

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

Sentencia de 29 de enero de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 3119/2012

SUMARIO:

Pensión de orfandad. Incremento del 52%. Huérfana de padre, sin que la madre tenga reconocida pensión de viudedad por haberse divorciado del causante sin pactarse pensión compensatoria. 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 en los términos legalmente establecidos. Sala General. Voto particular.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 175.

Decreto 3158/1966 (Prestaciones), art. 38.1.

PONENTE:

Don Miguel Ángel Luelmo Millán.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Enero de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a Francisca Ureña Martínez, en nombre y representación de D^a Zaida, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha 27 de abril de 2012, recaída en el recurso de suplicación n.º 6633/2011, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 15 de Barcelona, dictada el 20 de junio de 2011, en los autos de juicio n.º 157/2011, iniciados en virtud de demanda presentada por D^a Zaida, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre ORFANDAD.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan,

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Con fecha 20 de junio de 2011, el Juzgado de lo Social n.º 15 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: FALLO: "Estimando la pretensión de la demanda origen de las presentes actuaciones, debo declarar y declaro el derecho Doña Zaida a la percepción de la pensión de orfandad al 20% + 52% de la base reguladora mensual de 492'63 euros, y efectos económicos desde el día 1 de octubre de 2010, condenando al INSS a estar y pasar por la anterior declaración así como al abono de la pensión de referencia en las cuantías indicadas."

Segundo.

Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " 1 - Doña Zaida, nacida el día NUM000 de 1992 y con DNI NUM001, y su hermana, Doña Fátima, nacida el día NUM002 de 1982, son hijas de Doña Nicolasa y Don Justiniano . Obra en autos el libro de familia. 2. - Los padres de la actora contrajeron matrimonio el día 20 de septiembre de 1981. Por Sentencia de 1 de septiembre de 2000 se declaró la separación del matrimonio. No se reconoció en favor de ninguno de los cónyuges pensión compensatoria ni alimentos. Las hijas quedaron bajo la guarda y custodia de su madre, Obra en autos la Sentencia de separación. 3 - Don Justiniano falleció el día 17 de septiembre de 2010. 4- Solicitada pensión de viudedad por Doña Nicolasa, por resolución del INSS de 25 de octubre de 2010 se acordó denegar la misma al no ser la solicitante beneficiaria de pensión compensatoria. 5 - La actora solicitó la pensión de orfandad. Tramitado el pertinente expediente, por

Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 4 de octubre de 2010 se reconoció a la misma tal pensión, sobre la base reguladora mensual de 492'63 euros, al 20% y efectos económicos desde el día 1 de octubre de 2010. 6 - Contra dicha Resolución fue interpuesta la oportuna reclamación en Vía Previa, que fue expresamente desestimada."

Tercero.

Contra la anterior sentencia, la representación letrada del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 27 de abril de 2012, en la que consta el siguiente fallo: "Que, estimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada el 20 de junio de 2011 por el Juzgado de lo Social n.º 15 de Barcelona en los autos seguidos con el n.º 157/2011, a instancia de Dª Zaida contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en consecuencia, desestimando la pretensión del actora, absolvemos al instituto recurrente frente a todos los pedimentos de aquella".

Cuarto.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, la letrada Dª Francisca Ureña Martínez, en nombre y representación de Dª Zaida, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del País Vasco el 1 de febrero de 2011, recurso 3011/10

Quinto.

Admitido a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

Sexto.

Se señaló para la votación y fallo el día 29 de octubre de 2013, suspendiéndose dicho trámite dada la complejidad y trascendencia del asunto, y señalándose, que la deliberación, votación y fallo del presente recurso se hiciera en Sala General, fijándose finalmente para el día 22 de enero de 2014 la celebración de tales actos.

Séptimo.

En dicho acto, la Magistrada Ponente Excm. Sra. Dña. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El Juzgado de lo Social n.º 15 de Barcelona dictó sentencia el 20 de junio de 2011, autos número 157/11, estimando la demanda formulada, declarando el derecho de Dª Zaida a la percepción de la pensión de orfandad al 20% + 52% de la base reguladora mensual de 492'63 euros, y efectos económicos desde el día 1 de octubre de 2010, condenando al INSS a estar y pasar por la anterior declaración así como al abono de la pensión de referencia en las cuantías indicadas. Tal y como resulta de dicha sentencia, la actora Dª Zaida, nacida el NUM000 -1992 y su hermana Dª Fátima, nacida el NUM002 -1982, son hijas de Dª Nicolasa y D. Justiniano, que habían contraído matrimonio el 20 de septiembre de 1981, habiéndose declarado su separación por sentencia de 1 de septiembre de 2000, sin reconocerse a favor de los cónyuges pensión compensatoria ni pensión alimenticia. D. Justiniano falleció el día 17 de septiembre de 2010 y solicitada pensión de viudedad por Dª Nicolasa, le fue denegada por resolución del INSS de 25 de octubre de 2010, por no ser beneficiaria de pensión compensatoria. A la actora le fue reconocida pensión de orfandad en cuantía del 20% de la base reguladora de 492'63 euros y efectos económicos desde el 1 de octubre de 2010.

Recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 27 de abril de 2012, recurso número 6633/11, estimando el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 20 de junio de 2011 por el Juzgado de lo Social

n.º 15 de Barcelona, en los autos seguidos con el número 157/11, a instancia de Dª Zaida contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, revocando la sentencia impugnada y desestimando la demanda formulada. La sentencia razona que no procede el incremento de la pensión de orfandad en el 52% por el hecho de que el progenitor superviviente no haya causado derecho a la pensión de viudedad, ya que dicha ausencia de pensión obedece a que al tiempo de la separación matrimonial no se impuso el derecho a una pensión compensatoria, por lo que la muerte del causante de la prestación de orfandad no supone la pérdida de esa pensión que, en su caso, hubiera redundado en su interés o en el de la unidad familiar.

Contra dicha sentencia se interpuso por la parte actora recurso de casación para la unificación de doctrina aportando como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 1 de febrero de 2011, recurso número 3011/11, sentencia cuya firmeza se declaró el 7 de marzo de 2011 .

La letrada de la Administración de la Seguridad Social ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente.

Segundo.

Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo enuncia el artículo 219 de la LRJS que supone que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

Dicha resolución, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 1 de febrero de 2011 (rec. 3011/10), estimó el recurso de suplicación interpuesto por Dª Santiago, actuando en nombre y representación legal de su hija menor Amanda contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 9 de Bilbao, de 24 de septiembre de 2010, autos 431/10, seguidos a instancia de la hoy recurrente frente al INSS y a la TGSS, sobre acrecimiento de la pensión de orfandad y, revocando la sentencia impugnada, estimó la demanda formulada, declarando que el importe de la pensión de orfandad, causada a favor de la hija, acrece en otro 52% de la base reguladora de 1090'48 euros/mes, 14 veces al año, desde el 1 de febrero de 2010, condenando al INSS a su pago. De dicha sentencia resulta que la actora Dª Santiago contrajo matrimonio con D. Constantino el 28 de septiembre de 2001, teniendo una hija menor común, Dª Amanda, habiéndose decretado el divorcio por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 14 de Bilbao, el 30 de julio de 2009, no fijándose en el convenio regulador pensión compensatoria, fijándose alimentos por importe de 750 euros/mes, colegio y seguro médico a cargo del padre. D. Constantino falleció el 3 de enero de 2010. La sentencia razona que el cónyuge superviviente carece de derecho a pensión de viudedad, al no habersele reconocido pensión compensatoria en la sentencia de divorcio, por lo que ha de acrecer a la pensión de orfandad, ya que en el caso de hijos de matrimonios legalmente separados o divorciados se genera un desigual trato en relación con los hijos extramatrimoniales ya que la necesidad de protección que tienen los hijos de matrimonios legalmente separados o divorciados es análoga a la de los hijos extramatrimoniales, siendo común el régimen de deberes jurídicos que los progenitores de unos y otros tienen hacia ellos, en orden a prestarles alimentos.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurre el requisito de la contradicción, pues en ambos casos se examina el derecho a que se incremente la pensión de orfandad reconocida al hijo con el 52% de la pensión de viudedad no reconocida al cónyuge superviviente por fallecimiento del causante, dimanando el no reconocimiento de dicha pensión del hecho que en la sentencia de separación no se estableció pensión compensatoria, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que no procede acrecer la pensión de orfandad, la de contraste razona que se ha de incrementar la citada pensión en el 52% que, en su caso, hubiera correspondido a la pensión de viudedad.

No impide tal concurrencia que en la sentencia recurrida no se hubiera fijado pensión de alimentos a favor de la hija y sí en la de contraste, pues lo relevante es que en ninguno de los dos supuestos se estableció pensión compensatoria, por lo que no se reconoció pensión de viudedad.

Cumplidos los requisitos de los artículos 219 y 224 de la LRJS, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

Tercero.

La parte recurrente alega que la sentencia impugnada infringe por interpretación errónea el artículo 2.2 del RD 296/2009, de 6 de marzo, que dio nueva redacción al artículo 38.1 del Decreto 3166/1966, de 23 de diciembre .

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.º2, 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 antedichos casos del huérfano cuyo progenitor supérstite hubiera perdido la pensión de viudedad como autor de la conducta referida 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) declaró en un caso como el presente que "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 supérstite 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 supérstite 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 desdejar, 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.

..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».

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 supérstite 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.

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, se ratifica, según se ha dicho, la tesis de la precedente de 10 de mayo de ese mismo año, 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, en fin y 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 otro 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 lo hasta ahora expresado 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 la unificación de doctrina interpuesto D^a Zaida, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fecha 27 de abril de 2012, recaída en el recurso de suplicación n.º 6633/2011, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 15 de Barcelona, dictada el 20 de junio de 2011, en los autos de juicio n.º 157/2011, iniciados en virtud de demanda presentada por D^a Zaida, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre ORFANDAD. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, 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. D. Jesus Gullon Rodriguez D. Aurelio Desdentado Bonete D. Fernando Salinas Molina D. Gonzalo Moliner Tamborero D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D. Jordi Agusti Julia D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Jesus Souto Prieto

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga en la sentencia dictada en el recurso 3119/2012, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agusti Julia, D. Luis Fernando de Castro Fernandez, Doña Rosa Maria Viroles Piñol, Doña Maria Lourdes Arastey Sahun y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 3119/20112. El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

Primero.

Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo del fallo de la misma, por los razonamientos que a continuación se expondrán. Con carácter general, la discrepancia se fundamenta en que la solución adoptada en la sentencia mayoritaria comporta un retroceso en la protección en el ámbito de la Seguridad Social pública en un tema tan sensible como es el de la protección de la orfandad y, más ampliamente la protección de la familia. En efecto, como más adelante se verá, la interpretación que se venía efectuando del artículo 36.2 del D 3166/1966, de 23 de diciembre, con anterioridad a la reforma introducida por el artículo 2.2 del Real Decreto 296/09 era más favorable, que la que efectúa la sentencia de Sala General, al incremento de la pensión de orfandad con el importe de la pensión de viudedad en los supuestos en los que, al fallecimiento del causante, al progenitor supérstite no se le reconocía pensión de viudedad, por no tener reconocida pensión compensatoria. La aparición de la reforma introducida por el RD 296/2009, de 6 de marzo, en el artículo 36.2 del D. 3166/1966, de 23 de diciembre, no ha supuesto, como parece desprenderse de la interpretación efectuada por la sentencia de Sala General, una disminución de la protección del huérfano en el que concurren las circunstancias antedichas, sino más bien al contrario, como se cuida de señalar su exposición de motivos, se pretende reforzar dicha protección. En efecto en la citada exposición de motivos se consigna lo siguiente: "Se hace preciso proceder a una revisión de la ya vetusta regulación de los aludidos incrementos a 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 constate la concurrencia de un estado de necesidad agravada que justifique esa mayor intensidad de las prestaciones a reconocer".

Segundo.

Una recta comprensión de la cuestión debatida exige, tal y como lo ha hecho la sentencia de esta Sala de 28 de junio de 2013, recurso 2160/2012, examinar las vicisitudes de la regulación normativa de la materia, así como de la doctrina jurisprudencial que ha interpretado la misma. 1- El supuesto estaba regulado -antes de la reforma introducida por el artículo 2 del RD 296/2009, de 6 de marzo - por el artículo 36.2 del D 3166/1966, de 23 de diciembre, que disponía : «El porcentaje que se establece en el número anterior se incrementará con el correspondiente a la pensión de Viudedad a que se refiere el artículo 31 de este Reglamento, 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. En caso de existir varios huérfanos con derecho a pensión,

el incremento se distribuirá entre todos ellos por partes iguales». Y en su aplicación, el criterio inicial de esta Sala fue el de entender que la literalidad de la norma «conduce a constatar, en primer lugar, que ... se emplea la palabra "cónyuge" -estado sólo aplicable a las personas unidas por vínculo matrimonial- y, en segundo lugar, que ni siquiera el fallecimiento posterior del viudo genera, automáticamente, el derecho al incremento litigioso, sino que el acrecimiento viene supeditado a la condición de que el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión muera en el goce de la misma. Por lo tanto si en este último supuesto el incremento depende de que la viuda ostente la titularidad y disfrute de la pensión de viudedad en el momento de su muerte, una interpretación armónica y coherente de la norma, globalmente considerada, permite concluir que el "cónyuge inexistente", en el momento del fallecimiento del causante de la prestación de Viudedad, de haber vivido reuniría los requisitos y condiciones para el acceso a la misma» (SSTS 23/02/94 -rcud 1264/93 -; 05/04/94 -rcud 2107/93 -; 21/06/94 -rcud 3192/93 -; 15/07/94 -rcud 387/94 -; 20/07/94 -rcud 3556/93 -; 02/12/94 -rcud 3747/93 -; 31/01/95 -rcud 1813/93 -; 10/07/95 -rcud 3289/94 -; 18/11/ 98 -rcud 1622/98 -, respecto a la indemnización especial en casos de muerte por accidente o enfermedad profesional; y 02/02/99 -rcud 1149/99-, para subsidio a favor de familiares). 2- La STC 154/2006, de 22 de mayo, si bien en referencia a la indemnización especial a tanto alzado prevista en el inicial artículo 38 del D 3166/1966, para el supuesto de que «no existiese cónyuge sobreviviente», resolvió que a los hijos extramatrimoniales les corresponde también el derecho a incrementar su importe -en las seis mensualidades que hubieran correspondido al cónyuge sobreviviente-, en igual manera que a los huérfanos «absolutos», porque: a) a la hora de interpretar una norma jurídica, siempre hay que elegir aquella interpretación que resulte más adecuada para la eficacia de los derechos fundamentales [SSTC 82/1990 ; y 34/2004]; y b) que directamente conectado al principio de no discriminación se halla el mandato constitucional sobre la protección integral de los hijos y que «en esa unidad familiar el progenitor vivo ni percibe la prestación de Viudedad ni la indemnización a tanto alzado, por inexistencia de vínculo matrimonial con el causante». 3- El criterio del Tribunal Constitucional -relativo a la indemnización a tanto alzado por causa de muerte- fue acogido por esta Sala, que obligadamente lo extendió a la pensión de orfandad, rectificando así el precedente criterio denegatorio, argumentando, en esencia, que «el modo de cálculo del incremento de las pensiones de orfandad cuando no existe "cónyuge sobreviviente" es en nuestra legislación de Seguridad Social significativamente idéntico al de la pensión de Viudedad que falta. Ello quiere decir que la ley quiere compensar al huérfano o huérfanos en tal situación familiar con una prestación social equivalente a la que tendría el conjunto de la familia de existir cónyuge supérstite... 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» (SSTS 09/06/08 -rcud 963/07 -; 24/09/08 -rcud 36/08-, que es la que se reproduce ; y 01/12/11 -rcud 4121/10 -). 4- La regulación actual aparece en el artículo 38.1 del D 3166/1966, de 23 de diciembre, tras la modificación introducida por el artículo 2 del RD 296/2009, de 6 de marzo, presentando la siguiente redacción: " 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 100. 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". Los requisitos que se exigen en la actualidad para el incremento de la pensión de orfandad se concretan en: a) Que se trate de un huérfano absoluto, es decir, que hayan fallecido ambos progenitores, salvo los supuestos especiales que la norma reconoce en el apartado 2 del artículo 38. b) Que no exista beneficiario de la pensión de viudedad, lo que comprende todas las situaciones, es decir, que existiera matrimonio, divorcio, separación, pareja de hecho, inexistencia de pareja de hecho. c) En el supuesto de que exista beneficiario de pensión de viudedad, porque estuviese repartida entre más de una persona, la pensión de orfandad se incrementará con el importe de pensión que no hubiese sido asignado. d) En el supuesto de que exista beneficiario de la pensión de viudedad, progenitor sobreviviente al que le ha sido reconocida, la pensión de orfandad se incrementará cuando éste fallezca. En este supuesto se comprenden todas las situaciones que generan pensión de viudedad: matrimonio, separación, divorcio o pareja de hecho. 5- Si bien el primero de los requisitos exigidos para tener derecho al incremento de la pensión de orfandad es el ser huérfano absoluto, esta Sala en sentencia de 28 de junio de 2013, recurso 2160/12, reconoció el citado derecho a un huérfano de padre cuya madre vivía y no constaba inscrita como pareja de hecho del otro progenitor, por lo que no se le reconoció pensión de viudedad. La sentencia contiene el siguiente razonamiento: " 2- 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». 6- La doctrina contenida en la anterior sentencia, parcialmente transcrita debió seguirse en el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala ya que presenta evidentes similitudes con el anteriormente resuelto (recurso 2160/12). En efecto, se trata de un huérfano de padre, cuya madre superviviente se encontraba separada de éste y no se le había reconocido pensión de viudedad, pues no tenía reconocida pensión compensatoria a raíz de la separación. La diferencia radica en que en el asunto anterior los progenitores no habían constituido matrimonio ni pareja de hecho, en tanto en el asunto actual los progenitores habían contraído matrimonio, encontrándose separados en el momento del fallecimiento del padre. Sin embargo tal diferencia no impide que se aplique la doctrina contenida en la mencionada sentencia de la Sala (recurso 2160/12), atendiendo a las siguientes consideraciones: 1.º En ambos supuestos no concurre el requisito de orfandad absoluta, tal y como anteriormente se ha puesto de relieve 2.º .En ninguno de los dos casos al progenitor superviviente se le ha reconocido pensión de viudedad. 3.º En ambos supuestos, de concurrir determinados requisitos, el progenitor superviviente hubiera tenido derecho a pensión de viudedad, a saber, en el supuesto de separación si se le hubiera reconocido pensión compensatoria y en el caso de inexistencia de matrimonio, si hubiese constituido una pareja de hecho y cumplido los demás requisitos establecidos en el artículo 174.3 de la LGSS . 4.º El artículo 38.1 del D 3166/1966, de 23 de diciembre, extiende el derecho a incrementar la pensión de orfandad a todas las situaciones en las que pudieran encontrarse los progenitores fallecidos, a saber, matrimonio, separación, divorcio, pareja de hecho, inexistencia de pareja, por lo que no cabe dispensar un trato diferente al huérfano en atención a la situación en la que se encontraran los progenitores en el momento del fallecimiento del causante. 5.º La situación de necesidad, fundamento último del derecho de acrecer la pensión de orfandad, persiste en ambos supuestos, pues tanto el huérfano cuyos progenitores no han contraído matrimonio, como el hijo matrimonial cuyos padres están separados, sufren una merma en la cobertura familiar por el fallecimiento de uno de los progenitores. Es cierto que en el supuesto de unión no matrimonial existía una convivencia de los progenitores en el momento del fallecimiento del causante, en tanto en el supuesto de separación tal convivencia había cesado, precisamente a partir de la separación. Sin embargo, la separación de los padres no extingue las obligaciones que éstos tienen respecto a sus hijos -obligación de dar alimentos ex artículos 143 y 150 del CC - por lo que el fallecimiento del progenitor separado acarrea un impacto en la situación económica de la familia que ve reducidos sus ingresos, pues ya no cuenta con las aportaciones que el causante realizaba a la economía familiar, sin que la pensión de orfandad sea suficiente para compensar dicha merma en los supuestos en los que no se ha reconocido pensión de viudedad. 6.º De no reconocerse el derecho a acrecer la pensión de orfandad al huérfano, fruto de una unión matrimonial, cuyos padres se encuentran separados, sin que se haya reconocido pensión de viudedad al progenitor superviviente, se le estaría dispensando peor trato que al huérfano cuyos padres no habían contraído matrimonio y que tampoco al progenitor superviviente se le había reconocido pensión de viudedad. 7.º La finalidad de atender a la situación real de necesidad por pérdida de rentas aparece en ambos supuestos por lo que, concurriendo identidad de razón, ha de dárseles la misma solución.

Tercero.

Por todo lo razonado entiendo que la sentencia debió estimar el recurso formulado. Madrid, 29 de enero de 2014.

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luermo Millan así como el voto particular formulado por la Excmo. Sra. Magistrada Dña. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, al que se adhieren los Excmos. Sres/as. Magistrados/as D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agusti Julia, D. Luis Fernando de Castro Fernandez, Doña Rosa Maria Viroles Piñol, Doña Maria Lourdes Arastey Sahun y D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, 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.