

Id Cendoj: 28079140012009100127
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 2170/2008
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: SOCIAL
 Ponente: JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x SEGURIDAD SOCIAL x
- x PRESTACIONES (SEGURIDAD SOCIAL) x
- x CLASES DE PRESTACIONES (SEGURIDAD SOCIAL) x
- x PRESTACIONES ECONÓMICAS (SEGURIDAD SOCIAL) x
- x MUERTE Y SUPERVIVENCIA x

Resumen:

Prestaciones en favor de familiares. La cuestión que plantea el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si una persona que ha sobrepasado los 18 años de edad, cuyo padre biológico vive, pero que la ha abandonado o, al menos, no consta que haya atendido a sus obligaciones para con ella, y que fue acogida familiarmente por sus abuelos cuando era menor de edad, es o no acreedora a prestaciones a favor de familiares cuando fallece el abuelo. Se concluya que no corresponde a la persona, acogida familiarmente por su abuelo, fallecido, si vive el padre, de cuya situación económica no hay noticias. Reitera la tesis de la sentencia de contraste, porque el demandante no cumple con el requisito normativo de ser huérfano absoluto, sin que tampoco haya acreditado que su padre no esté en condiciones de prestarle la ayuda necesaria.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Marzo de dos mil nueve

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 SOCIAL DE LA MARINA, contra sentencia de fecha 16 de mayo de 2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso nº 4580/05, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el ahora recurrente contra la sentencia de fecha 9 de junio de 2005 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, en autos nº 1004/04, seguidos por D. Pedro Enrique frente a INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, sobre reclamación de pensión a favor de familiares.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **JOSÉ LUIS GILOLMO LÓPEZ**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de junio de 2005 el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda de D. Pedro Enrique, declaro su derecho a la prestación a favor de familiares por el fallecimiento de su abuelo D. Mariano, condenando al Instituto Social de la Marina, a su abono en la forma y cuantía y efectos, legal y reglamentariamente establecidos".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **1.** D. Pedro Enrique, mayor de edad, nacido el 04-06-86, es hijo de D^a Lorenza y D. Blas, quienes se separaron judicialmente el 30-07-87, quedando el actor bajo la custodia de su madre. Con fecha 24-05-94 se dictó Auto acordando el acogimiento del actor por sus abuelos D. Mariano y D^a Julieta, con consentimiento de su padre, conviviendo con éstos y bajo su cuidado el actor hasta la actualidad. **2.** La madre del demandante falleció el 11-09-96. **3.**

Con fecha 18-09-04 falleció el abuelo del actor, D. Mariano . El 05-10-04 solicitó el actor pensión a favor de familiares de nietos del causante". **4.** Se agotó la vía administrativa previa.

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Social de la Marina ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 16 de mayo de 2008 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimando el recurso de suplicación articulado por el Instituto Social de la Marina contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, de fecha 9/6/2005 , dictada en autos nº 1004/04, instados por D. Pedro Enrique , confirmamos la sentencia de instancia."

CUARTO.- Por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Social de la Marina, 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 Supremo de 10 de noviembre de 2006 , recurso nº 2972/05.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 13 de noviembre de 2008 , se procedió a admitir el citado recurso; pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de febrero de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. La cuestión que plantea el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si una persona que ha sobrepasado los 18 años de edad, cuyo padre biológico vive, pero que la ha abandonado o, al menos, no consta que haya atendido a sus obligaciones para con ella, y que fue acogida familiarmente por sus abuelos cuando era menor de edad, es o no acreedora a prestaciones a favor de familiares cuando fallece el abuelo. La sentencia recurrida otorga a tal cuestión una respuesta afirmativa, mientras que la entidad gestora demandada y la sentencia de contraste, como luego veremos, sostienen la tesis contraria.

2. Las principales circunstancias fácticas concurrentes en el caso de la sentencia recurrida son las siguientes: el actor, nacido el 4 de junio de 1986, quedó bajo la custodia de su madre tras la separación judicial de sus progenitores el 30 de julio de 1987. Casi siete años después, el 24 de mayo de 1994, y con el consentimiento del padre, una resolución judicial acordó el acogimiento del demandante -entonces con algo más de siete años de edad- por sus abuelos maternos, conviviendo desde entonces con ellos y bajo su cuidado "hasta la actualidad", es decir, al menos, hasta el 9 de junio de 2005 en que el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo dictó la sentencia de instancia. La madre falleció el 11 de septiembre de 1996 y el abuelo el 18 de septiembre de 2004. Solicitada por el actor la pensión a favor de familiares, la entidad gestora la denegó alegando que no cumplía el requisito de ser huérfano de padre y madre. Tras agotar la vía previa, interpuso la demanda origen de las presentes actuaciones el 21 de diciembre de 2004 y la sentencia ahora recurrida en casación unificadora, dictada por la Sala de lo Social de Galicia el 16 de mayo de 2008 (R. 4580/05), confirmando el fallo de instancia, ha estimado la pretensión y rechazado el recurso de suplicación interpuesto por la gestora, que no combatió la declaración de hecho probados, con el argumento esencial de que, aún no siendo el actor huérfano absoluto, no consta que el padre -con el que, según la Sala de suplicación, no mantiene contacto alguno- haya atendido a sus obligaciones para con él, no existiendo evidencia alguna de que pueda prestarle el sustento necesario para el normal desarrollo de la vida.

SEGUNDO .- 1. Aduce la entidad gestora que la citada sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia infringe el *art. 22.1.1.b) de la Orden de 13 de febrero de 1967* , en relación con lo dispuesto por el *art. 176.1 de la Ley General de la Seguridad Social* , argumentando a favor de la desestimación de la demanda el hecho incontrovertido de que el actor no es huérfano total y que las disposiciones denunciadas no admiten otra interpretación que la de conceder exclusivamente el derecho a prestaciones a favor de familiares a los nietos que, cumpliendo los demás requisitos, sean huérfanos de padre y madre, de forma que sólo el fallecimiento de ambos progenitores cumple con la exigencia legal, sin que quepa, según sostiene, "la aplicación analógica de las normas a que se refiere el *artículo 4.1 del Código Civil* , por ausencia de la identidad de razón, al no ser equiparable el abandono de los padres respecto de sus hijos y el fallecimiento de éstos".

2. Como sentencia de contraste invoca la dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 10 de noviembre de 2006 (R. 2972/2005) que, al fallecimiento del abuelo, deniega la prestación a favor de familiares a una persona acogida familiarmente por sus abuelos porque vivía la madre de la solicitante, de cuya situación económica -de la madre- nada se sabía. Según expresa el relato fáctico de esta sentencia referencial, la actora, nacida el 9 de octubre de 1983 , había convivido desde entonces con su abuelo, y a

sus expensas, siendo éste quien la atendió, crió, educó y mantuvo, sin que constara que la madre hubiera asumido en algún momento los deberes para con su hija. A instancia del Fiscal de Menores, un Juzgado de Primera Instancia dictó Auto de 29 de marzo de 1999 por el que se dispuso el acogimiento de la actora por sus abuelos, poniendo de manifiesto la plena conformidad con la medida de la madre biológica, de los abuelos y de la propia interesada, y señalando que "el padre no es conocido y ha fallecido" (sic). La sentencia referencial, en esencia, además de sostener que, conforme al *art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, la falta de prueba sobre la situación económica de la madre sólo puede perjudicar al demandante, llega a la conclusión de que no es posible extender a la actora el ámbito de aplicación del *art. 175.1 de la Ley General de la Seguridad Social*, ni puede entenderse que su omisión responda a un olvido del legislador.

3. Efectivamente, concurre el presupuesto de la contradicción que exige el *art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral*, pues las sentencias sometidas al juicio de identidad contemplan unas mismas situaciones de hecho (dos huérfanos de un solo progenitor -es decir, no absolutos- en régimen de acogida por sus abuelos), pero mientras la resolución recurrida reconoce la prestación, entre otras razones, porque no hay prueba de que el padre pueda atender al hijo, considerando que la situación de éste es análoga a la del huérfano absoluto, por el contrario, la sentencia referencial la deniega, en esencia, porque la prestación sólo corresponde a los nietos si son huérfanos absolutos y porque es el solicitante el que debe acreditar la carencia de medios del progenitor superviviente para atenderle adecuadamente. Se da, pues, la identidad esencial en la triple vertiente de hechos, fundamentos y pretensión, y, pese a ello, es diferente el pronunciamiento recaído en las sentencias comparadas.

TERCERO .- 1. Existente y verificada la contradicción, se impone entrar a conocer del motivo de infracción legal alegado que, como se vio, invoca la vulneración del *art. 22.1.1.b) de la Orden de 13 de febrero de 1967*, en relación con el *art. 176.1 de la LGSS*. Y el recurso merece favorable acogida porque la cuestión que plantea ya ha sido unificada por esta Sala, precisamente, por la sentencia invocada de contraste, a cuyos pronunciamientos hemos de estar por elementales razones de coherencia y seguridad jurídica.

2. La doctrina establecida en nuestra sentencia de 10 de noviembre de 2006 (R. 2972/2005) puede resumirse así:

a) La única cuestión verdaderamente controvertida se centra en determinar si el hecho de que el padre o la madre vivan, aunque hubiesen abandonado al hijo, que pasó a ser atendido por los abuelos en régimen de acogimiento, puede servir de impedimento para que, a la muerte de éstos, el nieto que reúna el resto de los requisitos exigidos, pueda ser beneficiario de la prestación a favor de familiares; quedan fuera del debate, pues, otros presupuestos condicionantes de dicha prestación, no cuestionados, tales como la convivencia del actor con el causante, y a sus expensas, y la carencia de medios de subsistencia del propio demandante.

b) De conformidad con el primer criterio hermenéutico enumerado en el *art. 3.1 del Código Civil*, es decir, "el sentido propio de sus palabras", debemos atenernos a la dicción literal del *art. 22.1.1 .b) de la norma reglamentaria a la que alude el art. 176.1 de la LGSS, esto es, la Orden de 13 de febrero de 1967*, que, de manera clara e indubitada exige a los nietos, para que puedan acceder a dicha prestación, que sean huérfanos de padre y madre, de forma que sólo el fallecimiento de ambos progenitores cumple con la exigencia de la regla, quedando vedada la aplicación analógica de las normas prevista en el *art. 4.1 del Código Civil*, por ausencia de la identidad de razón, al no ser equiparable el abandono de los padres respecto de sus hijos y el fallecimiento de éstos.

c) Incluso acudiendo al criterio hermenéutico de la finalidad de la norma, se llega a la misma conclusión porque la situación protegida es el estado de necesidad y desamparo en el que se encuentra una persona cuando se ve privada de los medios elementales de vida al fallecer quien se los venía proporcionando, pero esta situación no es suficiente para la concesión de la pensión, según el texto de la norma, sino que, además, es preciso que el interesado sea huérfano de padre y madre y que, si vive uno de ellos, carezca de los medios necesarios o no esté en condiciones de prestarlos al huérfano en cuantía bastante para cubrir la deuda alimenticia que impone la patria potestad.

d) El acogimiento familiar no cambia la naturaleza de las cosas y así lo pone de manifiesto la sentencia de esta Sala de 3 de noviembre de 2004 (R. 2345/2003) que, aunque referida a la pensión de orfandad, es también aplicable ahora.

e) En aquel caso (TS 3-11-2004) hubo acogimiento familiar y se denegó la prestación reclamada, con apoyo en una doctrina que puede sintetizarse así: el *artículo 108 del Código Civil (CC)* distingue la filiación

por naturaleza y por adopción; el acogimiento familiar, que puede ser simple, permanente o preadoptivo, produce la plena participación del menor en la vida de la familia de la persona a quien se ha encomendado, la que asume los deberes propios del contenido personal de la patria potestad, descritos en el *artículo 173.1 del Código Civil*, con un contenido menor que los correspondientes a la relación entre adoptante y adoptado, pues son éstas del mismo significado que las resultantes de la filiación por naturaleza; añade dicha sentencia que el acogimiento no rompe los vínculos de acogida con la familia por naturaleza y puede terminar, según lo dispuesto en los *números 1º y 2º del apartado 3 del artículo 173* citado, bien por decisión de las personas que hayan acogido el menor, bien a petición de los padres que tengan la patria potestad, y llega a la conclusión de que no es posible, "a través de una interpretación integradora extender, sin invadir la esfera competencial del legislador, la aplicación del *artículo 175.1 de la Ley General de la Seguridad Social*, al menor acogido, ni tampoco que la omisión de éste en el ámbito delimitador de la norma, corresponde a un olvido legislativo".

f) La ausencia de prueba sobre la situación económica del progenitor superviviente únicamente puede parar perjuicio al solicitante de la prestación, por disponerlo así el *art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* al imponer al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a la pretensión de la demanda, y si el actor pretende amparar su situación en el hecho excepcional de que el progenitor que sobrevive no está en condiciones de prestarle los auxilios necesarios, debió arbitrar las pruebas necesarias para acreditar tal extremo: esta es la doctrina de esta Sala expuesta en las sentencias de 19 de abril de 1994 y 12 de marzo de 1997 (R. 1257/94 y 3459/96).

3. La aplicación de la anterior doctrina al presente supuesto, como se adelantó, conduce a la estimación del recurso porque el demandante no cumple con el requisito normativo de ser huérfano absoluto y tampoco ha acreditado, en los términos que antes han quedado expuestos, que su padre no esté en condiciones de prestarle la ayuda necesaria. Por otra parte, y con relación a la situación de acogimiento formal por sus abuelos, en la que el demandante permaneció casi desde que cumplió los ocho años de edad, conviene tener presente que cuando falleció su abuelo (18-9-2004), que sería el causante de la prestación solicitada, tal situación (el acogimiento) había concluido porque esa figura, que constituye una protección que nuestro ordenamiento otorga a los menores en determinadas *circunstancias (art. 172 a 174 CC)*, hemos de entender que finaliza, como sucede con la patria potestad (*art. 169.2º CC*), por el simple hecho de la emancipación del menor, y ésta tiene lugar cuando el menor alcanza los 18 años de edad (*arts. 314 y 315 CC*); es decir, tanto antes del fallecimiento del abuelo como en la fecha de la presentación de la demanda (21-12-2004), el actor, que, como vimos, había nacido el 4 de junio de 1986, ya era mayor de edad y, por ello, tampoco pueden tomarse en consideración las razonadas argumentaciones que el Ministerio Fiscal expone en su detallado informe, referidas todas a la protección de los menores y de la infancia en general.

4. Así pues, al igual que ocurría en el caso de la sentencia de contraste, la resolución aquí recurrida se apartó de la doctrina que este Tribunal ha venido exponiendo, acudiendo, para la estimación de la pretensión actora, a un voluntarismo que no debe avanzar más allá de la letra de la norma, hasta el punto de conceder prestaciones del sistema público de la Seguridad Social sin que en cada caso se cumplan los requisitos y las exigencias que el legislador ha establecido y, para este supuesto, equiparando a la orfandad total el hecho del acogimiento y la desatención del progenitor superviviente, que vive y de cuya situación económica no hay noticias, lo que sobrepasa evidentemente la letra y el espíritu de la norma. Sólo con la aplicación de las reglas en sus justos términos se da pleno cumplimiento al mandato del *artículo 9.3* de la Constitución, para garantizar los principios de legalidad y de seguridad jurídica, que únicamente se logra mediante la aplicación de las normas conforme a los criterios de interpretación previstos en el *artículo 3 del Código civil*.

CUARTO .- Las anteriores reflexiones ponen de manifiesto que la doctrina correcta es la aplicada en la sentencia de contraste, por lo que, visto el dictamen del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso interpuesto por el ente gestor y, resolviendo el debate en trámite de suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por la misma entidad, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda. 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 por el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 16 de mayo de 2008. Casamos y anulamos dicha sentencia y, resolviendo el

debate en trámite de suplicación, estimamos el recurso de tal clase interpuesto por la entidad gestora, revocamos la sentencia de instancia y desestimamos la demanda, sin especial pronunciamiento sobre costas.

Devuélvase las actuaciones al Organo 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. José Luis Gilolmo López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.