

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL****TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 6 de febrero de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 621/2013

**SUMARIO:**

**Pensión de orfandad. Incremento del 52%. Huérfano de padre, sin que la madre tenga reconocida pensión de viudedad por no haber estado casada ni haber constituido pareja de hecho con el causante en los términos establecidos en el art. 174.3 de la LGSS. Interpretación de la expresión orfandad absoluta. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** Es la falta de ambos progenitores o, en su caso, que a la ausencia de uno se añada que el otro sea desconocido o que el sobreviviente haya sido declarado responsable de violencia de género. Sala General.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 175.  
Decreto 3158/1966 (Prestaciones), art. 38.1.

**PONENTE:**

*Don José Manuel López García de la Serrana.*

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a seis de Febrero de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Miguel Arenas Gómez en nombre y representación de DOÑA Natividad contra la sentencia dictada el 16 de octubre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación n.º 540/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Barcelona, en autos núm. 559/2011, seguidos a instancias de DOÑA Natividad en representación de su hijo Alonso contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre PENSIÓN ORFANDAD.

Ha comparecido en concepto de recurrido INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL representado por el Letrado Don Andrés Ramón Trillo García.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 7 de noviembre de 2011 el Juzgado de lo Social n.º 2 de Barcelona dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " 1.º - Alonso, nacido el NUM000 .1997, es hijo de Natividad y de Edmundo, fallecido el 31.01.2011. La Sra. Natividad no es en la actualidad acreedora de la pensión de viudedad del causante (f, 28, 38 a 46. 2.º- Por resolución del INSS de 6.04.2011 se reconoció el derecho a la pensión de orfandad con un porcentaje del 20% de la base reguladora (f. 47). 3.º- Interpuesta reclamación previa a fin de que se incrementase el porcentaje de la pensión de orfandad en el 52% de la base reguladora relativo a la pensión de viudedad, la misma fue denegada por resolución del INSS de 26.05.2011 al no concurrir los requisitos del art. 38 del Reglamento general de prestaciones en la redacción dada por el RD 296/2009 de 6 de marzo (f. 52 y 53).".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Desestimo la demanda interpuesta por Natividad, actuando en nombre y representación de Alonso contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y absuelvo a la demandada de los pedimentos efectuados contra ella."

**Segundo.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por DOÑA Natividad ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 16 de octubre de 2012, en la que consta el

siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Natividad, en nombre y representación de Alonso, contra la sentencia de 7-11-2011, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Barcelona en sus autos n.º 559/2011, y en su consecuencia confirmamos en todas sus partes dicha resolución."

### **Tercero.**

Por la representación de DOÑA Natividad se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 14 de febrero de 2013. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 6 de marzo de 2012 .

### **Cuarto.**

Con fecha 11 de julio de 2013 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

### **Quinto.**

Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de enero de 2014, fecha en que tuvo lugar; se han cumplido los mandatos legales en la tramitación de este recurso, salvo el plazo para dictar sentencia, por el mucho trabajo que pesa sobre la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

El presente recurso, formulado por la actora contra la sentencia de suplicación, que ha desestimado la demanda formulada pidiendo el incremento de la pensión de orfandad asignada a su hijo, la contradicción exigida por el art. 219 de la LRJS debe considerarse existente y cumplida al aportarse de referencia una sentencia del mismo TSJ referente a la misma materia y cuestión con resultado opuesto, pues, a diferencia del actual, en aquel procedimiento se confirmaba la sentencia de instancia que reconocía al huérfano, nacido también de una pareja de hecho en la que el otro miembro vive, el aumento porcentual pretendido en la prestación asignada a dicho vástago.

### **Segundo.**

Se alega en el recurso la infracción del art 38 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, en su redacción actual, dada por el RD 296/2009, de 6 de marzo, y la doctrina de esta Sala plasmada en sus sentencias de 9 de junio y 24 de septiembre de 2008 y de 22 de mayo de 2006 del T.C .. En el caso enjuiciado, los únicos datos que integran el relato de la sentencia de instancia, y que se reproducen en la recurrida, son que tras el fallecimiento del causante el 31-1-2011, a la actora, que tenía un hijo en común con él, se le denegó la pensión de viudedad, dándose asimismo por probado que el hijo de esa pareja, nacido el 6 de mayo de 1997, tiene reconocida una prestación de orfandad del 20% de su base reguladora.

La cuestión planteada ha sido ya resuelta por esta Sala en 2 sentencias del Pleno de 29 enero último y en ellas esa solución se fundamenta diciendo:

La prestación de orfandad viene regulada en el art 175 de la LGSS, que en la redacción vigente a la fecha del hecho causante, dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, aludía en su n.º 2, segundo párrafo, al caso de "orfandad absoluta", si bien en referencia al huérfano que estuviera cursando estudios y cumpliera 24 años durante el transcurso del curso escolar para mantener la percepción de dicha prestación hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico, siendo relevante, en lo que al presente caso concierne, que el mencionado concepto ("orfandad absoluta") tenía rango legal.

En desarrollo de dicho precepto, el art 36 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, en la redacción dada por el RD 296/2009, de 6 de marzo, señala:

" 1. En los casos de orfandad absoluta las prestaciones correspondientes a los huérfanos podrán incrementarse en los términos y condiciones siguientes:

1.º Cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementará en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52 por ciento.

2.º Cuando a la muerte del causante exista algún beneficiario de la pensión de viudedad, la pensión de orfandad que se reconozca podrá, en su caso, incrementarse en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje de pensión de viudedad que no hubiera sido asignado.

3.º Cuando el progenitor sobreviviente fallezca siendo beneficiario de la pensión de viudedad, procederá incrementar el porcentaje de la pensión que tuviera reconocida el huérfano, sumándole el que se hubiere aplicado para determinar la cuantía de la pensión de viudedad extinguida .

2. Cuando el progenitor superviviente hubiera perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad a tenor de lo establecido en el apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, el huérfano tendrá derecho a los incrementos previstos para los casos de orfandad absoluta en el apartado anterior.

Asimismo, a efectos de lo previsto en este artículo, se asimila a huérfano absoluto el huérfano de un solo progenitor conocido."

El expresado RD 296/2009 declaraba previamente en su preámbulo, entre otras cosas, que "...el Tribunal Constitucional, por medio de su Sentencia 154/2006, de 22 de mayo, vino a cuestionar la denegación a los hijos extramatrimoniales del derecho al incremento de la indemnización que han de percibir los huérfanos en caso de muerte del causante debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, por el hecho de que no existiera cónyuge sobreviviente, es decir viudo o viuda, con derecho a dicha indemnización especial, conforme se requiere específicamente en la normativa aplicable, por considerar que dicho criterio, aplicado en vía administrativa y refrendado por la jurisprudencia social, venía a comportar una discriminación indirecta por razón de filiación que implicaba una contravención del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución . Dicha doctrina devenía asimismo aplicable, habida cuenta la identidad en las respectivas regulaciones y conforme ha confirmado ya más de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, por referencia a los incrementos del porcentaje a aplicar para determinar la cuantía de la pensión de orfandad cuando a la muerte del causante no quedara cónyuge sobreviviente o éste falleciera estando en el disfrute de dicha pensión.

Partiendo del referido condicionamiento constitucional, se hace preciso proceder a una revisión de la ya vetusta regulación de los aludidos incrementos en favor de los huérfanos, en la que, con pleno respeto al principio de no discriminación al hijo por la relación de su progenitor con respecto al causante, y en el régimen de igualdad, cualquiera que sea la filiación de los hijos, que se exige en la disposición adicional quinta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, se reoriente el plus de protección de los huérfanos que tales incrementos suponen hacia situaciones en las que, por razón de orfandad absoluta o circunstancias análogas, se constate la concurrencia de un estado de necesidad agravada que justifique esa mayor intensidad de las prestaciones a reconocer".

Es decir, que con dicha norma se acaba con la discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales manteniéndose en lo demás y por lo que al concepto nuclear de esta litis se refiere, la cobertura de la prestación, de tal manera que el concepto de orfandad absoluta se mantiene en su sentido originario de inexistencia de ambos progenitores más los dos casos parigualados a éste, constituyendo todos ellos situaciones especialmente graves que precisan por ello una mayor protección del huérfano, sin que exista ya trato distinto por la clase de filiación propiamente dicha. Lo que sucede es que, partiendo de ahí, en este caso la denegación previa de la pensión de viudedad se debe no simplemente a que la actora formase parte de una pareja de hecho sino a que dicha pareja no se hallaba constituida legalmente, es decir, en los términos establecidos en el art 174.3, párrafo cuarto, de la LGSS .

En efecto: a pesar de la dicción del precepto transcrito, manifiestamente mejorable, se arranca, como se ha visto en la ley, de la exigencia de una orfandad absoluta, caracterizada, como su propio nombre indica, por la ausencia de ambos progenitores, y dicho supuesto general u ordinario lo amplía el legislador con dos situaciones, como son las de progenitor supérstite maltratador en los términos de la Disposición adicional primera de la L.O. 1/2004, y la de ausencia de progenitor sobreviviente conocido, equivaliendo ambos casos, en beneficio del huérfano y a los estrictos efectos prestacionales, a la inexistencia de dicho ascendiente, aunque sea por diferentes y evidentes razones, de ahí que para el inculpado por violencia de género el art 65 de la L.O. 29/2004 prevea que el Juez pueda, en su caso, suspender el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera, y que "a quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, o estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, no le será abonable, en ningún caso, la pensión por orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos dentro del Sistema Público de Pensiones, salvo que, en su caso, hubiera mediado reconciliación entre aquellos."

Del tenor literal de este precepto se deduce, pues, la necesidad de que para acrecer porcentualmente la prestación de orfandad ésta deba ser "absoluta", asimilándose a la misma, por la vía de la excepcionalidad, los

anteditos casos del huérfano cuyo progenitor superviviente hubiera perdido la pensión de viudedad como autor de malos tratos al causante y el del huérfano de un solo progenitor conocido, ninguno de cuyos casos se corresponde con el enjuiciado.

Nuestra sentencia de 10 de mayo de 2013 (rcud 1696/2012 ), aunque referente a un caso de divorcio y no de pareja de hecho, declaró: "el art. 36.2 del Decreto 3158/66 establece: "El porcentaje que se establece en el número anterior se incrementará con el correspondiente a la pensión de viudedad cuando a la muerte del causante no quede cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma". Esta normativa pone de relieve, a efectos de ordenar la atribución de las prestaciones de viudedad y orfandad, que se mantiene la unidad familiar sobreviviente, de modo que el viudo o viuda y los huérfanos del causante son protegidos no solo en cuanto individuos, sino también en cuanto a miembros de una familia cuyo modo de subsistencia se ha visto afectado por la desaparición de una de sus fuentes de ingresos.

..... La jurisprudencia tradicional vino sosteniendo que el incremento de pensión objeto de litigio corresponde únicamente en supuestos de orfandad absoluta (de padre y madre) y no en los casos de huérfanos de parejas extramatrimoniales, porque de no ser así existiría discriminación en contra de los huérfanos de las uniones conyugales, que solo acceden al incremento en caso de fallecimiento de los dos progenitores. Pero esta doctrina fue corregida por la jurisprudencia constitucional ( STC 154/2006 ), pues, teniendo en cuenta que los hijos nacidos de padres unidos por el vínculo del matrimonio, cuando sobrevive el cónyuge se benefician de la pensión de viudedad que éste recibe, lo que no ocurre cuando no hay vínculo matrimonial, en cuyo caso no entra en la esfera familiar del huérfano ese beneficio económico, produciéndose así una diferencia de trato injustificada, una discriminación indirecta por razón de matrimonio, que vulnera el art. 14 de la Constitución Española . De este modo, cuando el "progenitor sobreviviente" no es "cónyuge sobreviviente" porque no estaba casado con el sujeto causante, y por esta causa no tiene derecho a pensión de viudedad, no por ello se elimina el derecho al incremento de la pensión de orfandad porque, desde esta perspectiva resulta indiferente que la falta de tal reconocimiento se deba a orfandad absoluta por inexistencia de padre o madre superviviente, o a que el progenitor sobreviviente no tenga derecho a pensión por no haber sido cónyuge del sujeto causante.

Como concluye nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2008 (rcud 36/08 ), esta perspectiva familiar justifica la atribución de un incremento de pensión equivalente a los hijos extramatrimoniales sobrevivientes, que no deben padecer una situación económica familiar mas desfavorable por el hecho de que sus padres no se hubieran casado.

Nótese que, en el esquema reglamentario establecido en el citado art. 38, el incremento se establece para los casos de orfandad absoluta, salvo el caso -resuelto por el TC.º y por esta Sala- de orfandad relativa en que el huérfano se vea privado de participar en los ingresos derivados de la pensión de viudedad que hubiere percibido su progenitor superviviente si no fuera por la falta de matrimonio con el causante, no siendo por tanto "cónyuge" sobreviviente. En los demás casos de orfandad relativa se exige siempre que exista un progenitor sobreviviente que sea beneficiario de la pensión de viudedad: bien en vida de este beneficiario, para incrementar el importe de la orfandad con el porcentaje de pensión de viudedad que no hubiera sido asignado (art. 38.1,2.º), o bien al fallecimiento de dicho beneficiario de la pensión de viudedad, sumando al importe de la orfandad el porcentaje que se hubiere aplicado para determinar la cuantía de la pensión de viudedad extinguida (art. 38.1,3.º).

.....Tanto la pensión de viudedad como la de orfandad tienen carácter sustitutivo de las rentas en que los beneficiarios dejan de participar por la muerte del causante, viéndose así perjudicados por la desaparición de una de sus fuentes de ingresos. En los casos de separación o divorcio, el cónyuge que sufra como consecuencia de ello un desequilibrio económico "tendrá derecho a una compensación..." ( art. 97 del Código Civil ) destinada a paliar el indicado perjuicio, y de ahí que el legislador únicamente reconozca pensión de viudedad al cónyuge separado o divorciado cuando sea acreedor de la pensión compensatoria a que se refiere el mencionado art. del Código Civil ( art. 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social ). Si al cónyuge viudo (léase, en este caso, al miembro superviviente de la pareja de la que formaba parte el causante) no le fue en su día reconocida la pensión compensatoria, se entiende que no ha sufrido desequilibrio económico ni perjuicio alguno y por tanto no devenga la pensión de viudedad, ni su hijo huérfano podrá beneficiarse nunca participando en una pensión de viudedad que no existe ; y siendo esto así, es claro que tampoco ha sufrido perjuicio alguno que justifique el incremento de su pensión previsto reglamentariamente. En otras palabras, sería contradictorio hablar de perjuicio para el huérfano por el hecho de que su madre no hubiera accedido a la pensión de viudedad a causa precisamente de esa falta de perjuicio " .

Bien es cierto que una posterior resolución de esta Sala (nuestra sentencia de 28 de Junio de 2013, rcud 2160/2012 ) parece matizar, sin desdecir, la anterior jurisprudencia cuando señala al respecto que " .....El examen comparativo entre el texto vigente en la actualidad [art. 38.1] y el primitivo [art. 36.1] del RGP pone de manifiesto: a) que el vigente parte de la base de que el derecho de acrecer únicamente corresponde a quienes carecen de ambos progenitores, puesto que limita el derecho -enunciado general- a «los casos de orfandad absoluta»; y b) que extiende el beneficio a todas las situaciones en la que pudieran hallarse los progenitores fallecidos [matrimonio; divorcio; pareja de hecho; inexistencia de pareja], pues no hace distinción alguna de las posibles

situaciones [donde la ley no distingue, tampoco debe hacerlo el intérprete: recientes, SSTS 16/11/12 -rco 208/11 -; 05/03/12 -rco 57/11 -; y 25/03/13 -rcud 1775/12 -], siquiera sea incuestionable que en su apartado 2.º trata de manera implícita los supuestos de ruptura matrimonial".

Si bien añade: ..Pero el examen de la cuestión sería incompleto si no se atendiese al contexto normativo que en orden a las pensiones de Viudedad y Orfandad se hallaba vigente en la fecha en que fue pronunciada la referida doctrina constitucional [con hecho causante en Julio/1998] y la que actualmente rige la materia. En particular ha de tenerse en cuenta que la Ley 40/2007 [4/Diciembre] modificó los arts. 174 y 175 LGSS y -consiguientemente- el régimen jurídico de las citadas pensiones, disponiendo: a) el reconocimiento de la pensión de Viudedad también en los supuestos de parejas de hecho, aunque cumpliendo determinados requisitos [entre ellos, la inscripción en Registro ad hoc]; b) condicionando el derecho -a Viudedad- de personas separadas judicialmente o divorciadas a que fueran perceptoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 CC ; c) extendiendo también a las citadas parejas de hecho las prestaciones de auxilio por defunción e indemnizaciones a tanto alzado en caso de muerte derivada de AT o EP; y d) proclamando que el derecho a la pensión de Orfandad corresponde «en régimen de igualdad» a cada uno de los hijos del causante «cualquiera que sea la naturaleza de su filiación».....Es este contexto normativo, de acceso a las diversas prestaciones por muerte y supervivencia por parte de las parejas de hecho, de condicionar su reconocimiento en los supuestos de divorcio y de expresa proclamación de «régimen de igualdad» en el disfrute de la pensión de Orfandad por parte de los hijos del causante «cualquiera que sea la naturaleza de su filiación», es en la que la Sala ha de enjuiciar si la exigencia reglamentaria -antes implícita y ahora expresa- de «orfandad absoluta» para acrecer la pensión de Orfandad con la de Viudedad [no reconocida o extinguida por fallecimiento] persiste en su cualidad discriminatoria para los hijos extramatrimoniales.

...A nuestro entender, las afirmaciones llevadas a cabo primero por la STC 154/2006 y posteriormente por nuestra jurisprudencia son igualmente sostenibles en la actualidad, siquiera ahora la discriminación indirecta por razón del origen de la filiación no puede predicarse de la totalidad de los hijos extramatrimoniales, sino exclusivamente de aquellos cuyos progenitores no constituyan parejas de hecho o de quienes siéndolo no se hayan constituido como tal a los efectos legales [es el caso de autos, en que la convivencia estable no fue acompañada de inscripción en el correspondiente Registro de Parejas de Hecho].

Ello es así, porque: a) en ambas situaciones persiste la situación de necesidad que subyace como fundamento del mecanismo de acrecimiento de la pensión de Orfandad y con el que se evita -con palabras de la STC 154/2006 - «el impacto negativo que otra interpretación tiene en la realidad familiar y en la cobertura de las necesidades de los hijos extramatrimoniales»; b) con tal conclusión -que atiende a la situación de necesidad- se respeta más cumplidamente el decreto constitucional de protección integral de los hijos, con independencia de su filiación [ art. 39 CE ] y se acata el propio mandato legal de otorgamiento de la pensión en real «régimen de igualdad», con independencia de la naturaleza de la filiación [ art. 175.1 LGSS ]; y c) por otro lado, se atiende a la consideración -ya referida- de que el «incremento de las pensiones de orfandad resulta ser así una renta social sustitutiva de aquella prestación que falta en la unidad familiar cuando no se ha reconocido en la misma el derecho a una pensión de Viudedad».

Y nuevamente reitera: "Esa finalidad -atender a la real situación de necesidad, por pérdida de rentas- la puso recientemente de manifiesto la STS 10/05/13 [rcud 1696/12 ], en la que se negó el incremento de la pensión a huérfano no absoluto, cuya madre superviviente se hallaba divorciada del causante por divorcio y no había accedido a pensión de Viudedad por falta de pensión compensatoria. Y al efecto razona la Sala -en términos absolutamente coherentes con la presente resolución- que «tanto la pensión de viudedad como la de orfandad tienen carácter sustitutivo de las rentas en que los beneficiarios dejan de participar por la muerte del causante, viéndose así perjudicados por la desaparición de una de sus fuentes de ingresos»; y que en los casos de separación o divorcio, si al cónyuge viudo no le fue en su día reconocida la pensión compensatoria [por ausencia de desequilibrio económico], se entiende que con el fallecimiento del causante tampoco ha sufrido perjuicio alguno [cuando menos cuando la pensión por alimentos al hijo no sea superior a la pensión de Orfandad, añadimos ahora] y por tanto no devenga la pensión de viudedad, de forma que su hijo huérfano tampoco podrá beneficiarse de una pensión de viudedad que nunca ha existido y de la que -por lo mismo- el huérfano nunca se ha beneficiado " .

Para concluir: " Pero éste no es el caso de que tratamos, en que la unidad familiar sí ha tenido -innegablemente- una pérdida de ingresos [los del causante] y esta situación de necesidad no se ha paliado con pensión de Viudedad, por lo que cobran plena vigencia las palabras que la Sala sostenía en aplicación de la precedente normativa y relativas a que «desde este punto de vista - la situación de necesidad que justifica el acrecimiento de la pensión- resulta indiferente que la falta de tal reconocimiento se deba a orfandad absoluta por inexistencia de padre o madre superviviente, o a que el progenitor sobreviviente no tenga derecho a pensión por no haber sido cónyuge ... del sujeto causante» (citadas SSTS 09/06/08 -rcud 963/07 -; 24/09/08 -rcud 36/08 -; y 01/12/11 - rcud 4121/10 -).

..En último término, la interpretación que hacemos -de equiparación entre «orfandad absoluta» e inexistencia de cónyuge con derecho a pensión de Viudedad, mediando la situación de necesidad - es a la que inclina el propio Preámbulo del Real Decreto 296/2006, al afirmar -la cursiva es nuestra- que parte del

«condicionamiento constitucional» que representa la ya referida STC 154/2006, que impone «proceder a una revisión de la ya vetusta regulación de los aludidos incrementos en favor de los huérfanos, en la que, con pleno respeto al principio de no discriminación al hijo por la relación de su progenitor con respecto al causante, y en el régimen de igualdad, cualquiera que sea la filiación de los hijos, que se exige en la disposición adicional quinta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, se reorienta el plus de protección de los huérfanos que tales incrementos suponen hacia situaciones en las que, por razón de orfandad absoluta o circunstancias análogas, se constata la concurrencia de un estado de necesidad agravada que justifique esa mayor intensidad de las prestaciones a reconocer.»

Pero en esta última sentencia, como se ve, de algún modo se ratifica, según se dice en ella, la tesis de la de 10 de mayo de ese mismo año (al menos asumiendo parte de su argumentación), y, por otro lado y prescindiendo de manifestaciones incidentales, -que, por esa naturaleza, no tienen necesariamente vocación de permanencia- se parte de la afirmación de que existe una situación de necesidad familiar, lo que, de antemano, en el presente caso no se declara probado, no cabiendo, en fin, identificar, con carácter general, la ausencia de pensión de viudedad con esa necesidad para proceder al incremento de la pensión de orfandad, porque ésta es en exclusivo beneficio del propio huérfano aun cuando se halle vinculada a la pensión de viudedad y corresponda que se abone, en principio, al progenitor supérstite, no pudiéndose olvidar, de todos modos, que la exigencia de orfandad absoluta es en el presente caso -en función de la normativa aplicable en el momento del hecho causante- de carácter legal y no meramente reglamentario.

En cualquier caso y en resumen, de resolverse del modo pretendido por la actora, se vulneraría la norma que establece para todos los supuestos la exigencia de orfandad absoluta, requisito que está justificado en atención a la especial situación de necesidad que contempla: la inexistencia de algún progenitor que pueda hacerse cargo del huérfano.

De otra parte se establecería un trato desigual injustificado si se concediera el acrecimiento a los hijos de ex cónyuges sin derecho a pensión compensatoria y no se concediera en el caso de hijos de cónyuges actuales que no acceden a la pensión de viudedad por cualquier otra causa. Para evitar este trato diferente habría que conceder el acrecimiento en todos los casos en los que, viviendo uno de los progenitores del huérfano, dicho progenitor no hubiera causado derecho a la pensión de viudedad, lo que es manifiestamente contrario a la regulación actual que de modo inequívoco exige en todos los casos la orfandad absoluta. La transcendencia de esta innovación sería además muy amplia, pues incluiría todos los supuestos en que no se causa derecho a la pensión de viudedad por falta de cotización, ya que no se exigen periodos previos en la pensión de orfandad; se acrecería así como regla general aunque no existiera un derecho patrimonial del que pueda derivarse el acrecimiento. Además de esta forma se produciría el establecimiento de una regulación alternativa contraria a la vigente por vía de sentencia que no podría justificarse en atención a la cobertura de una situación específica de necesidad, pues la falta de concesión de la pensión compensatoria puede deberse a que el ex - cónyuge tenga recursos propios suficientes, lo que le permitiría atender al huérfano. Y si para evitar este efecto se estableciera un control de recursos, el órgano judicial estaría asumiendo de nuevo una función reguladora que no le corresponde..

Con toda probabilidad, de lege ferenda, la solución más completa e integradora mientras se mantenga la vinculación entre la pensión de orfandad y la de viudedad (lo que corresponde más bien a planteamientos de un concepto de familia tradicional y no tan amplio como el actual) sería incluir en la prestación correspondiente a la primera tanto la situación que constituye orfandad absoluta de derecho -inexistencia de ambos progenitores- como la que pudiéramos denominar orfandad absoluta de hecho - cuando el que quede carezca de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad- siendo entonces en este segundo caso necesario alegar y acreditar tal extremo para reconocer el incremento de la pensión en el porcentaje resultante de la aplicación de dicho precepto, pero lo cierto es que el tenor gramatical del mismo o sentido propio de las palabras (orfandad, según el DRAE, es "estado de huérfano" y a este término lo define en su primera acepción como "dicho de una persona de menor edad a quien se le han muerto el padre y la madre o uno de los dos, especialmente el padre", señalando también en torno al adjetivo "absoluto/a" que equivale a "ilimitado" y a "entero, total, completo") apunta en el caso enjuiciado sólo a una y primera orfandad absoluta, concepto cuya hermenéutica, incluso teniendo en cuenta los elementos a los que también se refiere el art 3.1 del CC, no puede llevar a lo que la norma no dice, en lo que supondría un arriesgado ejercicio entre la interpretación propiamente dicha y la función legislativa, que en virtud del principio de separación de poderes consustancial con un Estado de Derecho, se residencia en otro poder del Estado.

Consecuentemente con la doctrina reseñada y tal y como propone el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, el recurso ha de ser desestimado.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Miguel Arenas Gómez en nombre y representación de DOÑA Natividad contra la sentencia dictada el 16 de octubre de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación n.º 540/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Barcelona, en autos núm. 559/2011, seguidos a instancias de DOÑA Natividad en representación de su hijo Alonso contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.