



Roj: **STS 4880/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4880**

Id Cendoj: **28079140012014100658**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/10/2014**

Nº de Recurso: **2897/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ NA 985/2013,**
STS 4880/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Octubre de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por DON Ceferino , representado y defendido por el Letrado D. Francisco Jaime Arregui Cantone, contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2013, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el recurso de suplicación núm. 247/2013 , formulado frente a la sentencia de fecha 11 de junio de 2013, dictada en autos 740/2012 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona , seguidos a instancia de dicho recurrente, contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre COMPATIBILIDAD DE PENSIONES DE ORFANDAD Y JUBILACIÓN.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social D. Francisco de Miguel Pajuelo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de junio de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que desestimando la demanda sobre incompatibilidad de prestación de orfandad y pensión de jubilación deducida por D. Ceferino frente al INSS y la TGSS, debo absolver y absuelvo a dichas Entidades Gestoras demandadas a las pretensiones frente a ella deducidas".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- El demandante Don Ceferino nació el NUM000 de 1948 y desde la infancia, y en todo caso con anterioridad a su mayoría de edad, padece una deficiencia mental media.

SEGUNDO.- Con fecha 17 de abril de 1974 se extiende al demandante un certificado acreditativo de la condición de minusválido en virtud de lo dispuesto en el art. 6 de la Orden 24 de noviembre de 1971, a los efectos previstos en el decreto 2531/1970, de 22 de agosto , y por tener reconocida situación de "subnormalidad" por resolución firme del Consejo Provincial del INT de Navarra (folio 79 de los autos, que se da aquí por reproducido). Por resolución de equipo de valoración y orientación de Navarra del Ministerio de Asuntos Sociales de fecha 31 de julio de 1991, consta que se le ha reconocido al demandante una minusvalía del 52% por presentar un déficit mental medio.



TERCERO.- El demandante, habiendo cumplido ya 18 años, tiene reconocida la prestación de orfandad en el régimen general de la Seguridad Social por resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 26 de agosto de 2004, y por haber sido reconocido en dictamen del equipo de valoración de incapacidades como a efecto de una incapacidad permanente absoluta por presentar una deficiencia mental media, con un grado de minusvalía del 52%. En la resolución administrativa se le reconoce la prestación de orfandad conforme a una base reguladora de 359,93 €, un porcentaje del 72% y una fecha de efectos económicos del 1 de agosto de 2004.

CUARTO.- Por resolución del INSS de fecha de 20 de febrero de 2012 se le reconoció al demandante la pensión de jubilación en el régimen general, conforme una base reguladora de 829,43 € al mes, el porcentaje del 90% y una fecha de efectos económicos del 8 de febrero de 2012. Al tiempo que se reconocía al demandante la pensión de jubilación, se dio por hecha la opción por esa pensión, y se le dio de baja al demandante en la percepción de la prestación de orfandad, menos favorable que la pensión de jubilación. El demandante ha interpuesto reclamación previa frente a la resolución del INSS de fecha 17 de febrero de 2012 por la que se acuerda dar de baja la prestación de orfandad que tenía reconocida el actor, solicitando la compatibilidad de la prestación de orfandad y la pensión de jubilación. La Dirección Provincial del INSS ha desestimado la reclamación previa por resolución de fecha de salida 16 de mayo de 2012.

QUINTO.- El demandante ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa Talleres Auxiliares de subcontratación Industria de Navarra, S.A. (TASUBINSA) desde el 1 de enero de 1990, y permaneciendo dado de alta hasta el 7 de febrero de 2012, con un contrato indefinido acogido al Real Decreto 1368/1985, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de minusválidos que trabajan en centros especiales de empleo. Durante la vigencia de su relación laboral las tareas que tenía encomendadas el actor eran las propias de un empleado en el taller de montajes manuales y recogida y embalado de piezas en la sección de inyección de plástico (Certificación de la empresa que obra en el folio 95 de los autos y que se da aquí por reproducida)."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 2013, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación formulado por la representación letrada de DON Ceferino, frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº TRES de los de Navarra en el procedimiento nº 740/12, seguido a instancia de dicho recurrente, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre PRESTACIONES, confirmando la resolución de instancia".

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Don Ceferino, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 6 de marzo de 2012, así como la infracción de lo dispuesto en el art. 179.3 de la Ley General de la Seguridad Social.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 13 de febrero de 2014, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 7 de octubre de 2014, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aun cuando formalmente expresa el actor en su recurso de casación unificadora cuatro motivos contra la sentencia de suplicación que confirma la de instancia que desestima su demanda de declaración de compatibilidad de la pensión de orfandad que tenía reconocida con la pensión de jubilación, lo cierto es que el primero de los mismos se limita a señalar que, a su parecer, concurren los requisitos legales para la interposición de dicho recurso, mientras que el segundo alude a los antecedentes del caso y el tercero a los requisitos de la contradicción que ampara en la sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 6 de marzo de 2012, conteniendo finalmente el cuarto el verdadero motivo con base en el art 207 e) de la LRJS al considerar erróneamente aplicado el art 179.3 de la LGSS y "demás normas concordantes" consistentes en los arts 122, 173 y 175 de la propia LGSS, el RD 1300/95, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre y el RD 1971/99, designados en estos términos.

La sentencia recurrida examina la situación del actor concluyendo en sentido desestimatorio de su demanda. Se trata de un discapacitado mental nacido el NUM000 - 48 que tiene reconocida pensión de orfandad desde



el 26-8-04 por una minusvalía que se sitúa en la infancia y, en todo caso, con anterioridad a su mayoría de edad, aunque su reconocimiento es posterior, habiendo trabajado en un centro especial de empleo realizando tareas ocupacionales compatibles con su situación y al que el 27-2-12 se le comunica la baja en la prestación de orfandad por haber ejercitado la opción por otra pensión (jubilación).

La sentencia referencial aborda el caso de una demandante nacida el 7 de enero de 1945 que percibía la pensión de orfandad desde el 1 de junio de 1977 que pasó a ser orfandad absoluta el 1 de octubre de 1995, habiéndosele reconocido una minusvalía del 65% el 24 de abril de 1989 por deficiencia mental en grado medio con efectos desde su nacimiento y que solicitó pensión de jubilación en junio de 2010 que se le reconoció por resolución de 25 de ese mes y año indicando la incompatibilidad con la de orfandad, lo que la sentencia en cuestión revocó declarando que ambas prestaciones eran compatibles con una interpretación finalista y no literal de la norma de aplicación y para no penalizar la actividad laboral de la actora, entendiéndose que el devengo de la pensión de jubilación es autónomo y compatible en el mismo sentido, al menos, que una incapacidad laboral.

De la comparativa de una y otra se deduce que existe la contradicción requerida, al darse a dos casos sustancialmente coincidentes soluciones opuestas.

SEGUNDO.- Lo que el actor sostiene en su recurso es, en sustancia y resumen, que lo importante es que la patología que causa la incapacidad sea anterior al cumplimiento de los 18 años de edad, con independencia de que la resolución que declare la incapacidad sea posterior.

Por su parte, la Seguridad Social alega en su escrito de impugnación que "la interpretación de las normas ha de partir necesariamente del sentido literal de sus palabras, y en este sentido la sentencia que ahora se recurre parte de dicha interpretación literal, resultando claro y diáfano que la ley exige un requisito preciso para la compatibilidad de las dos prestaciones: *"que el huérfano haya sido declarado incapacitado para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de la edad de 18 años....."* como excepción al régimen general de incompatibilidad de pensiones en un mismo régimen que señala con total claridad el art 122 de la LGSS . Es más, por tratarse de una excepción al régimen general ha de ser interpretada de forma restrictiva".

El art 122.1 de la LGSS dispone que *"las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas"*. La incompatibilidad es, pues, la regla general.

El art 179.3 de la misma norma establece, por su parte, en su actual redacción dada por el número once de la disposición final tercera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 con efectos de 1 de enero de 2010, que *"los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad, cuando perciban otra pensión de la Seguridad Social en razón a la misma incapacidad, podrán optar entre una y otra. Cuando el huérfano haya sido declarado incapacitado para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de la edad de 18 años, la pensión de orfandad que viniera percibiendo será compatible con la de incapacidad permanente que pudiera causar, después de los 18 años, como consecuencia de unas lesiones distintas a las que dieron lugar a la pensión de orfandad, o en su caso, con la pensión de jubilación que pudiera causar en virtud del trabajo que realice por cuenta propia o ajena"*.

Con anterioridad a dicha reforma lo que ese precepto y número decían era que *"los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad, cuando perciban otra pensión de la Seguridad Social en razón a la misma incapacidad, podrán optar por una u otra"* . Se ha añadido, pues, lo relativo a la compatibilidad prestacional en los términos ya expresados. Sobre esta base, la hermenéutica normativa se cierra en torno a la frase "cuando el huérfano haya sido declarado incapacitado para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de la edad de 18 años", que es la condición que se exige para declarar la compatibilidad, hasta esa reforma inexistente.

La sentencia de instancia consigna en el primero de sus hechos probados -que se mantiene en la de suplicación- que el actor nació el NUM000 de 1948 "y desde la infancia, y en todo caso, con anterioridad a su mayoría de edad, padece una deficiencias mental media" . Igualmente se declara en su hecho segundo, igualmente incólume, que en 1974 -con veinticinco años de edad- se le extendió un certificado acreditativo de la condición de minusválido "por tener reconocida situación de subnormalidad" del Consejo Provincial del INP de Navarra, citando el folio 79 de los autos que da por reproducido, apareciendo, en fin, en el hecho tercero que la prestación de orfandad se declara el 26 de agosto de 2004 "por haber sido reconocido en dictamen del equipo de valoración de incapacidades como afecto de una incapacidad permanente absoluta por presentar una deficiencia mental media con un grado de minusvalía del 52%".



Ha de convenirse con la sentencia recurrida que los Tribunales han de aplicar el Derecho y no crearlo, pero ello no sucedería en este caso si se adoptase el criterio contrario al que dicha resolución sostiene, porque nada se opone a que la declaración a que alude haya de consistir forzosamente en una resolución administrativa con efectos desde su emisión sino que asimismo cabría -teóricamente al menos- que se precisase unos términos cronológicos (que no efectos económicos) anteriores a la misma y en todo caso, una resolución judicial que efectúe, como ahora sucede, una declaración, en términos probatorios, de precisión temporal anterior al cumplimiento de los 18 años de edad del beneficiario de la prestación, resultando lógico admitir que si de lo que se trata es de hacer compatible la prestación y el requisito es la incapacidad, lo relevante no es tanto su constatación administrativa como su probada existencia de un modo fehaciente y suficiente como es el relato de una sentencia, lo que lleva a la estimación del recurso y revocación de la sentencia recurrida por considerarse que la buena doctrina se contiene en la de contraste.

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 por DON Ceferino , contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2013, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en el recurso de suplicación núm. 247/2013 , formulado frente a la sentencia de fecha 11 de junio de 2013 , dictada en autos 740/2012 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona, seguidos a instancia de dicho recurrente, contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre COMPATIBILIDAD DE PENSIONES DE ORFANDAD Y JUBILACIÓN. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, y resolviendo el debate de suplicación, estimamos el recurso de esta clase interpuesto por la parte recurrente con revocación de la sentencia de instancia y estimación de la demanda. Declaramos la compatibilidad de la pensión de orfandad que tenía reconocida el demandante con la pensión de jubilación y declaramos el derecho a las cantidades dejadas de percibir en concepto de pensión de orfandad desde la fecha de efectos de su baja, condenando a las demandadas al pago de las cantidades dejadas de percibir en concepto de pensión de orfandad desde la citada fecha. 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.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.