

SENTENCIA DEL TS DE 30-04-2014, SOBRE PENSIÓN DE ORFANDAD ABSOLUTA

RESUMEN

Recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Desiderio, contra la sentencia del 2-7-2012 del TSJ de Cataluña, en el recurso de suplicación que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 27 de Barcelona de 10-2-2011, recaída en autos seguidos a instancia de D. Desiderio, contra el INSS y la TGSS, sobre muerte y supervivencia.

Ha comparecido en concepto de recurrido el INSS

Incremento equivalente a la pensión de viudedad no reconocida a la madre del huérfano por no tener vínculo matrimonial con el causante.

La cuestión que se plantea es si un huérfano, perceptor de pensión de orfandad del **20 %** de la base reguladora por fallecimiento de su padre, tiene derecho al incremento de dicha pensión en cuantía equivalente a la pensión de viudedad —**el 52 %** de la base reguladora— en el caso de que su madre, que vive aún, no sea perceptora de pensión de viudedad por no haber tenido vínculo matrimonial (ni tampoco de pareja de hecho legalmente constituida conforme al artículo 174.3 de la LGSS) con el causante fallecido.

Esa contradicción doctrinal ha sido resuelta por el Pleno de esta Sala Cuarta en su sentencia de 29-1-2014, RCU 1122/2013 -con voto particular discrepante- en un sentido plenamente coincidente con el de la sentencia recurrida y a esa doctrina debemos atenernos.

Tras hacer una descripción y análisis de las diversas etapas a que antes hemos hecho referencia, concluye así dicha sentencia:

*"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 transcendencia 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 seguridad, 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".*

FALLO

Se desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Desiderio, contra la sentencia de 2-7-2012 del TSJ de Cataluña, en el recurso de suplicación que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 27 de Barcelona, de 10-2-2011, recaída en autos seguidos a instancia de D. Desiderio, contra el INSS y la TGSS, sobre muerte y supervivencia.

Se confirma la sentencia recurrida. Sin costas

VER SENTENCIA

<http://www.lapirenaicadigital.es/SITIO/SENTENCIATS30042014.pdf>

VER OTRAS SENTENCIAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

<http://www.lapirenaicadigital.es/SITIO/SENTENCIASSS.html>