nº 34 (1er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

A vueltas con la orfandad absoluta. El incremento del porcentaje de la pensión al huérfano con progenitor supérstite privado de la patria potestad. Comentario a la STS del 7 de septiembre de 2022

The question of absolute orphanhood. The increase of the pension percentage for orphans with a surviving parent deprived of parental authority. Commentary on the STS of 7 September 2022

Patricia Nieto Rojas[1] *Profesora Derecho del Trabajo y Seguridad Social*
Universidad Nacional de Educación a Distancia
https://orcid.org/0000-0003-3734-3392

Cita Sugerida: NIETO ROJAS, P.: «A vueltas con la orfandad absoluta. El incremento del porcentaje de la pensión al huérfano con progenitor supérstite privado de la patria potestad. Comentario a la STS del 7 de septiembre de 2022». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 34 (2023): 119-130

Resumen

El incremento de la pensión de orfandad, por la pérdida de los medios de vida que constituyen para el huérfano las rentas de trabajo o las rentas sociales del causante (madre), unida a la pérdida o inexistencia de renta social del progenitor supérstite, supone un "estado de necesidad agravado" que se trata de compensar con la prestación de orfandad absoluta. En el pronunciamiento aquí analizado (STS 7 de septiembre de 2022) se reconoce la pensión absoluta al huérfano, aun estando uno de sus progenitores vivos al que la justicia ha retirado la patria potestad, entendiendo que es idéntica la situación de necesidad que las que se tuvieron en consideración en la modificación del art. 38 del decreto.

Palabras clave

orfandad absoluta; pensión; patria potestad; progenitor supérstite

Abstract

The increase in the orphan's pension, due to the loss of the orphan's livelihood, which is the income from work or the social income of the deceased (mother), together with the loss or non-existence of the surviving parent's social income, represents an "aggravated state of need" which is compensated by the orphan's benefit. In the pronouncement analysed here (STS 7 September 2022), the absolute pension is recognised for orphans, even when one of their parents is alive and has been deprived of parental authority by the courts, on the understanding that the situation of need is identical to those taken into consideration in the amendment of Art. 38 of the decree.

Keywords

absolute orphanhood; pension; parental authority; surviving parent

1. INTRODUCCIÓN: EL INCREMENTO DEL PORCENTAJE DE PENSIÓN DE ORFANDAD EN DETERMINADOS SUPUESTOS

La pensión de orfandad protege directamente a los hijos del causante, normalmente con carácter temporal, hasta que estos adquieren la edad suficiente para obtener sus propios ingresos, aunque la protección puede ser vitalicia si el huérfano estuviera incapacitado para el trabajo. La exigua cuantía de esta pensión (20% base reguladora, con carácter general) obedece, según la mejor doctrina[2], a una opción política, es decir, "la pensión de orfandad se configura por el legislador como

[1] Este trabajo es el resultado del proyecto dirigido por la profesora Molero Marañon, "Ser mujer en el mercado de trabajo", (RTI2018-095398-B-I00).

[2] Desdentado Daroca, E. "Las paradojas del acrecimiento de la pensión de orfandad: sobre la necesidad de un criterio autónomo para la protección de los huérfanos", *Revista española de derecho del trabajo*, Nº 149, 2011, p. 144.

Fecha Recepción: 3/2/2023 - Fecha Revisión: 24/2/2023 - Fecha Aceptación: 25/2/2023
Pags. 119-130

parte de una protección íntegra al núcleo familiar: se protege poco al huérfano porque éste cuenta con los ingresos del otro progenitor, que normalmente será beneficiario de la pensión de viudedad (…). Por esta razón, cuando el otro progenitor también ha fallecido o fallece posteriormente, el legislador prevé el incremento de la pensión de orfandad, que acrece su porcentaje con el de la viudedad. El acrecimiento se concibe como una técnica de transferencia de derechos, de forma que el huérfano «sucede» a la viuda o viudo en su derecho a la pensión, aumentando la protección para que resulte suficiente"[3].

El porcentaje de la pensión de orfandad se incrementará con el correspondiente a la pensión de viudedad cuando a la muerte del causante no quede cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de esta. El marco regulador se completa en el Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo[4], por el que se modifica el art. 38 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre[5], por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, para, entre otras cosas, posibilitar el percibo de la cuantía correspondiente a la pensión de orfandad absoluta -52% de la base reguladora- también en algunos supuestos en los que existe un progenitor supérstite. Y así, se incrementará la pensión de orfandad, cuando el progenitor superviviente hubiera perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad a tenor de lo establecido en el apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género[6], que señala que:

Quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del sistema público de pensiones cuando la víctima de dichos delitos fuera la causante de la pensión, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos. En tales casos, la pensión de viudedad que hubiera debido reconocerse incrementará las pensiones de orfandad, si las hubiese, siempre que tal incremento esté establecido en la legislación reguladora del régimen de Seguridad Social de que se trate.

A quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, o estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, no le será abonable, en ningún caso, la pensión por orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos dentro del Sistema Público de Pensiones, salvo que, en su caso, hubiera mediado reconciliación entre aquellos.

Con esta decisión, la voluntad del legislador ha sido incrementar la pensión del huérfano en los supuestos en que el progenitor supérstite haya sido autor de la muerte de la persona causante de la pensión. Varias son las razones que justifican la aplicación de esta solución:

De una parte, se trata de un supuesto asimilado a otros que contempla este mismo precepto en los que la inexistencia de beneficiario de pensión de viudedad determina el incremento de la pensión de orfandad.

De otra parte, atiende a la desvinculación que el huérfano desarrolla respecto del progenitor supérstite, no solo por el alejamiento físico que comporta el cumplimiento de la condena, sino también

[3] El referido incremento estaba previsto en el derogado art. 36.2 del Reglamento General de Prestaciones Económicas y en el art. 17.2 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, derogado por el RD 296/2009, de 6 de marzo.

[4] BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009.

[5] BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1966.

[6] BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

por el rechazo emocional que generalmente le producirá, equiparando su situación a la del huérfano absoluto, esto es, «como si su padre también hubiera muerto»[7].

La mejor protección dispensada a los huérfanos de víctimas de violencia de género[8] ha de considerarse una medida alineada con lo dispuesto en el artículo 5.2 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, aprobado en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por España en el año 2014[9]. Dicho precepto obliga a sus signatarios a tomar las medidas necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia, incluidos en el ámbito de aplicación del convenio y aunque ciertamente, en el ordenamiento jurídico español, la Ley Orgánica 1/2004 fue aprobada con el firme propósito de actuar contra «la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (cfr. artículo 1.1), ha sido necesaria una profunda revisión de la misma tanto en relación a los medios de acreditación de la condición como respecto a la regulación en materia de Seguridad Social.

La primera revisión de calado se produjo a través del Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, concretamente en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004 al concretar y ampliar los títulos habilitantes para acreditar la condición de víctima de violencia de género, especialmente, al permitir títulos no judiciales para los casos en los que no hay denuncia y, en consecuencia, tampoco se haya iniciado un proceso judicial. Esta medida no solo es coherente con lo dispuesto en el artículo 18.4 del Convenio de Estambul que recuerda que «la prestación de servicios no debe depender de la voluntad de las víctimas de emprender acciones legales" sino que es un factor esencial para mejorar la eficacia de la respuesta institucional, máxime si tenemos presente que un elevado porcentaje de las víctimas no denuncia la situación de maltrato que sufre. Es muy elocuente, a este respecto, el dato contenido en el informe sobre víctimas mortales de violencia de género, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial: el 80% de las mujeres asesinadas no había denunciado previamente a su agresor, de ahí la urgencia y la necesidad de proceder a ampliar los mecanismos de acreditación de las situaciones de violencia de género[10].

La reforma operada en el art. 23 LO 1/2004 supone que la acreditación de las situaciones de violencia pueda hacerse bien tras una sentencia condenatoria, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género pero también podrá acreditarse la condición mediante un informe de los servicios sociales, de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente o por cualquier otro título siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos. El Gobierno y las Comunidades y Ciudades Autónomas aprobaron, en la Conferencia Sectorial de Igualdad, celebrada

[7] Miñarro Yanini, M. "Las otras víctimas de la violencia de género; pensión de orfandad absoluta para la hija superviviente. Comentario a la Sentencia 41/2014, de 24 de enero, del Juzgado de lo Social n.º 3 de Almería". *CEF. RTSS*, nº 375, 2014, p. 158.

[8] En relación con la pensión de viudedad, Nieto Rojas, P. "Violencia de género y pensión de viudedad: Nuevamente sobre los medios para la acreditación de la condición", *Revista española de derecho del trabajo*, N.º. 254, 2022, págs. 159-166

[9] Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

[10] CGPJ (2018). Informe sobre víctimas mortales de violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja. Consejo General del Poder Judicial, p. 6. Accesible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Violencia-domestica-y-Violencia-de-genero/Victimas-mortales-de-violencia-de-genero-y-violencia-domestica-en-ambito-de-la-pareja-o-ex-pareja/

el 3 de abril de 2019, el modelo común para la acreditación de la situación de violencia de género y también hicieron pública la relación de servicios sociales, servicios especializados y servicios de acogida que en cada Comunidad y Ciudad Autónoma acreditan la situación de violencia de género[11], siendo esta certificación el instrumento que habilita el acceso al conjunto de derechos de protección que la normativa contempla, debiendo aplaudir que se hayan ampliado las fórmulas para poder probar esta condición, significadamente a través de los informes de los servicios sociales o sanitarios[12].

La flexibilidad en los medios de acreditación también se proyecta en la normativa de Seguridad Social, siendo la modificación más relevante a este respecto la que se produjo a través de la Disposición final 3ª (apartado décimo) de la de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010[13], al introducir como beneficiarias "incondicionadas"[14] de la pensión de viudedad a las mujeres que acrediten ser víctimas de violencia de género sin que les resulte exigible el cumplimiento de los requisitos generales predicados para el resto de mujeres divorciadas o separadas judicialmente, significadamente sin necesidad de ser acreedora de la pensión compensatoria, pues, en demasiadas ocasiones, esta falta de pensión "no obedece en esos casos a razones económicas sino a motivos de autodefensa y protección"[15]. Es el art. 220.1 LGSS- segundo párrafo- el que refiere que para tener derecho a la pensión (de viudedad) "se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedará extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última". Este último requisito se exceptúa en el párrafo tercero del artículo 220.1 del LGSS para "las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho".

Esta misma excepción se contiene en el art. 221 LGSS para quienes cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 219 LGSS "se encuentren unidos al causante en el momento de su fallecimiento como pareja de hecho". La exención de este requisito actúa siempre, es decir, tanto en los supuestos en los que nunca se hubiera reconocido la pensión como si, reconocida inicialmente, esta se hubiera extinguido antes del fallecimiento del causante[16]; es más, la expresión utilizada en el texto legal «en todo caso» supone que el reconocimiento del derecho a la pensión a las mujeres que acrediten ser víctimas de violencia es incondicionado, debiendo reconocerse incluso a aquellas beneficiarias que hubieran vuelto a contraer nupcias o hubieran formalizado una unión como pareja de hecho con otra persona[17].

[11] Resolución de 2 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Igualdad, de 11 de noviembre de 2021, relativo a la acreditación de las situaciones de violencia de género, BOE» núm. 297, de 13 de diciembre de 2021.

[12] Una panorámica de las diferentes regulaciones autonómicas puede consultarse en García Testal, E. "Violencia de género y pensión de viudedad: la acreditación de las situaciones de violencia de género", *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 8, Nº. 2, 2018, p. 138, especialmente nota al pie número 37.

[13] BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2009

[14] En acertada expresión de Talens Visconti, E. "La pensión compensatoria como requisito de acceso a la pensión de viudedad", *Actualidad jurídica iberoamericana*, Nº. 5, 2, 2016, p. 243.

[15] STSJ Cataluña 15.2.2012, (Rec. 6485/2010).

[16] STS 5.2.2013 (Rec. 929/2012).

[17] López Rodríguez, J., El derecho a la pensión de viudedad de las víctimas de violencia de género en supuestos de separación o divorcio, *Protección a la Familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Vol. 2, 2018, ISBN 978-84-949189-4-0, págs. 259-274.

La tercera modificación, que recogía y actualizaba una antigua previsión[18], incorporada en el artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social[19], fue introducida en la Disposición Adicional Primera de la LO 1/2004, que vino a determinar que quién fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones[20], perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le pudiera corresponder, salvo que hubiere mediado reconciliación entre ellos. En tales casos, la pensión de viudedad que hubiera debido reconocerse incrementará las pensiones de orfandad, si las hubiese, siempre que tal incremento esté establecido en la legislación reguladora del régimen de Seguridad Social de que se trate. Proseguía el apartado segundo de la referida disposición señalando que "a quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, o estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, no le será abonable, en ningún caso, la pensión por orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos dentro del Sistema Público de Pensiones, salvo que, en su caso, hubiera mediado reconciliación entre aquellos".

El incremento de la cuantía de la pensión de orfandad para los huérfanos de víctimas de violencia de género es una medida que necesariamente ha de aplaudirse, máxime cuando, en nuestro ordenamiento, la exigua cuantía de esta pensión (20% de la base reguladora), rara vez consigue el objetivo de suplir la ausencia del sustentador en una situación paternofilial de dependencia económica.

El régimen jurídico de la pensión de orfandad reconocida a los hijos de las víctimas de violencia de género fue objeto de reforma en la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer[21], que modifica el art. 224 LGSS para incrementar la cuantía de esta prestación hasta el 70 por ciento de su base reguladora[22], siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen, no superen en cómputo anual el 75 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

En esta norma se da carta de naturaleza a un subtipo dentro de las pensiones de orfandad, cuya financiación irá a cargo de los Presupuestos Generales del Estado (DA 1 Ley 3/2019), para la protección de los huérfanos de mujeres que no se encontrasen en alta o situación asimilada al alta o no tuvieran cotizaciones suficientes para generar la pensión el momento del hecho causante; hecho que, en la nueva redacción dada al art 224 LGSS, se vincula al fallecimiento producido por violencia contra la mujer (en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España).

Dicha prestación tendrá como beneficiarios a cada uno de los hijos e hijas de la causante fallecida, en régimen de igualdad, cualquiera que sea la filiación, que se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad. Y en lo que hace a su cuantía, ha sido el Real Decreto 1058/2022, de 27 de diciembre, sobre

[18] Monereo Pérez, J.L; Rodríguez Iniesta, G.; "Género y Seguridad Social (I). La Seguridad Social ante las víctimas de Violencia de Género", *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 11, 2. º trimestre, 2017, p. 19.

[19] BOE núm. 46, de 23 de febrero de 1967

[20] Sobre el alcance de esta previsión, Desdentado Daroca. E.; *La pensión de viudedad ante los retos del nuevo derecho de familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*. Albacete: Bomarzo, 2013, p. 161.

[21] BOE núm. 53, de 2 de marzo de 2019.

[22] Véanse las atinadas críticas a esta reforma en Monereo Pérez, J.L.; Rodríguez Iniesta, G..; "Género y Seguridad Social (II). Nuevas propuestas de reforma de la protección a la supervivencia de la Seguridad Social derivadas de situaciones de violencia de género", *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 12, 2. º trimestre, 2017, p. 24.

revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2023[23], el que ha mejorado esta al señalar que "las prestaciones de orfandad causadas por violencia contra la mujer previstas en el tercer párrafo del artículo 224.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social experimentarán en 2023 un incremento igual al que se apruebe para el salario mínimo interprofesional para dicho año".

Más recientemente, la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género[24], modifica nuevamente la legislación de Seguridad Social para contemplar dos situaciones: en primer lugar, para determinar qué ocurre cuando el agresor por violencia de género es distinto de la persona progenitora de los niños y niñas huérfanos, pues si es el progenitor el que se hace cargo de la responsabilidad parental, no se estaría ante una situación de orfandad absoluta y, por tanto, el menor no tiene acceso al incremento de la pensión. Esta decisión legal no valoraba si el progenitor supérstite podía encontrarse en situación de vulnerabilidad económica; pues bien, la modificación aprobada contempla la percepción de la pensión de orfandad en la cuantía incrementada en tanto los ingresos de aquél no superen el límite establecido, suspendiéndose en otro caso.

En segundo lugar, se introduce en la ley una presunción de abandono de responsabilidad familiar, para lo cual se modifica el art. 224 -apartado segundo- LGSS en el sentido de presumir "la orfandad absoluta cuando se hubiera producido abandono de la responsabilidad familiar del progenitor supérstite y se hubiera otorgado el acogimiento o tutela de la persona huérfana por violencia contra la mujer a favor de terceros o familiares, así como en otros supuestos determinados reglamentariamente". Con esta decisión se eliminan algunas disfunciones que el tejido asociativo de atención a las víctimas de violencia de género había advertido, en particular "en relación con los trámites sucesorios derivados de la pérdida de sus madres, donde las huérfanas y huérfanos de la violencia de género y sus familias encuentran importantes trabas para hacer valer los derechos que, como herederos de sus madres fallecidas, les corresponden"[25]. De este modo, aun existiendo progenitor supérstite, el otorgamiento de acogimiento o tutela a favor de familiares o de terceros será un criterio suficiente para entender acreditada la situación de orfandad absoluta.

En definitiva, el incremento de la pensión de orfandad está caracterizado por la ausencia de ambos progenitores salvo excepcionalmente (orfandad absoluta asimilada o impropia), en supuestos de progenitor sobreviviente desconocido o maltratador[26], lo que hace presumir la concurrencia de un estado de necesidad agravada que justifica una mayor intensidad de las prestaciones a reconocer, materializada en una cuantía mayor de la pensión. Ahora bien, los incrementos de las pensiones de orfandad, en ningún caso, podrán dar lugar a que se supere el límite establecido en el apartado 1 del artículo 229 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social -(en lo sucesivo, LGSS)[27]-, para las pensiones por muerte y supervivencia, de modo que no podrá exceder del importe de la base reguladora que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 161.2, en función de las cotizaciones efectuadas por el causante. Esta limitación se aplicará a la determinación inicial de las expresadas cuantías, pero no afectará a las revalorizaciones periódicas de las pensiones que procedan en lo sucesivo, conforme a lo previsto en el artículo 58 de la precitada ley.

[23] BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2022.

[24] BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2022.

[25] Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2022).

[26] La STS 29-1-2014, Rº. 1122/2013, reiterada en varias posteriores, desestima el recurso en la que se solicitaba el incremento del 52% de la pensión de orfandad, a favor de una huérfana de padre, sin que la madre tuviera reconocida la pensión de viudedad por no haber estado casada, ni haber constituido pareja de hecho con el causante en los términos establecidos en el art. 174.3 LGSS.

[27] BOE núm. 261, de 31de octubre de 2015.

2. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO

La DA 2ª de la Ley 3/2019 señalaba que el Gobierno, en el plazo de tres meses "realizará un estudio con la finalidad de analizar y abordar de manera adecuada otros supuestos de orfandad absoluta que pudieran no encontrarse suficientemente protegidos. Dicho estudio incluirá propuestas de idéntica cuantificación económica". Comoquiera que este mandato no se ha cumplido, han tenido que ser los Tribunales los que hayan ido protegiendo idénticas situaciones de necesidad no previstas en la norma, sirviéndose de una interpretación analógica. Este es el caso de la sentencia aquí analizada, STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 700/2022 de 7 septiembre, RJ\2022\4073[28].

En ella, el TS entiende que si bien la interpretación literal del término «orfandad absoluta» viene referida al menor al que se le han muerto el padre y la madre, una interpretación finalista ha de llevar a incluir los supuestos en que el progenitor no causante ha sido privado de la patria potestad[29], por ser una situación análoga a la del huérfano cuyo otro progenitor vivo ha sido condenado por violencia de género y, por tanto, no percibe pensión de viudedad, y la del huérfano de un solo progenitor conocido, previstas en el art. 38.2 del Reglamento general de prestaciones de la Seguridad Social. Señala el pronunciamiento que "tenemos a un menor que no está sometido a patria potestad alguna, de manera que resulta evidente la existencia de una situación de necesidad análoga los casos de orfandad absoluta o con progenitor desconocido, al menos en tanto no se produzca la modificación de la medida extrema en que consiste la privación de la patria potestad. Es obvio que el legislador no puede recoger todas y cada una de las posibilidades que se presentan en la práctica y tampoco que no se pueden dejar sin protección situaciones como la presente, que ha de comprenderse por vía de la analogía en el artículo 38 del Reglamento general de prestaciones, pues a efectos prácticos es como si el menor desde su nacimiento solo hubiera tenido un progenitor (su madre) que era la única que cumplía con las obligaciones que le impone la patria potestad".[30]

Se ha de tener en cuenta a este respecto que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. En particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor, especialmente ante el abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, bien porque estas no quieran o no puedan ejercerla.

Una interpretación finalista y analógica a la luz del principio del interés superior del niño es el argumento utilizado por la sentencia comentada para incrementar la base reguladora de la pensión de orfandad en los supuestos en los que el progenitor no causante ha sido privado de la patria potestad. Esta circunstancia es calificada como una situación análoga a la del huérfano cuyo otro progenitor

[28] ECLI: ECLI:ES:TS: 2022:3490

[29] Hasta la aprobación del Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, era causa de extinción de la pensión de viudedad, conforme establecía el art. 11 Orden de 13 de febrero de 1967, por el que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social, la pérdida o privación de la patria potestad, en virtud de alguna de las causas previstas en los artículos 169 y 171 del Código Civil, o ausencia que implique abandono de los hijos, siempre que, en ambos casos, la viuda hubiese tenido derecho a la pensión por encontrarse en la situación prevista en el apartado c), c´), del número 1 del artículo 7.

[30] La doctrina judicial había reconocido este incremento, entre otras, en las STSJ Comunidad Valenciana 28-1-2021 (Rº 1146/2020) con cita de STSJ Galicia de 15-9-2009, Rº 2967/2006 así como Asturias 25-6-2010, Rº 723/2010, considerando que la situación fáctica con privación de patria potestad e inexistencia de hecho del progenitor es incardinable en la norma, criterios estos que han sido también asumidos por STSJ Asturias 3-6-2011, Rº 963/2011, Cataluña 15-10-2008 , Rº 4923/2007, Castilla y León (Burgos), 15-6-2015, Rº 378/2015.

vivo ha sido condenado por violencia de género y, por tanto, no percibe pensión de viudedad, y la del huérfano de un solo progenitor conocido, previstas en el art. 38.2 del Reglamento general de prestaciones de la Seguridad Social, pues aunque ciertamente la solicitante no es huérfana en sentido absoluto, toda vez que uno de los progenitores sigue con vida, dicho sujeto ha venido desatendiendo de forma constante y reiterada las necesidades de la menor, tanto mientras vivía la madre como con posterioridad.

Partiendo de este relato fáctico, el Ministerio Fiscal entiende que el supuesto enjuiciado debe ser reconocido el incremento de la pensión de orfandad si el cónyuge supérstite ha sido privado de la patria potestad, atendiendo el art. 4.1 CC, que dispone que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Interpretación que es acogida por la Sala al entender que "cabe apreciar dicha identidad" con los dos supuestos excepcionales que regula expresamente el artículo 38.2 del Reglamento general de prestaciones económicas de la Seguridad Social. Así, parece evidente que el motivo por el que la norma ha reconocido el incremento de la pensión de orfandad en los casos en los que no existe prestación de viudedad por violencia de género y por falta de conocimiento del progenitor no causante de la pensión de orfandad, es claramente atender una situación de necesidad, de especial vulnerabilidad del huérfano derivada de la absoluta desatención e incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 154 y ss. CC.

El pronunciamiento refuerza su interpretación atendiendo a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño y el interés superior del menor, cuyo art. 3.1 señala que los tribunales deben atender al interés superior del niño en todas las medidas que les conciernen, mientras que el art. 26 atribuye a los Estados la obligación de reconocer a todos los niños el derecho a beneficiarse de la Seguridad Social y de adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con la legislación nacional. Así, "las prestaciones deberán concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre". Dicha convención, de conformidad con el art. 96 CE, forma parte del ordenamiento interno, como bien recuerda el art. 31 de la Ley 25/2014[31], de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales cuando establece que "las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional".

En el ámbito comunitario, es el 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[32] el que establece que "en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial"; principio que se ha normativizado en el ordenamiento interno en el art. 2.1 LO 1/1996[33], de acuerdo al cual "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 concernientes 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".

El Alto Tribunal acaba reconociendo el derecho a la prestación de orfandad absoluta, entendiendo que "la existencia de un progenitor vivo que ha sido privado de la patria potestad del huérfano por sentencia firme en razón de la prolongada desatención a las necesidades del hijo, puede

[31] BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

[32] DOUE C-83/391 de 30 de marzo de 2010

[33] Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996).

constituir una "situación o circunstancia análoga", pues al hecho de que no hay quien perciba la pensión de viudedad, cuyo acrecimiento se pretende, se une un estado de necesidad derivado de la prolongada y acreditada desatención del padre.

Ahora bien, aun aplaudiendo esta doctrina jurisprudencial, conviene advertir que el sistema público de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, de manera que corresponde al legislador la tarea de delimitar la acción protectora del sistema, de decidir qué situaciones de necesidad se protegen, a través de qué mecanismos se articula la protección, su intensidad y las condiciones para el acceso a las prestaciones y para su pérdida (STC 126/1994). Utilizando este argumento, algunos recientes pronunciamientos, que niegan la acumulación del permiso por nacimiento en familias monoparentales, advierten que de las referencias existentes en la normativa internacional sobre el interés superior del menor "no puede deducirse el derecho a que la prestación quede configurada de tal manera a partir de preceptos tan genéricos como los que obligan a adoptar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas, puesto que si la concreción de dicho precepto se deja en manos de la mera interpretación judicial ello equivaldría a trasladar la potestad legislativa a los órganos judiciales, lo que excede con mucho el alcance interpretativo que puede darse a dicho tratado"[34], en el sentido de entender que "no corresponde a los jueces y tribunales, en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, configurar derechos de alcance prestacional al margen de los principios básicos del sistema y de su preceptiva configuración legal, suplantando de esta forma las funciones asignadas a otro poder del Estado"[35].

Así las cosas, solo cabe terminar este comentario instando, como bien recuerda el FJ 3º de la sentencia aquí analizada, a una modificación legislativa que no exija al intérprete tener que realizar una labor de interpretación e integración para reconocer a estos huérfanos, cuyo progenitor supérstite ha sido privado de su patria potestad y que han desatendido sus obligaciones paternofiliales, el derecho a la orfandad absoluta. Hasta dicho momento, sí que entendemos que existe una identidad sustancial en el supuesto enjuiciado en esta sentencia y en las causas que motivaron el incremento de esta pensión en los huérfanos víctimas de la violencia de género y, por tanto, debemos aplaudir la doctrina jurisprudencial emanada por la sentencia comentada.

Se ha calificado este pronunciamiento como una "resolución judicial que, sin duda, suscita una interesante reflexión sobre si la Seguridad Social debe cubrir las situaciones de necesidad que se deriven del incumplimiento de obligaciones propias del derecho de familia, cuando la pérdida de la patria potestad no extingue la obligación de prestar alimentos (art. 110 CC) y cuando estamos ante la única obligación en la que se permite el embargo de los ingresos por encima del SMI (art. 608 LEC)"[36].

Como es sabido, establece el art. 607.1 LEC que es "inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional" y el apartado sexto de este mismo precepto que esta misma regla será "de aplicación a los ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas". Ahora bien, conforme señala el art. 608 LEC, "lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos o de los decretos o escrituras públicas que formalicen el convenio regulador que los establezcan. En estos casos, así como en los de las medidas cautelares correspondientes, el tribunal fijará la cantidad que puede ser embargada".

[34] STSJ Madrid 6-4-2022, Rº 172/2022.

[35] STS Islas Canarias 23-1-2023, Rº 1910/2021

[36] Aragón Gómez, C. "Sobre los límites del poder judicial: Reflexiones al hilo de las recientes sentencias en materia de nacimiento y cuidado en caso de familias monoparentales y muerte fetal", Trabajo y Derecho, 2023 (en prensa).

Aun admitiendo que el progenitor privado de la patria potestad pudiera tener parte del salario o, en su caso, de la prestación de Seguridad Social embargada para atender a la pensión de alimentos de sus hijos, la *ratio decidendi* en el supuesto de hecho analizado deriva del incumplimiento de los deberes paternofiliales en relación con la pensión de alimentos. Para alcanzar tal conclusión, el pronunciamiento se sirve de una interpretación analógica al entender que aunque ciertamente el artículo 38 del Real Decreto 296/2009 de 6 de marzo estableció el incremento de la cuantía de las prestaciones económicas de la Seguridad Social en los supuestos de fallecimiento del padre y la madre, incluyendo como únicos supuestos asimilables el de muerte de un progenitor por el otro derivado de violencia de género y el de un solo progenitor conocido, el supuesto como el aquí analizado tiene identidad de razón con los que motivaron la excepción a la regla general, habida cuenta que también aquí existe la situación de necesidad agravada que justifica ese incremento de las prestaciones a reconocer. Esta tesis no puede ser compartida de manera incondicionada, sino que para que opere este incremento, el progenitor supérstite no solo tendría que incumplir de forma grave y reiterada sus obligaciones pecuniarias, sino que se tendría que acreditar que no es posible el embargo del salario o de cualesquiera otras rentas señaladas en el art. 607 LEC.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

El acrecimiento es una protección adicional para situaciones de necesidad especialmente graves, de ahí que deba limitarse a los huérfanos absolutos o a aquellos huérfanos, cuyo progenitor supérstite no cumpla con sus obligaciones alimentarias respecto a sus hijos. La patria potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos. "Se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello por lo que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma[37]".

La privación de la patria potestad supondrá, por lo expuesto, un indicio de la situación de necesidad agravada del huérfano que podría ser tenido en consideración en la modificación aquí propuesta, que contemplaría una cláusula abierta en el art. 38, habida cuenta que el legislador no puede recoger todas las situaciones posibles, pero tampoco puede dejar sin protección situaciones como la aquí enjuiciada. Reforzaría esta conclusión la regulación ya prevista en el art. 233.2 LGSS cuando prevé que "durante la suspensión del pago de una pensión de viudedad se podrán hacer efectivas con cargo a la misma, hasta el límite del importe que le hubiera correspondido por tal concepto al beneficiario de dicha pensión, las obligaciones de alimentos a favor de los titulares de pensión de orfandad o en favor de familiares causada por la víctima del delito, siempre que dichos titulares hubieran de ser beneficiarios de los incrementos a que se refiere el artículo 233 si finalmente recayera sentencia firme condenatoria de aquel. La cantidad a percibir en concepto de alimentos por cada uno de los pensionistas de orfandad o en favor de familiares no podrá superar el importe que, en cada momento, le hubiera correspondido por dicho incremento". Con esta decisión se contempla que pueda ser el sistema público de Seguridad Social el que se haga cargo del pago de las obligaciones de alimentos cuando el progenitor supérstite tenga suspendida el pago de la pensión de viudedad a tenor de lo establecido en la DA 1ª LO 1/2004[38].

A mayor abundamiento, la Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género[39] introduce en la ley una presunción *iures et de iure* de abandono de responsabilidad familiar para lo cual se modifica el art. 224 -apartado segundo- LGSS en el sentido de presumir "la orfandad absoluta cuando se hubiera producido abandono

[37] STS 9-11-2015 (Sala Civil), ECLI: ES:TS:2015:4575

[38] Cervilla Garzón, M. J. *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género.* Albacete: Bomarzo, 2017, p. 46.

[39] BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2022.

de la responsabilidad familiar del progenitor supérstite y se hubiera otorgado el acogimiento o tutela de la persona huérfana por violencia contra la mujer a favor de terceros o familiares, así como en otros supuestos determinados reglamentariamente". El otorgamiento de acogimiento o tutela a favor de familiares o de terceros será un criterio suficiente para entender acreditada la situación de orfandad absoluta, aun existiendo progenitor supérstite; pues bien, podría tratar de replicarse esta regulación a supuestos como el aquí analizado dado que la situación de necesidad es idéntica, de modo que, si el progenitor supérstite al que la justicia ha privado de la patria potestad incumple con las obligaciones alimentarias y no es posible el embargo de ningún tipo de renta para atender este deber, se incrementará la pensión de orfandad hasta el 52% de la base reguladora.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aragón Gómez. C. "Sobre los límites del poder judicial: Reflexiones al hilo de las recientes sentencias en materia de nacimiento y cuidado en caso de familias monoparentales y muerte fetal", *Trabajo y Derecho*, 2023

Cervilla Garzón, M. J. *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*. Albacete: Bomarzo, 2017.

CGPJ (2018). *Informe sobre víctimas mortales de violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja*. Consejo General del Poder Judicial, p. 6. Accesible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Violencia-domestica-y-Violencia-de-genero/Victimas-mortales-de-violencia-de-genero-y-violencia-domestica-en-ambito-de-la-pareja-o-ex-pareja/

Desdentado Daroca, E. "Las paradojas del acrecimiento de la pensión de orfandad: sobre la necesidad de un criterio autónomo para la protección de los huérfanos", Civitas. *Revista española de derecho del trabajo*, Nº 149, 2011.

Desdentado Daroca. E. *La pensión de viudedad ante los retos del nuevo derecho de familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*. Albacete: Bomarzo, 2013

García Testal, E. "Violencia de género y pensión de viudedad: la acreditación de las situaciones de violencia de género", *Lex social: revista de los derechos sociales*, Vol. 8, núm. 2, 2018.

López Rodríguez, J. *El derecho a la pensión de viudedad de las víctimas de violencia de género en supuestos de separación o divorcio, Protección a la Familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, AESSS, Vol. 2, 2018, ISBN 978-84-949189-4-0, págs. 259-274.

Miñarro Yanini, M. "Las otras víctimas de la violencia de género; pensión de orfandad absoluta para la hija superviviente. Comentario a la Sentencia 41/2014, de 24 de enero, del Juzgado de lo Social n.º 3 de Almería". CEF. *RTSS*, núm. 375, 2014.

Monereo Pérez, J. L.; Rodríguez Iniesta, G. "Género y Seguridad Social (I). La Seguridad Social ante las víctimas de Violencia de Género", *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 11, 2. º trimestre, 2017.

Monereo Pérez, J.L.; Rodríguez Iniesta, G. "Género y Seguridad Social (II). Nuevas propuestas de reforma de la protección a la supervivencia de la Seguridad Social derivadas de situaciones de violencia de género", *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 12, 2. º trimestre, 2017.

Nieto Rojas, P. "Violencia de género y pensión de viudedad: Nuevamente sobre los medios para la acreditación de la condición", *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 254, 2022.

TALENS VISCONTI, E. "La pensión compensatoria como requisito de acceso a la pensión de viudedad". *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 5, 2, 2016