

NOTIFICADO 10 ABR 2014
MAGISTRADO
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
DOCA 314
CALLE DE S. Pedro, 38
MADRID

Recurso Num.: UNIFICACIÓN DOCTRINA/ '2013

Ponente Excmo. Sra. D^a.: María Milagros Calvo Ibarlucea

Votación: 22/01/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. D^{ña}. Margarita Torres Ruiz

SENTENCIA NUM.:
TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL
SALA GENERAL

Excmos. Sres.:

- D. Jesús Gullón Rodríguez
- D. Aurelio Desdentado Bonete
- D. Fernando Salinas Molina
- D. Gonzalo Moliner Tamborero
- D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea
- D. Luis Fernando de Castro Fernández
- D. José Luis Gilolmo López
- D. Jordi Agustí Juliá
- D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga
- D. José Manuel López García de la Serrana
- D^a. Rosa María Virolés Piñol
- D^a. María Lourdes Arastey Sahún
- D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel
- D. Miguel Ángel Luelmo Millán
- D. Jesús Souto Prieto

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
- 9 ABR 2014	10 ABR 2014
Artículo 151.2	L.E.C. 1/2000

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 16 de noviembre de 2012 en el recurso de Suplicación nº 2010,

contra la Sentencia dictada en fecha 8 de abril de 2010 por el Juzgado de lo Social nº de Vigo, en Autos nº 2009, seguidos a instancia de D^a frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre ORFANDAD.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. **MARÍA MILAGROS CALVO IBARLUCEA**, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 8 de abril de 2010 el Juzgado de lo Social nº de Vigo dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que ESTIMANDO la demanda que en materia de PENSIÓN DE ORFANDAD ha sido interpuesta por D^{ña}. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho del menor a que la pensión de orfandad causada por el fallecimiento de su padre, D. se incremente en el porcentaje correspondiente a la pensión de viudedad, con efectos económicos de 8-5-2009 y con las mejoras y revalorizaciones que legal y reglamentariamente procedan, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y al abono de la pensión en estos términos en el ámbito de sus respectivas responsabilidades".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados se declaran los siguientes: "Primero.- D^{ña}. nacida el día -1984 y con DNI ha mantenido relación sentimental con D. f nacido el día 1974, con DNI. Fruto de dicha relación nació el día 2006. Los progenitores del menor no contrajeron matrimonio. El día -2009, D. falleció en un accidente de tráfico. Segundo.- Solicitada la pensión de orfandad a favor del menor, ésta fue reconocida mediante resolución de 18-5-2009 en cuantía correspondiente al 20% de la base reguladora que quedó fijada en euros mensuales. D^a solicitó el reconocimiento de pensión de viudedad la cual fue denegada por resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 21-5-2009. El día 29-7-2009 tuvo entrada en la Dirección Provincial del INSS solicitud para el incremento de la pensión de orfandad con el porcentaje correspondiente a la pensión de viudedad. La petición fue rechazada por resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 6-10-2009. Tercero.- Formulada reclamación previa, ésta fue desestimada."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 16 de noviembre de 2012, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación

interpuesto por la representación procesal de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia de fecha ocho de abril del año dos mil diez, dictada por el Juzgado de lo Social núm. de los de Vigo, en proceso promovido por DOÑA , frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida."

CUARTO.- Por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 17 de junio de 2011 en el recurso /2010.

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 considerar el recurso PROCEDENTE. E instruido la Excm. Sra. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de octubre de 2013, y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate en Sala General, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día veintidós de Enero de dos mil catorce, convocándose a todos los Magistrados de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante reclama pensión de orfandad en cuantía del 52% a favor del hijo habido de una relación sentimental, que le había sido reconocida en cuantía del 20 %, sin que la reclamante cuente con pensión de viudedad derivada del mismo causante, que le fue denegada en su día. La sentencia recurrida confirma la sentencia de instancia que concedió el porcentaje reclamado, atendiendo a "una valoración standard de las necesidades y dado que en la célula familiar no se han ingresado rentas sociales a favor del progenitor con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2008 (Rec 36/2008)."

Recorre la entidad Gestora en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 17 de junio de 2011 por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

La sentencia de comparación también resuelve acerca de una reclamación de incremento de la pensión de orfandad de un menor nacido de una relación sentimental sin mediar vínculo matrimonial ni reconocimiento de pensión de viudedad a favor del progenitor sobreviviente. La sentencia de contraste confirma la de instancia que había denegado el incremento aplicando literalmente el artículo 38 del Reglamento General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas aprobado por el Decreto 315/ 1966 de 23 de diciembre, en la redacción dada por el R.D. 296/2009 de 6

de marzo, si bien la última norma citada no se hallaba en vigor en la fecha del hecho causante que prevé el incremento para el caso de no existir pensión de viudedad, si bien en este caso su carencia se debe a que el causante no estaba unido por un vínculo con el sobreviviente que pudiera generar dicha pensión.

SEGUNDO.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010.

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18 de julio de 2008, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, R. 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, R. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, R. 2094/2011.

En el caso de la sentencia recurrida se aplica el Real Decreto 296/2009 de 6 de marzo (B.O.E. 21.3), que entró en vigor el 22 de marzo y que dio nueva redacción al art. 38 del Reglamento General de Prestaciones, aprobado por Decreto 3158/1966. El hecho causante se produjo el 7 de mayo de 2009 y es también posterior a la Ley 40/2007 que permite reconocer la pensión de viudedad a las parejas de hecho, lo que no sucedía antes y de ahí que para las situaciones anteriores la S.T.C. 154/2006 estableciera una doctrina referida a la orfandad. La diferencia de trato que ya no se produce, pues el convivente de hecho puede acceder a la pensión de viudedad, y la cuestión vuelve a reducirse a si es huérfano absoluto o no lo es.

En el caso de la sentencia de contraste el hecho causante se produjo el 5-12-2006, antes de la entrada en vigor del Real Decreto 296/2009 de 6 de marzo y de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre. El convivente de hecho no podía acceder a la pensión de viudedad.

Y aunque sorprendentemente la Sala analiza el contenido de una norma, el R.D. 296/2009 de 6 de marzo, cuya entrada en vigor se produce el 22 de marzo de 2009, en relación a un hecho causante acaecido el 5 de diciembre de 2006 para terminar negando su aplicación ello no basta para alcanzar una válida estructura de contradicción.

No cabe resolver la contradicción sobre la base de una abstracta comparación de doctrinas, artificial por otra parte, ya que el debate sobre el R.D. 296/2009 de 6 de marzo en la sentencia de contraste carece de base fáctica y lo que es más importante de la conexión con el resto del entorno jurídico de aplicación. Ciertamente la Sala de casación tampoco está vinculada por ninguna de las dos soluciones sujetas a comparación pero sí requiere situaciones análogas en lo posible para resolver cual debe ser la única decisión sobre dos bases fácticas sustancialmente iguales. No existe esa igualdad entre un fallecimiento producido el 7 de mayo de 2009, vigente no solo el R.D. 296/2009 de 6 de marzo pues no es lo único relevante, sino la Ley 40/2007 de 4 de diciembre creadora de un panorama jurídico en las relaciones familiares con la nueva regulación que afecta a las parejas de hecho, que en su medida también influirá en el vínculo de filiación por su conexión con los derechos que quepa reconocer a los progenitores y otro producido el 5 de diciembre de 2006.

Este nuevo marco jurídico es el existente al tiempo del fallecimiento del causante en la recurrida, y del que carece el conjunto normativo vigente en la fecha del fallecimiento del padre del beneficiario en la sentencia de contraste.

Por lo expuesto, y visto el informe del Ministerio Fiscal desestimamos el recurso para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sin que haya lugar a la imposición de las costas, en aplicación del artículo 235 de la Ley de la Jurisdicción Social.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 16 de noviembre de 2012 en el recurso de Suplicación nº /2010, contra la Sentencia dictada en fecha 8 de abril de 2010 por el Juzgado de lo Social nº de Vigo, en Autos nº 7/2009, seguidos a instancia de D^a, frente al



INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre ORFANDAD. Sin que haya lugar a la imposición de las costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala 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.