

## TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia de 1 de julio de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 1876/2013

### SUMARIO:

**Muerte y supervivencia. Pensión de orfandad.** *Recurso de casación para la unificación de doctrina.* La cuantía de la orfandad no debe incrementarse con el porcentaje de la viudedad (orfandad absoluta) cuando, en el caso, los progenitores estaban divorciados sin pensión compensatoria y ni siquiera consta que la madre, que vive, hubiera solicitado la viudedad.

### PRECEPTOS:

Decreto 3158/1966 (Prestaciones), arts. 36 y 38.

### PONENTE:

*Don José Luis Gilolmo López.*

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Julio de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) contra sentencia de fecha 2 de mayo de 2013 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, en el recurso nº 600/2013, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el ahora recurrente contra la sentencia de fecha 4 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Granada, en autos nº 507/12, seguidos por DOÑA Matilde, en nombre y representación de su hija menor, Trinidad, frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación de pensión de orfandad.

Se ha personado la Procuradora Doña Blanca Murillo de La Cuadra, en nombre y representación de Doña Matilde.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

Con fecha 4 de diciembre de 2012 el Juzgado de lo Social nº 4 de Granada dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando demanda promovida por DOÑA Matilde actuando en nombre y representación de su menor hija DOÑA Trinidad contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL declaro el derecho de la parte demandante a percibir la pensión de orfandad ya reconocida incrementada en el importe resultante de aplicar sobre la base reguladora de 1.085,13 euros euros el porcentaje del 52%, con efectos desde el 28 Enero de 2012, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y al abono de la citada prestación en la cuantía dicha, sin que proceda realizar pronunciamiento alguno contra la Tesorería General de la Seguridad Social sin perjuicio de su responsabilidad como servicio común".

### Segundo.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1. DOÑA Matilde D.N.I nº NUM000 actuando en nombre y representación de su menor hija Trinidad D.N.I. NUM001 , domiciliada para notificaciones en Granada C/ DIRECCION000 NUM002 - NUM003 NUM004 , solicitó prestación de orfandad tras el fallecimiento de su padre D. Leandro . El día 27-01-2012 fue reconocida por resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 13-02-2012 un 20% de prestación sobre una base reguladora de 1.085,13 euros lo que suponía un importe líquido mensual de 217,03 euros.

2 .La actora, no conforme con el porcentaje atribuido del 20% interpuso reclamación previa en fecha de 10 de marzo de 2012, interesando le fuese reconocida la orfandad absoluta al no haberse reconocido pensión de viudedad por el fallecimiento de su padre. Dicha reclamación previa es desestimada por resolución de fecha 29-03-2012 . La actora interpone demanda en fecha de 9-5-2012 interesando le fuese reconocida una pensión de orfandad del 52% de la base reguladora de 1.085,13 euros con efectos desde 28-01-2012.

3. El matrimonio formado por D. Leandro y doña Matilde se divorciaron de mutuo acuerdo en virtud de sentencia dictada el 05 de Mayo de 2008, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Granada en la que se aprueba el Convenio regulador suscrito por los cónyuges y en el que no se fija pensión compensatoria a favor de ninguno de ellos teniendo ambos progenitores la patria potestad compartida, siendo la custodia atribuida a la madre. Se da por reproducida dicha sentencia que obra a los folios 34 y sgtes de las actuaciones. El cónyuge sobreviviente no consta haya solicitado pensión de viudedad".

### **Tercero.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación del INSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, la cual dictó sentencia en fecha 2 de mayo de 2013 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 DE GRANADA en fecha 4 de diciembre de 2012 , en Autos 507/12 seguidos a instancia de Matilde actuando en nombre y representación de su hija menor de edad Trinidad en reclamación sobre SEGURIDAD SOCIAL contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida".

### **Cuarto.**

Por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 15 de marzo de 1995, en el recurso nº 705/94 .

### **Quinto.**

Por providencia de esta Sala de fecha 29 de octubre de 2013, se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar que debe ser estimado el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25 de junio de 2014, en el que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si un huérfano, menor de edad y perceptor de la pertinente pensión de orfandad por fallecimiento de su padre, tiene o no derecho al incremento de dicha pensión en cuantía equivalente a la pensión de viudedad -el 52 % de la base reguladora- en el caso de que su madre, que vive, no sea perceptora de pensión de viudedad, no sólo porque ni siquiera conste que la haya solicitado, sino, además, porque en el convenio regulador aprobado por la sentencia civil que acordó su divorcio con el padre del huérfano, no se estableció pensión compensatoria a favor de ninguno de los cónyuges.

2. El INSS denegó el derecho a ese incremento, pero tanto el Juzgado de instancia como la sentencia de suplicación ahora recurrida lo reconocieron al interpretar que el art. 38.1.1º del Decreto 3158/1966 , en la redacción dada por el RD 296/2009, no establece como presupuesto indispensable la orfandad absoluta sino la mera inexistencia de beneficiario de la pensión de viudedad.

3. El recurso de la Gestora, que denuncia la infracción, por interpretación errónea, del art. 38 del Reglamento de Prestaciones ( art. 36.2 del D. 23-12-1966), en la redacción dada por el RD 296/2009, de 6 de marzo , aporta como sentencia de contraste la dictada el 15 de marzo de 1995 (R. 705/1994) por la Sala de lo Social del TSJ de Murcia. En ella se analiza un caso en el que se discutía el derecho del huérfano a incrementar su pensión con el porcentaje (el 45% en ese caso) correspondiente a la viudedad porque la madre, tras el divorcio con el causante de la orfandad, volvió a contraer matrimonio con otra persona.

4. Concorre el requisito de la contradicción, sin que a tales efectos tenga incidencia alguna que en un caso (recurrida) no conste que la madre del huérfano hubiera contraído nuevas nupcias y en el otro (referencial) sí lo hiciera, porque lo decisivo, y lo que permite apreciar la divergencia doctrinal, no es sino que en ambos supuestos se trata de la aplicación de una disposición con contenido perfectamente equiparable, ya sea el art. 36.2 del Decreto 3158/1966 en la sentencia de contraste o el art. 38.1 del RD 296/2009 en la resolución recurrida, que parecen exigir ambos, como condición imprescindible para que la prestación del orfandad pueda incrementarse con la viudedad, que el huérfano sea absoluto. La sentencia recurrida entiende innecesaria esta última circunstancia mientras que la de contraste la considera imprescindible. Así pues, el alcance y significado de la consideración como huérfano absoluto es interpretada de manera totalmente diferente por la sentencia recurrida y por la de contraste, lo que les lleva, respectivamente, a reconocer y denegar el incremento solicitado. Se cumplen, pues, los requisitos para la procedibilidad de este recurso de unificación exigidos por el art. 219 de la LRJS .

## **Segundo.**

1. El recurso debe ser estimado, de acuerdo con el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, porque la contradicción doctrinal arriba expuesta ha sido resuelta por el Pleno de esta Sala Cuarta en sus sentencias (dos) de 29 de enero de 2014 (R. 1122 y 3119/2013 ), seguidas ya, entre otras, por las de 6-2-2014 y 30-4-2014 ( R. 621/13 y 584/13 ), en un sentido plenamente coincidente con el que propone el Ente recurrente y a esa doctrina debemos atenernos, máxime si tenemos en cuenta que en este caso los progenitores estaban divorciados sin pensión compensatoria y ni siquiera consta que la madre, que vive, hubiera solicitado la viudedad.

## **2. Concluyen aquellas sentencias del Pleno:**

"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 trascendencia 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" .

**3.** La estimación del presente recurso comporta que, resolviendo el debate suscitado en suplicación, hayamos de estimar también el de tal clase interpuesto en su día por la Gestora y, en consecuencia, con revocación de la sentencia de instancia, desestimemos la demanda en su integridad y absolvamos al INSS de la pretensión en su contra ejercitada. Sin costas.

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

### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de fecha 2 de mayo de 2013 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 600/13 , que revocamos, y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos también el de tal clase interpuesto en su día por la Gestora y, en consecuencia, con revocación de la sentencia de instancia, desestimamos la demanda en su integridad y absolvemos al INSS de la pretensión en su contra ejercitada. Sin costas. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo 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 Luis Gilolmo Lopez 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.