



## Jutjat Social núm. 33 de Barcelona

Avinguda Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici S, pl. 1 - Barcelona  
08075 Barcelona

Tel. 938874580  
Fax: 938844937  
A/e: social33.barcelona@xij.gencat.cat

NIG 0801944420170013064

### Seguretat social en matèria de prestacions 274/2017 C

Matèria: Diversos en seguretat Social

#### Compte del BANC DE SANTANDER

Beneficiari: Jutjat Social núm. 33 de Barcelona

Per a ingressos en caixa, concepte: número de compte de l'expedient del Jutjat (16 dígits)

Pagaments per transferència IBAN (en format electrònic): ES5500493569920005001274. Concepte: número de compte de l'expedient del Jutjat (16 dígits)

Pagaments per transferència IBAN (en format paper): IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepte: número de compte de l'expedient del Jutjat (16 dígits)

#### Part demandant/executant:

Advocat/ada: Miguel Arenas Gómez

Graduat/ada social:

Part demandada/executada: INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL (INSS), TRESORERIA GENERAL DE LA SEGURETAT SOCIAL, LEMON SALES BUSINESS, S.L.

Advocat/ada:

Graduat/ada social:

### SENTÈNCIA NÚM. 191/2018

Magistrat: Joan Agusti Maragall

Barcelona, 25 de maig de 2018

JOAN AGUSTI MARAGALL, magistrat-jutge del Jutjat Social número 33 de Barcelona, he vist les actuacions promogudes per (representada per ) contra INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL en demanda en reclamació de pensió de ORFANESA.

### ANTECEDENTS DE FET

Primer.- El dia 30.3.17 va ser repartida a aquest jutjat la demanda que origina aquestes actuacions. En la demanda, havent al·legat els fets i raonaments jurídics oportuns, es demanava sentència en la es reconegués el dret de la demandant a incrementar la seva pensió d'orfanesa del 20 al 52%, per tractar-se d'una òrfena "absoluta".

Segon.- Admesa a tramitació la demanda, es va assenyalar per a la celebració de l'acte del judici el 14.5.18, en què va tenir lloc a presència judicial.





**Tercer.-** En l'acte del judici, la part demandant va ratificar la demanda, i la demandada s'hi va oposar. Es van practicar les proves d'interrogatori, documentals i testimonials proposades i admeses i finalment les parts van insistir en les seves peticions.

**Quart.-** En la tramitació d'aquest procediment s'han observat les normes processals de caràcter essencial aplicables al cas.

### FETS PROVATS

- 1.- La demandant, \_\_\_\_\_, nascuda el 14.11.01, demanà el 7.4.10 la pensió d'orfanesa en raó de la defunció de la seva mare, \_\_\_\_\_.
- 2.- Per resolució de l'INSS de 6.8.15 li fou reconeguda la pensió d'orfanesa en un 20% d'una base reguladora de 1536,98€ al mes.
- 3.- Per sentència dictada pel JS núm. 24 de Barcelona de 3.10.16 s'estimà la impugnació de la demandant i es declarà que la base reguladora de la prestació havia de ser de 2.589,60€ al mes, en raó del salari de la causant reconegut en sentència dictada pel JS núm. 1 de Mataró en reclamació per acomiadament contra l'empresa Lemon Sales Business,SL, a la que havia treballat del 3.1.13 al 19.3.14. (doc. 1 actora)
- 4.- En data 23.2.16 la tutora de la demandant, \_\_\_\_\_, demanà l'increment de la pensió d'orfanesa a la d'ofanosa absoluta, petició que fou denegada per resolució de 15.3.16, en raó de que el pare de la demandant, \_\_\_\_\_, restava viu.
- 5.- Interposada reclamació prèvia, fou desestimada per resolució de 24.2.17, que reitera el fet de que el pare de la demandant és viu.
- 6.- Per sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Mataró en data 10.11.15 es declarà la privació de pàtria potestat parental del pare de la demandant, Jordi Segado Nebot, en considerar que *"ha quedado acreditado y así se declara probado que Don \_\_\_\_\_ no se ha interesado ni cubierto necesidades afectivas ni económicas de su hija \_\_\_\_\_ -quien cumplirá 14 años de edad- desde hace aproximadamente 9 años, habiendo hecho dejación el demandado de sus obligaciones parentales"* (doc. 9 actora, que es dona per íntegrament reproduït).
- 7.- El pare de la demandant, \_\_\_\_\_, no és perceptor de la pensió de viduïtat.





## RAONAMENTS JURÍDICS

I.- La relació de fets que es declaren provats s'ha deduït de la valoració conjunta de la prova aportada, d'acord amb els principis de la sana i imparcial crítica. Els fets reflectits han resultat conformes i, en tot cas, resulten dels documents que hi consten referits.

No consta a les resolucions administratives, ni s'ha invocat per l'INSS al judici, que el pare de la demandant, , sigui perceptor de la pensió de viduitat, fet que –per la seva rellevància, atès que faria inviable la pretensió de la demandant- hauria d'haver estat posat de manifest per l'entitat gestora. En tot cas, no s'ha controvertit l'afirmació de la demandant conforme no n'és perceptor.

II.- Postula la demandant es reconegui el dret de la demandant a incrementar la seva pensió d'orfanesa del 20 al 52%, per tractar-se d'una òrfena "absoluta".

La demandada INSS s'oposa a la pretensió en base al criteri exposat a les resolucions impugnades i al criteri jurisprudencial establert a la STS de 14.1.15

III.- La qüestió de fons objecte de debat s'aborda i es resol a la sentència del TSJ de Castella-Lleó (Burgos) de 15.6.15 (núm. 438/15), referida a una situació substancialment coincident a l'analitzada a les presents actuacions, en el que el demandant *"es hijo de la fallecida y de Don Martín , que se divorciaron en 2007, sin que tenga contacto habitual con su padre, que no le presta asistencia alguna y que dio su consentimiento a su acogimiento"*, i que es reproduïx parcialment:

*"El menor para quien se solicita la pensión de orfandad en los términos denominados "absoluta" tiene reconocida una minusvalía del 48% y se encuentra en régimen de tutela por quienes previamente la han tenido en grado de acogimiento y previa resolución judicial de "desamparo".*

*El padre natural del menor, se divorcio de la madre fallecida en 2007 sin contacto con el menor y quien ha dado su consentimiento para le acogimiento, no constando perciba la pensión de viudedad.*

*Son estos los parámetros que han determinar la resolución judicial del presente procedimiento.*

*El art. 38 .1 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (RCL 1966, 2394) redactado según el Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo (RCL 2009, 591) , señala:*

*"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 ap. 4 del art. 179 de la LGSS (RCL 1994, 1825) , 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. 6º En caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional 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 ap. 1 de la DA 1º de la LO. 1/2004, de 28 de diciembre (RCL 2004, 2661 y RCL 2005, 735) , 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".

En cuanto a la cuestión litigiosa la jurisprudencia ha pasado por tres fases, como detalla la Sentencia del Tribunal Supremo/IV de 30 de abril de 2014 (RJ 2014, 2684) (rec. 584/13) , en "la primera, una aplicación literal del art. 36.2 del Decreto 3158/1966 , que hablaba de "cónyuge", al igual que el art. 17.2 de la OM de 13/2/1967 (RCL 1967, 360) , llevó a esta Sala Cuarta del TS a denegar el incremento en cuestión ( STS 23/2/1994 (RJ 1994, 5343) , rec. 1264/93 )"; en la segunda, "a partir de la STC 154/2006 (RTC 2006, 154) , que entendió que dicha interpretación conducía a una discriminación, por razón de filiación, entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, la doctrina de la Sala cambió" (...), "ahora se abre una tercera fase", a partir de las sentencias del Pleno de 29 de enero de 2014 (dos) rec. 1122/13 (RJ 2014, 2501) , y 3119/12 (RJ 2014, 1293) , seguida por otras muchas como las SSTs 12 de mayo de 2014 (RJ 2014, 4211) (rec. 2424/13) y 1 de julio de 2014 (RJ 2014, 4001) (rec. 1876/13) , en las que se vienen a modificar la doctrina jurisprudencial previa y a aplicar el precepto reglamentario de manera diferente.

En la última de las citadas sentencias ( STS 1-07-2014 (RJ 2014, 4001) ) se afirma: "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 (LEG 1889, 27) 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:"

También recentísima sentencia de STS, 25 de febrero de 2015 (RJ 2015, 1632) - Recurso: 929/2014 |

Los distintos Tribunales Superiores de Justicia e incluso, dentro de las mismas Salas, dan respuestas distintas y opuestas sobre la cuestión. En unos casos se procede a





reconocer el incremento cuando el progenitor superviviente de la pareja de hecho no tuviera, por cualesquiera motivo, derecho a la pensión de viudedad; mientras que en otros la procedencia del mismo incremento era descartada (en el primer sentido pueden verse SSTSJ Andalucía -Sevilla- 19.01.2012 (PROV 2012, 80384) - -, - Granada- 09.03.2011 , Astúries 25.06.2010 (AS 2010, 1715) -, 27.05.2011 - CENDOJ STSJ AS 1964/2011-, 14.10.2011 (AS 2011, 3613) -, 23.12.2011, Castilla-La Mancha 24.04.2012 , Castilla i León - Valladolid- 26.01.2011 (AS 2011, 1708) - i 01.06.2011 , -Burgos- 17.03.2010 (PROV 2010, 176253) i 15.03.2011 (PROV 2011, 94757) , Extremadura 03.11.2011 -AS 2011\2579-, Galicia 26.10.2011, 16.11.2011, Madrid 04.11.2011 - CENDOJ STSJ MAD 13527/2011-, País Vasco 01.02.2011 -CENDOJ STSJ PV 1111/2012, amb vot particular- 17.04.2012 -CENDOJ STSJ PV 1111/2012-, 23.04.2012 - CENDOJ STSJ PV 949/2012; en sentido contrario pueden verse SSTSJ Comunidad Valenciana 12.11.2012 ) o Madrid 16.06.2010)).

Partiendo de los parámetros expuestos en el proceso concreto en el que nos encontramos y atendiendo a la legislación vigente aplicable, así como la jurisprudencia invocada, nos encontramos con que el derecho a la obtención del incremento de la pensión de orfandad no sólo para la orfandad absoluta, entendiendo la ausencia de progenitores, sino la más ampliamente entendida como, pérdida de los medios de vida que constituyen para el huérfano de rentas del trabajo o sociales de sus causantes unida a la pérdida o a la inexistencia de renta social del supérstite, en todo caso el presente procedimiento estamos ante la situación del fallecimiento de la madre y la total inexistencia supérstite progenitor por cuanto además de estar bajo la tutela de otras personas previo consentimiento de dicho cónyuge supérstite para la situación de acogimiento y de tutela, nos encontramos además con la total carencia de pérdida de medios de vida para el huérfano. Se entiende que el plus protección genera ese incremento en esa amplia interpretación que ha de hacerse del precepto, por cuanto se entiende que la voluntad del legislador de equiparar la situación de huérfano absoluto a la huérfano de un solo progenitor cuando éste bien no tiene derecho a pensión de viudedad por las disposiciones legales vigentes, como son el condenado por delito de violencia de género, bien como en la situación actual en la que expresamente consiente el acogimiento de su hijo, no debe considerarse como una específica regla taxativa sino meramente enunciativa porque de otra forma no se cumpliría con la finalidad de la norma de que el huérfano absoluto cuando se reconoce el derecho a quien se encuentra en circunstancias análogas. El huérfano se encuentra en situación total de desamparo legal por cuanto se ha otorgado el acogimiento y tutela a terceras personas por parte precisamente del supérstite habiendo perdido las rentas procedentes de su madre y no teniendo ninguna de su padre con lo que de conformidad con los criterios de legalidad y constitucionalidad entendemos que puede interpretarse que se encuentra la situación de orfandad absoluta teniendo derecho al incremento y compartiendo en su integridad la resolución dictada por el juez de instancia.”

IV.- En el cas present, per sentència dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 4 de Mataró en data 10.11.15 es declarà la privació de pàtria potestat parental del pare de la demandant, , en considerar que “ha quedado acreditado y así se declara probado que Don no se ha interesado ni cubierto necesidades afectives ni económicas de su hija Mar –quien cumplirá 14 años de edad-desde hace aproximadament 9 años, habiendo hecho dejación el demandado de sus obligaciones parentales” .





I, d'altra banda i com ja s'ha dit, ni consta a l'expedient ni ha estat controvertit que el pare de la demandant, \_\_\_\_\_, no és perceptor de la pensió de viduïtat.

Per tant, a la llum d'aquest criteri jurisprudencial, seguit també per la sentència del TSJ de Canàries (Las Palmas) de 20.11.15 i la del TSJ d'Andalusia (Granada) de 9.3.17, escau l'estimació de la demanda, atès que la situació de la demandant –en una interpretació finalista del precepte legal d'aplicació– ha de ser considerada com d'orfanesa absoluta, establerta la defunció de la mare i l'absoluta desatenció, en tots ordres, del pare.

Atesos els raonaments exposats,

### DECIDEIXO

Estimar la demanda interposada per la demanda interposada per (representada per \_\_\_\_\_) contra INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL en demanda en reclamació de pensió de ORFANESA, declarar el seu dret a percebre una pensió de viduïtat per import 52% d'una base reguladora de 2.589,60€ l'any, amb efectes de 23.11.15 (tres mesos abans de la petició de revisió del percentatge), i condemnar a l'entitat gestora INSS a l'abonament de l'esmentada pensió des de l'indicada data d'efectes.

Notifiqueu aquesta sentència a les parts, feu-los saber que no és ferma i que s'hi pot interposar recurs de suplicació en contra al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en els cinc dies següents a aquesta notificació; en cas que es presenti recurs, cal anunciar-lo en aquest Jutjat, per escrit o en compareixença, i és indispensable, si el recurrent és l'empresari i no gaudeix del benefici de justícia gratuïta, que mostri el resguard acreditatiu d'haver consignat la quantitat objecte de la condemna i que dipositi 300 euros al compte de Dipòsits i Consignacions d'aquest Jutjat, oberta a la entitat Banco de Santander, IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicant, al camp d'observacions o concepte de la transferència, els dígitos corresponents a aquest procediment, 5233.0000.34.0274/17, així com el concepte i l'ordenant de la transferència. Ambdós ingressos s'han d'efectuar per separat.

Ho pronuncio, ho mano i ho jutjo.

