneficiarios a personas divorciadas o viudas –tal y como recoge el TRLGSS–. Cuarto y último, de la misma manera, cuando la norma se refiere como beneficiarios de la pensión de orfandad a los hijos matrimoniales o extramatrimoniales, sería necesario que extendiese tal protección también a los hijos adoptivos –al igual que ocurre en la normativa española–.

4. BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO, M. *Compendio de Derecho Civil*. Madrid: Edisofer, 2010, 14ª edición.

BENAVIDES VICO, A. *Desempleo, incapacidad, jubilación y viudedad/orfandad. Prestaciones de la Seguridad Social*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, 3ª edición.

BLASCO LAHOZ, J.F. *Seguridad Social. Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, 4ª edición.

BLASCO LAHOZ, J.F. y LÓPEZ GANDÍA, J. *Curso de Seguridad Social*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, 8ª edición.

BUENAGA CEBALLOS, O. *El Derecho a la Seguridad Social. Fundamentos éticos y principios configuradores* (SOLAR CAYÓN, J.I., Dir.). Santander: Universidad de Cantabria, Departamento de Derecho Público, 2016.

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. «Capítulo IX: Principios generales». En AAVV. *El sistema de fuentes de la relación laboral* (GARCÍA MURCIA, J., Coord.). Oviedo: Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2007.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A.L. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M. *Lecciones de Seguridad Social*. Madrid: Tecnos, 2016, 6ª edición.

Kikut Calvo, L. *La sostenibilidad financiera del Régimen de invalidez, Vejez y Muerte en el periodo 2000-2025: diagnóstico*. Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica, 2004.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. «La persona y el derecho de la persona». En AAVV. *Derecho de la Persona* (DE PABLO CONTRERAS, P., Coord.). Madrid: Edisofer, 2016, 5ª edición.

MESA LAGO, C. *Las reformas de salud en América Latina y el Caribe: su impacto en los principios de la Seguridad Social*. Santiago de Chile: CEPAL, 2005.

QUESADA SEGURA, R. *Derechos fundamentales inespecíficos y Seguridad Social*. Ginebra: Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2001. http://academica.e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/10905/Rosa_Quesada.pdf?sequence=1

RODRÍGUEZ LARA, I. y RAMOS BOLAÑO, D.A. «Un recorrido de rango constitucional de la Seguridad Social en Latinoamérica». *En Revista Justicia*, 2010, núm. 18.

SÁENZ MADRIGAL, M.R. «Cobertura universal ¿sueño o utopía? El caso de Costa Rica». En *Revista Rupturas*, 2012, Jul-Dic.

VILAR RODRÍGUEZ, M. y PONS PONS, J. «La extensión del seguro de salud en Iberoamérica: una estrategia de política exterior del franquismo en la inmediata posguerra». En *Revista de Historia de la Medicina y la Ciencia*, 2015, núm. 67.