

Roj: **STS 405/2015 - ECLI:ES:TS:2015:405**Id Cendoj: **28079140012015100005**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/01/2015**Nº de Recurso: **447/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ PV 2523/2013,**
STS 405/2015

SENTENCIA

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

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) contra sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso nº 1685/13 , por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia de fecha 13 de junio de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de San Sebastián , en autos nº 16/2013 seguidos por DOÑA Agueda , en representación de su hija menor Covadonga frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. (TGSS), sobre reclamación de Pensión de Orfandad.

Se ha personado en concepto de recurrido el Letrado Don Juan Santos Martín Acera, en nombre y representación de Doña Agueda , en representación de su hija menor Covadonga .

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de junio de 2013 el Juzgado de lo Social nº 2 de San Sebastián dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo estimar como estimo la demanda interpuesta por D.ª Agueda en representación de su hija menor de edad Covadonga contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL revocando la resolución recurrida y se declara el derecho que asiste a D.ª Covadonga a percibir la pensión de orfandad, ya reconocida por el INSS en cuantía del 20% de la base reguladora de 1.345,22 euros mensuales en 14 pagas anuales, con el incremento correspondiente a la pensión de viudedad a la que nadie tiene derecho (52%), condenando al INSS y a la TGSS a estar y pasar por este pronunciamiento y al pago de la prestación así fijada con los incrementos legales que en su caso correspondan a partir del 01/09/2012."

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1. D.ª Agueda en representación de su hija menor de edad Covadonga y tras el fallecimiento de D. Cosme solicitó pensión de orfandad a favor de su hija y de la hija de éste. D.ª Agueda y D. Cosme eran pareja, habiendo nacido de esta convivencia una hija, Covadonga .



2. D.^a Agueda y D. Cosme , no se inscribieron en el *registro* de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco. El 22 de agosto de 2012 falleció D. Cosme no teniendo D.^a Agueda derecho a la pensión de viudedad.

3. En el expediente instado se dictó Resolución por el INSS de 25/08/2012 a Covadonga el 20% de la base reguladora de 1.345,22 euros en cuantía de 269,04 euros en 14 pagas al año. Interpuesta reclamación previa entendiéndose que procede el incremento de la pensión de viudedad sobre la de orfandad, la misma fue desestimada entendiéndose la Entidad Gestora que no acredita la condición de huérfana absoluta.

4. La base reguladora de las prestaciones de viudedad cuyo acrecimiento solicita 1.345,22, LA FECHA DE EFECTOS LA DE LA RESOLUCIÓN DE 01/09/2012 y el porcentaje de la pensión sería el del 52%, existiendo acuerdo de las partes en estos puntos."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación del INSS y la TGSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 12 de noviembre de 2013 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la Sentencia de 13 de junio de 2013 del Juzgado de lo Social nº 2 de San Sebastián , en autos nº 16/2013 seguidos a instancia de D.^a Agueda en representación de su hija menor D.^a Covadonga , confirmando la misma en su integridad y sin imposición de costas".

CUARTO.- Por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 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 la Comunidad Valenciana de fecha 12 de noviembre de 2012, recurso nº 1381/12 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 14 de mayo de 2014, se procedió a admitir el citado recurso y, habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de que se debe estimar el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 8 de enero de 2015, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora, resuelta ya con reiteración por esta Sala, como enseguida veremos, consiste en determinar si un huérfano, menor de edad y receptor de la pertinente pensión de orfandad por el fallecimiento de su padre, tiene o no derecho al incremento de dicha pensión en la cuantía equivalente a la de viudedad que no percibe su madre, que vive, porque no había inscrito en el pertinente registro la convivencia de hecho que mantenía con el padre.

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, siguiendo con ello el criterio de la sentencia de esta Sala del 1 de diciembre de 2011 , que cita expresamente.

3. El recurso de la Gestora, que denuncia la infracción del art. 38 del Reglamento de Prestaciones (Decreto 23-12-1966), en la redacción dada por el RD 296/2009, de 6 de marzo, aporta como sentencia de contraste la dictada el 12 de noviembre de 2012 (R. 1381/12) por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana. En ella se analiza un caso en el que se discutía el derecho del huérfano a incrementar su pensión con el porcentaje correspondiente a la viudedad porque el causante había fallecido en estado de soltero y sin convivencia con pareja alguna. El razonamiento de la sentencia de contraste para desestimar la pretensión es que el art. 38 del Decreto 3158/1966 , en la redacción dada por el RD 296/09, parte de la total igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pero condiciona el reconocimiento del derecho a aquél incremento a que se trate de la denominada "orfandad absoluta", lo que no sucede en el caso porque vive la madre.

4. Concorre el requisito de la contradicción, sin que a tales efectos tenga incidencia alguna que en un caso (recurrida) la denegación se deba a la inexistencia de inscripción de la pareja de hecho y en el otro (contraste) a que ni siquiera hubiera habido convivencia entre los progenitores, porque lo decisivo, y lo que permite apreciar la divergencia doctrinal, no es sino que en ambos supuestos se trata de la aplicación de la misma disposición, el art. 38.1 del Reglamento de Prestaciones , en la redacción dada por el RD 296/2009, y en los dos casos el menor pretendidamente beneficiario no tiene la condición de huérfano absoluto. 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 y 11 de febrero (R. 621/13; 1088/13), 30 de abril (R. 584/13), 1 de julio (R. 1876/13) y 17 de diciembre (1987/13), todas del mismo año 2014, en un sentido plenamente coincidente con el que propone el Ente recurrente, y a esa doctrina debemos atenernos por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.

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 12 de noviembre de 2013 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 1685/13, 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.



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

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ