



Roj: STSJ EXT 1615/2011  
Id Cendoj: 10037340012011100496  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Cáceres  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 370/2011  
Nº de Resolución: 501/2011  
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION  
Ponente: MANUELA ESLAVA RODRIGUEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

**T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL**

**CACERES**

**SENTENCIA: 00501/2011**

**T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL CACERES**

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 62 02 46

**NIG:** 10037 44 4 2010 0000923

402250

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0000370 /2011

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DEMANDA 0000502 /2010 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de CACERES

**Recurrente/s:** TESORERIA GENERAL SEGURIDAD SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**Abogado/a:** LETRADO SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO SEGURIDAD SOCIAL

**Procurador/a:**

**Graduado/a Social:**

**Recurrido/s:** Maribel

**Abogado/a:** MARIA JOSE IGLESIAS TORO

**Procurador/a:**

**Graduado/a Social:**

**ILMOS.SRES**

**DON PEDRO BRAVO GUTIERREZ**

**DOÑA MARIA PILAR MARTIN ABELLA**

**DOÑA MANUELA ESLAVA RODRIGUEZ**

En CACERES, a tres de noviembre de 2011.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA SOCIAL del TSJ de EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

**EN NO MBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

## **EL PUEBLO ESPAÑOL**

Ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA nº 501/11**

En el RECURSO SUPPLICACION **370/2011**, formalizado por el Sr. Ldo. de la Seguridad Social en nombre y representación de TESORERIA GENERAL SEGURIDAD SOCIAL y el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de fecha 24/1/11 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de CACERES en el procedimiento 502/2010, seguido a instancia de Dña. Maribel frente a los recurrentes, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. MANUELA ESLAVA RODRIGUEZ .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D<sup>a</sup> Maribel presentó demanda contra TESORERIA GENERAL SEGURIDAD SOCIAL y el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veinticuatro de Enero de 2011

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "PRIMERO.- La demandante en este procedimiento Maribel que actúa en su propio nombre y derecho y en el de su menor hija Marí Jose , hasta fallecer éste el día 8/11/09. SEGUNDO.- De aquella convivencia nació la común hija Marí Jose el día 22.5.10. TERCERO.- Con fecha 7.7.10 se solicitó del INSS por la demandante prestaciones de supervivencia, pensiones de viudedad y orfandad, siendo aprobada esta última con un porcentaje de pensión del 20% de la base reguladora de 2.694,04 euros en 14 pagas anuales; denegándose la pensión de viudedad. CUARTO.- Frente a dicha resolución interpuso la interesada reclamación previa que fue desestimada. QUINTO.- Habiéndose acumulado en la demanda originaria de este proceso acciones tendentes a obtener un mayor porcentaje en la pensión de orfandad y la de concesión de la pensión de viudedad, fue subsanado el defecto a requerimiento de este Juzgado en el sentido de desistir la demandante de la pretensión de pensión de viudedad, optando por mantener la referida a mayor porcentaje sobre la base reguladora respecto de la pensión de orfandad concedida."

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"ESTIMANDO la demanda deducida por Maribel en su propio nombre y derecho y en el de su menor hija Marí Jose , frente al INSS, TGSS, debo declarar y DECLARO el derecho de dicha menor hija a percibir la pensión de orfandad ya reconocida, incrementada en el importe resultante de aplicar a la base reguladora de 2.694,04 euros mensuales el porcentaje del 52% como consecuencia del fallecimiento de su padre; CONDENANDO a la Entidad Gestora demandada a su abono con la mejoras y revalorizaciones legales procedentes y con efectos desde la propia fecha del reconocimiento de la pensión".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Maribel formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta SALA SOCIAL en fecha 11/7/11.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes,

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO :** Contra la sentencia que estima la demanda deducida por Maribel en su propio nombre y derecho, y en el de su hija Marí Jose , declara el derecho de la menor a percibir la pensión de orfandad ya reconocida, incrementada en el importe resultante de aplicar a la base reguladora de 2.694,04 # mensuales el porcentaje del 52% como consecuencia del fallecimiento de su padre, condenando a la demandada Gestora a su abono, recurre la representación letrada de la Administración de la Seguridad Social, y en el único motivo del recurso, al amparo del *art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral* , denuncia la infracción del *art. 38 del Decreto 3158/66, de 23 de diciembre, en la redacción dada por el RD 296/09, de 6 de marzo* , en relación con el *art. 175.1 LGSS y la DA 5ª de la Ley 40/07, de 4 de diciembre* , en cuanto a la posibilidad de incrementar la pensión de orfandad con el porcentaje que hubiera correspondido a la viudedad. En un detallado razonamiento, la representación letrada de la gestora viene a sostener, en síntesis, que el supuesto

enjuiciado no se encuentra en ninguno de los contemplados en el *art. 38 del citado Decreto 3158/66, de 23 de diciembre* , en la redacción dada por el RD 296/09, el cual solamente comprendería los supuestos de orfandad absoluta y los asimilados a orfandad absoluta, contenidos en el párrafo 2º, en los que, a pesar de sobrevivir alguno de los progenitores, las circunstancias excepcionales concurrentes permiten la posibilidad del incremento (progenitor sobreviviente pero que pierde la viudedad por ser condenado por delitos con la violencia de género y el huérfano de un solo progenitor conocido ).

**SEGUNDO** : El *art. 2 del Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo* , por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia, modifica el Reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, aprobado por el *Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre* , en los siguientes términos:

(...)

Dos. Se incorpora un nuevo *artículo 38* , con la siguiente redacción:

«*Artículo 38* . Incremento de las pensiones de orfandad y de las indemnizaciones especiales a tanto alzado.

1. En los casos de **orfandad absoluta** las prestaciones correspondientes a los huérfanos podrán incrementarse en los términos y condiciones siguientes:

1º. 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.

2º. **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.**

3º. 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.

4º. En cualquiera de los supuestos anteriores, en el caso de existir varios huérfanos con derecho a pensión, el porcentaje de incremento que corresponda se distribuirá a partes iguales entre todos ellos.

5º. Los incrementos de las pensiones de orfandad regulados en los párrafos 1º, 2º, 3º y 4º en ningún caso podrán dar lugar a que se supere el límite establecido en el *apartado 4 del artículo 179 de la Ley General de la Seguridad Social* , para las pensiones por muerte y supervivencia.

No obstante, dichos incrementos serán compatibles con la prestación temporal de viudedad, pudiendo, por tanto, ser reconocidos durante el percibo de esta última.

La indemnización que se reconozca a los huérfanos absolutos se incrementará con la que hubiera correspondido al cónyuge o a quien hubiera sido cónyuge o pareja de hecho del fallecido. En el caso de concurrir varios beneficiarios, el incremento se distribuirá a partes iguales entre todos ellos.

7º. Los incrementos de prestaciones regulados en este *artículo sólo podrán ser reconocidos con respecto a uno* solo de los progenitores.

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 inicio del precepto acorta ciertamente el campo de beneficiarios del incremento a la orfandad absoluta. Sin embargo, de la lectura del artículo parece que el concepto de "orfandad absoluta" a que alude en su inicio no se corresponde con los supuestos de incremento que después regula, puesto que permite lucrar dichos incrementos allí regulados a los huérfanos a los que quede algún progenitor, ya que contempla el supuesto de que a la muerte del causante quede algún beneficiario de pensión de viudedad, sin concreciones (*art. 38.1.2º* ).

Además, la situación de aquellos huérfanos que tuviesen progenitor superviviente, pero sin que éste tuviese derecho a la pensión de viudedad, se planteó ya en relación con el *art. 36.2 del Reglamento General de Prestaciones* aprobado por *Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre*. Dicho precepto establecía: "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 treinta y uno 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. En todo caso, la suma de las pensiones de viudedad y de orfandad no podrá exceder de la cuantía de las bases respectivas, determinadas de acuerdo con lo establecido en este Reglamento".

Inicialmente el Tribunal Supremo vino estimando en sentencias, como la de 5 abril 1994, que el incremento de la pensión de orfandad solamente cabía en el supuesto de que no existiese físicamente un segundo progenitor por haber éste fallecido, pero no procedía si éste existía, aunque no tuviese derecho a lucrar pensión de viudedad.

Dicha situación, sin embargo, generó una desigualdad entre los hijos huérfanos en función del estado civil de sus progenitores, ya que en los supuestos de matrimonio (incluso si mediaba separación o divorcio en virtud de la *disposición adicional décima de la Ley 30/81*), la suma de las pensiones de viudedad y orfandad era una, mientras que en el caso de las parejas de hecho nunca existía pensión de viudedad y la pérdida económica producida por la muerte no era compensada de igual manera al conjunto familiar. Dicha situación fue declarada contraria finalmente al derecho de igualdad en relación con el *artículo 39.2*, que prohíbe discriminaciones de los hijos por razón de su filiación y del estado civil de sus padres, por sentencia del Tribunal Constitucional 154/2006, de 22 de mayo.

En ella, el TC 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**, 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. La condición extramatrimonial no podría aceptarse como causa de desigualdad de trato, dado que sería expresión de una minusvaloración a la que la Constitución quiere poner barrera, pues es notoria la posición de desventaja y de desigualdad sustancial que históricamente han conllevado las relaciones extramatrimoniales frente a las matrimoniales, así como los efectos desfavorables para los hijos nacidos en aquéllas.

En aplicación de dicha sentencia la Sala Cuarta del Tribunal Supremo modificó su doctrina para reconocer el incremento de la pensión de orfandad a los hijos con un progenitor superviviente, cuando éste no lucrara pensión de viudedad por razón de no estar casado con el progenitor fallecido (sentencias de 9 junio 2008 y 24 septiembre 2008). La doctrina de suplicación hizo lo propio, como muestran, entre otras, las SSTSJ Asturias 25 junio 2010, de Castilla y León (Burgos), 27 marzo 2010, de Castilla y León 15 marzo 2011, de Castilla y León (Valladolid), 26 enero 2011).

Por otra parte, la *Ley 40/2007, de 4 de Diciembre, de Medidas* en materia de Seguridad Social, adaptaba las prestaciones de muerte y supervivencia a las nuevas realidades familiares, reconociendo expresamente para determinadas prestaciones a las «parejas de hecho», si bien estableciendo una noción propia de pareja de hecho para dicho ámbito del ordenamiento que se traduce en la exclusión de su ámbito protector de aquellas uniones de hecho que no se ajustan a las exigencias que se recogen en el *art. 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social*, lo que se justifica en el Preámbulo de la *Ley 40/2007* en la imposibilidad de una equiparación absoluta entre ambas formas de convivencia y, consiguientemente, del establecimiento de un régimen jurídico unitario de la prestación de viudedad.

La pensión de viudedad, además, ya no venía a cubrir la situación de necesidad creada por el fallecido, basada en la dependencia económica de la familia con respecto a éste, porque la *Ley 40/2007, de Medidas* en materia de Seguridad Social, reformula las prestaciones de muerte y supervivencia, modificando su naturaleza de prestación asistencial. La pensión de viudedad adopta el carácter de renta de sustitución extendiéndose a aquellas situaciones en las que el sujeto causante contribuye al sostenimiento del familiar supérstite.

Se viene entendiendo así que es ese carácter de renta de sustitución lo que permite considerar que el incremento de la pensión 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. A estos efectos resultaría indiferente que la falta de tal reconocimiento se deba a una 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 o pareja de hecho (en el sentido de la Ley General de la Seguridad Social) del sujeto causante.

No parece que la redacción del *art. 38. 1. 2º* permita modificar la jurisprudencia expuesta. Así pues, pese a la falta de mención expresa de los hijos extramatrimoniales en el RD 296/2009, al ordenar la posibilidad del incremento de la prestación de orfandad, éstos no deberían quedar fuera del ámbito subjetivo de la prestación de orfandad ni de los incrementos que esta pensión puede tener en el supuesto de que la pensión de viudedad no se le asigne a la viuda por incumplimiento de los requisitos formales requeridos a las parejas de hecho. El propio *Real Decreto 296/09* establece, en su parte expositiva, la necesidad de que "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".

Creemos, además, discrepando así de la interpretación sostenida por la Administración de la Seguridad Social, que la nueva norma no establece como presupuesto imprescindible para el incremento de las prestaciones de orfandad el fallecimiento de ambos progenitores, porque incluye entre los supuestos de orfandad "absoluta" en que se prevé el incremento el de que exista algún beneficiario de la pensión de viudedad y la pensión de viudedad que no hubiera sido asignado, como ocurre en el supuesto aquí enjuiciado en el que la madre de los menores no tendría derecho a la pensión por no haber estado casada, ni haber constituido una pareja de hecho con el causante en los términos exigidos por el *artículo 174-3 de la Ley General de la Seguridad Social*.

En definitiva, salvo criterio distinto del TS o, en su caso, del TC, no apreciamos razón para que la nueva regulación del incremento litigioso no deba ser aplicada conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 154/06, de 22 de mayo, y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias de 9 de junio y 24 de septiembre de 2008, reconociendo como hecho causante de la concesión del incremento de la pensión de orfandad la pérdida de los medios de vida que constituyen para el huérfano las rentas de trabajo o las rentas sociales del causante, unida a la pérdida o inexistencia de renta social del progenitor supérstite.

Habiéndolo entendido así el juez de instancia, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## **FALLAMOS**

Que DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el Recurso interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de fecha 24/1/11, dictada por el Juzgado de lo Social 2 de Cáceres en sus autos 502/10, en autos seguidos a instancia de Dña. Maribel frente a los recurrentes, y en consecuencia, CONFIRMAMOS la sentencia de instancia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 300 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en BANESTO Nº 1131 0000 66 037011. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad 0030 1846 42 0005001274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente. La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.



Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

**PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ