

Id Cendoj: 28079140012008100705
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3642/2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JESUS SOUTO PRIETO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

PENSIÓN DE VIUEDAD (70%). CARGAS FAMILIARES. INTERPRETACIÓN DEL ART. 1 DEL RD 1465/01 DE 27 DE DICIEMBRE. INCLUSIÓN, COMO HIJOS A CARGO, DE LOS HIJOS DE LA BENEFICIARIA HABIDOS CON POSTERIORIDAD A LA MUERTE DEL CAUSANTE, AUNQUE VIVA EL PADRE DE ÉSTOS Y ESTÉ OBLIGADO A PRESTAR ALIMENTOS.

SENTENCIA

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 17 de septiembre de 2007, dictada en el recurso de suplicación número 726/2007, formulado por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Zaragoza de fecha 11 de mayo de 2007, dictada en virtud de demanda formulada por D^a Gema frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre pensión de viudedad.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JESÚS SOUTO PRIETO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de mayo de 2007, el Juzgado de lo Social número 2 de Zaragoza, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando como estimo en parte la demanda interpuesta por D^a Gema contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y revocando en parte la resolución administrativa impugnada, debo declarar y declaro como indebidamente percibido el porcentaje del 70% de la base reguladora de su pensión de viudedad, del período comprendido desde agosto de 2004 a junio de 2006 inclusive, y por tanto como indebidamente percibida la cantidad de 3.256,75 euros con obligación de su reintegro por parte de la actora, en lugar de la que consta en la resolución impugnada. Condenando al demandado a estar y pasar por dicho pronunciamiento con los efectos inherentes al mismo".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: La actora D^a Gema es beneficiaria de pensión de viudedad por el fallecimiento de su esposo D. Luis . SEGUNDO: La actora venía percibiendo la pensión de viudedad en un porcentaje del 70% de la base reguladora, en base a la existencia de cargas familiares. La actora en solicitud de fecha 30 de noviembre 2001 hacia constar convivencia con los siguientes hijos: Ana María , Eusebio , Luis Angel y Hugo (hijos del matrimonio con su difunto esposo y causante de la pensión de viudedad) y con sus hijas Elsa , Elisa y Emilia , hijas de la actora y de don Darío . En el domicilio sito en CALLE000 nº NUM000 , NUM001 de Zaragoza. Con fecha 2 de julio de 2002 se inició procedimiento de revisión de su pensión, al constar en certificado del Ayuntamiento de Zaragoza la convivencia exclusiva de los hijos habidos con el causante de la pensión de viudedad y con fecha 5 de marzo de 2001 traslado de su domicilio a la localidad de Monreal del Campo, constando en certificaicón del Ayuntamiento de dicha localidad de fecha 18 de junio de 2002 la convivencia en la misma en el domicilio sito en CALLE001 , nº NUM002 de la actora de D. Darío y de las hijas de ambos Elsa , Elisa y Emilia . Existiendo con posterioridad un certificado de empadronamiento del Ayuntamiento de Monreal del Campo de fecha 15 de julio de 2002 el que se hacia constar la convivencia en el domicilio sito

en CALLE001 , nº NUM002 de esta localidad de la actora y de sus tres hijas Elsa , Elisa y Emilia . Por resolución del INSS de fecha 1 de agosto de 2002 se estimaron parcialmente sus alegaciones, entendiendo no acreditada la existencia de cargas familiares, por cuanto las únicas hijas que convivía con la actora lo hacían también con su padre, distinto del causante de la pensión de viudedad, declarando indebida la percepción derivada del aumento al porcentaje del 70% de la base reguladora por el período comprendido de enero a diciembre de 2001 y de enero a junio de 2002, reconociéndole a partir del 1 de agosto de 2002 el incremento del porcentaje de 70% sobre la base reguladora de su pensión de viudedad, por considerar acreditada la convivencia con todos sus hijos y el cese la convivencia con don Darío , padre de sus tres últimas hijas. TERCERO: A efectos de cargas familiares la actora hizo constar en su solicitud del año 2002 como convivientes con la misma en el domicilio de C/ CALLE000 nº NUM000 , NUM001 de Zaragoza a sus hijos menores de 26 años Ana María , Eusebio , Luis Angel y Hugo y Elsa , Elisa y Emilia . Con ingresos de: 6.735,20 € la actora; 4.781,82 euros su hijo Eusebio ; 10.800 € su hija Ana María ; 1.735,72 € su hijo Hugo ; 1.735,72 € su hijo Luis Angel . Siendo las rentas totales de 25.788,46 €, y el límite de rentas de la unidad familiar de 31.833,40 €. En el año 2003 hizo constar como convivientes en el domicilio antes citado a sus hijos Ana María , Luis Angel y Hugo y Elsa , Elisa y Emilia , menores de 26 años. Los ingresos son de: 5.520,93 euros la actora: 9.864 + 8056,11 euros su hija Ana María : 1.802,08 euros su hijo Hugo y 1.802,08 + 580,95 euros, su hijo Luis Angel . Siendo las rentas totales de 8.981,27 € y el límite de rentas de la unidad familiar de 28.425,60 €. En el Padrón Municipal de Zaragoza a fecha de enero de 2003, constan en el referido domicilio de Zaragoza, como convivientes junto con la actora: Ana María , Eusebio , Luis y Hugo y Elsa , Elisa y Emilia . En el año 2004 hizo constar, como convivientes en el domicilio de Zaragoza sus hijas Elsa , Elisa y Emilia . En el Padrón Municipal de Zaragoza a fecha de 16 de febrero de 2004 constan en dicho domicilio como convivientes junto con la actora: Ana María y Inocencio y Elsa , Elisa y Emilia . En el año 2005 hizo constar como convivientes a sus hijas Elsa , Elisa y Emilia . En el Padrón Municipal de Zaragoza a fecha 10-1-2005 constan como convivientes con la actora sus hijos Ana María , y Inocencio y Elsa , Elisa y Emilia . En el año 2006, hizo constar como convivientes a sus hijas Elsa , Elisa y Emilia . En el Padrón Municipal de Zaragoza a fecha 17-1-2006 constan como convivientes con la actora sus hijas Elsa , Emilia y Elisa . Y a fecha 31-1-2006 junto con la actora sus hijos Ana María , y Inocencio y Elsa , Elisa Emilia y sus nietos Carmen y Juan Pablo . El hijo Inocencio nació el 21-11-1973, Eusebio el 24-9-1976, Ana María el 28-7-1979, Luis Angel el 2-1-1985 y Hugo el 2-1-1991. El hijo Eusebio tiene reconocida una minusvalía del 57% por resolución del IASS de 31-7-2006. CUARTO: Con fecha 4 de julio de 2006 se dictó por el INSS resolución de revisión de la pensión de viudedad, siendo la causa la no acreditación del requisito de tener cargas familiares tal como es definido por el *artículo 1 del RD en 1465/2001, de 27 de diciembre* , siendo el período revisado el comprendido desde el uno de agosto de 2002 al 30 de junio de 2006, y la cantidad percibida indebidamente la de 7.011,15 €, efectuando propuesta de reintegro. Interpuesta reclamación previa, fue desestimada, habiendo quedado agotada la vía previa administrativa. QUINTO: Desde el mes de agosto de 2004, el Sr. D. Darío ha convivido en su domicilio de Zaragoza con la actora y las hijas comunes de ambos. D. Darío es beneficiario de pensión de incapacidad permanente total reconocida por sentencia de este Juzgado de fecha 1-2-2007 , del 55% de la base reguladora de 219,13 euros y fecha de efectos de 19-4-2006. SEXTO: En el supuesto de no tener derecho la actora al percibo del porcentaje del 70% de la base reguladora de su pensión de viudedad las cantidades indebidamente percibidas ascenderían a los siguientes importes: de agosto a diciembre de 2002: 881,88 €; en el año 2003: 1.937,32 €; en el año 2004: 1.636,60 €; en el año 2005: 1.692,32 €; y en el período de enero a junio de 2006: 863,03 €. Lo que hace un total de 7.011,15 €".

TERCERO.- La citada sentencia fué recurrida en suplicación por D^a Gema , dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sentencia con fecha 17 de septiembre de 2007 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación núm.726 de 2007, ya identificado antes, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

CUARTO.- El letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, mediante escrito presentado el 30 de octubre de 2007, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de fecha 7 de mayo de 2003 (recurso nº 903/2003). SEGUNDO.- Se alega la infracción del *art. 1 del RD 1465/2001, de 27 de diciembre* .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la improcedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon concluidos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de septiembre de 2008, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora es beneficiaria de una pensión de viudedad por el fallecimiento de su esposo D. Luis y venía percibiendo la pensión de viudedad en un porcentaje del 70% de la base reguladora, por tener cargas familiares, ya que en su solicitud de 30/11/01 hizo constar que convivía con sus siete hijos: Ana María , Eusebio , Luis Angel y Hugo , (hijos del matrimonio con su difunto esposo y causante de la pensión de viudedad) y con sus hijas Elsa , Elisa y Emilia (hijas de la actora y de D. Darío) .

Con fecha 2 de julio de 2002 se inició procedimiento de revisión de su pensión, y con fecha 4 de julio de 2006 se dictó por el INSS resolución de revisión de la pensión de viudedad, sobre la base de no haber acreditado el requisito de tener cargas familiares tal como se define en el *art. 1 del RD 1465/01, de 27 de diciembre* , siendo el periodo revisado el comprendido entre el 1 de agosto de 2002 y el 30 de junio de 2006, efectuando propuestas de reintegro por la cantidad indebidamente percibida ascendente a 7.011,15 euros.

Consta la convivencia de la actora con los referidos hijos y también desde agosto de 2004 con D. Darío .

La sentencia del Juzgado estimó en parte la demanda interpuesta por la actora contra la resolución del INSS y declaró como indebidamente percibida, y por tanto con obligación de reintegrarla, la cantidad de 3.256,75 euros, correspondiente al período que va desde agosto del 2004 a junio de 2006 inclusive. La sentencia de suplicación, ahora recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 17 de septiembre 2007 , desestimó el recurso de tal naturaleza, confirmando la sentencia del Juzgado.

Recorre la mencionada entidad gestora en Casación para la Unificación de Doctrina y señala como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Valencia el 7 de mayo de 2003 . En este caso la actora había solicitado pensión de viudedad que le fue reconocida con efectos desde el 3-1-87 y, habiendo tenido un hijo el 26-1-90, solicitó en 2002 el incremento de la prestación al 70% que el INSS le denegó sobre la base de que "en el ámbito de la pensión de viudedad la convivencia con hijos o menores acogidos ha de ser respecto de los hijos del causante de la pensión o de los acogidos por el mismo, no de otros que posean sus propios padres vivos y no generadores de viudedad alguna, ni por lo tanto de incremento ninguno. Por ello teniendo un padre el hijo de la demandante, obligado a prestar alimentos en base al *art. 143 del Código Civil* , padre respecto del cual no se ha probado que esté en paradero desconocido o sea incapaz de darlos, el menor no puede configurarse como carga que posibilite el incremento del porcentaje de la base reguladora de la pensión de viudedad causada por quien no fue su progenitor". La sentencia de contraste acoge esta tesis y mantiene la desestimación de la demanda.

En ambos pleitos se plantea en suplicación la misma cuestión litigiosa, que se limita a dilucidar, a efectos de lucrar la pensión de viudedad en porcentaje del 70%, cómo ha de llevarse a cabo el cómputo en la unidad familiar de hijos de padre biológico distinto al causante, ésto es, si las cargas familiares a tener en cuenta deben estar integradas solamente por los hijos habidos con el causante de la pensión de viudedad o si también deben incluirse los habidos con posterioridad, aunque viva el padre de éstos y esté obligado a prestar alimentos, sin que las variantes circunstanciales entre ambos supuestos desvirtúen esta sustancial identidad, alcanzándose sin embargo soluciones contrapuestas, por lo que debe estimarse concurrente el requisito de contradicción, exigido como presupuesto de admisibilidad por el *art. 217 de la LPL* .

SEGUNDO.- En cuanto al fondo del asunto, se denuncia en este recurso la infracción del *art. 1 del RD 1465/01, de 27 de diciembre* , relativo a la cuantía de la pensión de viudedad, en cuanto establece que el pensionista de viudedad tiene cargas familiares cuando convive con hijos menores de 26 años o mayores incapacitados o menores acogidos, siempre y cuando los rendimientos del conjunto de la unidad familiar, incluido el pensionista, divididos entre el nº de miembros que la compongan, no supere, en cómputo anual, el 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

El motivo tiene que ser desestimado de acuerdo con la doctrina unificada por esta Sala en sentencia de 23 de septiembre de 1997 (rec. 277/97) -en relación con un supuesto de desempleo, a nivel asistencial, en donde se interpretaba el *art. 215.2 de la LGSS/94* , que contiene una redacción igual al que aquí se denuncia infringido, en cuanto al concepto de cargas familiares- cuyos argumentos reproducimos:

" a) Por una parte, no cabe duda que la "unidad familiar" la integran también los hijos privativos de uno de los cónyuges si, como ahora acontece, el hijo convive con la solicitante y su cónyuge, al resultar así de la realidad fáctica y no estar excluidos por la norma interpretada.

b) Por otra parte, no cabe entender que el hijo privativo de su cónyuge no esté "a cargo" de la

solicitante, si convive con ella en el seno de la nueva unidad familiar, pues aunque se prescindiera de los presumibles aspectos de participación y ayuda en su formación y cuidado, los gastos que origina tal hijo repercuten, directa o indirectamente, en la economía de la unidad familiar, ya que, como mínimo y con independencia incluso del régimen económico matrimonial, merman necesariamente y por imperativo legal el importe de las aportaciones que puede efectuar al sostenimiento de la unidad familiar el progenitor con el que conviven que está obligado a alimentarlo en la máxima extensión legal dada la relación parental que les une (argumento *ex arts. 142, 143.2, 146 y 147 Código Civil*).

c) Por último, esta conclusión es concorde tanto con el concepto *constitucional de "familia"* y con el *principio de protección integral de los hijos* (art. 39 Constitución), como con la configuración del ámbito familiar configurado en la nuestra legislación ordinaria (entre otros, *art. 153 Código Penal*), así como con el espíritu de nuestra normativa de Seguridad Social que, entre otras, en materia de prestaciones por muerte y supervivencia, concede derecho a la pensión de orfandad, bajo determinadas condiciones, especialmente de convivencia y dependencia, a los hijos que el cónyuge superviviente hubiere llevado al matrimonio (*art. 16.3 Orden Ministerial 13-II-1967*).

2.- En suma, de esta interpretación sistemática y finalista, acorde con la realidad social, que en este supuesto no está reñida ni siquiera con los términos literales utilizados en el precepto cuestionado, resulta que no existe base para entender que de la "unidad familiar" prevista en el *art. 215,2 LGSS/94* *deban excluirse los hijos privativos de uno de los cónyuges* tanto más, si como ahora acontece, integran la unidad de convivencia con el solicitante del subsidio y los gastos necesarios para su subsistencia son asumidos, directa o indirectamente, con cargo a los ingresos destinados a tal unidad de convivencia, por lo que debe concluirse que concurren en la solicitante las "responsabilidades familiares" en los términos que le posibilitan el acceso al subsidio de desempleo pretendido".

Como señala el Informe del Ministerio Fiscal: "hay que tener en cuenta que nos encontramos ante una pensión de viudedad que, si bien fue causada por el cónyuge fallecido, pertenece al cónyuge superviviente y por tanto los requisitos del *art. 1º del RD 1465/01* deben ser exigidos al beneficiario y la referencia a los hijos está realizada en relación al beneficiario y no al causante y tan hijos son unos como otros, los tenidos con el causante como los posteriores.

Por otra parte aunque estamos en el caso de una pensión de viudedad de carácter contributivo, sin embargo la regulación del R. Decreto que nos ocupa, al exigir menores ingresos y cargas familiares para poder ampliar el porcentaje de la base reguladora del 46% al 70%, imprime un carácter asistencial que quedaría desvirtuado con la interpretación efectuada por el recurrente".

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 17 de septiembre de 2007, dictada en el recurso de suplicación número 726/2007, formulado por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Zaragoza de fecha 11 de mayo de 2007, dictada en virtud de demanda formulada por D^a Ana María, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano 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. Jesús Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.