

## La diferente regulación de la pensión de orfandad en la ley de clases pasivas del Estado y en el régimen general de la Seguridad Social (Comentario al ATC 124/2020, de 21 de Octubre)

### The different legal regulation surrounding the orphan pension of passive classes of the State and in the general framework of Social Security (Comment to ATC 124/2020, of October 21)

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO

Profesora Titular de Derecho de la Trabajo y de la Seguridad Social, UCM

 <https://orcid.org/0000-0003-0383-293X>

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

Profesora Titular de Derecho de la Trabajo y de la Seguridad Social, UCM

 <https://orcid.org/0000-0002-9553-0930>

Cita sugerida: AGUILERA IZQUIERDO, R. y CRISTÓBAL RONCERO, R., "La diferente regulación de la pensión de orfandad en la ley de clases pasivas del Estado y en el régimen general de la Seguridad Social (Comentario al ATC 124/2020, de 21 de Octubre)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 28 (2021): 89-98.

#### Resumen

El Auto analiza una cuestión de inconstitucionalidad que deniega el reconocimiento del derecho a pensión de orfandad de un hijo, mayor de veintidós años, que no acredita su incapacidad para trabajar, ni discapacidad igual o superior al 33 por 100 ni tampoco carácter de huérfano absoluto, por el fallecimiento de su madre, empleada pública, en aplicación de lo establecido en el artículo 41 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de clases pasivas del Estado, por considerarlo vulnerador del principio de igualdad ante la ley en el art. 14 CE.

#### Abstract

The Order analyzes the issue of unconstitutionality surrounding the denial of the recognition of a child's right to an orphan's pension. This child was over the age of twenty-two years old, and did not prove their inability to work, or that they had a disability equal to or greater than 33 percent, or that they were an absolute orphan, due to the death of their mother, a public employee. The application of the provisions of article 41 of Royal Legislative Decree 670/1987, of April 30, which approved the revised text of the Passive State Law Class, considered them a violator of the principle of equality before the law in art. 14 CE.

#### Palabras clave

Pensión de orfandad; reconocimiento del derecho; principio de igualdad

#### Keywords

Orphan's pension; recognition of rights; principle of equality

## 1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL ATC 124/2020

El comentario de este Auto presenta una notable relevancia, pues coincide en el tiempo con la aprobación de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021 que suprime la diferencia de tratamiento entre la legislación de Seguridad Social y la vigente –en el momento de aprobación del Auto– en relación con el reconocimiento y duración de la pensión de orfandad. De forma, que la diferente regulación de la pensión de orfandad en la Ley de Clases Pasivas del Estado y en el Régimen General de la Seguridad, que reza el título de nuestro comentario y subyace en el espíritu del Tribunal Constitucional, queda superada por la nueva regulación otorgada por el legislador.

Hasta la entrada en vigor del Real Decreto ley 13/2010, de 3 de diciembre de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y el empleo, los funcionarios

públicos del Estado, al igual que el personal militar gozaban de un sistema de protección social diferenciado, que ha tratado, empero, de homogeneizarse al sistema de protección contemplado en el Régimen General de la Seguridad Social<sup>1</sup>.

Como bien es sabido, los funcionarios públicos españoles, dependiendo de la particular Administración Pública a la que se vinculan con ocasión de su ingreso al servicio del Estado, quedaban encuadrados, a efectos de protección social, bien en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Públicos (con su doble mecanismo de cobertura, el Régimen de Clases Pasivas y el Régimen del Mutualismo Administrativo), bien en el Régimen General de la Seguridad Social.

El Real Decreto Ley 13/2010 inicia el tránsito hacia “la integración de los funcionarios de nuevo ingreso en el Régimen General de la Seguridad Social (...) a los exclusivos efectos de Clases Pasivas, manteniéndose con el mismo alcance la acción protectora gestionada por las respectivas mutualidades de funcionarios. Esta progresiva homogeneización se produce con la inclusión en el RGSS de los funcionarios públicos y de otro personal de nuevo ingreso, llevada a cabo a partir de 1 de enero de 2011, por el Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre. En efecto, con esta medida se simplifican y armonizan los actuales sistemas de pensiones públicas (...)”, si bien el objetivo pretendido no se alcanza con la previsión contenida en su art. 20, que afecta exclusivamente a los funcionarios de nuevo ingreso partir del 1 de enero de 2011<sup>3</sup>.

Con posterioridad a esta fecha, la Ley de Clases Pasivas del Estado ha experimentado nuevos cambios en la regulación de las prestaciones de los funcionarios en aras a la progresiva homogeneización de sus regímenes de Seguridad Social. En efecto, el propósito del legislador de integrar a todos los funcionarios se presenta como una “meta a largo plazo”<sup>4</sup>, cuya consecución pasa por la supresión de las diferencias subsistentes entre regímenes, principalmente, en materia de cotización y acción protectora.

A pesar de las dificultades, esta tendencia integradora se mantiene y se ha ido manifestando en determinadas y concretas modificaciones en la regulación del Régimen de Clases Pasivas del Estado; si bien la diferencia entre la legislación de la Seguridad Social y la correspondiente a las Clases Pasivas del Estado<sup>5</sup>, en relación con el reconocimiento y duración de la pensión de orfandad, se ha visto suprimido gracias a la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2021.

En efecto, la disposición final sexta apartado tres LPGE 2021 otorga una nueva redacción al art. 41.2 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto

---

<sup>1</sup> Realidad que hacía atisbar una integración plena, lo que llevaría a la progresiva desaparición de los sistemas especiales ISFAS; MUFACE y MUGEJU, si bien parece que el legislador ha centrado sus esfuerzos en el mutualismo administrativo y en el Régimen de Clases Pasivas, como ya apunta RODRÍGUEZ CARDO, I. “sería deseable que el proceso de homogeneización fuera llevado a cabo al mismo ritmo en todas las parcelas, tanto mutualismo administrativo y Régimen de Clases Pasivas como mutualismos judicial y militar”, en “La progresiva homogeneización de los regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos: novedades en el primer semestre de 2009”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, 2009, núm 84, pág. 209.

<sup>2</sup> Y, en el contexto, en el que fue aprobada la norma “se incrementa el número de cotizantes a la Seguridad Social, y, en consecuencia, los ingresos de la Tesorería General de la Seguridad Social, lo que propiciará una mayor estabilidad del sistema público de protección social, mediante el establecimiento de un único sistema contributivo y de reparto de las pensiones” (Apartado IX, Exposición de Motivos RDL 13/2010).

<sup>3</sup> Repárese, no obstante, que el art. 20 ha sido expresado derogado por la Disposición derogatoria única. Derogación normativa 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.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I. “La progresiva homogeneización de los regímenes de Seguridad Social de los funcionarios públicos: novedades en el primer semestre de 2009”, cit., pág. 207.

<sup>5</sup> PANIZO ROBLES, A: “La Seguridad Social en los Presupuestos para 2021 (Comentarios a la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021), CEF, Laboral SOCIAL, en: <https://www.laboral-social.com/panizo-robles-en-abierto-analisis-contenido-ley-11-2020-presupuestos-generales-estado-2021.html>

refundido de Clases Pasivas del Estado, de modo que, manteniendo el límite general de 21 años, a efectos del reconocimiento o mantenimiento de la pensión de orfandad, en aquellos casos en los que el huérfano no realice un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propio o, cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al importe del salario mínimo interprofesional que se fija en cada momento, también en cómputo anual, se podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad, siempre que, a fecha de fallecimiento del causante, fuera menor de 25 años, a cuyo cumplimiento de edad se extinguirá la pensión<sup>6</sup>.

Con esta modificación legal se da un paso más en la convergencia entre regímenes, en el sentido recogido en el art. 10.4 *in fine* TRLGSS que promueve la tendencia a “la máxima homogeneidad con el Régimen General que permitan las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos regímenes”, así como también se siguen las orientaciones contenidas en la recomendación 4ª del nuevo Pacto de Toledo, que insiste en la necesidad de avanzar en la convergencia con las condiciones del Régimen General, evitando la existencia de discriminaciones, pero sin mermar los derechos adquiridos por los beneficiarios de dicho Régimen.

Ciertamente, las retenciones planteadas, incluso por los propios afectados –no referidas al reconocimiento de la prestación de orfandad objeto de nuestro comentario, sino a otras prestaciones y obligaciones– se han ido atenuando. Y esa meta “tan a largo plazo” está siendo alcanzada, de forma progresiva, mediante la supresión de las diferencias que, a lo largo de los años, se han mantenido entre los regímenes de Seguridad Social y de los Funcionarios Públicos.

\* \* \*

Pues bien, a pesar de la convergencia entre la legislación de Seguridad Social y la del Régimen de Clases Pasivas del Estado en orden el reconocimiento o mantenimiento de la pensión de orfandad establecida por la Disposición Final sexta de la LGPE 2021, pocas dudas presenta la argumentación que el Tribunal Constitucional realiza del supuesto que se plantea en el Auto 124/2020, de 21 de octubre, sobre si se ha vulnerado o no el derecho a la igualdad del art. 14 CE.

En efecto, esta resolución se ocupa de analizar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que ha de resolver un recurso contencioso administrativo contra la resolución la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas de 21 de marzo de 2019, que deniega el reconocimiento del derecho a pensión de orfandad.

El supuesto que se plantea es el de un hijo, mayor de veintidós años, que no acredita su incapacidad para trabajar, ni discapacidad igual o superior al 33 por 100 ni tampoco carácter de huérfano absoluto, y que solicita el reconocimiento del derecho a la pensión de orfandad por el fallecimiento de su madre, empleada pública, en aplicación de lo establecido en el artículo 41 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de clases pasivas del Estado, por considerarlo vulnerador del principio de igualdad ante la ley en el art. 14 CE.

No es la primera oportunidad en la que el Alto Tribunal se pronuncia sobre este asunto; ya se había ocupado de una cuestión idéntica, planteada por la hermana del ahora recurrente, impulsada por el mismo órgano judicial, respecto del mismo precepto legal. En esta ocasión, lo que hace el TC, para resolver la presente cuestión de inconstitucionalidad, es sintetizarlo razonado en su Auto 72/2020.

<sup>6</sup> Salvo que le pensionista estuviera cursando estudios, manteniéndose en este supuestos, al igual que sucede en los Regímenes de Seguridad Social, la percepción de la pensión de orfandad hasta el primer día del mes siguiente al inicio del siguiente curso académico, en PANIZO ROBLES, A: “La Seguridad Social en los Presupuestos para 2021”, en: <https://www.laboral-social.com/panizo-robles-en-abierto-analisis-contenido-ley-11-2020-presupuestos-generales-estado-2021.html>, cit., pág. 47.

## 2. SOBRE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La cuestión de inconstitucionalidad se funda en la diferente regulación legal de la pensión de orfandad según se trate de empleados públicos sometidos al régimen de Clases Pasivas o de empleados públicos sometidos al régimen de la Seguridad Social, régimen en el que quedan encuadrados todos los empleados públicos del Estado, entre ellos los Jueces y Magistrados, que hayan ingresado en la Carrera a partir del 1 de enero de 2011 en virtud de lo establecido en el Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre.

Se considera que el artículo 41 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, que es el aplicable al supuesto de hecho, vulnera el derecho a la igualdad ante la Ley consagrado en el artículo 14 CE, invocando como elemento de comparación la situación contemplada para los huérfanos simples del régimen general de Seguridad Social en idénticas circunstancias fácticas que la solicitante, consistentes en su condición de estudiante y carencia de trabajo e ingresos

El órgano judicial considera que el artículo 41 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril por el que se aprueba el texto refundido de Ley de clases pasivas del Estado, que es el aplicable al supuesto de hecho, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 CE, puesto que en una situación idéntica, el art. 224 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, habría conducido a reconocer el derecho a la pensión de orfandad.

En efecto, la regulación de la pensión de orfandad, en el momento del hecho causante, era diferente en el Régimen de clases pasivas del Estado y en el Régimen General de la Seguridad Social, como después expondremos. Es, precisamente, esta diferencia de trato entre un régimen y otro lo que origina la presente cuestión de inconstitucionalidad, en tanto que el causante se considera de peor derecho y entiende que se vulnera el principio de igualdad ex art. 14 CE en el acceso a su pensión de orfandad.

En todo caso, y a pesar del fondo de la cuestión de inconstitucionalidad, ni se discute que la causante estuviera encuadrada, hasta su fallecimiento, en el régimen de clases pasivas del Estado – por lo que le es aplicable el Real Decreto Legislativo 670/1987– ni tampoco que el recurrente tenía veintitrés años cuando su madre falleció –sin que concurren las circunstancias adicionales de padecer discapacidad o de ser huérfano de ambos padres–, lo que evidencia que la aplicación directa del art. 41 Real Decreto Legislativo 670/1987, que conlleva la denegación del solicitante del derecho a continuar percibiendo la pensión de orfandad concedida una vez cumpla los veintidós años de edad, se ajusta estricta y perfectamente a la norma legal aplicable al supuesto.

La cuestión cumple todos los requisitos procesales previstos en el art. 35 LOTC para poder ser admitida.

a) Así, en primer lugar, los preceptos cuestionados tienen rango legal: art. 41 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado y art. 224 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.

b) En segundo lugar, también se entiende cumplido el requisito de planteamiento de la cuestión en el momento procesal oportuno (art. 35.2 LOTC), toda vez que, según consta en los antecedentes de la sentencia, concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, se dictó la providencia de apertura del trámite de audiencia sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

c) En tercer lugar, se entiende cumplido el juicio de aplicabilidad y relevancia en relación con la norma cuestionada. El órgano judicial justifica en el auto de planteamiento que para resolver el recurso interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Costes de Personal y

Pensiones Públicas de 12 de abril de 2019 ha de aplicarse la ley que se cuestiona y que la aplicación de esta ley es determinante de la decisión que se adopte. Por lo que se refiere al denominado juicio de relevancia, esto es, el requisito relativo a la justificación de que la decisión del proceso a quo depende de la validez de la norma cuestionada (art. 35.2 LOTC), es indiscutible que, en el presente caso, el sentido del fallo del proceso a quo depende de la validez de la norma legal cuestionada, toda vez que las pretensiones de la demandante consistían precisamente en la reclamación de la percepción de una pensión de orfandad. El art. 41 del Real Decreto Legislativo 670/1987 constituye pues, inequívocamente, una disposición aplicable al caso y de cuya validez depende la resolución del proceso.

d) Por providencia de 11 de diciembre de 2019 el órgano judicial cuestionante otorgó audiencia a las partes sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad. En esta resolución se pone de manifiesto también el precepto constitucional que se considera vulnerado. Atendiendo a las alegaciones realizadas por las partes en este trámite de audiencia, puede considerarse que las mismas “han podido conocer los términos de la duda de constitucionalidad planteada así como expresar su criterio sobre ella a fin de poner a disposición del órgano judicial ‘un medio que le permita conocer, con rigor, la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso’ (STC 121/2010, de 29 de noviembre, FJ 4)” [STC 50/2015, de 5 de marzo, FJ 2].

Por lo tanto, puede decirse que procesalmente la cuestión de inconstitucionalidad cumple todos los requisitos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que la cuestión puede ser notoriamente infundada, y, por ello, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 37.1 LOTC por providencia de 21 de julio de 2020 acordó oír a la fiscal general del Estado para que en el plazo de diez días alegase lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad.

La Fiscal General del Estado, mediante escrito de 23 de septiembre de 2020, interesa la inadmisión de la cuestión por considerarla notoriamente infundada, reproduciendo los argumentos de su informe presentados en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 628-2020 en que se dictó el ATC 72/2020. En síntesis, la Fiscal General del Estado considera que las situaciones subjetivas que han sido traídas a comparación no son homogéneas o equiparables y que en virtud de la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, la falta de identidad en el nivel de protección no constituye un imperativo jurídico ni vulnera el principio de igualdad.

### **3. CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

#### **3.1. Cuestión “notoriamente infundada”**

Antes de adentrarnos en el análisis de las razones que llevan al Tribunal Constitucional a rechazar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, es necesario recordar que conforme a lo dispuesto en el art. 37.1 LOTC, el Tribunal Constitucional puede rechazar en trámite de admisión y mediante Auto, previa audiencia al Fiscal General del Estado, aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que fueren notoriamente infundadas, en el significado que la reiterada doctrina del Tribunal viene dando al concepto de “cuestión notoriamente infundada”.

Se trata, en efecto, de un concepto que, como el propio Tribunal Constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones, encierra un cierto grado de indefinición, el cual se traduce procesalmente en la necesidad de otorgar al Tribunal Constitucional un determinado margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, de modo que existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte

arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de otros procesos en los que resulta aplicable la norma cuestionada (entre otros muchos, AATC 389/1990, de 29 de octubre, FJ 1; 134/1995, de 9 de mayo, FJ 2; 380/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 229/1999, de 28 de septiembre, FJ 2; 119/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 46/2001, de 27 de febrero, FJ 2; 269/2003, de 15 de julio, FJ 2; 63/2004, de 24 de febrero, FJ 2; 306/2008, de 7 de octubre, FJ 3; 30/2009, de 27 de enero, FJ 4; y 54/2010, de 19 de mayo, FJ 3).

Pues bien, la presente cuestión de inconstitucionalidad es inadmitida al considerarla el Tribunal Constitucional notoriamente infundada. El Tribunal se remite a lo razonado íntegramente en el ATC 72/2020, de 14 de julio, que resuelve una cuestión idéntica, planteada por el mismo órgano judicial, respecto el mismo precepto legal en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la hermana del ahora recurrente. De este modo, en el Auto aquí comentado el Tribunal Constitucional lo que hace es sintetizar lo razonado en esencia en el ATC 72/2020.

### 3.2. Términos de comparación

El órgano judicial proponente de la cuestión de inconstitucionalidad compara el art. 41 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, relativo a las condiciones de acceso a la pensión de orfandad, con el art. 224 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), que regula la pensión de orfandad en el régimen general de la Seguridad Social.

Como ya hemos señalado, de acuerdo con el art. 224.2 TRLGSS, los hijos del causante menores de 25 años que no efectúen un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o que realizándolo perciban ingresos inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente del salario mínimo interprofesional, podrán ser beneficiarios de la pensión de orfandad. Esta previsión, sin embargo, no se contiene en la Ley de Clases Pasivas del Estado en la redacción vigente del art. 41 del RDLg 670/1987 en el momento del hecho causante. Así, según dicha norma, podrán ser beneficiarios de la pensión de orfandad los menores de 22 años siempre que no realicen un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o cuando realizándolo, los ingresos que obtengan en cómputo anual resulten inferiores al importe del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual. La edad se amplía hasta los 24 años si no sobreviviera ninguno de los padres o el huérfano presentara una discapacidad igual o superior al 33 por 100.

La regulación de los sujetos beneficiarios de la pensión de orfandad ha sufrido a lo largo de los años numerosos cambios tanto en el régimen general de la Seguridad Social como en el régimen de clases pasivas<sup>7</sup>.

En efecto, en el régimen general de la Seguridad Social inicialmente sólo tenían derecho a la pensión de orfandad los hijos del causante menores de 18 años o incapacitados para el trabajo. El art. 10.1 de la Ley 24/1997, de 5 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, modificó esta regulación, de tal manera que se reconoció el derecho a ser beneficiario de la pensión de orfandad a los hijos del causante que no efectuaran un trabajo lucrativo y que al fallecer el causante fueran menores de 21 años o 23 años si no sobreviviera ninguno de los padres. El art. 46 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, volvió a modificar la norma para reconocer el derecho a la pensión de orfandad a los menores de 21 años, aunque realicen un trabajo por cuenta propia o ajena, siempre y cuando los

<sup>7</sup> En efecto, las reformas normativas realizadas hasta el momento buscaban como objetivo único mejorar el insuficiente nivel de protección. No obstante, las últimas “han avanzado en la evidenciada necesidad de tomar nota de la evolución de las estructuras sociales y familiares de nuestro país”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 13ª ed., Ed. Tecnos, 2017, pág. 380.

ingresos que obtengan en cómputo anual resulten inferiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento.

Por su parte, el art. 34.8 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, amplió la edad de 21 a 22 años y la de huérfano absoluto de los 23 a los 24 años. El art. 5.6 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, volvió a modificar los requisitos para ser beneficiario de la pensión de orfandad y amplió los ingresos que se obtengan por los menores de 22 años, o 24 si no sobreviviera ninguno de los padres, del 75 por 100 del salario mínimo interprofesional al 100 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente en cómputo anual. Finalmente, la disposición adicional 1.1 de la Ley 27/2011, de 11 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, modificó la norma en los términos recogidos actualmente, de manera que, como regla general, se reconoce el derecho a la pensión de orfandad a los menores de 21 años, independientemente de si realizan o no un trabajo por cuenta propia o ajena, y a los incapacitados para el trabajo. El derecho a la pensión de orfandad se podrá ampliar hasta los 25 años si el hijo del causante no efectúa 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.

La regulación de la pensión de orfandad en la Ley de Clases Pasivas del Estado también ha sufrido numerosas modificaciones. Así, inicialmente, podemos decir que la regulación en la Ley de Clases Pasivas del Estado era más favorable que en el Régimen General pues se reconocía el derecho a la pensión de orfandad a los hijos del causante de los derechos pasivos que fueran menores de veintidós años o que, siendo mayores de dicha edad, estuvieran incapacitados para todo trabajo desde antes de cumplirla y tuvieran derecho al beneficio de la justicia gratuita. El art. 49.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, amplió la edad a los 23 años pero sólo para el supuesto de que no sobreviviera ninguno de los padres. El art. 55.4 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificó la norma en el sentido de reconocer el derecho a la pensión de orfandad a los menores de 22 años siempre que no realicen un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual. Si no sobreviviera ninguno de los padres la pensión de orfandad se podrá percibir hasta los 24 años. Posteriormente, el precepto ha sufrido alguna otra modificación pero que no afecta al asunto aquí planteado.

Finalmente, la disposición final 6.3 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, ha modificado la redacción del apartado 2 del art. 41 de la Ley de Clases Pasivas del Estado y lo ha hecho para recoger la misma previsión contenida en la Ley General de Seguridad Social<sup>8</sup>. De esta manera, desde el 1 de enero de 2021 no hay diferencia en las condiciones de acceso al derecho a la pensión de orfandad en el régimen general de la Seguridad Social y en el régimen de clases pasivas: la pensión de orfandad podrá percibirse hasta los 25 años de edad siempre y cuando el huérfano no realice un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al importe del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual.

Ahora bien, aunque las diferencias entre uno y otro régimen han desaparecido actualmente, el problema que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad aquí comentada es si la diferencia que

<sup>8</sup> Se tiende hacia la integración y armonización del Régimen General de la Seguridad Social y del Régimen de Clases Pasivas del Estado, considerando que “la cobertura de Seguridad Social debería ser una y la misma, extendiendo su protección a toda la población sin distinciones”, en MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 41ª ed., Ed. Tecnos, 2020, pág. 751.

ha venido existiendo en el acceso a la pensión de orfandad en uno y otro régimen vulnera o no el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 14 CE.

### **3.3. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en materia de Seguridad Social**

Son varias las razones que llevan al Tribunal Constitucional a entender que tal vulneración no existe, todas ellas basadas en reiterada jurisprudencia sobre la materia.

Así, en primer lugar, hay que tener en cuenta que como tiene declarado el Tribunal Constitucional desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CE, "el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos" (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, por todas).

A la vista del término de comparación que ante la jurisdicción constitucional propone el Auto de planteamiento de la cuestión, hay que tener en cuenta, como señaló la STC 88/2005, de 18 de abril, FJ 5 "que no son términos homogéneos de comparación, a efectos de lo dispuesto en el art. 14 CE, regímenes de la Seguridad Social distintos (SSTC 103/1984, de 12 de noviembre, FJ 4; 173/1988, de 3 de octubre, FJ 2; 184/1993, de 31 de mayo, FJ 2). El art. 14 CE no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre los diversos regímenes que integran la Seguridad Social, pues la articulación de los mismos se justifica en las peculiaridades socioeconómicas o productivas que están presentes". En efecto, "las diferencias de trato que se producen por aplicación de regímenes jurídicos distintos encuentran justificación en el distinto ámbito objetivo y subjetivo que cada uno de ellos regulan y, por tanto, también, en principio, la pertenencia a órdenes normativos distintos constituye, por sí misma, causa justificativa de la diferencia de trato" (STC 39/1992, de 30 de marzo, FJ 8).

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha considerado que "un problema de diferenciación del régimen jurídico que a efectos de Seguridad Social existe entre los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores autónomos sólo podría discutirse, desde la perspectiva del principio de igualdad, poniendo en cuestión no los contenidos diversos de las normas que en uno y otro régimen –general y especial– se incardinan, sino el principio mismo de articulación de la materia entre un régimen general y diversos regímenes especiales [apartados a) y b) del artículo 9.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social].

Tal controversia sobre uno de los principios estructurales a partir de los que hoy se organiza nuestro sistema de Seguridad Social no es, sin perjuicio de otras consideraciones, admisible teniendo en cuenta que la diversificación entre regímenes general y especiales de la Seguridad Social –se valore del modo que sea en términos de política legislativa– se ha introducido por el

legislador sin proceder a diferenciar entre lo que antes de su acción estaba sujeto a un hipotético régimen común, sino ordenando de modo peculiar situaciones jurídicamente diversas y relativas, en este caso, al tipo de actividad laboral desarrollada por los afiliados al sistema (trabajo por cuenta ajena o autónomo)” [STC 88/2005, de 18 de abril, FJ 5].

El Tribunal Constitucional ha igualmente recordado que la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos “puede ser un objetivo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo constitucional (SSTC 103/1984, de 12 de noviembre, FJ 4; y 27/1988, de 23 de febrero, FJ 5). Aunque existe una tendencia en el plano legal a la equiparación de los distintos regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, corresponde al propio legislador llevar a cabo la culminación de este proceso, en el que el Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto de la institución, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 38/1995, de 13 de febrero, FJ 2)” (STC 88/2005, de 18 de abril, FJ 5 y más recientemente ATC 146/2012, de 16 de julio, FJ 4).

### **3.4. Aplicación de la doctrina constitucional al caso planteado**

Pues bien, partiendo de esta clara jurisprudencia constitucional el Auto comentado llega a la conclusión de que en el presente caso no se dan parámetros homogéneos para verificar la pertinente comparación y correlativa aplicación por igual de la prestación discutida. Estamos ante distintos regímenes, cada uno con su propia normativa, y esto justifica el diferente tratamiento en materia de prestaciones.

El órgano judicial proponente ofrece un término de comparación que no resulta idóneo. Ciertamente, los beneficiarios de la pensión de orfandad han estado regulados, como hemos señalado, de una manera diferente en uno y otro régimen. En el momento del hecho causante la regulación prevista en la LGSS resultaba más favorable, sin embargo, por ejemplo, en el año 1987 la situación era contraria, de manera que la regulación de la Ley de Clases Pasivas era más favorable para los beneficiarios al reconocer el derecho a la pensión de orfandad a los menores de 21 años cuando la LGSS entonces vigente sólo lo reconocía a los menores de 18 años. En todo caso, como también ha señalado el Tribunal Constitucional, la consideración de los términos comparativos entre regímenes diversos habría de hacerse, en su conjunto y no por las consecuencias individualizadas, más o menos beneficiosas, que en cada caso tenga la aplicación de uno y otro régimen (ATC 42/1990, de 29 de enero, FJ 2).

Por tanto, cabe concluir que de conformidad con la doctrina previa del Tribunal no es posible alegar discriminación como resultado de la comparación de regímenes distintos de Seguridad Social, dado que no son términos homogéneos. Se trata de la articulación legal de diferentes “sistemas de protección”, caracterizados por sus propios principios configuradores, que justifican y determinan su diverso alcance protector, también en cuanto a la determinación legal de los sujetos a los que se extiende la cobertura del sistema, que se inscriben dentro del amplio margen de configuración legal de que goza el legislador, sin que por tal motivo pueda advertirse incompatibilidad con el derecho a la igualdad proclamado por el art. 14 CE.

### **3.5. El encuadramiento del personal al servicio de la administración de justicia en diferentes regímenes de protección social**

Podría haberse planteado por el órgano judicial proponente de la cuestión, desde la perspectiva del principio de igualdad, no la diferencia del régimen jurídico que existe entre los beneficiarios de la pensión de orfandad en el régimen general y en el régimen de clases pasivas, sino la articulación del sistema de protección social de los jueces, que aun realizando la misma función, son encuadrados en regímenes de protección diferentes. La diferencia de régimen jurídico aplicable responde a razones temporales: el momento de acceso a la carrera judicial.

En efecto, la modificación del sistema que se produce en 2011 supuso la inclusión de aquellos jueces que accedían en la carrera a partir de entonces en el régimen general de la Seguridad Social, manteniendo, sin embargo, a los que ya estuviesen en la misma en el régimen de clases pasivas. El art. 20 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, incluyó en el régimen general de la Seguridad Social, con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, a los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia siempre que el acceso a la condición de que se trate se produzca a partir de aquélla fecha.

Como ya hemos señalado, para apreciar una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley debe partirse de la homogeneidad o identidad del término de comparación utilizado. Lo propio del juicio de igualdad, es “su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas” y, de otro, que “las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso”. Solo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (SSTC 205/2011, de 15 de diciembre, FJ 3, y 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 7).

En este caso, estaríamos ante una diferencia de trato entre un determinado colectivo, el colectivo de jueces o más en concreto, de funcionarios de la Administración de Justicia. Sin embargo, la diferencia de trato, a nuestro juicio, no carece de explicación, sino que responde a una diferenciación por razones temporales que se aplica por igual a todos los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia.

Es cierto que existe una diferencia de trato al quedar incluidos unos en el régimen general de la seguridad social y otros en el régimen de clases pasivas, pero el diferente trato se establece en función de una circunstancia de ámbito temporal y las diferencias que derivan de esa circunstancia están justificadas. Su ámbito de aplicación es el mismo, todo el conjunto de funcionarios de carrera de la Administración de Justicia, sin que se desprendan diferencias con respecto al ámbito posible de sus destinatarios, más allá de la temporal. Por ello, a nuestro entender, aunque la cuestión se hubiera planteado desde esta perspectiva tampoco se hubiera vulnerado el derecho a la igualdad del art. 14 CE.