

LAS PENSIONES DE ORFANDAD EN EL RÉGIMEN DE LAS CLASES PASIVAS MILITARES

Angel GARCÍA BELDA
Teniente Coronel Auditor

Independientemente de la tradicional clasificación de los haberes pasivos en «ordinarios» (que no derivan de accidente en el servicio o de enfermedad profesional), «extraordinarios» (en los que el hecho causante se ha producido por accidente o enfermedad ocasionados en acto de servicio o como consecuencia del mismo) y «excepcionales» o «especiales» (reconocidos, en favor de personas determinadas o por concurrir circunstancias específicas, por disposiciones concretas, distintas de las disposiciones generales vigentes en la materia), las prestaciones del Régimen de Clases Pasivas Militares —ámbito al que se reduce el presente estudio, sin afectar, por tanto, a la esfera de los Funcionarios Civiles del Estado— pueden también agruparse en dos categorías fundamentales:

a) Aquellas que el funcionario militar genera para sí mismo con carácter vitalicio, al pasar a retiro o situación equiparable a efectos pasivos (1) denominadas «pensiones de retiro», y

(1) El artículo 6 del Real Decreto 1385/90, de 8 de noviembre, de situaciones militares, dispone que la pérdida de la condición de militar de carrera por alguna de las causas contempladas en su artículo 3º, no privará de los derechos pasivos que hasta ese momento pudieran haberse adquirido para sí o los familiares, de acuerdo con la Legislación de Clases Pasivas; principio reconocido, respecto al personal separado del servicio o con pérdida de empleo, entre otras disposiciones, en el artículo 94 (con las modificaciones introducidas por la Disposición Derogatoria Primera 1.ª del R.D. Legislativo 670/87) del Estatuto de Clases Pasivas (si bien, la Orden de 25 de julio de 1935 exigía, como requisito formal e imprescindible para el señalamiento de haberes pasivos, el previo pase a retirado del interesado), en el artículo 12.2 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado (con idéntica exigencia de pase a retirado) y en el artículo 18 del Reglamento para su aplicación, en el artículo 64 de la Ley Orgánica 12/85, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas, en el artículo 30 de la Ley Orgánica 13/85, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar (y, anteriormente, en el artículo 223 del hoy derogado Código de Justicia Militar según la redacción dada por la Ley Orgánica 9/80, de 6 de noviembre), en los artículos 10 y 3.1.ª del Real Decreto Legislativo 670/87, y

b) Aquellas otras que causa, no en vida, sino con su muerte (con la que se produce la extinción de su personalidad con arreglo al art. 32 del Código Civil) o presunción legal de fallecimiento, en favor de aquellas personas que se alimentaban a su cargo y que con su óbito han quedado privadas de tal asistencia, prestaciones tendentes a paliar en lo posible la disminución de ingresos económicos sufrida, y que constituyen las denominadas «pensiones familiares», que pueden ser de viudedad (reconocidas en favor de quien sea o haya sido su cónyuge legítimo), de orfandad (en beneficio de sus hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos) y, por último, en favor de los padres (con igual relación paterno-filial).

Vamos a tratar, a continuación, de algunos aspectos relativos a las pensiones de orfandad generadas por el personal militar, cuyo tratamiento legal ha sufrido significativas variaciones en el transcurso de los años, de modo acorde con la evolución legislativa general operada en España en los últimos tiempos.

La génesis histórica de su regulación ha sido, en esencia, la siguiente:

En el *Estatuto de las Clases Pasivas del Estado* (2), aprobado por Real Decreto de 22 de octubre de 1926 y convalidado por Ley de 9 de septiembre de 1931 (3), las pensiones de orfandad no se perfilan como haberes pasivos con entidad totalmente autónoma de las pensiones de viudedad y situadas en un mismo plano, sino que se establece una, podríamos llamar, «cadena sucesora» entre las distintas prestaciones familiares antes reseñadas (viudedad, orfandad y padres), de tal forma que sólo ante la ausencia del anterior, podía reconocerse el derecho al escalón pasivo siguiente.

Disposición Adicional Tercera punto 1 del mismo Texto Refundido, en la que se equipara al retiro voluntario el referido en el artículo 5º del Real Decreto Ley 10/77, y al retiro forzoso la pérdida de empleo y la separación del servicio. Por otra parte, el artículo 172 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, prohíbe la privación, al funcionario militar, de los derechos pasivos que legalmente pudieran corresponderle.

(2) En cuanto a los funcionarios militares, el Estatuto de Clases Pasivas resulta de aplicación a los ingresados con posterioridad al 1 de enero de 1919 (o ingresados con anterioridad, siempre que se hallaren prestando servicio activo, o reingresaran el 1 de enero de 1927) y hayan pasado a retirados, o fallecido, antes del 1 de enero de 1967 (art. 12.1. de la Ley 112/66, y art. 1º y Disposición Transitoria Quinta punto 1 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado).

(3) Que lo ratificó, con fuerza de Ley desde el primer momento de su vigencia juntamente con el Reglamento para su ejecución de 21 de noviembre de 1927, disposiciones complementarias, y Real Decreto de 22 de enero de 1924.

Así, de conformidad con lo prevenido en los artículos 82 a 84, según la redacción dada a los mismos por la Ley 193/64, de 24 de diciembre, podrían destacarse las siguientes reglas básicas reguladoras, en dicho Estatuto, de las pensiones que tratamos:

a) Si el causante fallece en estado de casado sin dejar hijos de matrimonio anterior con aptitud para percibir pensión, «la viuda tendrá derecho a la pensión íntegra», y sólo si existieran tales hijos de un anterior matrimonio del finado, la pensión podrá dividirse entre éstos y la cónyuge supérstite del causante (4).

(4) La cuantía de las pensiones familiares (viudedad, orfandad y en favor de los padres), son, en el Estatuto de Clases Pasivas del Estado, las siguientes:

I. PENSIONES ORDINARIAS:

1. Para empleados públicos militares ingresados antes del 1 de enero de 1919 y que se hallen en servicio activo el 1 de enero de 1927 o que vuelvan al mismo con posterioridad a dicha fecha:

a) Si hubieren prestado 10 años de servicios efectivos al Estado, causarán pensión, con carácter vitalicio, del 25% del sueldo regulador consolidado conforme a los artículos 18 y 19.

b) Si no hubieran completado tales 10 años, pero contasen al menos con 1 año de servicios efectivos y hubieran consolidado un sueldo regulador, causarán pensión temporal, por un número igual de servicios abonables, del 25% de dicho sueldo regulador (art. 15, redactado conforme a la Ley 129/62, de 24 de diciembre).

2. Ingresados a partir del 1 de enero de 1919:

A) Pensiones mínimas, conforme al artículo 21.3.:

a) Si hubieren prestado menos de 20 años de servicios efectivos pero consolidado un sueldo regulador conforme a los artículos 25 a 29 (con un mínimo siempre de un año de servicios efectivos), causarán pensión temporal del 15% del regulador (art. 38).

b) Si hubieren completado 20 años, causarán pensión vitalicia del 15% del regulador (art. 39).

B) Si hubieren cotizado derechos pasivos máximos con arreglo a los artículos 41 y 42:

a) Caso de haber completado 10 años de servicios efectivos, causarán, como pensión el 25% del sueldo regulador contemplado en los artículos 25 al 29, con carácter vitalicio.

b) Si no hubieren completado dichos 10 años (con un mínimo de 1), pero hubieren consolidado sueldo regulador, causarán pensión temporal del 25% de dicho regulador, por un número de años igual al de servicios abonables (art. 47).

Hay que hacer constar, sin embargo, que la Ley 19/74, de 27 de junio, de mejoras de Clases Pasivas del Estado, en su artículo 1º elevó al 40 ó 30% de la base o sueldo regulador, las pensiones de viudedad y en favor de los padres que en el Estatuto de Clases Pasivas se fijaban en el 25 ó 15% respectivamente, además de establecer otras indemnizaciones, ayudas y subsidios.

Igualmente, las pensiones temporales se encuentran hoy transformadas en vitalicias, merced al artículo 57 de la Ley 37/88, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, dictándose las reglas oportunas para dicha transformación en el artículo 14 del Real Decreto 198/89, de 27 de febrero.

II. PENSIONES EXTRAORDINARIAS:

a) Su porcentaje varía entre el 100% y el 80% del sueldo regulador, según que el fallecimiento, ocurrido en acto de servicio o a consecuencia del mismo, encaje en los diferentes supuestos fácticos que se contemplan en los artículos 66 a 68 del Estatuto, según la redacción dada por la Ley 58/60, de 22 de diciembre.

b) Si al causante se le hubiese reconocido, en vida, pensión extraordinaria de retiro, la cuantía de la pensión familiar será del 25% del sueldo que se hallase disfrutando el causante en el momento del óbito (art. 69).

c) No se exige período mínimo de carencia para causar las pensiones extraordinarias de orfandad, ni para ninguna otra pensión familiar.

b) La viuda ve, sin embargo, acrecentada su pensión por cada hijo menor a su cargo, y, a tal efecto, el apartado 2 del artículo primero de la Ley 19/74, estableció (con independencia de los aumentos del porcentaje regulador para la pensión de viudedad contenidos en su número primero) el incremento de «un 6% de la base o sueldo regulador por cada hijo del causante, legalmente a cargo de la viuda, soltero, menor de 23 años o que esté incapacitado, sin que en ningún caso el total de la pensión pueda ser superior al 80% de la expresada base o sueldo».

c) Sólo si el causante fallece sin dejar viuda, o ésta muere, contrae nuevo matrimonio, o queda excluida de la pensión por delito de adulterio o conducta públicamente inmoral, adquiere virtualidad la pensión de orfandad, con carácter propio e independiente. La pensión familiar sufre, en los mismos porcentajes que la pensión de viudedad (5), una transmisión en favor de los hijos del finado, adquiriendo éstos el derecho a su reconocimiento, en régimen de coparticipación.

d) Sin embargo, en el diseño legal llevado a cabo por el Estatuto de Clases Pasivas para la regulación de las pensiones de orfandad, existían unas claras discriminaciones, por razón de filiación y de sexo, entre los huérfanos beneficiarios, ya que:

—Los hijos naturales legalmente reconocidos, los adoptivos con adopción plena (siempre que el causante hubiera sobrevivido, al menos, dos años a partir de la fecha de la adopción), y los legitimados por concesión (equiparados, todos ellos, a efectos pasivos), percibían menor pensión que la que correspondía a los hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, puesto que, si, como hijos de anterior matrimonio, simultaneaban su pensión con la de la viuda del causante, el primer grupo percibía, tan sólo, la tercera parte de la pensión familiar, mientras que los segundos percibían la mitad (art. 82, párrafo tercero); y si coparticipaban con hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio en el disfrute de la pensión, a éstos correspondía doble cuantía

Hay que subrayar también que los porcentajes de las pensiones extraordinarias de viudedad se elevaron al 200% de la base reguladora, por Ley 9/77, de 4 de enero, artículo 1º, aplicándose también dicho aumento a las pensiones extraordinarias de orfandad, según su artículo 2º, en tanto existiera algún beneficiario menor de 23 años, o mayor de dicha edad que desde antes de cumplirla se hallare imposibilitado para atender a su subsistencia.

(5) Los mencionados porcentajes se elevarán, sin embargo, en las pensiones ordinarias de orfandad, al 30 ó 40%, caso de que el huérfano o la huérfana se encuentren imposibilitados para atender a su subsistencia desde antes de los 23 años y sean, además, pobres en sentido legal (art. 1º, apartado 3 de la Ley 19/74, en relación con el apartado 1º del mismo artículo), y, como se acaba de exponer en la nota anterior, al 200% en las pensiones de orfandad extraordinarias, con las condiciones anteriormente descritas (Ley 9/77).

que a los naturales reconocidos, a los adoptados y a los legitimados por concesión. Si coparticipaban tan sólo hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, el haber pasivo se dividía entre ellos a partes iguales (art. 82, párrafos 4º y 5º; y art. 83, párrafos 5º y 6º).

—A los hijos ilegítimos en quienes no concurriera la condición legal de naturales y los adoptados por adopción simple, no les asistía derecho al reconocimiento de pensión de orfandad.

— Los huérfanos varones disfrutaban de aptitud legal para el percibo de pensión de orfandad hasta que cumplían los 23 años (a no ser que se hallasen imposibilitados para atender a su subsistencia desde antes de dicha edad y fueran, además, pobres en concepto legal) (art. 83 párrafo 2º y 84 párrafo 1º) (6). Por el contrario, las huérfanas no se hallaban sujetas a límite de edad alguno para la percepción de su haber pasivo, mientras conservasen el estado civil de solteras o viudas (art. 83. 2º), perdiendo la aptitud legal al contraer matrimonio (art. 84, párrafo 2º), pero pudiéndose rehabilitar en el cobro de la pensión al enviudar (art. 83, párrafo 3º). No obstante, y conforme al párrafo 3º del artículo 84, las pensiones de orfandad causadas por militares ingresados en el servicio a partir del 28 de diciembre de 1959, dejarán de abonarse cuando sus beneficiarios, ya sean de uno u otro sexo, cumplan la edad de 23 años, salvo que con anterioridad acreditasen su imposibilidad para ganarse el sustento, y fuera pobres en sentido legal.

Las discriminaciones apuntadas deben entenderse abolidas como contrarias a los principios de igualdad consagrados en los artículos 14 y 39 de la Constitución, siendo ello ratificado por la Ley 11/81, de 13 de mayo, por lo que deben entenderse suprimidas «sin necesidad de modificar la normativa referente a Clases Pasivas», como afirman las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo y 28 de noviembre de 1983. No obstante ello, han sido expresamente derogadas por la Disposición de esta naturaleza primera, 1.c) del Real Decreto Legislativo 670/87 rigiendo hoy, en la materia, el principio de igualdad jurídica que, en base a las prescripciones del artículo 41.1. del citado Texto Refundido de 1987, equipara a los varones y a las hembras, fijando el límite común para ambos de 21 años como tope para la percepción de las pensiones de orfandad; abarca tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial y la adoptiva, percibiéndose siempre la pensión, caso de coparticipación, a partes iguales (art. 83, párrafo 1º según su actual redacción); impide toda rehabilitación después de haberse contraído matrimonio (art. 84, redactado también conforme

(6) Los procedimientos para la instrucción de las informaciones de pobreza y forma de justificar la imposibilidad de los huérfanos para ganarse el sustento, se regulan en los artículos 132 a 146 del Reglamento para aplicación del Estatuto de Clases Pasivas, aprobado por Real Decreto de 21 de noviembre de 1927.

a La Disposición Derogatoria Primera 1 c) del Real Decreto Legislativo 670/87); y se ha regulado también el sistema de incompatibilidades con criterio igualitario, como posteriormente veremos al procederse al estudio de la Ley 50/84 y Real Decreto Legislativo 670/87.

Sin embargo, continúa plenamente vigente la imposibilidad reseñada de que se proceda al reconocimiento de haber pasivo de orfandad, mientras la pensión familiar se hallare ocupada por la viuda del causante.

e) Asimismo, existía discriminación por razón del sexo, no sólo respecto a los posibles beneficiarios, sino también en cuanto al causante para la generación de las pensiones de orfandad, ya que, conforme al artículo 89 del Estatuto de Clases Pasivas (conforme a la Ley 193/64, repetimos), la mujer no podía legar dicha pensión mientras viviera el padre, a no ser que éste se hallare imposibilitado para atender a la subsistencia de los hijos y, además, fuere pobre en sentido legal, o que los hubiere abandonado, o que hubiese sido condenado a pena de privación de libertad por más de un año, debiendo cesar en todo caso, el abono de la pensión de orfandad cuando desaparecieran tales circunstancias que habían permitido su reconocimiento. Esta desigualdad de nula influencia práctica, en aquella época, en cuanto al personal militar, ha resultado, asimismo, expresamente suprimida, por la Disposición Derogatoria Primera 1 c) del Real Decreto Legislativo 670/87, que ha derogado el referido artículo 89, y hoy la mujer puede causar los mismos derechos pasivos que el varón.

f) Por último, también se exigía la condición de español como requisito indispensable para causar y percibir las pensiones de orfandad (art. 90), lo que contravenía, asimismo, el principio constitucional de igualdad, debiendo, por tanto, estimarse derogada dicha exigencia desde la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, habiendo sido ello ratificado, expresamente, por el artículo 39 de la Ley 50/84 y artículos 24 y 56 del Real Decreto Legislativo 670/87, como analizaremos en su momento.

II

La Ley 112/66, de 28 de diciembre, que entró en vigor el día 1 de enero de 1967 (conforme a su Disposición Final Primera), resultando de aplicación a las pensiones causadas desde esa fecha por los militares o asimilados en activo a los que hubieran sido de aplicación sus respectivas Leyes de Retribuciones (números 113 y 95 de 1966, 19/70, 32/75 y Real Decreto 64/77), no representó variación alguna sustancial respecto al régimen legal anteriormente descrito de las pensiones de orfandad, continuando en vigor el aludido «sistema de sucesión» en las pensiones familiares, y la reforma afectó, tan sólo, al requisito del

tiempo de servicio para legar tales pensiones ordinarias (exigiéndose en el apartado dos de su art. 5º que «el personal fallecido haya completado, como mínimo, dos trienios, requisito éste que no será exigible cuando el fallecimiento se haya producido dentro de los seis primeros años de servicio ininterrumpido»), y estableciéndose la cuantía de las mismas en un único 25% de la base reguladora establecida de acuerdo con los criterios contenidos en su artículo 2º (art. 5º, párrafo 3) (7).

Por lo que se refiere a las pensiones extraordinarias de orfandad, no se exigía, tampoco, tiempo mínimo de carencia, y su cuantía se cifró en el 100% de dicha base reguladora (8).

III

El *Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Armada* (9) (aprobado por Decreto nº 1211/72, de 13 de abril, en cumplimiento del precepto contenido en la Disposición Final Tercera de la anteriormente citada Ley 112/66, que ordenaba al Ministro de Hacienda su presentación al Gobierno, «a iniciativa de los Ministros del Ejército, Marina, Aire y Gobernación, coordinados en el Alto Estado Mayor»), no representó tampoco novedad fundamental alguna en el sistema legal básico de las pensiones de orfandad.

Continúa incólume la «cadena sucesoria» en las pensiones familiares y, en consecuencia, conforme a la redacción de su articulado, anterior a las modificaciones introducidas por la Disposición Derogativa Primera, 1 b) del Real Decreto Legislativo 670/87, podemos destacar como aspectos fundamentales originarios de su regulación, los siguientes:

a) Al fallecimiento del causante, «la viuda tendrá derecho a la pensión íntegra (art. 31.1.A), salvo que existan hijos de matrimonio anterior, en cuyo caso se dividirá la pensión (art. 31.1.B), con derecho a acrecer entre los hermanos (art. 31.5). Caso de perder la aptitud todas ellas, la viuda pasará a percibir la pensión íntegra (art. 31.5), aunque existieren hijos de la misma con aptitud legal. También resultan aquí de aplicación las prescripciones de la Ley 19/74, antes descritas, respecto a la mejora de la pensión de viudedad por hijos menores o incapacitados.

(7) A este porcentaje resultan igualmente de aplicación las mejoras previstas en el artículo 1º de la Ley 19/74.

(8) Idem, los aumentos previstos en la Ley 9/77, de 4 de enero.

(9) Su ámbito de aplicación se extiende al personal militar o asimilado retirado o fallecido entre el 1 de enero de 1967 y el 31 de diciembre de 1984, conforme a su artículo 1º.1 y al artículo 3º.2.a) del Real Decreto Legislativo 670/87.

b) Sólo se generaba pensión de orfandad en sí misma, cuando el causante moría sin dejar viuda, o ésta fallecía, o contraía nuevo matrimonio (arts. 31.1.E y 31.2), o era declarada en ausencia legal (arts. 28.2 y 31.2), o privada de la pensión por delito de adulterio, pérdida de la patria potestad, desheredación o conducta pública inmoral (art. 32.2 y 3), causas de exclusión todas ellas hoy también abolidas (al igual que las del Estatuto de Clases Pasivas del Estado) por el Real Decreto Legislativo 670/87, en su Disposición Derogatoria Primera, punto 1.

c) Una vez causada la pensión de orfandad, subsistían, no obstante, las discriminaciones entre los huérfanos por razón de sexo y filiación, efectuándose la misma equiparación que realizaba el Estatuto de Clases Pasivas, entre los hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, y, por otra parte, entre la filiación natural, la adoptiva por adopción plena (caso de supervivencia del causante durante dos años al menos a partir de la adopción) y los legitimados por concesión (art. 27) (con lo que los hijos ilegítimos no naturales y los adoptados simplemente, continuaban careciendo de derecho a pensión), y percibiendo siempre más porción de haber pasivo el primer grupo que el segundo (arts. 31.1.C, 31.1.D y 31.4).

Asimismo, persistía la desigualdad de tratamiento por razón de sexo, contemplándose en los artículos 31.1.E y 33 el límite de edad máximo de 23 años para la percepción de pensión por parte de los varones, salvo que con anterioridad a su cumplimiento se hallaran imposibilitados para atender a su subsistencia y fueran pobres en sentido legal (10), límite que no le era exigido a las huérfanas solteras o viudas, y, a éstas últimas, se les permitía, como en la legislación anterior, la rehabilitación en la percepción de la pensión, cuando fallecía su marido. Sin embargo, y tal como se expuso anteriormente respecto al Estatuto de Clases Pasivas, se producía una igualación entre varones y hembras en relación con la pérdida de la aptitud legal al alcanzar ambos los 23 años de edad, al tratarse de pensiones de orfandad causadas por Funcionarios Militares ingresados al servicio del Estado con posterioridad al 28 de diciembre de 1959, salvo imposibilidad para ganarse el sustento y pobreza legal, con anterioridad al cumplimiento de la misma (art. 33.3), en cuyo caso no se establecía límite máximo de edad alguno.

Tales discriminaciones, como antes se dijo, resultaron inconstitucionales, y como tales fueron ratificadas por la Ley 11/81, teniendo hoy lugar la filiación solamente por naturaleza o adopción, sin que, por tanto, pueda seguir

(10) Las informaciones de pobreza se regulan en los artículos 38 y siguientes del Texto Refundido de Reglamento para aplicación de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado, y el procedimiento en orden a justificar la imposibilidad para ganarse el sustento, en sus artículos 46 y siguientes.

hablándose de relaciones paterno-filiales legítimas o naturales, para causar, o no, pensión. Además, han sido expresamente suprimidas por la Disposición Derogatoria Primera 1.b) del Real Decreto Legislativo 670/87, que ha sustituido el art. 31.1.E por el número 1 del artículo 41 de dicho Texto Refundido, y ha dado nueva redacción al artículo 33, conforme a la cual se reitera que todos los huérfanos «cesarán en el cobro de la pensión al cumplir la edad de 21 años o al desaparecer la causa de su imposibilidad física», disponiéndose, además, en su segundo párrafo, que todos, también, «cesarán en el percibo de la pensión al contraer matrimonio» (sin que subsista ya, por consiguiente, la posibilidad de rehabilitación para las huérfanas, caso de enviudar), y habiéndose derogado, asimismo, el anteriormente aludido apartado 3º del artículo 33, al igual que su homónimo precepto del Estatuto de Clases Pasivas.

d) Únicamente, si al fallecimiento del causante no quedaran viuda ni hijos, se podrá causar pensión en favor de los padres (art. 31.1.F).

e) Se reitera, para poder causar pensión ordinaria de orfandad, la exigencia, ya requerida por la Ley 112/66, de dos trienios de servicios (excepto cuando el fallecimiento se hubiera producido dentro de los seis primeros años de servicio ininterrumpido (art. 29)), y su cuantía se cifra, también, en el 25% de la base reguladora, establecida por arreglo al artículo 21 (art. 30) (11).

f) Por los que se refiere a las pensiones extraordinarias de orfandad, no se exige período de carencia alguno, pudiendo causarse «cualquiera que sea el tiempo de servicios prestados», y su cuantía será el 100% de la base reguladora (art. 34.1) (12).

g) Por último, también se requería la nacionalidad española para causar y percibir pensión de orfandad, (art. 13), exigencia hoy asimismo abolida, como anteriormente expusimos.

IV

Los principios innovadores, que acabamos de citar, base de las modificaciones descritas en la legislación de Clases Pasivas anterior a 1985, fueron expresamente formulados en la *Ley 30/84, de 2 de agosto de Reforma de la Función Pública*, en cuyo artículo 32 y en sintonía con los principios igualitarios de la Constitución y el nuevo derecho de familia, se dictan las siguientes disposiciones:

(11) Resulta también de aplicación las mejoras de porcentajes previstos para las pensiones de viudedad, por hijos menores, y para las pensiones de orfandad cuyos beneficiarios se hallaren imposibilitados para atender a su subsistencia, previstas en la Ley 19/74.

(12) Igualmente, el aumento previsto para las pensiones extraordinarias por la Ley 9/77.

a) Se establece que, en materia de Seguridad Social, «no podrá haber discriminación alguna por razón de sexo» y que «la mujer funcionario causará los mismos derechos pasivos que el varón, reconociéndose, no obstante, efectos económicos, únicamente desde el 1 de enero de 1984, a los causados con anterioridad».

b) Los derechos en favor de los familiares se extinguirán definitivamente cuando éstos contraigan matrimonio, sin que puedan posteriormente recuperarse.

c) Las pensiones de orfandad se extinguirán cuando el beneficiario, cualquiera que sea su sexo, alcance la edad de 21 años, salvo el supuesto de incapacidad absoluta para el trabajo.

d) Se dispone la incompatibilidad de las pensiones que puedan ser percibidas por huérfanos mayores de 21 años (como por ejemplo las ya reconocidas con arreglo a la legislación anterior, antes de la entrada en vigor de la nueva normativa), con la percepción de haberes por trabajo activo que permitan la inclusión del titular en cualquier régimen público de la Seguridad Social.

e) La pérdida de la nacionalidad española del causante no producirá la pérdida del derecho a las pensiones de viudedad y orfandad (13).

V

La Ley 50/84, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, haciéndose eco —como expresa en su exposición de motivos— «de la Reforma de la Función Pública llevada a cabo por la reciente Ley de 2 de agosto de 1984» no sólo —estimamos— en el sistema retributivo, sino también en materia de pensiones, lleva a efecto la innovación del régimen vigente hasta entonces en Clases Pasivas, en la Sección 2ª del Capítulo II de su Título II, bajo el epígrafe «Nueva normativa en materia de Clases Pasivas del Estado».

Su ámbito subjetivo de aplicación está constituido —por lo que se refiere a las Clases Pasivas que dependen, a estos efectos, del Ministerio de Defensa—, según el párrafo primero de su artículo 27, por el «Personal Militar y Asimilado de las Fuerzas Armadas» y «los Cuerpos de Seguridad del Estado».

Desde el punto de vista temporal y conforme a su artículo 26, la nueva regulación afecta a «las pensiones que se causen a partir de la entrada en vigor»

(13) Los citados apartados 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 32 que comentamos, han sido expresamente derogados por la Disposición Derogatoria 1ª.2.a) del R. D. Legislativo 670/87, habiendo sido incorporados sus principios al articulado del citado Texto Refundido.

(1 de enero de 1985) de dicha Ley, continuando, en lo no previsto en la misma, «de aplicación la normativa sobre Clases Pasivas del Estado vigente en 1984» (apartado 2). Por otra parte, los haberes pasivos causados con anterioridad a su entrada en vigor, «continuarán rigiéndose por la normativa vigente durante 1984, sin perjuicio de las normas que, contenidas en las restantes secciones de este Capítulo, le sean de aplicación» (apartado 1 del mismo art. 26).

Por lo que se refiere a las pensiones en favor de los familiares, esta nueva regulación mantiene los tres tipos tradicionales de prestaciones al respecto, pudiendo causar, pues, el militar fallecido, derechos pasivos en favor de su cónyuge viudo, de sus huérfanos o de sus padres, pero, no obstante, se introducen significativas variantes jurídicas con respecto a la normativa anterior, innovaciones que podemos sintetizar en las siguientes:

a) Se elimina toda discriminación por razón de sexo o filiación. En consecuencia, hombre y mujer causan los mismos derechos pasivos y todos los hijos reciben también el mismo tratamiento legal. Este principio igualitario, no es proclamado, sin embargo, de forma expresa y positiva en ningún precepto de la Ley, sino que se produce en virtud de una «igualación tácita», al no contener su articulado diferenciación alguna al respecto, refiriéndose siempre y genéricamente, al «funcionario», «cónyuge viudo» (art. 32), «hijos de los funcionarios fallecidos» o «huérfanos» (arts. 33 y 40) y «el padre y la madre» (art. 34), por lo que resulta de aplicación el axioma interpretativo de que donde la Ley no distingue, no se debe distinguir.

b) Resulta, en parte, alterado el antes aludido «sistema sucesorio en cascada» en las pensiones familiares.

El fallecimiento determina el nacimiento independiente de la pensión en favor del cónyuge y de los hijos, caso de aptitud legal. El artículo 32 proclama el derecho del viudo o la viuda al disfrute de haber pasivo tras el fallecimiento del causante, y el artículo 33.1, último párrafo, establece que «se concederá pensión de orfandad a cada uno de los hijos habidos por el funcionario fallecido, con independencia de la existencia de cónyuge superviviente con derecho a pensión». Se suprime, por tanto, toda mejora de pensión de viudedad por razón de existencia de hijos menores. Pero, aunque, como decimos, ambos haberes pasivos se causan de forma independiente, y, acaso, simultánea, se relacionan legalmente, no obstante, en cuanto al cálculo de su cuantía conjunta, ya que, según el artículo 33.2 párrafo segundo *in fine*, en el caso de existencia de cónyuge superviviente con derecho a pensión, el límite del haber pasivo de orfandad (caso de varios hijos del causante) no podrá superar el 50% de la pensión de retiro, reduciéndose a prorrata la pensión de orfandad, con el fin de que la suma de las pensiones de orfandad y viudedad (constituida ésta

última por el 50% de la pensión de retiro del causante), no llegue nunca a superar el 100% de dicho haber de retiro.

Asimismo, hay que destacar que, conforme al anterior régimen, cuando se causaba pensión de orfandad, constituía, no obstante, caso de existencia de varios huérfanos, una prestación única, que se distribuía en tantas partes alicuotas como beneficiarios existentes (produciéndose, pues, una coparticipación entre los mismos), y, en el supuesto de que alguno de ellos muriera o perdiera la aptitud legal para su percepción, su parte acrecía a la de los demás huérfanos. En la nueva regulación, sin embargo, las prestaciones son individuales, y se determinan separadamente para cada beneficiario huérfano, de la forma que posteriormente estudiaremos. No existe, pues, coparticipación, y si alguno de ellos falleciere o perdiera la aptitud, se procedería a llevar a cabo un nuevo señalamiento en favor de los demás, al igual que ocurriría si apareciera posteriormente algún nuevo huérfano con derecho a reconocimiento de pensión.

Sin embargo, la pensión generada en favor de los padres continúa siendo subsidiaria a las dos anteriormente citadas, adquiriéndose el derecho a la misma, tan sólo y como prescribe el artículo 34.1, «siempre que no exista cónyuge supérstite o hijos (del funcionario fallecido) con derecho a pensión».

c) La cuantía de la pensión de orfandad ordinaria, caso de existir un sólo beneficiario con derecho a la misma, se cifra en el 25% del importe de la pensión de retiro real o teórica —caso de haber fallecido en activo— del causante (14). Si la pensión fuese de carácter extraordinario, el porcentaje se reducirá al 12,5% de dicha pensión de retiro (art. 33.2, primero).

Si existieran varios huérfanos y caso de pensión ordinaria, a cada uno de ellos correspondería un 10% de aquella pensión de retiro, más el incremento resultante de dividir un único 15% de dicho haber pasivo, entre el número de huérfanos con derecho a la percepción de prestación pasiva (15), sin que en ningún caso pueda sobrepasarse el 100% de la pensión de retiro que sirva como base reguladora, o el 50%, como anticipábamos, caso de concurrir cónyuge supérstite, aminorándose a prorrata, como decíamos, el exceso (art. 33.2, segundo).

d) Por lo que se refiere a los límites de edad para la percepción de las pensiones de orfandad, podemos distinguir, con arreglo a los preceptos de la Ley 50/84, tres supuestos distintos:

(14) Calculada de la forma prevenida en los párrafos segundo, tercero y cuarto del número 2 del artículo 32 (art. 33.2, primero).

(15) A título de ejemplo, si existieran tres huérfanos con derecho al reconocimiento de pensión, a cada uno de ellos correspondería el 10% de la pensión de retiro del causante, más un 5% (tercera parte del único 15% de dicho haber de retiro), es decir, un total de un 15% de la pensión de retiro del funcionario fallecido, para cada uno.

1. *Pensiones del personal militar a que se refiere el artículo 27 primer párrafo, complemento, tropa y marinería, causadas antes de entrada en vigor de la Ley 50/84 (1 de enero de 1985) y que ya vinieran percibiéndose con anterioridad a dicha fecha:*

Seguirán sometidas a la legislación anterior bajo cuyo amparo fueron reconocidas, respetándose, pues, los derechos adquiridos y sin verse sometidas al límite máximo de percepción de 21 años, si bien el artículo 40.1 las somete a la incompatibilidad de «percepción de haberes por trabajo activo que permitan la inclusión de su titular en cualquier régimen público de la Seguridad Social», incompatibilidad que no afectará, sin embargo, a aquellos huérfanos que hubieran sido declarados incapacitados con anterioridad al cumplimiento de la edad de 21 años y tuvieran derecho al beneficio de justicia gratuita. Los beneficiarios incurso en esta incompatibilidad, podrán rehabilitarse en el cobro del haber pasivo, una vez cesada la situación determinante de la misma.

2. *Pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 1985, pero que no vinieran percibiéndose en dicha fecha por falta de aptitud del titular o porque no concurrieran los presupuestos habilitantes para su concesión:*

Conforme al artículo 40.2, a partir de la entrada en vigor de la Ley de que se trata, no podrán ser reconocidas en favor de huérfanos (varones o hembras) mayores de 21 años, a no ser que, a 31 de diciembre de 1984,

—o bien ya se dieran en el beneficiario «todos los requisitos de aptitud legal exigidos por la legislación aplicable» para el reconocimiento de la misma (16),

—o bien, ya en esa fecha, «concurrieran todos los presupuestos habilitantes de la percepción» (17).

De esta forma, nada se opone a que, concurriendo uno de los dos mencionados requisitos al 31 de diciembre de 1984, se reconozca al beneficiario el derecho a la percepción de la pensión causada antes del 1 de enero de 1985, cuando, con posterioridad a dicha fecha, se reúna el segundo; así, a título de ejemplo, se podrá conceder el haber pasivo de orfandad a un mayor de 21 años

(16) Por «aptitud legal» ha de entenderse el hecho de reunir los requisitos subjetivos, exigidos por la Legislación de Clases Pasivas, necesarios para la capacidad personal de disfrute de derechos pasivos. En este caso, poseer un estado civil distinto del de casado.

(17) Conforme al dictamen emitido por el Consejo de Estado con fecha de 27 de noviembre de 1986, por «presupuestos habilitantes» han de entenderse «aquellas circunstancias que, sin tener carácter personal, permitan al titular percibir la pensión causada por la muerte de su padre», pudiendo, en consecuencia, ser señalados como tales: «a) la existencia de pensión de viudedad por fallecimiento del cónyuge; b) la pérdida de pensión por nuevo matrimonio de viuda; y c) privación del derecho a la pensión a la viuda, por los motivos legales; todos ellos son supuestos que tienen un denominador común: la pensión está vacante.»

en el supuesto que tratamos, si ya tenía un estado civil distinto del de casado al 31 de diciembre de 1984, que conserva (y aunque la pensión familiar no se hallare vacante, por percibirla la viuda del causante), cuando, con posterioridad a dicho 31 de diciembre de 1984, dicha viuda fallezca, reconociéndose entonces con fecha de devengo del día primero del mes siguiente al del óbito de la misma.

Este segundo apartado del artículo 40 de la Ley 50/84, podemos considerarlo, en palabras de MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ (18), como una «norma de derecho transitorio».

3. Pensiones de orfandad causadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1984:

Este tercer grupo de pensiones se regula en el artículo 33 de la Ley 50/84, resultando de aplicación, tanto a las causadas por el personal militar que se encontrase en activo a partir del 1 de enero de 1985 o que ingresase con posterioridad (de acuerdo con el párrafo primero del art. 32 en relación con el mismo párrafo del art. 27), como a las generadas por personal militar retirado con anterioridad al 1 de enero de 1985, pero causadas después de dicha fecha, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 26.2, que determina que, todas las pensiones (familiares o en favor del propio funcionario) que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley, deberán regirse por las normas contenidas en la Sección Primera de dicho Capítulo II del Título II, en la que se halla incluido el presente artículo 33 que comentamos.

Conforme a su número 1, ninguna de ellas se podrá reconocer en favor de huérfanos, de uno u otro sexo, mayores de 21 años, a no ser que, aun «siendo mayores de dicha edad, estuvieran incapacitados para todo trabajo desde antes de cumplirla y tuvieran derecho al beneficio de justicia gratuita». Esta situación «se revisará periódicamente en orden a la comprobación de la persistencia en el mismo de la aptitud para ser beneficiario de haberes de orfandad».

No se incorpora al precepto, sin embargo, ningún principio de incompatibilidad por trabajo activo del huérfano en este tercer supuesto, quizás porque, dado el límite de edad establecido, puede no resultar frecuente que los posibles beneficiarios se hallen en situación laboral activa.

Pero, para la correcta interpretación y aplicación de la normativa que acabamos de exponer, resulta imprescindible no sólo precisar, como hemos hecho anteriormente, el contenido de las expresiones «aptitud legal» y «pre-

(18) En este punto, y, en general, en relación con el tema que estamos tratando, JOSÉ-LEANDRO MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, en su estudio sobre «la interpretación del artículo 40.2 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985. Dos cuestiones controvertidas en materia de Clases Pasivas». Publicado en la *Revista Española de Derecho Militar*, número 52, julio a diciembre de 1988, páginas 100 a 108.

supuesto habilitante», sino también concretar el concepto del «hecho causante» de las pensiones de orfandad, a fin de determinar la circunstancia fundamental, tantas veces aludida, de si se han «causado» con anterioridad o posterioridad al 1 de enero de 1985.

Y, a este respecto, hemos de afirmar que *el hecho causante* de las pensiones de orfandad —al igual que del resto de prestaciones pasivas en favor de los familiares—, *lo constituye el fallecimiento del funcionario* —civil o militar— que las genera.

Sin embargo, no es este un principio pacíficamente admitido en algunas resoluciones de los Tribunales.

Así, la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1988, al aplicar las disposiciones contenidas en el anteriormente citado artículo 26 de la Ley 50/84, que, como anteriormente hemos dicho, disponía que las pensiones «causadas» con anterioridad a su entrada en vigor debían regirse —con las modificaciones introducidas por la propia Ley— por la legislación anterior, y las «causadas» después, por la nueva normativa, afirmó que dicha nueva regulación, contenida en la Sección 1ª del Capítulo II del Título II de la citada Ley 50/84, no resultaba de aplicación a los funcionarios retirados con anterioridad al 1 de enero de 1985, a la vista de que el artículo 32 establecía que sólo se ajustaría a las «normas contenidas en el presente y en los siguientes artículos...» la determinación de los haberes en favor de los familiares del personal funcionario que al 1 de enero de 1985 se encontrase en situación de servicio activo o asimilada a ésta, y, habida cuenta que el militar en cuestión se había retirado en 1979, tales haberes pasivos familiares debían regirse por la normativa anterior a la tantas veces citada Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985. «Establecida la inaplicabilidad —continúa la Sentencia— de la normativa regulada en la Ley 50/84, deviene igualmente inaplicable el límite de edad que dicha Ley establece en el artículo 33.1 de los 21 años..., jugando, como consecuencia de lo prevenido en el artículo 26.1, la legislación anterior y, concretamente, el Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar aprobado por Decreto de 13-4-72, que, al no establecer en su artículo 33 límite de edad..., hace surgir para ellos el derecho a la pensión de orfandad, con la única salvedad del hecho de contraer matrimonio.»

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Octava de su Sala de lo Contencioso Administrativo), ha dictado reiteradas Sentencias (19), en las

(19) Entre otras Sentencias, las 780 y 781 de 19 de octubre, 967 de 16 de noviembre, 886 y 889 de 20 de noviembre, 961, 1004 y 1048 de 4, 17 y 26 de diciembre, todas de 1990; y 260, 121 y 301 de 7, 11 y 14 de marzo de 1991.

que, pese a reconocer que «el hecho inmediatamente causante» de las pensiones de retiro lo constituye dicha «jubilación o retiro», y el de las pensiones familiares «el fallecimiento del funcionario», basándose, sin embargo, en la tesis formulada en la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente aludida, se afirma que el citado artículo 26 de la Ley 50/84 requiere su propia hermenéutica, que exige que la expresión «causa» sea interpretada como «equivalente a la causación del ciclo de prestaciones de Clases Pasivas», con lo que, por consiguiente, se equipara a la jubilación o retiro del funcionario, y, en consecuencia, para dichas sentencias, la nueva normativa de la mencionada Ley 50/84 no resulta aplicable a las pensiones familiares de los jubilados o retirados con anterioridad a su entrada en vigor.

Otras Sentencias del mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid, abundando, por las razones expuestas, en dicha tesis de la inaplicabilidad de la normativa limitadora de la edad contenida en la Ley 50/84, sientan también la inaplicabilidad, al respecto, de «cuanto disponga el Real Decreto Legislativo 670/87, constreñido, como queda dicho, a su misión de regularizar, aclarar y armonizar lo que aquélla Ley establece» (20).

Por su parte, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictó Sentencia en fecha de 18 de octubre de 1990, en la que se sostiene también, en su Segundo Fundamento de Derecho, que las pensiones de orfandad se causan con el retiro del funcionario militar, en base a que el artículo 20 del Decreto de 13 de abril de 1972 —Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar, Guardia Civil y Policía Armada—, establecía que «este personal, cuando cese en el servicio, causará para sí o para sus familiares las pensiones; luego —continúa la Sentencia— la pensión de orfandad se causó para la hoy actora el 1956 con el retiro de su progenitor». La Resolución, sin embargo, fue aprobada con el voto de disenso de uno de los Magistrados componentes del Tribunal, en el que se sostuvo que «ciertamente la pensión se causa en el momento del fallecimiento del personal correspondiente (art. 34 del Real Decreto Legislativo 670/87), y, habiendo fallecido el padre en 1988, es este el momento en el que se *causa* la pensión, y no en el momento de su jubilación o retirada del servicio activo».

Nosotros nos reafirmamos en que las pensiones familiares se causan con el fallecimiento (o con la declaración legal de fallecimiento) del personal del que derivan.

(20) Así, por ejemplo, las Sentencias números 241 de 26 de febrero, y 291 y 354 de 12 y 25 de marzo, todas de 1991.

El anteriormente citado artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado, no dispone, a nuestro juicio, que el cese del militar en el servicio, ocasione, al mismo tiempo, pensión en su favor y en el de sus familiares, ni existe base alguna para identificar el hecho causante de tales pensiones, con el hecho causante del haber de retiro.

Por el contrario, entendemos que, en primer lugar, del expresado artículo se desprende que, para que se origine el derecho de prestaciones pasivas, resulta imprescindible que el funcionario (militar para nuestro caso) haya cesado previamente en el servicio. Resulta imposible la compatibilidad entre servicio activo y generación de derechos pasivos; entre la existencia de una «situación de actividad» y una «situación pasiva» coetáneas; por ello, dicho funcionario militar sólo puede causar pensión cuando, previamente, haya cesado en el servicio, como el propio artículo establece.

Ahora bien, ese «cese en el servicio» no produce, como decimos, que se cause conjunta y simultáneamente pensión en favor del funcionario y en el de sus familiares, sino que ambos tipos de pensión se causan de forma alternativa. Por ello, el artículo que comentamos emplea en su redacción la conjunción disyuntiva «o», en lugar de la copulativa «y». Es decir, cuando el funcionario militar cesa en el servicio, o bien causa pensión para sí y en este supuesto no la genera en favor de sus familiares, o bien la causa para sus familiares con su fallecimiento, en cuyo caso no es posible que la pueda percibir por sí mismo (21).

A este respecto, podríamos considerar tres supuestos distintos:

1. Cuando el personal militar cesa en el servicio activo por pasar a retirado o situación equivalente, si reúne las condiciones legales requeridas para ello, puede originar en su favor la correspondiente pensión de retiro. Dicho acto formal de retiro se constituye, así, en el «hecho causante» del haber pasivo que puede disfrutar (arts. 55 y siguientes del Estatuto de Clases Pasivas y 22 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos) ordinariamente hasta su muerte, en cuyo momento podrá causar pensión en favor de su viuda, huérfanos o padres.

2. Si el motivo de su cese en el servicio activo no ha sido el retiro, sino su óbito, entonces puede generar prestaciones pasivas en favor de sus familiares

(21) La redacción del artículo 20 del Texto refundido de la Ley de Derechos Pasivos, que comentamos, resulta similar a la utilizada en el artículo 34, relativo a pensiones extraordinarias, que estimamos también debe ser interpretado en el sentido de que el personal militar que se inutilice en acto de servicio o con ocasión o como consecuencia de él, causará en su favor tales haberes pasivos extraordinarios, y, caso de que fallezca o desaparezca en tal acto de servicio, los causará en favor de sus familiares. El apartado 4 de este mismo artículo, establece que los funcionarios a quienes se hubiere otorgado pensión extraordinaria «causarán a su fallecimiento pensión familiar ordinaria, cualquiera que sea el tiempo de servicios prestados».

—también si concurren los requisitos exigidos por la legislación de Clases Pasivas—, sin que, como decimos, le sea posible causar, obviamente, prestación pasiva para sí mismo.

3. Por último, el funcionario militar puede cesar en el servicio activo por causa distinta del fallecimiento, pero sin originar para sí pensión alguna, por no reunir los requisitos al efecto exigidos en la Ley (por ejemplo por no haber completado el tiempo mínimo de servicios al Estado exigido como período de carencia). En este caso, y pese a no haber sido posible generar haberes pasivos en su favor, podría, sin embargo, causarlos para sus familiares, con arreglo a la Ley, en el momento en que se produzca su fallecimiento.

En cualquier caso, los haberes pasivos en favor de sus familiares, se originan sólo con su muerte, y el derecho, pues, de los huérfanos —la propia condición de orfandad sólo se origina con la muerte del progenitor— a la posible pensión, sólo puede nacer, como en el resto de las pensiones familiares, una vez que se produce el hecho jurídico del fallecimiento del funcionario —hecho causante de la misma— y se cumplen, además, todos los presupuestos previstos en la norma de Clases Pasivas que resulte aplicable, para este resultado. Por consiguiente, pues, hasta que fallece el funcionario, no puede adquirirse por el huérfano derecho subjetivo alguno a haberes pasivos, y no le es dado, siquiera, pretender una previa declaración, antes de acaecido dicho óbito, de su reconocimiento para cuando suceda en el futuro, ya que en toda la legislación de Clases Pasivas existe una interdicción expresa de ello (art. 93 del Estatuto de Clases Pasivas, art. 6º del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado, y art. 17 del Real Decreto Legislativo 670/87), estableciéndose que «en ningún caso procederán las declaraciones preventivas de derechos pasivos que se soliciten con anterioridad al momento de ocurrencia del hecho causante de los mismos».

El concepto de este «hecho causante» de las pensiones de orfandad (y demás generadas en favor de los familiares), no ha sido objeto de expresa determinación legal hasta el Real Decreto Legislativo 670/87, pero puede extraerse, sin embargo, del contenido de algunos preceptos aislados de la legislación anterior (22).

(22) Entre otros, el concepto puede extraerse de los artículos 37, 47 y 65 del Estatuto de Clases Pasivas; y del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos, del artículo 26, 28 (los familiares no tienen derecho a pensión sino desde la declaración legal del fallecimiento, sin que baste la mera ausencia legal del causante), artículo 34 (el personal militar causa pensión extraordinaria en favor de sus familiares cuando «fallezca o desaparezca en acto de servicio o como consecuencia de él») y artículo 37 (conforme al cual las pensiones familiares no se devengan desde «el cese por retiro», sino a partir de la fecha del nacimiento del derecho), y así se desprende también de la más diáfana redacción del artículo 18 del R.D. Legislativo 670/87.

Dicho Real Decreto Legislativo 670/87, ha explicitado, como decimos, qué debe entenderse por hecho causante de las pensiones familiares, determinándolo con carácter enunciativo y diferenciándolo formalmente del hecho causante de las pensiones de jubilación y retiro. Y así, establece en su artículo 28 que el hecho causante de estas últimas «es la jubilación o retiro del personal correspondiente», mientras que en su artículo 34 dispone expresamente que el derecho a las pensiones familiares «se causará con el fallecimiento del personal correspondiente», o bien con «la declaración de fallecimiento del ausente». Volveremos, no obstante, sobre ello, cuando procedamos al estudio concreto de la normativa contenida en dicho Real Decreto Legislativo.

Esta, estimamos, es la significación que hay que atribuir al término «causadas» empleado por la Ley 50/84 y reproducido posteriormente por el Real Decreto Legislativo de 1987 y, conforme a ella y entendiendo, por consiguiente, como hecho causante de los haberes pasivos de orfandad, el fallecimiento del personal militar del que deriva, podemos sintetizar, a modo de resumen, el régimen legal, antes expuesto, que de este tipo de pensiones lleva a cabo la citada Ley, en el siguiente esquema:

1) Pensiones de orfandad generadas por personal militar fallecido con anterioridad al 1 de enero de 1985 y que ya vinieran percibiéndose en dicha fecha: No se hallan sujetas al límite de los 21 años instaurado en la Ley 50/84, sino sujetas, tan sólo, a incompatibilidad por trabajo activo (art. 40.1, en relación con el número 1 del art. 26).

2) Pensiones de orfandad originadas por militares fallecidos con anterioridad al 1 de enero de 1985 pero que no pudieran ser percibidas en dicha fecha por el huérfano beneficiario, por falta de aptitud legal o por no concurrir el presupuesto habilitante necesario para ello: No podrán ser reconocidas a mayores de 21 años, a no ser que al 31 de diciembre de 1984, ya se dieran en dicho huérfano los presupuestos de aptitud legal, o concurriera el presupuesto habilitante (art. 40.2, en relación con el número 1 del art. 26).

3) Pensiones de orfandad causadas por militares fallecidos a partir del 1 de enero de 1985, bien en situación de actividad, o habiendo pasado a retirado con anterioridad a dicha fecha: No podrán tampoco ser reconocidas en favor de huérfanos mayores de 21 años, a no ser que se encuentren afectados por incapacidad anterior a dicha edad (art. 33 en relación con el art. 32, párrafo primero y mismo párrafo del art. 27, y art. 33 en relación con el número 2 del art. 26).

Este sistema enunciado, estimamos que resulta congruente con la posterior regulación sobre la materia llevada a cabo por Real Decreto Legislativo 670/87, que en su momento trataremos.

e) Para la generación de las pensiones de orfandad (al igual que para el resto de las pensiones familiares), no se exige que el causante haya completado período alguno mínimo de carencia de servicios efectivos al Estado.

f) La falta de nacionalidad española en los beneficiarios de las pensiones de Clases Pasivas en favor de las familias, ya se hayan causado con anterioridad o se causen después, «no obstará para el reconocimiento del derecho a las mismas». De la misma forma, la pérdida de la nacionalidad española, una vez concedido el haber pasivo, no producirá tampoco la extinción del derecho al mismo (art. 19).

g) Por último, de conformidad con el artículo 35, el personal militar de complemento, tropa, marinería y reemplazo que se encuentre en activo o situación asimilada en 1 de enero de 1985 o que ingrese con posterioridad, causará pensión de orfandad de acuerdo con las normas establecidas en el artículo 33 anteriormente citado, si bien al personal militar de reemplazo y voluntario con menos de 2 años de servicio, se le exige que el fallecimiento se haya producido en acto de servicio o como consecuencia del mismo.

VI

La Ley 50/84, en su Disposición Final Quinta, autorizó al Gobierno para dictar, durante 1985, un Texto Refundido «regularizando, aclarando y armonizando la legislación vigente en materia de Clases Pasivas del Estado», delegación legislativa que, después de dos prórrogas otorgadas por las Cortes Generales en las Disposiciones Finales Duodécima y Séptima de las Leyes 46/85, de 27 de diciembre, y 21/86, de 23 de diciembre, cristalizó en el *Real Decreto Legislativo 670/87, de 30 de abril*, Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, en el que se recoge la nueva normativa al respecto contenida en la citada Ley delegante (derogando en su Disposición de esta naturaleza Primera 2.b) sus arts. 26 a 41 —comentados en el apartado anterior—, así como su art. 47), juntamente con la legislación anteriormente subsistente después de los cambios normativos introducidos por la Constitución de 1978, las Leyes de reforma del Código Civil en materia de familia, la Ley 30/84 (derogando también, en la misma Disposición, los números 1, 2, 3, 4 y 5 de su art. 32) y la Ley 53/84. Su parte fundamental (*Título I*) comprende la legislación aplicable a los *funcionarios* incluidos en su ámbito de cobertura que «a 31 de diciembre de 1984 no hubieran ya sido jubilados y retirados, y a los derechos que éstos causen a su fallecimiento en favor de sus familiares», y contiene, además, en su *Título II*, otras normas modificativas del régimen jurídico aplicable a los derechos pasivos de los *funcionarios* que «a la indicada fecha de 31 de diciembre

de 1984 ya estuvieran jubilados o retirados y de los familiares de éstos», con exclusión de las pensiones especiales de la guerra civil.

Se compone de 64 artículos, distribuidos en un Título Preliminar y 2 Títulos (el primero de ellos dividido en Subtítulos, Capítulos y Secciones), 9 Disposiciones Adicionales, 11 Disposiciones Transitorias (23), 2 Disposiciones Derogatorias y 2 Disposiciones Finales y entró en vigor el 28 de mayo de 1987 (Disposición Final Segunda).

En cuanto a los miembros de las Fuerzas Armadas, se incluyen en su ámbito personal de cobertura, según su artículo 2º (apartados b, h, j):

1. El personal militar profesional, sea o no de carrera, y el personal militar de las Escalas de Complemento y Reserva Naval.

2. Los alumnos de Academias y Escuelas Militares, a partir de su promoción a Caballero Alférez-Cadete, a Alférez-alumno, Sargento-alumno o Guardiamarina.

3. El personal que cumpla el Servicio Militar en cualquiera de sus formas, los Caballeros Cadetes y los Alumnos y Aspirantes de las Escuelas y Academias Militares.

En cuanto a la determinación de la legislación en cada caso aplicable a los derechos pasivos generados por el personal militar anteriormente citado, el artículo 3º establece las reglas siguientes, conforme a los principios, antes enunciados, contenidos en el Preámbulo del Texto Refundido que hemos comentado:

1. Se regularán por su *Título I* y disposiciones de desarrollo:

a) Los derechos pasivos (tanto de retiro como familiares) causados por el *personal militar profesional* (de carrera o no) y el *perteneciente a las Escalas de Complemento y Reserva Naval* que, encontrándose en cualquier situación administrativa, separado del servicio o sancionado con la pérdida de empleo, *no haya sido declarado retirado antes del 31 de diciembre de 1984* (art. 3º.1.a).

b) Los causados por los promovidos a Caballero Alférez Cadete, Alférez-alumno, Sargento-alumno o Guardiamarina, siempre que fueran alumnos de alguna Escuela o Academia Militar a partir de 1 de enero de 1985 (art. 3º.1.b).

c) Los causados por el personal militar que con posterioridad a 31 de diciembre de 1984 estuviese cumpliendo Servicio Militar en cualquiera de sus formas, los Caballeros Cadetes, Alumnos y Aspirantes de las Escuelas y Academias Militares que a partir de dicha fecha estuvieran cursando estudios en dichos Centros (art. 3º.1.d).

(23) Las dos últimas Disposiciones Transitorias han sido añadidas, respectivamente, por el artículo 52.6 de la Ley 37/88, de 28 de diciembre, y por el artículo 2º, apartado dos de la Ley 5/90, de 29 de junio.

2. Se regularán por la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984 (24), pero «con las modificaciones que se recogen en el Título II» de dicho Real Decreto Legislativo 670/88, los derechos pasivos (de retiro y familiares) del mencionado *personal militar profesional*, Escalas de Complemento y Reserva Naval, «que con anterioridad al 1 de enero de 1985 haya fallecido o haya sido declarado jubilado o retirado» (art. 3º.2.a).

A) Como rasgos fundamentales de la regulación de las pensiones de orfandad a las que, conforme a las reglas prescritas anteriormente, resulta aplicable el Título I del Real Decreto Legislativo 670/87 (coincidentes con los principios de la Ley delegante 50/84), podemos destacar los siguientes:

a) Igualdad jurídica:

1. La mujer causará los mismos derechos pasivos en favor de sus hijos que el varón (art. 36).

2. No existe discriminación alguna por razón de sexo, entre los beneficiarios de las pensiones de orfandad.

3. A los efectos pasivos legales de orfandad, la relación paterno-filial comprende tanto la matrimonial como la no matrimonial, así como la legal por adopción (25), siempre que el adoptante haya sobrevivido al menos dos años, desde la fecha de la adopción (art. 41.2).

(24) A estos efectos se declaran expresamente subsistentes, como legislación anterior, por el artículo 3º.3 del Real Decreto Legislativo 670/87 y por lo que se refiere al Régimen de Clases Pasivas Militares, el Estatuto de Clases Pasivas del Estado y su Reglamento de aplicación, el Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado y su Reglamento, la Ley 19/74, y la Ley 9/77, así como las disposiciones concordantes y complementarias de las mismas y cualquier otra norma con rango de Ley no derogada en 31 de diciembre de 1984, si bien todas ellas con las modificaciones operadas por las Disposiciones Derogatorias del propio Real Decreto Legislativo; además, la disposición Transitoria Novena entiende como aplicables, a efectos reglamentarios, las demás Disposiciones en materia de Clases Pasivas del Estado vigentes a 31 de diciembre de 1984, en cuanto no se opongan a lo establecido en el mencionado R. D. Legislativo 670/87.

(25) La expresión utilizada en el Real Decreto Legislativo en su artículo 41.2 respecto a la relación paterno-filial de carácter legal por «adopción plena» se encuentra hoy ya superada, por la Ley 21/87, de 11 de noviembre, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores. Dicha norma legal ha eliminado la distinción entre adopción plena y simple, terminando con la pervivencia de esta última figura, «reducida —según su preámbulo— a una forma residual de escasa trascendencia jurídica que sólo se utilizaba, en la mayoría de las ocasiones, para fines marginales no merecedores de una protección eficaz», y regulando una sola forma de adopción (arts. 175 y siguientes del Código Civil) por lo que, tal como establece en su artículo 3º, a partir de su entrada en vigor, en el texto del Código Civil y demás disposiciones legales, la llamada «adopción plena» se entiende sustituida en lo sucesivo por la «adopción que regula esta Ley». Por otra parte el párrafo tercero del artículo 108 del Código Civil (redactado por Ley 11/81, de 13 de mayo), en relación con lo anteriormente manifestado sobre la Ley 21/87, dispone que la filiación matrimonial y la no

b) El derecho a pensión de orfandad asistirá a los hijos del fallecido con independencia de la existencia, o no, de cónyuge supérstite (art. 41.3), y los derechos pasivos de los distintos huérfanos son también independientes entre sí, como se desprende de la redacción y contenido del artículo 42, y del párrafo primero del propio artículo 41.3.

c) La pérdida de la nacionalidad española por parte del funcionario militar fallecido no ocasionará la pérdida de los derechos pasivos de orfandad que pudiera haber causado, y, asimismo, la pérdida o carencia de dicha nacionalidad no privará a los huérfanos de los derechos pasivos que pudieran corresponderles (art. 24).

d) La forma de cálculo para la determinación de las cuantías de los haberes pasivos de orfandad, regulada en el artículo 42 para las pensiones ordinarias y el artículo 49.2 para las extraordinarias, se corresponde con la comentada respecto a la Ley 50/84, por lo que resulta innecesaria la reiteración de su exposición, con las singularidades previstas para las pensiones de orfandad derivadas de actos terroristas en el artículo 49.3, a las que posteriormente aludiremos.

e) En el Texto Refundido de 1987 se lleva a cabo una nítida *distinción entre* las reglas que dicta para la *determinación de la legislación aplicable* a los distintos haberes pasivos que puedan en cada caso generarse (consistentes, en síntesis y como antes decíamos, en que los derivados de funcionarios retirados o fallecidos con anterioridad al 1 de enero de 1985 deben regirse por la legislación anterior con las modificaciones introducidas en su Título II, y los originados por personal que no hubiera sido retirado con anterioridad a dicha fecha, por la normativa contenida en su Título I), (art. 3º), y, como antes decíamos, la *configuración legal* del concepto del «*hecho causante*» de dichos haberes pasivos, estableciéndose, para las pensiones ordinarias de retiro, en el artículo 28, que lo constituye el «*retiro del personal correspondiente*» y, para las pensiones familiares (viudedad, orfandad y en favor de los padres), en el artículo 34, que lo constituye «*el fallecimiento del personal correspondiente*», o «*la declaración de fallecimiento del ausente*». Para las pensiones extraordinarias, y conforme al artículo 47, el hecho causante de las primeras es dicho retiro, acordado por incapacidad permanente por accidente o enfermedad en acto de servicio o como consecuencia del mismo, y el de las pen-

trimonial, así como la adoptiva, «*surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código*» (de conformidad con los arts. 14 y 39.2 de la Constitución).

Como antecedentes históricos hemos de reseñar que la Ley de 24 de abril de 1958 distinguió, primeramente, entre «*adopción plena y menos plena*», terminología que fue modificada por la Ley 7/70, de 4 de julio, que lo hizo entre «*adopción plena y simple*».

siones de orfandad, el fallecimiento del causante de los derechos, también ocurrido en acto de servicio o a consecuencia de él, o la declaración de fallecimiento del funcionario, desaparecido en las mismas condiciones anteriores; si bien basta la mera declaración de ausencia legal (conforme al art. 47, nueve, de la Ley 4/90, de 9 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990), cuando dicho causante fuera ya perceptor de pensión de retiro o tuviere derecho a la misma, asignándose la pensión con carácter provisional. La circunstancia de que esta determinación legal del concepto del hecho causante se encuentre incluida en el Título I, no obsta a su aplicabilidad general a la totalidad de la normativa del Texto Refundido, como pauta de observancia necesaria en orden a la correcta interpretación y aplicación del conjunto de su articulado. Asimismo, hemos de añadir que el Real Decreto Legislativo en el párrafo quinto de su propio Preámbulo, explicita que su refundida normativa resulta de aplicación a los funcionarios cuando se jubilen o retiren, y a los derechos que éstos «causen a su fallecimiento» en favor de sus familiares, y lo reitera en su artículo 18.

f) El personal militar que, a partir del 1 de enero de 1985 fuera alumno de alguna Academia y Escuela Militar y hubiera sido promovido a Caballero Cadete, Alférez-alumno, Sargento-alumno o Guardiamarina, podrá causar pensión de orfandad en las condiciones previstas en los artículos 41 a 43 y 47 a 50 del Real Decreto Legislativo 670/87, siendo los haberes reguladores que deben tenerse en cuenta para el cálculo de las mismas, los correspondientes al empleo de Alférez o Sargento (art. 53).

g) Los alumnos de los Centros docentes militares de formación y quienes estuvieran prestando el Servicio Militar en cualquiera de sus formas a partir del 1 de enero de 1985, podrán también causar pensión en favor de sus hijos, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 52 del Real Decreto Legislativo 670/87, según la modificación llevada a cabo por la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 17/89, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, en el caso de que fallezcan o desaparezcan en el curso de su proceso de formación o del Servicio Militar, siempre que ello se haya producido en acto de servicio o como consecuencia del mismo. Tales pensiones tendrán carácter extraordinario, y se regirán por lo dispuesto en los artículos 47 a 50, tomándose, para su determinación, el haber regulador que en cada momento corresponda al personal militar de Tropa y Marinería, o, en su caso, al empleo eventual de los alumnos. El concepto de acto de servicio, a estos defectos, se contempla en el artículo 2 del Real Decreto 1234/90, de 11 de octubre, que reitera la posibilidad de la generación de tales pensiones de orfandad en sus artículos 1º y 3º.1.

Respecto al procedimiento para la declaración de fallecimiento en acto de servicio o a consecuencia de él, se continúa aplicando en la actualidad el regulado en los artículos 34 y siguientes del Texto Refundido del Reglamento para Aplicación de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado, aprobado por Decreto 1599/72, de 15 de junio, con las modificaciones introducidas por el Decreto 1647/77, de 17 de junio.

Por último, hemos de añadir que la Disposición Adicional Séptima de la Ley 31/90, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, dispone que quienes hubieran fallecido desde el 1 de enero de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1990 a consecuencia de la prestación del servicio militar, sin haber causado derecho a pensión según lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 670/87, causarán derecho a una indemnización por importe de 2.000.000 de pesetas en favor de sus familiares, con el orden preferencial de cónyuge, hijos y padres.

h) Respecto a las pensiones de orfandad que se hayan originado como consecuencia de actos de terrorismo, el Real Decreto Legislativo 670/87 contiene un doble sistema de regulación, considerándolas siempre, sin embargo, como pensiones de carácter extraordinario:

1. Si se hubieren causado entre el 1 de enero de 1985 y el 1 de enero de 1986 por personal que se encontrase en activo, se calcularán conforme a las normas contenidas en el artículo 49, número 2 (según establece la Disposición Transitoria Octava), es decir, sobre la base reguladora del 200% de la pensión de retiro del causante, tomando como años de servicios los que le faltaran para alcanzar la correspondiente edad de retiro forzoso, y aplicando, conforme al artículo 42, el 12,50% para el caso de existir un sólo huérfano, y el 5%, caso de varios beneficiarios, para cada uno de ellos, con el incremento que arroje el prorrateo por cabeza de un único 7,50%, sin que el importe conjunto pueda rebasar el 50% de la base reguladora caso de no existir cónyuge, o el 25% si el causante hubiere dejado cónyuge supérstite. Hemos de señalar que, con anterioridad al 1 de enero de 1985, las pensiones de orfandad causadas en acto de servicio a consecuencia de atentados terroristas, tenían la consideración de pensiones de carácter extraordinario, sometidas, por tanto, a sus normas reguladoras como tales.

2. Para las causadas con posterioridad al 1 de enero de 1986, el Real Decreto Legislativo, en el apartado 3 de su artículo 49, instaura un régimen distinto, disponiendo que «su cuantía será del 200% de la pensión de retiro que se hubiera señalado en circunstancias ordinarias al causante con arreglo a las normas de este Texto». Cuando concurren cónyuge e hijos, la mitad de la pensión se asignará a este y la otra mitad se dividirá por partes iguales entre to-

dos los huérfanos. Si alguno de los copartícipes perdiera su derecho a percibirla, su cuota acrecerá a la de los demás.

Los huérfanos podrán percibir su pensión hasta los 23 años, salvo imposibilidad para atender a su subsistencia desde antes de cumplir dicha edad, en cuyo caso no les afectará el mencionado límite (art. 48.2, párrafo 2º).

Estas pensiones extraordinarias originadas en actos de terrorismo son incompatibles con las ordinarias que pudieran solicitar sus beneficiarios en base a los mismos hechos causantes, y, asimismo, son incompatibles con las extraordinarias que por los mismos hechos, prescindiendo de su motivación terrorista, pudieran corresponder (art. 50.1). Igualmente, su percibo será incompatible con el desempeño de un puesto de trabajo en el Sector Público por parte de sus titulares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 (art. 48.3), y, en ningún caso se percibirá cantidad alguna en concepto de indemnización por el Régimen de Clases Pasivas del Estado, ni tampoco ayuda o subsidio alguno con cargo a crédito presupuestario de Clases Pasivas, juntamente con estas pensiones extraordinarias por actos de terrorismo.

Sí son, sin embargo, compatibles con indemnizaciones y resarcimientos con cargo al Ministerio del Interior, y están exentas de las normas excluyentes o limitativas de señalamiento inicial y de crecimiento de pensiones (art. 50.2). Cuando concurren en un mismo titular alguna o algunas de estas pensiones extraordinarias con otras pensiones públicas, dichas normas excluyentes o limitativas sólo se aplicarán respecto de las no procedentes de actos de terrorismo.

Los huérfanos del personal militar que, ya en situación de retirado, falleciera en atentado terrorista como consecuencia de su anterior condición de funcionario militar —sin que, por consiguiente, dicho óbito se haya podido producir en acto de servicio o como consecuencia del mismo, habida cuenta de que ya se encontraban en situación pasiva—, tienen derecho a la pensión extraordinaria prevenida en el Real Decreto Ley nº 19/81, de 30 de octubre, convalidado mediante resolución del Congreso de los Diputados de 18 de diciembre del mismo año, en la cuantía del 160% de la base reguladora que hubiera correspondido para la determinación de la pensión ordinaria con la que, naturalmente, es incompatible. Se trata, por tanto, de una pensión mejorada, que, por razones de equidad, se pretende que resulte análoga a las percibidas con carácter extraordinario, estando exenta, también, de la aplicación de las normas limitativas sobre crecimiento y señalamiento inicial de pensiones. Asimismo, resulta compatible con las indemnizaciones cuya concesión pudiera corresponder al Ministerio del Interior.

i) El régimen de incompatibilidades para la percepción de las pensiones de orfandad podemos sintetizarlo en el siguiente:

1. Son incompatibles con el «desempeño de un puesto de trabajo en el Sector Público» de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 1 de la Ley 53/84, de 26 de diciembre, con las excepciones contenidas en su Disposición Adicional Novena y en su artículo 5º (arts. 33, 43, y 48.3). No se prevé incompatibilidad alguna por trabajo en el sector privado.

2. Resulta, asimismo, incompatible, la percepción simultánea de más de tres pensiones ordinarias de orfandad causadas por diferente persona, así como también la percepción simultánea de dos o más pensiones ordinarias de esta clase, causadas por la misma persona (art. 25).

3. Existe, igualmente, incompatibilidad entre la percepción simultánea de pensiones ordinarias de orfandad y pensiones extraordinarias en base a los mismos hechos causantes, así como con las pensiones generadas por actos terroristas, por los mismos hechos (art. 50).

4. Por último, no se podrá percibir, junto a las pensiones extraordinarias de orfandad, cantidad alguna en concepto de indemnización por el Régimen de Clases pasivas del Estado, ni tampoco ayuda o subsidio con cargo a crédito presupuestario de clases pasivas (art. 49.4).

j) Sólo poseen aptitud legal para ser titulares de las pensiones de orfandad, según el artículo 41.1, los hijos del causante (por filiación matrimonial, no matrimonial o adoptiva) «que fueran *menores de 21 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» (26), debiendo revisarse periódicamente la situación del mayor de 21 años, en orden a la acreditación de la persistencia de las referidas circunstancias, pudiendo acordar la Administración la suspensión del pago de la pensión cuando, requerido individualmente su titular, con las formalidades reglamentarias, para que informe sobre su aptitud legal para la percepción de la misma o en relación con su situación económica, incumpla tal requerimiento, y de su actitud activa o pasiva se deduzca un propósito deliberado de eludirlo (art. 21.2).

k) Conforme al artículo 35, para que puedan ser causados los derechos de pensión de orfandad (al igual que el resto de las pensiones familiares), no resulta preciso que el causante de los mismos haya completado ningún período mínimo de prestación de servicios efectivos al Estado.

B) *El Título II* del Real Decreto Legislativo 670/87, tiene como objeto la regulación de los derechos pasivos del personal militar comprendido en el artículo 3º.2. a), es decir, de aquel que ha fallecido o ha sido declarado retirado

(26) Este artículo ha resultado recientemente modificado por el 52.3 de la Ley 31/91, de 30 de Diciembre, que, con efectos económicos de 1 de enero de 1992, admite también la incapacidad del huérfano para todo trabajo desde "antes... de la fecha del fallecimiento del causante".

con anterioridad al 1 de enero de 1985 y que, por ello, debe continuar rigiéndose por la legislación de Clases Pasivas vigente a 31 de diciembre de 1984, si bien sujeta a las modificaciones que respecto a la misma introduce, y que, conforme establece el artículo 54, son las que «se contienen en los siguientes preceptos de este Título».

Como modificaciones más significativas operadas por este Título II en la normativa anterior reguladora de las pensiones de orfandad, podemos reseñar, en relación con los aspectos que hemos venido tratando hasta ahora, las siguientes:

a) Normas relativas a la extinción de tales pensiones de orfandad, por razón de la edad de sus posibles beneficiarios:

1. Pensiones de orfandad reconocidas con anterioridad al 1 de enero de 1985 y en base a la legislación vigente hasta aquel momento, y que ya vinieran percibiéndose también antes de la mencionada fecha:

El artículo 59 del Real Decreto Legislativo 670/87 no contiene disposición alguna extintiva de las mismas, por lo que rige el principio de pleno respeto a los derechos ya reconocidos, que continuarán rigiéndose por la legislación bajo cuyo amparo fueron declarados, sin más límites de edad que los en ella establecidos (como dijimos, los huérfanos hasta los 23 años y las huérfanas, solteras o viudas, mientras conserven la aptitud legal, sin límite alguno de edad, salvo si el causante hubiera ingresado en las Fuerzas Armadas con posterioridad al 29 de diciembre de 1959, en cuyo caso podrán percibirla hasta los 23 años).

2. Pensiones de orfandad a las que sea aplicable la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984 (esto es, conforme al artículo 3º.2.a), las generadas por personal militar retirado con anterioridad al 1 de enero de 1985), que se hayan causado con anterioridad al 1 de enero de 1985 (es decir, conforme al artículo 34, cuando dicho funcionario militar haya fallecido con anterioridad a dicho 1 de enero de 1985), pero que no pudieran percibirse a 31 de diciembre de 1984 por falta de aptitud legal o por continuar con vida el cónyuge del acausante del derecho, se extinguirán definitivamente siempre que el derechohabiente sea mayor de 21 años (por lo que no le podrá ser reconocida) y no esté incapacitado para todo trabajo desde antes de cumplir dicha edad, teniendo además derecho al beneficio de la justicia gratuita, a no ser que:

- O bien a 31 de diciembre de 1984, el huérfano beneficiario se encontrase ya en posesión de los necesarios requisitos de aptitud legal para su reconocimiento,
- O bien la pensión se encontrase ya vacante en la mencionada fecha.

En cualquiera de estos dos supuestos, podrá ser concedido el haber pasivo de orfandad pretendido (27), de conformidad con lo prevenido en el artículo 59.2, párrafos segundo y tercero, en relación con lo dispuesto en los artículos 3º.2.a) y 54.

3. *Pensiones de orfandad a las que resulte aplicable la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984* (es decir, repetimos, originadas por personal militar retirado con anterioridad al 1 de enero de 1985 conforme al artículo 3º.2.a), *causadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1984* (esto es, de acuerdo con el artículo 34, cuando dicho funcionario militar haya fallecido con posterioridad al 31 de diciembre de 1984).

No se podrán percibir cuando su titular sea mayor de 21 años de edad, salvo la incapacidad anteriormente apuntada (art. 59.2, párrafo primero, en relación con los arts. 3º.2.a) y 54).

Estos son los criterios actualmente aplicados por el Ministerio de Defensa, tanto para el reconocimiento de las pensiones de orfandad por la Dirección General de Personal (Subdirección General de Costes de Personal y Pensiones Militares), como para la resolución de los recursos de alzada y reposición interpuestos por los interesados, y resultan, como dijimos, sustancialmente coincidentes con los preceptos paralelos de la Ley 50/84, evidenciándose aquí mejor, merced a la nueva redacción del número 2 del artículo 59 del Real Decreto Legislativo 670/87, la imposibilidad antes comentada, de que el término «causadas» pueda ser equiparado al inicio del ciclo de las prestaciones de clases pasivas, identificándolo con el retiro de funcionario fallecido, pues esta interpretación daría lugar a una contradicción en el seno del citado precepto, que lo privaría de sentido y haría imposible su aplicación. Así, por ejemplo, sabemos que su párrafo primero se refiere a las «pensiones de orfandad a las que sea aplicable la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984» pero que fueran «causadas» con posterioridad a dicha fecha. Y que, conforme al (artículo 3º.2.a), los haberes pasivos que se rigen por la legislación anterior a 1985 son los de aquel personal militar retirado antes del comienzo de dicho año. Si por «causadas» tuviéramos que entender también la fecha del retiro, ello obligaría a interpretar el mencionado precepto en el sentido de que «las pensiones de orfandad del personal militar retirado hasta el 31 de diciembre

(27) La procedencia de la concesión de estas pensiones de orfandad cuando concurren ambos requisitos (aptitud legal y presupuesto habilitantes), siempre que a 31 de diciembre de 1984 ya existiera al menos uno de ellos, resulta avalada por el dictamen del Consejo de Estado de 27 de noviembre de 1986 y, entre otras, por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1989, que negó el reconocimiento de pensión porque, en la mencionada fecha, no se habían dado ninguno de los dos requisitos reseñados.

de 1984, pero que se haya retirado con posterioridad a dicha fecha, no se percibirán...», lo que conduce al absurdo, debiendo, por tanto, ser rechazado. Esta distinción entre la legislación aplicable y el momento del hecho causante de pensión, también se contiene en los dos artículos precedentes, 57 y 58.

b) Conforme a los principios de igualdad jurídica, según el artículo 61 en relación con el 36, la mujer causará los mismos derechos pasivos de orfandad que el varón, si bien los nuevos derechos económicos que puedan surgir, sólo podrán tener efectividad económica desde el 1 de enero de 1985, y, en caso de coparticipación con antiguos titulares que ya vinieran percibiendo la pensión de que se trate, tales efectos económicos se contarán únicamente desde el primer día del mes siguiente a aquel en que se acuerde su reconocimiento (art. 61 en relación con el art. 37), si bien, la Administración satisfará al nuevo titular de derechos el importe de las diferencias que pudieran existir entre lo percibido por los antiguos o actuales titulares y lo debido percibir por el nuevo cobeneficiario durante el período comprendido entre el nacimiento del derecho y la fecha de los efectos económicos del nuevo señalamiento.

c) Conforme al artículo 56 en relación con el 24, también queda eliminada toda discriminación contenida en la legislación anterior a 1985 por razón de nacionalidad, como contraria al principio constitucional de igualdad y, a tal efecto, la pérdida de la nacionalidad española no privará de la pensión de orfandad que pudiera haber causado, y asimismo, dicha pérdida o carencia por parte de los hijos, no impedirá el reconocimiento en su favor de los derechos pasivos de orfandad que pudieran corresponderles, si bien los efectos económicos se contarán desde el momento del nacimiento del derecho, pero con el límite máximo de 1 de enero de 1985.

d) Incompatibilidades por razón de trabajo: Tal y como previenen los artículos 57 (en relación con el 43) y 58, todas las pensiones de orfandad a las que resulte aplicable la normativa anterior al 1 de enero de 1985, son incompatibles con el desempeño de un puesto de trabajo en el Sector Público, en los términos anteriormente descritos, si bien los efectos económicos de dicha incompatibilidad sólo se producirán a partir del 1 de febrero de 1985, o de la fecha posterior que en cada caso corresponda (art. 57).

Además, aquellas causadas con anterioridad a 1 de enero de 1985 y reconocidas en favor de huérfanos mayores de 21 años, y siempre que sus perceptores no estuvieran incapacitados para todo tipo de trabajo desde antes de cumplir dicha edad y tuvieran derecho al beneficio de justicia gratuita, son también incompatibles con la «con la percepción de haberes por trabajo activo que permitan la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social».

e) Por último, a tenor del artículo 63 en relación con el artículo 21.2 la Administración, al igual que anteriormente comentábamos respecto a las pensiones de orfandad a las que se refiere el Título I, podrán suspender el pago de las pensiones de orfandad a las que resulte de aplicación la legislación vigente a 31 de diciembre de 1984, por reticencia de los beneficiarios para informar sobre sus requisitos de aptitud legal que les permitan continuar en su cobro, y ello cualquiera que sea la fecha de arranque de tales pensiones de orfandad y su legislación reguladora, pero con efectos para las causadas con anterioridad al 1 de enero de 1986, desde la expresada fecha.