EDJ 2018/18569 STS Sala 4ª de 27/02/2018

Tribunal Supremo Sala 4ª, 27/02/2018, nº 222/2018, rec. 3022/2016

Pte: Segoviano Astaburuaga, Mª Luisa

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de noviembre de 2015, el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando como desestimo la demanda formulada por Don Cesareo en nombre y representación de Doña Lourdes, Don Demetrio y Doña Marta contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, debo confirmar y confirmo la resolución dictada el 11 de mayo de 2015, absolviendo a éste de los pedimentos de aquella.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: «PRIMERO.- Don Lucas falleció el 26 de abril de 2013, estando de alta en Seguridad Social con número de afiliación NUM000. Al tener lugar el fallecimiento era viudo y padre de Doña Lourdes, Don Demetrio y Doña Marta. SEGUNDO.- - Por Auto de 17 de diciembre de 2014 del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Collado Villalba se designó tutor de Doña Lourdes, Don Demetrio y Doña Marta a sus abuelos Don Cesareo y Doña Claudia. El 25 de febrero de 2015 se aceptó el cargo por los tutores. TERCERO.- - Don Cesareo presentó el 10 de marzo de 2015 solicitud de prestación de pensión de orfandad a favor de sus nietos Doña Lourdes, Don Demetrio y Doña Marta, que estaban a su cargo desde el fallecimiento. CUARTO.- - El 13 de marzo de 2015 el Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó sendas resoluciones reconociendo a Doña Lourdes, Don Demetrio y Doña Marta pensión de orfandad a cada uno de ellos del 20% de la base reguladora mensual de 1.114,33 euros, con efectos de 1 de enero de 2015. QUINTO.- - Contra ella formuló reclamación previa el 27 de abril de 2015 reclamando que la fecha de efectos fuese la de fallecimiento de los progenitores y que se computase un porcentaje del 52%, dictándose sendas resoluciones el 11 de mayo de 2015 por el Instituto Nacional de la Seguridad Social reconociendo a Doña Lourdes, Don Demetrio y Doña Marta pensión de orfandad a cada uno de ellos del 33,33% de la base reguladora mensual de 1.114,33 euros, con efectos de 1 de enero de 2015.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Cesareo, en nombre de los tutelados Dª. Lourdes, D. Demetrio y Dª Marta, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 18 de mayo 2016, recurso 252/2016, en la que consta el siguiente fallo: «Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado del demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n° 41 de esta ciudad en autos num. 649/2015, debemos revocar y revocamos la resolución impugnada y, en su lugar, estimando íntegramente la demanda formulada por D. Cesareo actuando en representación de Dª Lourdes, D. Demetrio y Dª Marta contra el INSS y la TGSS, debemos declarar y declaramos el derecho de los demandantes a percibir la pensión de orfandad desde la fecha del fallecimiento de su progenitor causante, D. Lucas, el día 26.04.2013 en la cuantía que legalmente les corresponda con cargo a la Seguridad Social; condenando a estas Entidades Gestoras demandadas a abonárselas en dichos términos.

Sin costas.»

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Las Palmas, de fecha 8 de junio de 1993, recurso 243/1993.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que el recurso debe ser declarado improcedente.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 27 de febrero de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea es fijar la fecha de efectos de la pensión de orfandad reconocida a favor de tres huérfanos absolutos, si es desde los tres meses anteriores a la solicitud o, teniendo en cuenta que la pensión fue solicitada por el tutor de los menores, si los tres meses han de computarse a partir de la aceptación del cargo del tutor y, si se ha reclamado en dicho plazo, retrotraer los efectos a la fecha del hecho causante.

2.- El Juzgado de lo Social número 41 de los de Madrid dictó sentencia el 16 de noviembre de 2015, autos número 649/2015, desestimando la demanda formulada por D. Cesareo, en calidad de tutor, en representación de sus nietos DOÑA Lourdes, D. Demetrio y DOÑA Marta contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre PENSIÓN DE ORFANDAD.

Tal y como resulta de dicha sentencia D. Lucas falleció el 26 de abril de 2013, siendo viudo en el momento del fallecimiento, teniendo tres hijos. Por auto de 17 de diciembre de 2014, el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Collado Villalba designó tutor de los citados menores a sus abuelos D. Cesareo y Doña Marta, que estaban a su cargo desde el fallecimiento y aceptaron el cargo el 25 de febrero de 2015. D. Cesareo presentó el 10 de marzo de 2015 solicitud de prestación de pensión de orfandad, siéndole reconocida a cada uno de los nietos en un porcentaje del 20% de la base reguladora de 114,33 €, con efectos de 1 de enero de 2015,

2.- Recurrida en suplicación por el Letrado D. Ricardo Perpiñán Girol, en representación de D. Cesareo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 18 de mayo de 2016, recurso número 252/2016, estimando el recurso formulado, revocando la resolución impugnada y estimando íntegramente la demanda formulada, declarando el derecho de los demandantes a percibir la pensión de orfandad desde la fecha del fallecimiento de su progenitor causante D. Lucas el día 26 de abril de 2013.

La sentencia, reproduciendo lo razonado en la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el 15 de junio de 2001, recurso número 915/2001, partiendo de que la pensión de orfandad es imprescriptible y que los efectos económicos no pueden retrotraerse más de tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, señala que en el caso examinado, como la petición no pudo efectuarse, debido a la falta de capacidad del beneficiario, hasta que se produjo el nombramiento de tutor que supliese su falta de capacidad, entendió que a la fecha de 10.03.2015, en que presentó la solicitud de prestación de pensión de orfandad para sus nietos menores de edad por él tutelados, no habían transcurrido más de tres meses desde que pudo hacerlo; prestación que es imprescriptible (art. 178 LGSS), que abarcaría (art. 175.3 LGSS) a quien tenga a su cargo a los beneficiarios (el tutor), con efectos desde la fecha de fallecimiento del causante, el día 26.04.2013, sin que sea adecuado aplicar el plazo de tres meses de retroactividad de los efectos económicos de la prestación solicitada desde la fecha de la solicitud

3. - Contra dicha sentencia se interpuso por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y de LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas, el 8 de junio de 1993, recurso número 243/1993.

La parte recurrida D. Cesareo, en calidad de tutor, en representación de sus nietos DOÑA Lourdes, D. Demetrio y DOÑA Marta no se ha personado, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente por no concurrir el requisito de la contradicción entre las sentencias comparadas.

SEGUNDO.- 1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas, el 8 de junio de 1993, recurso número 243/1993, estimó el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de 1 de octubre de 1992, dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Las Palmas, en los autos número 298/1992.

Consta en dicha sentencia que los causantes, encuadrados en el RETA y en el Régimen General, respectivamente, fallecieron el 6 de septiembre de 1991. El 29 de octubre se presentó por la actora escrito promoviendo expediente de jurisdicción voluntaria para la constitución de la tutela de ambos menores, notificándose el 13 de febrero de 1992 auto de fecha 9 de enero de 1992, del Juzgado de Primera Instancia número 3 por el que se designa tutora a Doña Amanda, tía de los menores. Con posterioridad a su nombramiento solicitó pensión de orfandad siéndoles reconocida a los menores mediante resoluciones del INSS, en el Régimen General de fecha 18 de marzo de 1992 y fecha de efectos de 4 de diciembre de 1991 y del RETA de 24 de marzo de 1992, con fecha de efectos de 1 de enero de 1992. La actora presenta reclamación previa, que es desestimada, y, posterior demanda, interesando que la fecha de efectos se fije en el día del hecho causante.

La sentencia entendió que se superó el plazo para formular la petición de la pensión de orfandad establecido en el artículo 61.1 de la

Orden de 24 de septiembre de 1970 y artículo 54.1 de la LGSS ya que se presentó la solicitud a los seis y siete meses, respectivamente, de ocurrir el hecho causante, sin que pueda justificarse la tardanza en el hecho de que únicamente el tutor está legitimado para solicitar dicha prestación, ya que puede solicitarla el que tenga a su cargo a los beneficiarios, tal y como resulta del artículo 20 de la Orden de 13 de febrero de 1967 y tener a su cargo significa su alojamiento, manutención y educación. Por lo tanto es superfluo el expediente de jurisdicción voluntaria para la designación del tutor, para solicitar las pensiones de orfandad, por lo que al haber podido ser solicitadas con anterioridad a dicho nombramiento, los efectos económicos se han de retrotraer a los tres meses anteriores al hecho causante.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS.

En efecto, en ambos supuestos la cuestión litigiosa es la fecha de efectos de la pensión de orfandad reconocida a los huérfanos menores, si ha de retrotraerse tres meses a la fecha de la solicitud o han de reconocerse sus efectos económicos desde que se produjo el hecho causante. En ambos supuestos la solicitud ha sido formulada por el tutor de los menores, una vez ha sido designado para este cargo, lo que ha acontecido transcurridos más de tres meses desde que se produjo el hecho causante, habiendo formulado la solicitud de la pensión antes de que transcurrieran tres meses desde que aceptaron el cargo de tutores.

La sentencia recurrida entiende que la pensión de orfandad únicamente puede ser solicitada por el tutor, por lo que el plazo de tres meses para fijar los efectos económicos de la pensión ha de establecerse en la fecha de aceptación del cargo de tutor, por lo que, no habiendo transcurrido tres meses desde la aceptación del cargo, ha de reconocerse efecto retroactivo desde la fecha del fallecimiento del causante.

La sentencia de contraste resuelve que la pensión puede ser solicitada por quien tenga a su cargo al menor, aunque no haya sido designado tutor, por lo que estando los huérfanos, desde el momento del hecho causante, al cuidado de la persona que posteriormente fue designada tutora, la pensión de orfandad pudo ser solicitada por dicha persona desde el momento del hecho causante y, en consecuencia, los efectos económicos de la pensión reconocida han de retrotraerse a los tres meses anteriores a la solicitud.

Tanto en el supuesto de la sentencia recurrida -hecho probado tercero- como en la de contraste, desde el momento del hecho causante, los menores estuvieron a cargo de las personas que posteriormente fueron designadas tutoras.

No se opone a la existencia de la contradicción que las normas aplicadas en uno y otro supuesto sean diferentes ya que su contenido es similar.

En la sentencia recurrida la norma aplicable, el artículo 176.3 de la LGSS, redactado por la Ley 24/1997, de 15 de julio, presenta la siguiente redacción:

«3. La pensión de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios, según determinación reglamentaria.»

Por su parte el artículo 11 del RD 1647/1997, de 31 de octubre contiene el siguiente texto:

«La pensión de orfandad se abonará:

a) En el caso de beneficiarios menores de dieciocho años, a quienes los tengan a su cargo, en tanto cumplan la obligación de mantenerlos y educarlos»

En la sentencia de contraste la norma aplicable es el artículo 20 de la Orden de 13 de febrero de 1967 (artículo derogado por el RD 1647/1997, de 31 de octubre), norma cuya redacción es la siguiente:

«Abono de pensión, rezaba como sigue:

1. La pensión de orfandad se abonará a la persona que tenga a su cargo a los beneficiarios, siempre que la misma atienda debidamente a su manutención y educación».

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- 1.- El recurrente alega infracción de los artículos 178 y 43.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con lo dispuesto en el artículo 175.3 de la LGSS y el 11 del RD 1647/1997 de 31 de octubre, que desarrolla determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social.

En esencia alega que conforme queda acreditado en hechos probados, el demandante tenía a su cargo a sus nietos desde el fallecimiento del causante, producido el 26-04-2013, y presentó la solicitud de pensiones de orfandad en favor de sus nietos, el día 10 de marzo de 2015, no constando que las solicitara con anterioridad, por lo que en virtud de lo señalado, los efectos económicos no pueden

reconocerse desde el hecho causante.

2.- La censura jurídica formulada no ha de tener favorable acogida, el día inicial del cómputo del plazo de tres meses para el reconocimiento de los efectos retroactivos de la pensión de orfandad no puede fijarse, como pretende la recurrente, en la fecha del hecho causante, es decir, en la fecha de fallecimiento del padre de los menores, acaecido el 26 de abril de 2013, sino en la fecha en la que pudo solicitarse la pensión de orfandad, que no es otra que la fecha en la que los abuelos de los menores aceptan el cargo de tutores para el que fueron designados por el Juzgado de Primera Instancia. Al no haber transcurrido tres meses desde la aceptación del nombramiento por parte de los tutores, hasta que solicitaron la pensión de orfandad, los efectos económicos han de retrotraerse a la fecha del hecho causante.

Las razones que avalan tal conclusión son las siguientes:

Primera: No hay norma alguna que establezca quien o quienes pueden solicitar la pensión de orfandad.

Segunda: El artículo 174.3 de la LGSS establece que "La pensión de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios, según determinación reglamentaria.

Por su parte el artículo 11 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Socia, dispone: "Abono de la pensión de orfandad.- La pensión de orfandad se abonará:

a) En el caso de beneficiarios menores de dieciocho años, a quienes los tengan a su cargo, en tanto cumplan las obligaciones de mantenerlos y educarlos".

Las citadas normas se limitan a establecer a quien se va a abonar la pensión de orfandad pero no disponen que sean los que tienen a su cargo a los huérfanos los que han de solicitar la pensión de orfandad.

Tercera: La situación de los abuelos, antes de ser designados tutores es una situación de hecho que no se ajusta a ninguna de las situaciones reguladas en el Código Civil.

Así, la situación que más podría asemejarse a la contemplada en este supuesto es la prevista en el artículo 173 bis. 1º del Código Civil que contempla el acogimiento familiar simple señalando "que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable". Sin embargo en el asunto examinado no consta que se adoptara dicha modalidad ya que la misma requiere, de conformidad con lo establecido en el artículo 173.2 del Código Civil, que se formalice por escrito, con consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda de las personas que reciban al menor y de este si tuviera doce años cumplidos, fijando a continuación los extremos que debe contener el documento de formalización del acogimiento familiar. En el apartado 1 del precepto se señalan las obligaciones del acogedor.

Al tratarse de una situación de hecho no aparecen definidas las obligaciones que incumben al que tiene a su cargo al menor.

Cuarta: La única referencia explícita al guardador de hecho aparece en el artículo 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria, posterior a los hechos acaecidos y, por tanto no aplicable. Dicho precepto dispone:

«1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos.

2. El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.»

Quinta: La Convención sobre los derechos del niño establece:

Articulo 2: «Todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños sin excepción alguna y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para protegerle de toda forma de discriminación»

Artículo 3: «Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior».

Sexta: La LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece:

Artículo 2. Interés superior del menor:

«1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concercientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

«2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas...».

Séptima: El artículo 39 de la Constitución dispone en su apartado 1 que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y en el apartado 2 que los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos, principios que han de servir de guia para la interpretación de las normas.

3.- Por todo lo razonado, no existiendo una norma que expresamente establezca que el que tenga a su cargo a los huérfanos ha de solicitar la pensión de orfandad, no cabe interpretar las normas de Seguridad Social anteriormente consignadas de forma que perjudiquen gravemente los intereses de los menores, por el contrario se han de interpretar desde la perspectiva de la protección del interés superior del menor y a la luz de los preceptos constitucionales, artículo 39, apartados 1 y 2, que disponen que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos. No cabe privar a los menores de una parte de su derecho a la pensión de orfandad cuando no aparece claramente establecido quien ha de solicitar dicha pensión, es decir, se les acarrea un perjuicio por la inacción de un obligado a solicitar la pensión que no aparece expresamente identificado en la normativa aplicable.

Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado.

CUARTO.- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado, sin que proceda la imposición de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y de LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia dictada el 18 de mayo de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación número 252/2016, interpuesto por el Letrado D. Ricardo Perpiñán Girol, en representación de D. Cesareo, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 41 de los de Madrid el 16 de noviembre de 2015, autos número 649/2015, en virtud de demanda formulada por D. Cesareo, en calidad de tutor, en representación de sus nietos DOÑA Lourdes, D. Demetrio y DOÑA Marta contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre PENSIÓN DE ORFANDAD, confirmando la sentencia impugnada. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada Dª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.