



Roj: **STSJ CAT 7978/2008 - ECLI:ES:TJSCAT:2008:7978**

Id Cendoj: **08019340012008105523**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **14/07/2008**

Nº de Recurso: **4346/2007**

Nº de Resolución: **5924/2008**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FELIPE SOLER FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 25120 - 44 - 4 - 2006 - 0001003

fc

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

En Barcelona a 14 de julio de 2008

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA núm. 5924/2008

En el recurso de suplicación interpuesto por Clemente frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Lleida de fecha 2 de Marzo de 2007 dictada en el procedimiento Demandas nº 113/2006 y siendo recurrido/a I.N.S.S. LL y T.G.S.S LL.. Ha actuado como Ponente el/la Ilmo. Sr. FELIPE SOLER FERRER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de julio de 2006 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Seguridad Social en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 2 de Marzo de 2007 que contenía el siguiente Fallo:

"Que desestimando la demanda interpuesta por D. Clemente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), debo absolver y absuelvo a los demandados d de los pedimentos de la demanda articulada en su contra".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO. El 31-5-96 el demandante, D. Clemente , contrajo matrimonio con Dña. Daniela , con la que tuvo dos hijos en común, Bernardo (nacido el 23-2-89) y Guillermo (nacido el 27-11-92).

SEGUNDO. El 16-9-05 el actor, con estado civil de viudo, contrajo matrimonio con Dña. Trinidad , también viuda y con una hija de su anterior matrimonio.

TERCERO. El 20-12-05 falleció la Sra. Trinidad .

CUARTO. El 31-1-06 el demandante presentó solicitud de prestaciones de supervivencia, en concreto de viudedad y de orfandad para sus hijos Bernardo y Guillermo .

QUINTO. El 15-3-06 el INSS dictó sendas resoluciones denegando las prestaciones de orfandad solicitadas por el actor "porque es hijo del cónyuge superviviente, aportado al matrimonio, y no han transcurrido dos años entre la fecha de celebración del matrimonio y la de defunción del causante, según lo que dispone el artículo 16.3 a) de la Orden de 13 de febrero de 1.967" y "porque es hijo del cónyuge superviviente, aportado al matrimonio, y tiene familiares con obligación y posibilidad de prestarle alimentos, según la legislación civil, de acuerdo con lo que dispone el artículo 16.3 c) de la Orden de 13 de febrero de 1.967".

SEXTO. El 16-3-06 el INSS dictó resolución reconociendo al actor una pensión de jubilación consistente en un 52% sobre una base reguladora de 753,22 euros y efectos desde el 21-12-05.

SÉPTIMO. El actor presentó reclamación previa contra la denegación de las prestaciones de orfandad, que fue desestimada el 14-5-06.

NOVENO. El centro educativo en el que cursa estudios Bernardo remitía las cartas relativas al mismo al actor y a la Sra. Trinidad como destinatarios; asimismo, ambos figuraban como tutores de Bernardo y de Guillermo en el resguardo de matrícula para el curso 2.004/2.005. Por otra parte, ambos eran titulares de un préstamo en la entidad bancaria La Caixa (por subrogación de hipoteca suscrita el 23-6-99), donde también tenían una cuenta indistinta abierta el 21-1-99.

DÉCIMO. Dña. Trinidad figura inscrita en el padrón de habitantes del Ayuntamiento de Balaguer en el mismo domicilio que el actor y sus hijos Bernardo y Guillermo (en C/ DIRECCION000 , NUM000), desde el 31-5-01 hasta el 20-12-05.

UNDÉCIMO. El demandante tiene reconocida por el INSS una pensión de Incapacidad Permanente Absoluta, que en el año 2.006 ascendió a 734,62 euros mensuales.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado no lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La censura jurídica propuesta en el recurso de la parte actora no puede merecer favorable acogida. Se aduce que la sentencia desestimatoria de la demanda infringe el artículo 3 del Código Civil , así como los artículos 14 , 39.1 y 39.2 de la Constitución Española , con cita de Sentencias del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1999 y 27 de abril de 1999 que serían aplicables por analogía al caso debatido en autos.

SEGUNDO.- Pueden ser beneficiarios de la pensión de orfandad los hijos del cónyuge supérstite, cualquiera que sea su filiación, que éste haya llevado al matrimonio, cuando se den las siguientes condiciones:

- que el matrimonio se haya celebrado con 2 años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante;
- que se pruebe que convivían con el causante y a sus expensas;
- que no tengan derecho a otra pensión de Seguridad Social, ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos (art. 9.3 RD 1647/1997)

El que el ordenamiento jurídico establezca determinadas condiciones para acceder a una prestación, que tiene su origen en el fallecimiento del trabajador, de la que pueda resultar beneficiario el hijo aportado a la convivencia, no puede ser tachado de contrario a los arts. 14 y 39 de la CE , por cuanto los requisitos se señalan con carácter de generalidad y con su establecimiento no se produce discriminación alguna, sino que se fija el ámbito de la cobertura de esta clase de prestación. Según la doctrina del Tribunal Constitucional (Ss. 65/87 , 37/1994 y 126/94), el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél. En definitiva, los "derechos de Seguridad Social" son derechos de contenido legal y requieren de la intermediación legislativa, pudiendo afirmarse que si el recurrente tiene, o no, derecho a lucrar la prestación que reclama es cuestión de mera legalidad ordinaria, que no trasciende al ámbito constitucional.



TERCERO.- La norma reglamentaria exige que el matrimonio se haya celebrado con dos años de antelación a la fecha de fallecimiento del causante. Requisito que no se da en el presente caso, pues la causante, que se casó con el actor el 16-9-2005, falleció tres meses después. Admite la sentencia de instancia que existió una dilatada convivencia "more uxorio" del actor con su segundo esposa, que se habría iniciado allá por el año 1999. El recurso trata de equiparar con el matrimonio la previa convivencia, a los fines de hacer correr el plazo de dos años desde la iniciación de la convivencia; pero ni en la letra de la norma, ni en los principios que informan esta concreta prestación, puede estimarse así. La norma que impone el requisito es de 1997, y se encuentran múltiples resoluciones del Tribunal Constitucional posteriores a esa fecha (obviamente anteriores a la Ley 40/2007) en las que se rechaza la mera convivencia extramatrimonial a los efectos de pensión de viudedad. Cabe citar, ad exemplum, el Auto del TC 204/2003, de 13 de junio, que señala que "... no se considera discriminatoria la situación legislativa que permite denegar la pensión de viudedad al supérstite de una pareja de hecho. En el referido pronunciamiento se afirma que el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado en el régimen contributivo a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica del cónyuge supérstite, ni a que éste estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido. En su configuración actual, afirma la Sentencia, «la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge supérstite, y, en general afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad». Desde esta perspectiva, es decir, no siendo determinante el estado de necesidad para la adquisición del derecho a la pensión, el Tribunal afirma la constitucionalidad de la exclusión de las uniones estables de hecho de la protección de la pensión, aun cuando el supérstite se encuentre en estado de necesidad al fallecimiento del otro miembro de la unión".

CUARTO.- No son extrapolables al caso de autos las Sentencias del Tribunal Constitucional citadas en el recurso, pues lo que en ellas se dictamina es que el artículo 41.2 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas contenía una discriminación respecto de los hijos adoptivos que pugna con el principio constitucional de igualdad (al exigir que el adoptante hubiera sobrevivido dos años desde la fecha de la adopción para tener derecho el adoptado a pensión de orfandad). Por cuanto en el supuesto que ahora es objeto de análisis, las prestaciones a percibir por los hijos del cónyuge supérstite se otorgan en régimen de igualdad, cualquiera que sea su filiación, siempre y cuando se den los términos y condiciones reglamentariamente establecidos, que no fijan, como se ha dicho, trato distinto alguno entre filiación por naturaleza y adoptiva.

La finalidad del establecimiento del plazo de 2 años de antelación de celebración del matrimonio a la fecha de fallecimiento del causante no es sino asegurar la estabilidad en la situación, con el fin de evitar posibles fraudes, lo que "per se" no es discriminatorio o atentatorio al principio de igualdad, pues no se hace distinción, como se ha dicho, entre el tipo de filiación, ni la fijación del plazo, mientras no resulte desproporcionado, supone desconocimiento de la exigencia constitucional de dar protección a la familia y a los hijos.

Téngase en cuenta que la nueva Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social (LMSS), modifica las condiciones de acceso a la pensión vitalicia de viudedad para las uniones matrimoniales, exigiendo que cuando el hecho causante (la muerte) derive de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal será preciso una antigüedad mínima en el matrimonio de un año antes del hecho causante. Con la imposición de este requisito, se pretende reducir los matrimonios por interés. Si bien es cierto que este se puede obviar en dos supuestos: 1º) Que se tengan hijos comunes; y 2º) Cuando se haya convivido antes del matrimonio y la suma de la convivencia matrimonial más la de extramatrimonial (en los términos fijados para las parejas de hecho) supere los 2 años. También la LMSS extiende la pensión vitalicia de viudedad, aunque con mayores exigencias, a las parejas de hecho, con vinculación estable y en las que el miembro sobreviviente acredite una cierta dependencia económica de éste (artículo 174.3 LGSS y disposición adicional tercera LMSS). A estos efectos, se considerará pareja de hecho, no cualquier unión entre dos personas, sino la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal (affectio maritalis), por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

De todo lo cual podemos inferir que las exigencias legales de vinculación estable, tanto matrimonial como extramatrimonial, a los efectos de las prestaciones por muerte y supervivencia, no trascienden de la mera legalidad ordinaria. Cuestión distinta, que no es el caso, es que las prestaciones de orfandad no se otorgarán en régimen de igualdad.

QUINTO.- No se aprecia, por último, vulneración del artículo 9.3 del citado Real Decreto 1647/1997, por cuanto es evidente que en el presente caso, los hijos tampoco podrían ser beneficiarios de la pensión de orfandad



reclamada, pues tienen un persona, en este caso, su padre, el demandante, con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, pues es pensionista de jubilación y viudedad, con unos ingresos mensuales totales de 1.126,29 euros, muy por encima por tanto del SMI. Finalmente, se cita en apoyo de la tesis del recurso una Sentencia del TSJ del País Vasco, debiendo señalarse que el artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral señala como posible objeto del recurso de suplicación en su apartado c): «examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia» y por esta vía se trata de conseguir la revisión de la sentencia basada en una presunta mala aplicación e interpretación tanto de la normativa jurídica como de la jurisprudencia utilizada para resolver la cuestión litigiosa de fondo, el denominado error in iudicando. Así las cosas, la jurisprudencia también puede ser conculcada dando lugar a este motivo, pero por tal ha de entenderse únicamente la doctrina legal emanada del Tribunal Supremo conforme a lo dispuesto en el artículo 1 párrafo 6º del Código Civil . Por no crear propia y verdadera jurisprudencia no puede basarse este motivo en la infracción de doctrina de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1992).

Por todo lo cual el recurso no puede prosperar.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por don Clemente contra la Sentencia de 2 de marzo de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida en autos núm. 113/2006, promovidos por aquél contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social en reclamación de prestaciones de orfandad, y en su consecuencia confirmamos en todas sus partes dicha resolución. Sin costas.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que deberá prepararse ante esta Sala en los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del Artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral .

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.