Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Estudios de Doctrina Judicial
nº 48 (3er Trimestre 2026)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370
Págs. 155-173

# A vueltas con la prioridad de la pensión de viudedad versus pensión de orfandad (Comentario a la STS 379/2026 de 15 de abril)

# Revisiting the Priority of the Widow's Pension over the Orphan's Pension (Commentary on Supreme Court Judgment 379/2026 of 15 April)

Mónica Ricou Casal *Personal docente e investigador*
*Universidad Pompeu Fabra*
https://orcid.org/0000-0003-0274-5017

Sumario

1. **Introducción**
2. **Análisis jurídico de la STS 379/2026 de 15 de abril**
   2.1. Síntesis del marco normativo y sistemático
   2.2. Supuestos de hecho
   2.3. Fundamentos de derecho
   2.4. La posición del Tribunal Supremo y consolidación de su doctrina
3. **Análisis de la sentencia de contraste: TSJ de Madrid. Sala de lo Social. Recurso 472/2024, núm. de resolución 744/2024. Ponente: M. Virginia García Alarcón**
   3.1. Antecedentes de hecho
   3.2. Marco normativo aplicable
   3.3. Evolución de la doctrina jurisprudencial
   3.4. Valoración jurídica de la sentencia de contraste y límites de la interpretación judicial
4. **Conclusiones ad futurum**
5. **Bibliografía citada-doctrina**

Fecha Recepción: 20/5/2026
Fecha Revisión: 10/6/2026
Fecha Aceptación: 20/6/2026

Cita Sugerida: RICOU CASAL, M.: «A vueltas con la prioridad de la pensión de viudedad versus pensión de orfandad (Comentario a la STS 379/2026 de 15 de abril)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 48 (2026): 155-173.

**Resumen**

El objeto del litigio de la sentencia estudiada se centra en determinar si un huérfano, sin padre ni madre, por haber fallecido los dos, tendría derecho a incrementar el porcentaje de la pensión de orfandad en el siguiente supuesto: cuando hay una persona beneficiaria de la pensión de viudedad generada por el mismo causante sin vínculo familiar con el huérfano.

**Palabras clave**

pensión de orfandad; huérfanos; discriminación; pensión de viudedad; indefensión.

**Abstract**

The subject of the litigation in the studied judgment focuses on determining whether an orphan, without a father or mother, because both have died, would have the right to increase the percentage of the orphan's pension in the following case: when there is a person who is the beneficiary of the widow's pension generated by the same deceased person without a family link with the orphan.

**Keywords**

orphan's pension; orphans; discrimination; widow's pension; helplessness.

## 1. INTRODUCCIÓN

Este estudio de investigación sobre doctrina judicial centra su análisis en la sentencia del Tribunal Supremo 379/2026 de 15 de abril (en adelante, STS)[1]. Se pone de relieve esta resolución judicial por las implicaciones directas e indirectas que tiene en las pensiones por muerte y supervivencia, en concreto, la pensión de viudedad y la de orfandad. Resulta de interés por tratarse de una sentencia actual y por abordar un tema innovador. A juicio de quien escribe, las pensiones por muerte y supervivencia siguen ancladas en el tiempo en que fueron creadas y distan del presente.

Del mismo modo, hay que señalar que los derechos de seguridad social en modelos contributivos donde se generan por cotizaciones de un asegurado en favor de una tercera persona siempre han sido polémicos. De esta forma, las pensiones de viudedad en los seguros sociales en Alemania no se implantaron hasta 1911 para las mujeres viudas inválidas, en Inglaterra en el año 1925 y en España hasta mediados de la década de 1950[2].

Desde la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), en su Convenio 102[3] se pone de manifiesto que, en caso de fallecimiento del cónyuge "*sostén de la familia*", se le deben otorgar al sobreviviente prestaciones económicas. En ese período temporal, es decir, cuando se elaboró el Convenio de la OIT, las tasas de empleo de las mujeres eran bajas y el rol patriarcal de familia estaba muy presente, se protegía a la mujer que enviudaba. Sin ir más lejos en el Informe Beveridge[4] de 1942 se calificaba a las mujeres como una categoría diferente al hombre: "*aunque realizaran un trabajo remunerado será en la mayor parte de los casos intermitente, y tendrá que ser posible para cualquier mujer casada realizarlo sin pagar cotizaciones, como una persona exenta, y sin adquirir ningún derecho a reclamar prestaciones…Si prefiere cotizar y volver a calificarse para las prestaciones de desempleo e incapacidad podrá hacerlo, pero recibirá dichas prestaciones a un tipo reducido porque su casa está atendida, ya por los riesgos del marido, ya por sus prestaciones*." Sea como fuere también se correspondía con la obligación civil de prestación de alimentos entre los cónyuges.

A pesar del cambio en las estructuras familiares y condiciones de trabajo, los vestigios de décadas anteriores siguen haciendo mella. Aún hoy la mujer sufre más situación de vulnerabilidad que el hombre, sobre todo en mujeres nacidas en la década de 1940 y 1950 de forma muy acusada y en la década 1951-1961. Las mejoras en los movimientos sociales y laborales afectan más a nuevas generaciones.

La situación de viudedad está configurada en el ordenamiento de seguridad social en España como un estado de necesidad protegible. Es decir, la falta de compensación frente al daño que supone la minoración de ingresos del cónyuge supérstite. No obstante, que la situación de necesidad se produzca en la práctica es irrelevante como indican sentencias del Tribunal Constitucional (*por todas,*

[1] STS 379/2026 de 15 de abril (rec. 577/2025) Casación para unificación de doctrina. Ponente: Luisa María Gómez Garrido. Disponible en https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a6db1d3274472adea0a8778d75e36f0d/20260430

[2] Ferreras Alonso, F. "Las pensiones de viudedad: (elementos de reflexión)" *Temas Laborales* nº 55/00. p. 107

[3] OIT. Convenio 102 sobre seguridad social (estándares mínimos), 1952 Disponible en https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID%2CP12100_LANG_CODE:312247%2Ces

[4] Conferencia Interamericana de Seguridad Social. *Plan Beveridge, traducción del texto oficial inglés por Vicente Peris*. Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIEES), órgano de docencia, capacidad e investigación de la Conferencia interamericana de Seguridad Social (CISS), México 7 de julio de 2008

*la de 15-11-1990 o 14 de febrero de 1991*[5]). En todo caso, el estado de necesidad con base en las nuevas realidades laborales y sociales sí podría volver a considerarse.

Es necesario destacar la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 103/1983[6], de 22 de noviembre, y relacionada STC 104/1983, de 23 de noviembre de 1983[7], que declaró inconstitucional y nulo el párrafo 2 del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo[8] por considerarlo contrario a los artículos 14 y 41 de la Constitución Española (en adelante CE). Hasta ese momento el viudo sólo tenía derecho si se encontraba incapacitado y a cargo de su esposa fallecida.

En los Pactos de Toledo ya se ponían de manifiesto los cambios sociales que se habían producido en los últimos tiempos en la sociedad española: incorporación de la mujer al trabajo remunerado, nuevas estructuras familiares, etc. En consecuencia, procedía realizar modificaciones en los modelos protectores vigentes para dar respuesta a las nuevas necesidades protectoras. No se pueden aplicar viejas soluciones a nuevos problemas; "*si la sociedad es dinámica, resulta arriesgado e irresponsable mantenerse a la defensiva o afirmar la pervivencia para siempre de las mismas soluciones técnicas"*[9].

Por lo que respecta a la pensión de orfandad, es en 1966 cuando toma forma esta prestación. Hasta ese momento solo se incluía en determinados colectivos. Inicialmente, solo la podían percibir hijos habidos en matrimonio legítimo. La entrada en vigor del artículo 14 de la CE eliminó esta rabiosa desigualdad. La principal diferencia con la pensión de viudedad es que esta es para toda la vida de la persona beneficiaria, no así la del huérfano o huérfana.

Aún acontece para la pensión de orfandad, y si se aplica el interés del menor, un dato inverosímil: estar de alta en el sistema de la seguridad social el causante en el momento de su fallecimiento. Si este fallece por enfermedad común sin estar dado de alta o situación asimilada alta, se exige que haya cotizado 15 años a lo largo de su vida laboral, si es por accidente de trabajo o enfermedad profesional, no se exige período previo de cotización. ¿Los hijos e hijas deberían verse discriminados por un requisito del causante?

En la realidad, en el día a día, hay niños y niñas que por no tener su padre o madre suficiente período cotizado no han podido ser beneficiarios de la pensión de orfandad. Esta discriminación se manifiesta más en el Régimen especial de trabajadores autónomos (RETA), sobre todo hasta que se derogó que, en casos de enfermedad, solo pagasen la cuota de cotización los dos primeros meses. "*No existe en abstracto colectivo más desprotegido que el de los huérfanos"*[10].

---

[5] Ferreras Alonso, F. "Las pensiones de viudedad: (elementos de reflexión)" op. cit p. 110

[6] STC 103/1983, de 22 de noviembre Cuestión de inconstitucionalidad: 301/1982 Ponente: Don Luis Díez Picazo. Disponible en: https://vlex.es/vid/1-2-3-u-14-4-5-6-7-b-as-15034720?_gl=1*1ar7yin*_up*MQ..*_ga*NjQyODQwNzE0LjE3Nzg3MTc3ODQ.*_ga_M8NHSPJ5LE*czE3Nzg3MTc3NzkkbzEkZzAkdDE3Nzg3MTc3NzkkajYwJGwwJGgw

[7] STC 104/1983, de 23 de noviembre de 1983, cuestión de inconstitucionalidad núm. 288/1982 Ponente Don Ángel Escudero del Corral Disponible en https://vlex.es/vid/1-22-15034719

[8] Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1974-1165&p=20120424&tn=1

[9] Pactos de Toledo. Parte VII. 4 y 5 del Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la seguridad social y de las principales reformas que deben acometerse. Pleno del Congreso de los Diputados sesión día 6 de abril de 1995 (Boletín oficial del Congreso de los Diputados de 12 de abril de 1995). La Ley 24/1997, de 15 de julio se limitó a modificar la cuantía, pero sin atreverse a ir un paso más allá como el régimen de compatibilidad, por ejemplo.

[10] Selma Penalva, A. "Las peculiaridades prácticas de la pensión de orfandad" Actualidad Laboral, núm. 14, Sección de Estudios, quincena del 16 al 31 Julio 2009, p. 1565 Tomo 2 *Editorial La Ley*

Como asignatura pendiente también queda esta disposición legislativa: en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2019 se 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*"[11]. Al no llevarse a cabo dicho estudio, han tenido que ser por la casuística acaecida los que han tenido que interpretar la norma, con base en el art. 1.6 del Código Civil.

Así las cosas, la STS 379/2026 constituye un nuevo hito en la consolidación jurisprudencial del régimen jurídico de la orfandad absoluta en el sistema español de Seguridad Social. El Tribunal Supremo (en adelante TS) se pronuncia sobre un supuesto cada vez más frecuente en estructuras familiares complejas: la concurrencia entre un huérfano/a absoluto y una persona beneficiaria de pensión de viudedad sin vínculo parental con el menor.

La sentencia reafirma una línea interpretativa estricta y reglamentista, que prioriza la literalidad del art. 38 del Decreto 3158/1966 frente a aproximaciones teleológicas o tuitivas. Su interés doctrinal radica en que delimita con claridad los márgenes de actuación judicial en un ámbito donde la realidad social ha evolucionado más rápido que la normativa.

El presente trabajo se estructura: en primer lugar, con el análisis jurídico de la STS 379/2026 de 15 de abril. En este análisis se analizará el marco regulador, los supuestos hechos que han derivado en el conflicto judicial para finalmente estudiar la doctrina dictada en casación. Por el relieve en la interpretación judicial, se realizará un análisis de la sentencia que se presenta como de contraste en el recurso de casación para unificación de doctrina. Finalmente, se detallarán, con base en lo estudiado, las conclusiones ad futurum según criterio de la autora.

## 2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA STS 379/2026 DE 15 DE ABRIL

El presente epígrafe estudia la STS 379/2026 de 15 de abril desde diferentes ángulos, de este modo, primero se pondrá de relieve el marco regulador, para continuar con los supuestos de hecho del caso enjuiciado y concluir subrayando la doctrina judicial dictada en casación para unificación de doctrina.

### 2.1. Síntesis del marco normativo y sistemático

La STS parte de una premisa esencial: el RD 8/2015 de 30 de octubre (en adelante LGSS)[12] no regula el incremento por orfandad absoluta, sino que remite expresamente a la normativa reglamentaria (art. 224.2 LGSS). Por tanto, la clave interpretativa reside en el art. 38 del Decreto 3158/1966, reformado por el RD 296/2009.

El TS subraya que la norma prevé expresamente la situación litigiosa: hay un huérfano absoluto y además la viuda del causante que percibe la totalidad del porcentaje asignable. Y lo hace de forma limitativa, permitiendo el incremento de la cuantía de orfandad únicamente cuando exista porcentaje disponible. Esta autocontención judicial se expresa con claridad cuando el TS señala que

[11] 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. (BOE 19 de marzo) Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-2975

[12] Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el TRLGSS (BOE 31 de octubre) Disponible en: BOE-A-2015-11724 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.

no existe "*razón técnica que permita prescindir de la regulación en la materia*". En efecto, cualquier ampliación del ámbito protector debe proceder del legislador.

La solución puede resultar socialmente regresiva, pues deja sin protección reforzada a huérfanos/as absolutos cuya situación material es equiparable a la prevista por la norma. La sentencia de contraste (TSJ Madrid) mostraba una vía más tuitiva, especialmente en supuestos de vulnerabilidad, lo que revela una tensión interpretativa aún no resuelta.

El Tribunal apunta indirectamente a la necesidad de una reforma normativa que desvincule la orfandad absoluta de la existencia o no de viudedad, además reconozca la figura de la orfandad absoluta de hecho, con criterios objetivos de necesidad y adapte el sistema a las nuevas realidades familiares.

### 2.2. Supuestos de hecho

Para comprender adecuadamente la controversia jurídica que resuelve la STS 379/2026, es necesario presentar los antecedentes de hecho de manera ordenada, clara y vinculada a las distintas resoluciones judiciales que se fueron dictando en cada fase del procedimiento.

a) Estructura familiar y origen de la pensión de orfandad

El menor Avelino comenzó a percibir pensión de orfandad el 5 de julio de 2021, tras el fallecimiento de su madre, doña Melisa, ocurrido el 15 de enero de 2015. Su padre, D. Porfirio, quedó como tutor del menor. D. Porfirio estaba casado con doña Victoria, con quien tenía dos hijos en común, Ofelia y Rómulo. Durante ese matrimonio, fue padre de Avelino con doña Melisa el 18 de enero de 2014, lo que configura una estructura familiar compleja que será determinante en la controversia jurídica.

b) Fallecimiento del padre y efectos administrativos inmediatos

El 9 de febrero de 2022, falleció D. Porfirio. Como consecuencia, el INSS suspendió la pensión de orfandad hasta que se designara un nuevo tutor o se iniciaran los trámites para ello. Posteriormente, el 26 de mayo de 2022, el INSS repuso la prestación, fijando la base reguladora y aplicando el porcentaje general del 20%, propio de la orfandad simple. La parte actora recurrió esta resolución, que fue desestimada el 20 de junio de 2022.

c) Designación de la nueva tutora

En su testamento de 18 de enero de 2021, D. Porfirio había designado como tutora de Avelino a su hija mayor, Ofelia. Este nombramiento fue confirmado mediante Auto de 18 de abril de 2023 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Carlet, lo que permitió reactivar plenamente la vía judicial.

d) Reconocimiento de la pensión de viudedad a la esposa del causante

Por resolución del INSS de 4 de marzo de 2022, se reconoció a doña Victoria pensión de viudedad, con efectos de 1 de marzo de 2022. Este dato es crucial: la viuda consume el 52% de la base reguladora, lo que determina la inexistencia de porcentaje disponible para incrementar la pensión de orfandad. La controversia surge precisamente porque la viuda no es progenitora del menor, pero sí beneficiaria de la pensión generada por el mismo causante.

e) Resolución del Juzgado de lo Social núm. 2 de Valencia

El 28 de noviembre de 2023, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Valencia estimó la demanda de Ofelia y reconoció a Avelino el derecho a percibir pensión de orfandad absoluta, aplicando el incremento correspondiente al porcentaje de viudedad no asignado. El Juzgado entendió que la situación material del menor era equiparable a la prevista para la orfandad absoluta, pese a la existencia de viuda.

f) Recurso de suplicación ante el TSJ de la Comunidad Valenciana

El Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) interpuso recurso de suplicación. La Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, mediante sentencia de 28 de noviembre de 2024, revocó la resolución de instancia y denegó el incremento. El TSJ aplicó estrictamente el artículo 38 del Decreto 3158/1966, entendiendo que la existencia de viuda impedía cualquier incremento, con independencia de la estructura familiar.

g) Recurso de casación para la unificación de doctrina

Ofelia, tutora del menor, formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina. Propuso como sentencia de contraste la dictada el 18 de septiembre de 2024 por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid (rec. 472/2024), que sí reconocía el incremento en un supuesto sustancialmente idéntico[13]. El Ministerio Fiscal informó en sentido desestimatorio, pero el TS sí apreció contradicción entre ambas resoluciones, habilitando la unificación de doctrina.

h) Identidad sustancial de hechos y contradicción doctrinal

Ambos casos coincidían en los hechos esenciales: huérfano absoluto, existencia de viuda sin vínculo parental y solicitud de incremento de la pensión. La sentencia de contraste reconoció el incremento, pese a que la beneficiaria padecía una incapacidad permanente absoluta y un grado de discapacidad, circunstancias que el TS considera irrelevantes para la ratio decidendi:

"*aunque tal circunstancia es aludida […] no integra su ratio decidendi*".

El TS concluye que existe identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones, lo que habilita la unificación de doctrina:

"*Debemos concluir que existe una identidad sustancial [...] que habilita nuestra decisión*".

La parte recurrente defendía que el menor, pese a la existencia de viuda, se encontraba en una situación material equiparable a la orfandad absoluta prevista en la norma. El TS rechaza esta tesis, recordando que la situación de necesidad no fue alegada ni acreditada.

La creación de nuevas categorías jurídicas corresponde al legislador, no a los tribunales, señala el TS y la jurisprudencia solo ha admitido excepciones en supuestos extraordinarios, como la privación judicial de la patria potestad (STS 700/2022[14])

[13] TSJ de Madrid. Sala de lo Social. Recurso 472/2024, núm. de Resolución 744/2024. Ponente María Virginia García Alarcón. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/58cdad85720baa94a0a8778d75e36f0d/20241025

[14] STS. Sala de lo Social. Sentencia núm. 700/2022 de 7 de septiembre. Recurso 700/2022. ES: TS:2022:3490. Disponible en: STS 700/2022, 7 de septiembre de 2022 - vLex España

### 2.3. Fundamentos de derecho

En la sentencia del TS estudiada, los fundamentos de derecho quedan divididos en cuatro. La decisión del INSS de no incrementar la pensión de orfandad tenía como base el hecho de que el padre del menor estaba casado con una mujer que tenía reconocida la pensión de viudedad, y no era la madre de Avelino. El Juzgado de lo Social núm. 2 de Valencia sí reconoció la pensión de orfandad absoluta. El cálculo consistía en el incremento del importe resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje de pensión de viudedad no asignado a doña Victoria.

La Sala de lo Social del TSJ de Valencia de 28 de noviembre de 2024 revocó la sentencia de instancia. La fundamentación legal dada fue el artículo 38.1 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre[15]. El recurso de casación para unificación de doctrina señaló como normativa infringida los artículos 224 y 229 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobado por RD Legislativo 8/2015[16] en relación con el artículo 38 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre.

Poniendo el foco en el articulado que se alega infringido, por lo que respecta al artículo 224 de la LGSS, en el primer apartado indica el derecho a percibir pensión de orfandad en régimen de igualdad, para cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de la filiación, relacionando los requisitos de edad para su percepción. No obstante, no hay un desarrollo de la orfandad absoluta en la LGSS. Se establece una remisión al Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, reformado por RD 296/2009, de 6 de marzo. El artículo 38.1. 2.º prescribe: "*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 la pensión de viudedad que no hubiera sido asignado.*"

La reforma llevada a cabo en 2009 mantuvo la vinculación entre la pensión de viudedad y orfandad. Expresa con acierto el TS que esta tendencia es clásica en la regulación de la seguridad social, arraigada. Al ser temas de política legislativa, no corresponde al órgano judicial ejercer dicha función.

Es relevante la referencia realizada por el TS a la STS 700/2022 de 7 de septiembre[17], donde se refiere a *orfandad absoluta de hecho*, la situación de carencia de medios suficientes debe ser debidamente alegada y acreditada. La *orfandad absoluta de derecho* constituiría la inexistencia de ambos progenitores, sin que hubiese ninguna persona beneficiaria de la pensión de viudedad. En esta STS se realizaba una interpretación finalista. Junto a la orfandad absoluta, se contemplan situaciones análogas; expresamente, la normativa regula la situación de la persona huérfana cuyo otro progenitor vivo ha sido condenado por violencia de género y no percibe pensión de viudedad y la del huérfano de un solo progenitor conocido.

Así las cosas, a esta interpretación finalista, se llegaría también aplicando el artículo 4.1 del Código Civil. Se asimila también otro caso siguiendo esta interpretación: el de progenitor vivo que ha sido privado de la patria potestad del huérfano por sentencia firme por razón de la prolongada

[15] Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social. BOE de 30 de diciembre de 1966. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1966-21116

[16] RD 8/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 31 de octubre) Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724

[17] STS Sala de lo Social resolución 700/2022 de 7 de septiembre recurso 475/2019. Recurso de casación para unificación de doctrina. Ponente: Ángel Antonio Blasco Pellicer. Disponible en https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f4cc7b159c63f504a0a8778d75e36f0d/20221010

desatención a las necesidades del hijo. Sea como fuere, en estos casos existe un estado de necesidad derivado de la prolongada y acreditada desatención del padre.

La sentencia en el supuesto estudiado en este artículo académico cita como una de las bases de su decisión la STS de 28 de junio de 2013 (recurso 2160/2012)[18], que se matiza a partir de la STS de 29 de enero de 2014[19]. En el caso que nos ocupa, el TS razona que no objetiva ninguna razón técnica que permita prescindir de la regulación en la materia, y que por tanto permita acceder al reconocimiento interesado desconociendo reglas normativas expresas, ni observa circunstancias excepcionales que permitan algún otro tipo de decisión. Se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de doña Ofelia.

En la sentencia de contraste que se había señalado en el recurso de casación para unificación de doctrina, se valoraba el supuesto de una beneficiaria de la pensión de orfandad que tenía reconocida una pensión de incapacidad permanente absoluta y un grado de discapacidad del 65%. Como en la resolución estudiada, la beneficiaria de la pensión de orfandad perdió también primero a un progenitor y después al otro, quedando huérfana de padre y madre.

El INSS no recurrió ante el TS la sentencia de contraste, STJ sala de lo social de Madrid por una cuestión político-administrativa. Primero de todo, no tiene obligación de recurrir todas las sentencias desfavorables. La STJ de Madrid afectaba a un caso individual, el INSS pudo prever que no generaría contradicción, debido al componente de vulnerabilidad de la huérfana y además teniendo como fundamento de derecho una STC. Era una clara resolución *pro-persona*.

2.3. Interpretación del marco normativo y doctrina aplicable

Para analizar correctamente la cuestión jurídica controvertida, es necesario partir de una exposición clara del problema (ya vista en los supuestos de hecho) y relacionarlo con el marco normativo aplicable. Solo así puede apreciarse la lógica interna de la decisión y los argumentos jurídicos que la sustentan.

a) Marco normativo aplicable

El artículo 224 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobado por RD Legislativo 8/2015[20] regula el derecho a la pensión de orfandad, pero no desarrolla la orfandad absoluta, remitiendo expresamente al artículo 38 del Decreto 3158/1966[21], reformado por el RD 296/2009[22]. Este precepto establece que:

[18] STS Sala de lo Social. Recurso 2160/2012 de 28 de junio. https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/316c320d27683c0c/20130730

[19] STS 1383/2014 de 29 de enero Disponible en https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/d4bc40730fe0502d/20140422

[20] RD 8/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 31 de octubre) Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724

[21] Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social. BOE de 30 de diciembre de 1966. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1966-21116

[22] RD 269/2009, de 6 de marzo, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia. (BOE 21 de marzo) Disponible en BOE-A-2009-4725 Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia.

— Si no existe beneficiario de viudedad, la pensión de orfandad se incrementa con el 52% de la base reguladora. El matiz para destacar que no exista beneficiario de la pensión de viudedad que hubiese tenido derecho a percibirla de acuerdo con la normativa vigente.

— Si existe beneficiario de viudedad, la pensión de orfandad solo puede incrementarse con el porcentaje no asignado a la viudedad.

Así las cosas, la reforma de 2009 mantuvo esta vinculación entre viudedad y orfandad, reflejo de un modelo tradicional de familia que el TS considera arraigado en la política legislativa.

b) La figura de la "orfandad absoluta de hecho"

La orfandad absoluta de hecho es una categoría jurisprudencial excepcional, no prevista legalmente, que el TS ha admitido únicamente cuando: existe progenitor vivo, pero este no cumple ninguna función parental, y concurre un estado de necesidad acreditado. Así, como ejemplos jurisprudenciales: la STS 700/2022: privación de patria potestad por prolongada desatención o supuestos en los que el progenitor vivo ha sido condenado por violencia de género y no percibe viudedad o casos de único progenitor conocido. En estos supuestos, el TS aplica una interpretación finalista del sistema, equiparando la situación a la orfandad absoluta de derecho.

d) Resolución del Juzgado de lo Social núm. 2 de Valencia

El Juzgado entendió que la situación de Avelino era materialmente equiparable a la orfandad absoluta, pese a la existencia de viuda sin vínculo parental. Por ello, reconoció el incremento aplicando el porcentaje de viudedad no asignado.

e) Resolución del TSJ de la Comunidad Valenciana

El TSJ revocó la sentencia de instancia. Aplicó estrictamente el artículo 38 del Decreto 3158/1966 y concluyó que: la existencia de viuda, aunque no sea progenitora, impide cualquier incremento. El TSJ rechazó la interpretación finalista y la extensión de la orfandad absoluta de hecho.

f) La sentencia de contraste del TSJ de Madrid

La sentencia de contraste sí reconoció el incremento, aplicando criterios tuitivos y una interpretación finalista. La beneficiaria presentaba una incapacidad permanente absoluta y un grado de discapacidad del 65%, pero el TS aclara que estas circunstancias no integran la ratio decidendi.

g) Posición del Tribunal Supremo

El TS unifica doctrina y confirma la sentencia del TSJ de Valencia.

La sentencia del TS evidencia una tensión entre: la literalidad del artículo 38 del Decreto 3158/1966, la evolución de las estructuras familiares y la necesidad de proteger adecuadamente a los menores en situaciones de vulnerabilidad.

El TS opta por una interpretación estricta, priorizando la seguridad jurídica y la coherencia del sistema sobre aproximaciones tuitivas. La sentencia de contraste del TSJ de Madrid representa una línea más protectora, pero el TS considera que actúa *ultra vires*, creando una categoría no prevista

legalmente. En definitiva, el TS reafirma que la ampliación del ámbito protector debe proceder del legislador, no de los tribunales.

### 2.4. La posición del Tribunal Supremo y consolidación de su doctrina

El Tribunal Supremo confirma la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana y desestima el recurso de casación, consolida una línea jurisprudencial restrictiva donde se prioriza la literalidad del art. 38 del Decreto 3158/1966 y el enfoque legalista y sistemático, así se prescribe en la STS de 28 de junio de 2013 (recurso 2160/2012),[23] que se matiza a partir de la STS de 29 de enero de 2014[24]. Su razonamiento se articula en cuatro ideas centrales:

1.Autocontención judicial El TS insiste en que no existe "razón técnica" para apartarse de la regulación. La literalidad del artículo 38 es clara y no permite el incremento cuando la viuda consume el porcentaje asignable.

2.Rechazo de crear nuevas categorías jurídicas La *orfandad absoluta de hecho* solo opera en supuestos excepcionales con necesidad acreditada (privación de patria potestad, violencia de género, progenitor único conocido). En el caso que nos ocupa de la TSJ de Valencia, no se alegó ni acreditó estado de necesidad.

3.Coherencia del sistema y seguridad jurídica La vinculación entre viudedad y orfandad responde a un modelo legislativo tradicional que el TS no puede alterar. El TSJ de Madrid actuó *ultra vires*, creando una categoría no prevista legalmente.

4.Unificación de doctrina Desde 2014, el TS mantiene que el incremento solo procede cuando no existe viudedad o cuando esta no consume todo el porcentaje asignable. La sentencia de contraste reconoció un 48% pese a que la viuda consumía el 52%, lo que obligó al TS a corregir la desviación doctrinal.

¿puede la jurisdicción ordinaria apartarse del marco normativo?

El TS sostiene que no: los órganos judiciales no pueden suplir las opciones del legislador ni alterar el sistema de porcentajes en aras de la "*justicia del caso concreto*". Esta posición refuerza la idea de autocontención judicial y delimita el papel del TS como garante de la legalidad, no como órgano de innovación normativa.

Ahora bien, desde una perspectiva doctrinal, esta postura plantea tensiones: El sistema actual no contempla adecuadamente las estructuras familiares complejas, La vinculación entre viudedad y orfandad responde a un modelo tradicional que ya no refleja la realidad social, La interpretación estricta puede generar situaciones de desprotección en menores huérfanos absolutos.

En este sentido, aunque el TS actúa correctamente dentro del marco normativo vigente, la sentencia evidencia la necesidad de una reforma legislativa que permita atender supuestos como el presente sin obligar a los tribunales a forzar la norma.

[23] STS Sala de lo Social. Recurso 2160/2012 de 28 de junio. https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/316c320d27683c0c/20130730

[24] STS 1383/2014 de 29 de enero Disponible en https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/d4bc40730fe0502d/20140422 y STS 570/2021 de 25 de mayo disponible en https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/6c3c266948c89ac7/20210607

El TS consolida una doctrina restrictiva, priorizando la literalidad del artículo 38 del Decreto 3158/1966 y la coherencia del sistema sobre interpretaciones tuitivas. La sentencia reafirma que la ampliación del ámbito protector debe proceder del legislador, no de los tribunales. La cuestión de fondo —si la jurisdicción ordinaria puede apartarse del marco normativo en aras de la justicia del caso concreto— queda resuelta por el TS en sentido negativo, aunque la realidad social revela la insuficiencia del sistema actual.

## 3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE CONTRASTE: TSJ DE MADRID. SALA DE LO SOCIAL. RECURSO 472/2024, NÚM. DE RESOLUCIÓN 744/2024. PONENTE: M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

En este caso, inicialmente, la beneficiaria de la pensión de orfandad, Regina, huérfana de padre y madre y también beneficiaria de una incapacidad permanente absoluta, vio cómo su pensión se incrementaba aplicando el porcentaje del 72% al sumar el 52% de la pensión correspondiente a la pensión de viudedad. No obstante, al reconocerse pensión de viudedad a la cónyuge del padre fallecido, la pensión de orfandad sufrió la minoración del incremento aplicado del 52%. Se aplicó el límite por concurrencia con pensión de viudedad.

No conforme con la decisión administrativa, la beneficiaria de la pensión de orfandad interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid en fecha 30 de enero de 2024. La resolución dictada por éste fue reconocer el incremento de la pensión de orfandad en un 48% de la base reguladora. Por parte del INSS se presentó recurso de suplicación ante el TSJ de Madrid, que lo desestimó en fecha de 18 de septiembre de 2024. Los criterios aplicados fueron los principios tuitivos en relación con personas con discapacidad y lo prescrito en la STC 154/2006[25].

En esta STC se prescribió la asimilación de los hijos extramatrimoniales a los matrimoniales a los efectos de percibir el incremento de la indemnización a tanto alzado en caso de muerte del causante debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional.

### 3.1. Antecedentes de hecho

La actora tenía reconocida una incapacidad permanente absoluta por trastorno bipolar ("*La parte actora tiene reconocida una incapacidad permanente absoluta…*"). Inicialmente se le reconoció una orfandad absoluta del 72% por parte del INSS. Si bien, tras concederse pensión de viudedad a la cónyuge del causante, el INSS revisó y redujo la pensión al 20% de la base reguladora. La madre de la actora había fallecido en 1990.

El Juzgado Social nº 22 de Madrid estima parcialmente la demanda y reconoce a la actora un 48% de la base reguladora, entendiendo que debe aplicarse una interpretación finalista y protectora del incremento de orfandad.

La sentencia de instancia se recurre en suplicación por parte del INSS. Se basa el recurso en el art. 229 LGSS y el art. 38 del RD 3158/1966 que impiden superar el 100% de la base reguladora. Cuando existe viudedad, cada huérfano solo puede recibir el 20%, salvo que la viudedad no consuma

[25] STC. Sala primera. Sentencia 154/2006, de 22 de mayo de 2006. Recurso de amparo 5399-2002. BOE de 22 de junio de 2006. Promovido por doña Ángela Hernández Bacallado y otros frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, que en grado de suplicación estimó la demanda de Fremap sobre reintegro de auxilio por orfandad derivado de accidente de trabajo. Vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento: Indemnización de orfandad para el hijo extramatrimonial de un fallecido en accidente de trabajo y cuya madre carece de derecho a ella. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2006-11117

todo el porcentaje. No procede incremento porque sí existe beneficiaria de viudedad, aunque no sea la madre.

### 3.2. Marco normativo aplicable

El Tribunal toma como fundamentos de derecho básicos clave artículos de la CE como el artículo 39 o 41. Siguiendo con su desarrollo en la LGSS (artículos 221 y 229) y el ya mencionado en diferentes ocasiones en este comentario jurisprudencial, artículo 38 del RD 3158/1966.

Artículo 39 CE, párrafos 1 y 2 respectivamente (principios rectores de la política social y económica):

"*Los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia*"

"*Los poderes públicos, aseguran, asimismo la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea el estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad*"

Art. 224.1, párrafo primero de la LGSS:

"*Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, o de la causante fallecida, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la filiación, siempre que, en el momento de la muerte del causante, sean menores de 21 años, o estén incapacitados para el Trabajo, y que el causante se encontrase en alta o situación al alta, o fuera pensionista en los términos del artículo 217.1.c)*".

El artículo 229 de la LGSS y el artículo 38 del RD 38/1966 son los preceptos que prescriben que no se puede superar el 100% de la base reguladora. El RD indica que cuando exista pensión de viudedad, cada huérfano solo puede recibir el 20%, salvo que la pensión de viudedad no consumiese todo el porcentaje.

### 3.3. Evolución de la doctrina jurisprudencial

El TSJ de Madrid, para apoyar su argumentación, cita otras sentencias. Menciona de forma acertada la STC 154/2006, es donde de hecho fundamenta su decisión. En esta relevante resolución se prohíbe la discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. El tribunal extiende esa doctrina a un ámbito distinto: "*orfandad absoluta de hecho*", cuando la viuda no es progenitora del huérfano. Es una interpretación más protectora.

Como sentencias del TS, subraya la STS 28 de junio de 2013 y posteriores. Son supuestos que el incremento de orfandad actúa como renta sustitutiva, si no existía pensión de viudedad en la unidad familiar.

De relieve es la STS de 7 de septiembre de 2022 ya mencionada *ut supra*, ya que acoge el hecho de que no haya pensión de viudedad por causas justificadas de uno de los progenitores[26]. Se destaca que el incremento de la pensión de orfandad proteja situaciones de necesidad agravada. En este caso sí se aplica una interpretación finalista y en base a la protección del menor, en el caso que el

[26] STS. Sala de lo Social. Sentencia núm. 700/2022 de 7 de septiembre. Recurso 700/2022. ES: TS:2022:3490. Disponible en: STS 700/2022, 7 de septiembre de 2022 - vLex España

progenitor no causante haya sido privado de la patria potestad[27]. Sería una situación análoga a cuando el progenitor no causante ha sido privado de libertad por violencia de género y no percibe pensión de viudedad o cuando haya un solo progenitor conocido (38.2 del Reglamento 3158/1966).

"*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 a 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 de proteger situaciones como la presente…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*". No hay una orfandad en sentido estricto, ya que uno de los progenitores sigue con vida. Pero el progenitor no causante ha desatendido de forma constante y reiterada el cumplimiento de su deber (artículos 154 y ss del Código Civil) de atender a las necesidades de la menor, de cumplir sus deberes paternofiliales[28].

Se suscita el debate sobre si la seguridad social en su esencia protectora debe cubrir estados de necesidad que propiamente son incumplimientos del derecho civil, en concreto del derecho de familia, sobre todo: si la pérdida de la patria potestad no extingue la obligación de prestar alimentos (art. 110 del Código Civil), y cuando se trata de la única obligación en la que se permitiría el embargo de los ingresos por encima del salario mínimo interprofesional (art. 608 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La *ratio decidenci* de la sentencia, así las cosas, tendría su dificultad analógica si fuere posible el embargo de salario o de cualquiera otra renta detallada en el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [29].

### 3.4. Valoración jurídica de la sentencia de contraste y límites de la interpretación judicial

Para valorar adecuadamente la sentencia de contraste del TSJ de Madrid, es necesario situarla dentro del marco normativo y jurisprudencial que condiciona la actuación de la jurisdicción ordinaria. Solo así puede apreciarse la tensión entre la interpretación estricta del sistema y la justicia del caso concreto.

a) El supuesto controvertido y la situación de necesidad

La beneficiaria de la pensión de orfandad en el caso resuelto por el TSJ de Madrid presentaba una situación de vulnerabilidad acreditada: incapacidad permanente absoluta, grado de discapacidad del 65% y pérdida sucesiva de ambos progenitores. La viuda que percibía la pensión de viudedad no

[27] Con anterioridad al RD 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, era causa de la extinción de la pensión de viudedad la pérdida o privación de la patria potestad, en virtud de alguna de las causas previstas en los artículos 169-171 del Código Civil, o ausencia que implique abandono de los hijos, siempre que en ambos, la viuda hubiese tenido derecho a la pensión encontrarse en la situación prevista en el supuesto del art. 7 c). Art. 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, por el que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1967-2876

[28] El Ministerio Fiscal se acoge al artículo 4.1 del Código Civil: "*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."*

[29] Nieto Rojas, P. "A vueltas con la orfandad absoluta. El incremento de 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), pág. 127 Disponible en: https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/705/811

formaba parte de su unidad familiar, lo que generaba una situación material equiparable a la orfandad absoluta.

El TSJ de Madrid entiende que la aplicación estricta del artículo 38 del Decreto 3158/1966 conduciría a una desprotección incompatible con el artículo 39 CE, que ordena a los poderes públicos asegurar la protección integral de los hijos.

b) El marco normativo y los límites de los principios rectores de la política social y económica en la CE: no son directamente aplicables, no crean derechos subjetivos, solo pueden invocarse conforme a la ley que los desarrolle, pueden orientar la interpretación, pero no permiten modificar o crear normas por vía judicial.

c) La interpretación finalista del TSJ de Madrid: tuitiva y pro-persona: situación de necesidad acreditada, desvinculación familiar entre la viuda y el menor, principio de protección integral del menor y aplicación jurisprudencial de la "*orfandad absoluta de hecho"*. La STJ de lo Social de Madrid considera que negar el incremento generaría una consecuencia contraria a la finalidad protectora del sistema. El TS afirma que el artículo 39 CE no permite crear nuevas categorías jurídicas ni alterar el sistema de porcentajes, al ser un principio rector de la política social y económica.

En consecuencia, solo puede orientar la interpretación. La jurisdicción ordinaria no puede alterar el marco normativo en aras de la justicia del caso concreto. El sistema de prestaciones por muerte y supervivencia es de estricta configuración legal. Los tribunales no pueden suplir al legislador.

La jurisprudencia solo la admite en supuestos excepcionales (STS 700/2022) cuando haya necesidad alegada y acreditada.

Sea como fuere la sentencia del TSJ de Madrid representa una línea tuitiva que prioriza la protección del menor. La sentencia del TS consolida una línea restrictiva que prioriza la literalidad normativa. La tensión entre ambas posiciones revela la necesidad social de actualizar el sistema normativo para evitar que la justicia del caso concreto dependa de interpretaciones judiciales.

## 4. CONCLUSIONES AD FUTURUM

Del estudio de las resoluciones anteriores se desprende que, con base en la legislación vigente y la interpretación de la jurisprudencia, el ámbito subjetivo de la pensión de orfandad tiene poco margen para ampliarse. La STS 379/2026 sitúa en el centro del debate jurídico la tensión entre la literalidad normativa y la protección efectiva en las prestaciones por muerte y supervivencia. El TS reafirma que la jurisdicción ordinaria no puede alterar el marco normativo en aras de la justicia del caso concreto, pues el sistema es de estricta configuración legal.

Sin embargo, el caso analizado evidencia que el marco reglamentario vigente resulta insuficiente para responder a las realidades familiares contemporáneas. La vinculación entre viudedad y orfandad, heredada de un modelo tradicional de familia, no garantiza una protección adecuada en supuestos de orfandad absoluta de hecho.

En suma, el sistema público de seguridad social es un derecho de estricta configuración legal, por lo que es al legislador a quien le corresponde la ardua tarea de delimitar la acción protectora de la pensión de orfandad. En otras palabras, qué situaciones de necesidad se deben proteger, cómo se

articula protección, intensidad y los requisitos subjetivos, como su extinción, es decir su régimen jurídico[30].

El TS opta por una interpretación estricta y reglada, reafirmando la vinculación entre pensión de viudedad y pensión de orfandad, incluso en supuestos donde dicha vinculación resulta conceptualmente ajena a la finalidad protectora de la orfandad absoluta. Esta sentencia, por tanto, no solo resuelve un caso concreto, sino que consolida una línea jurisprudencial que delimita con claridad los márgenes de actuación judicial en un terreno donde la evolución social supera ampliamente la evolución normativa

Como consecuencia, se intentan desgranar las siguientes conclusiones lege ferenda:

PRIMERA: La pensión de viudedad nació en un contexto socioeconómico en el que la mujer tenía dos opciones o casarse o trabajar. En la sociedad el predominio absoluto de convivencia familiar era el matrimonio tradicional y distribución de roles familiares de ideología patriarcal. El fundamento de la pensión de viudedad era muy claro la situación de necesidad que se creaba al fallecer el marido.

La viuda quedaba en una situación de desamparo que se presumía y por tal motivo se intentaba cubrir con la pensión de viudedad. En la actualidad, no se ha conseguido la igualdad plena entre hombres y mujeres en el mercado laboral, no obstante, la realidad no es la misma que en 1967. Se vería de recibo un ajuste de la pensión de viudedad acorde con la realidad actual según nuevas formas de convivencia familiar, incorporación de la mujer al trabajo y pérdida de estabilidad del vínculo conyugal[31].

Así, por ejemplo, en un matrimonio donde las dos personas trabajan, y fallece una de ellas, siendo él o la otra cónyuge igual o menor a 35 años sin hijos. En suma, si no es un matrimonio de muchos años, ¿qué perjuicio sufre la persona beneficiaria de la pensión de viudedad? Hay dos rasgos fundamentales de la pensión de viudedad: es compatible con el trabajo o cualquier pensión o subsidio y, además, no tiene límite de duración.

No se trata de eliminar ningún derecho ya reconocido. Más bien, ver la realidad para las futuras pensiones de viudedad, adaptarlas a la actualidad. Un supuesto de hecho muy evidente son los matrimonios jóvenes sin hijos y los dos progenitores trabajando, la justificación histórica de la viudedad no existe. No debería ser un tema de conflicto político, sino de justicia social y económica Los supuestos de hechos a valorar por el legislador deberían ser el ya mencionado matrimonio de jóvenes sin hijos, cuando ambos cónyuges aún no jóvenes tengan sus propios ingresos solventes (sin dependencia económica real) o matrimonios de muy corta duración.

Respecto a los matrimonios jóvenes, por regla general trabajan los dos, salvo decisión en común y, aun así, lo preocupante sería que no trabajasen y no cotizasen al sistema de seguridad social los dos. Si no hay hijos, se refuerza la esencia de que no existe esa protección inicial de la pensión de viudedad. Al fallecer uno de los cónyuges, no se deja a nadie sin ingresos.

[30] Nieto Rojas, P. "A vueltas con la orfandad absoluta. El incremento de porcentaje de la pensión al huérfano con progenitor supérstite privado de la patria potestad. Comentario a la STS del 7 de septiembre de 2022" op. cit. pág. 127 Disponible en: https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/705/811

[31] Desdentado Daroca, E. "Los problemas de la pensión de viudedad en la última doctrina judicial" *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. núm. 129 2017 pág. 123

Tanto en este caso como en matrimonios de corta duración, tener una pensión vitalicia compatible con cualquier trabajo y pensión se extralimita de su función protectora y de necesidad, siendo desproporcionada.

En ningún caso se eliminan derechos, ya que no afecta a quienes están percibiendo la pensión de viudedad, tampoco a matrimonios con hijos o hijas o tampoco a personas mayores donde haya dependencia económica real. En suma, solo afecta a situaciones futuras donde la viudedad no cumple su función original. Estas correcciones ya han sido aplicadas en otras pensiones, como puede ser la de orfandad cuando se alargó su duración. La viudedad no exige acreditar necesidad, pero la orfandad sí se limita.

SEGUNDA: La pensión de orfandad tiene como hecho causante el fallecimiento del padre, de la madre o de ambos progenitores. Esta pérdida es irremplazable y nunca una compensación económica podrá repararla. Resulta sorprendente que la pensión de orfandad sí tenga un límite en su duración, cuando hoy en día los padres ayudan a sus hijos e hijas incluso siendo adultos, o sin ir más allá de los consejos de vida que ya no pueden dar o del modelo de vida. Así las cosas, se considera que la pensión que sí debería tener carácter vitalicio y ser compatible con el trabajo u otra prestación o pensión del sistema de seguridad social es la de orfandad, y no la de viudedad. De esta forma, el sistema de pensiones se alinearía con la realidad social y laboral actual.

TERCERA: Con ánimo lege ferenda, por seguridad jurídica, se considera urgente que a los huérfanos que, como indica la sentencia, sean de derecho o, de hecho, se les apliquen las mismas condiciones. El arraigo familiar entre la vinculación a pensión de viudedad y orfandad ha quedado estancado en el tiempo y desfasado de la realidad social actual. Entre dos menores que pierden a un progenitor, percibirán la pensión de orfandad los dos.

En el supuesto de que pierdan al otro progenitor, se da el supuesto de que, en el huérfano, la vinculación entre orfandad y viudedad vaya unida; sí que verá sí o sí incrementada la pensión de orfandad. El otro menor que tope con una pensión de viudedad, sin vínculos familiares con su pensión de orfandad, no vería incrementada su pensión de orfandad si no se encuentra en casos muy evidentes de estado de necesidad. El menor o la menor queda desprotegido o desprotegida según el estado civil del cónyuge superviviente.

Es la viuda sin vínculos familiares con el menor a quien se le asigna el 52% de la base reguladora del causante, como no hay porcentaje no asignado, no se incrementa la pensión de orfandad. "*Solo se permite el incremento [...] en relación con el porcentaje [...] que no hubiera sido asignado"*. Se insta al legislador a reformular el artículo 38 del Decreto 3158/1966, materia que quedó pendiente de la reforma legislativa de 2009.

En otras palabras, que no se aplique automáticamente el 20% cuando la pensión de viudedad no cubra la pérdida económica del huérfano. La visión futura ha de proteger la interpretación teleológica y constitucionalmente orientada del sistema de prestaciones por muerte y supervivencia.

Como indicaba la sentencia de contraste alegada en el recurso de casación por unificación de doctrina y como se comparte en estas líneas, la protección y el interés del menor deberían velar por el incremento del 48% de la base reguladora del causante, hasta alcanzar el 100%. Si se protegiera la orfandad y su vulnerabilidad, no se penalizaría a la persona huérfana cuando su progenitor viudo contrae nuevas nupcias. Se prioriza la situación de necesidad del huérfano. Es una interpretación desfasada, rígida, que deja un vacío legal evidente.

La pérdida de un padre o de una madre es para toda la vida, no así el o la cónyuge (siempre existe la posibilidad de volver a contraer matrimonio e incluso formar una nueva familia). Hay un impacto real y permanente. Cuando el menor no ha cumplido los 16 años, no hay posibilidad de generar ingresos trabajando por cuenta ajena, y un padre o una madre es un puntal para toda la vida. La pensión de orfandad es la que más se debería proteger y es la que menos se protege.

Cabe mencionar, aunque sea en pocas líneas y a modo de reafirmar las conclusiones, que tampoco tiene derecho la persona huérfana cuando no hay persona beneficiaria de la pensión de viudedad. El progenitor sobreviviente no tiene derecho a la pensión de viudedad por no cumplir los requisitos establecidos por la LGSS. No habría persona beneficiaria de la pensión de viudedad ni incremento de la pensión de orfandad[32].

La interpretación de esta tercera conclusión tiene su amparo en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (BOE de 31 de diciembre de 1990): "*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño*"[33]. En su artículo 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.

La Convención acabada de citar forma parte del ordenamiento interno, (artículo 96 de la CE, así se pronuncia también la Ley 25/2014)[34]. En el ámbito comunitario, señala el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que: "En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial". También encontraría fundamento jurídico en el artículo 39 de la CE y en el principio *pro-persona*[35].

En el contexto de la violencia de género, sí hay un supuesto en la LGSS, que se corresponde con la finalidad protectora del sistema de seguridad social; es el artículo 233.2, ya que, como acertadamente prescribe: "*durante la suspensión del pago de una pensión de viudedad, se podrán hacer efectivas con cargo a la misma, hasta el límite 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 causadas por la víctima del delito. Eso sí siempre que dichos titulares hubieran de ser beneficiarios de los incrementos a que se refiere el artículo 233 si finalmente recayera sentencia condenatoria de aquel*". Como puede observarse, se trata de una protección tuitiva en favor de la persona beneficiaria de la pensión de orfandad o de sus familiares.

En resumidas cuentas, la sentencia constituye un punto de inflexión que debería impulsar una reflexión legislativa profunda sobre la adecuación del sistema de prestaciones por muerte y supervivencia a la realidad social contemporánea.

---

[32] Rodríguez Elorrieta, N. "Los principios de universalidad y solidaridad en la protección de orfandad" *Editores: Cinca. Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social N.º 4 2017(Ejemplar dedicado a: Solidaridad y universalidad efectiva de seguridad Social)* n.º 4 2017. p. 141

[33] Naciones Unidas. Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child

[34] Ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales: artículo 31 "*las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra del ordenamiento interno en caso de conflicto entre ellas, salvo las normas de rango constitucional*" Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-12326

[35] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) DOUE 18 de diciembre de 2000. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

## 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA-DOCTRINA

Desdentado Daroca, E. "Los problemas de la pensión de viudedad en la última doctrina judicial" *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. núm. 129 2017

Ferreras Alonso, F. "Las pensiones de viudedad: (elementos de reflexión)" *Temas Laborales* nº 55/00

Nieto Rojas, P. "A vueltas con la orfandad absoluta. El incremento de 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),

Rodríguez Elorrieta, N. pág. 141 "Los principios de universalidad y solidaridad en la protección de orfandad" *Editores: Cinca. Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social N.º 4 2017(Ejemplar dedicado a: Solidaridad y universalidad efectiva de seguridad Social)* n.º 4 2017.

Selma Penalva, A. "Las peculiaridades prácticas de la pensión de orfandad" *Actualidad Laboral*, núm. 14, Sección de Estudios, quincena del 16 al 31 Julio 2009 Tomo 2 *Editorial La Ley*