

## Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, Sentencia 108/2018 de 17 Abr. 2018, Rec. 101/2018

**Ponente:** Álvarez Caperochipi, José Antonio.

**Nº de Sentencia:** 108/2018

**Nº de Recurso:** 101/2018

**Jurisdicción:** SOCIAL

La pensión de orfandad no es extensible a las situaciones de acogimiento

PENSIÓN DE ORFANDAD. Requisito de filiación. La pensión de orfandad presupone una relación de filiación, que no es extensible al acogimiento, sin que ello suponga discriminación por los distintos fines de ambas instituciones El acogimiento es una situación transitoria y administrativa de apoyo legal a la infancia, que no se asimila a una relación familiar plena, y es que en el acogimiento la actora conserva sus vínculos con su familia de origen, a los que se deben referir sus derechos hereditarios.

*El TSJ Navarra desestima el recurso de suplicación formulado frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Navarra, sobre pensión de orfandad, confirmando la denegación de esta.*

**ILMA. SRA. D<sup>a</sup> CARMEN ARNEDO DIEZ**

**PRESIDENTA EN FUNCIONES**

**ILMO. SR. D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI**

**ILMO. SR. D. MIGUEL AZAGRA SOLANO**

En la Ciudad de Pamplona/Iruña, a DIECISIETE DE ABRIL de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA Nº 108/2018**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por DOÑA M<sup>a</sup> JESUS SADABA GIL, en nombre y representación de DOÑA Consuelo , frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 2 de Pamplona/Iruña sobre PENSION DE ORFANDAD, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI, quien redacta la sentencia conforme al criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Ante el Juzgado de lo Social nº DOS de los de Navarra, se presentó demanda por DOÑA Consuelo , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se deje sin efecto y anule la Resolución recurrida de fecha 4 de abril de 2017, y se le declare el derecho a pensión de orfandad, en las prestaciones que legalmente le correspondan, equivalente al 20% de la Base Reguladora y con efectos de 1 de abril de 2017.

**SEGUNDO:** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en

la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por la Letrada de la Administración de Justicia. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

**TERCERO:** Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que, desestimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Doña Consuelo frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre pensión de orfandad, debo absolver y absuelvo a la entidad gestora demandada de las pretensiones deducidas en su contra."

**CUARTO:** En la anterior sentencia se declararon probados: "PRIMERO.- Doña Consuelo , nacida el día NUM000 de 1998, con DNI NUM001 , fue acogida de marea permanente por D. Fabio y su esposa, Doña Rita . Dicho acogimiento fue constituido hasta que cumpliera la mayoría de edad por Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Pamplona, de 5 de agosto de 2003 (Proc 979/2002). Tras cumplir la mayoría de edad, permanece conviviendo en la familia de acogida (folios 8 y 29 a 35).- SEGUNDO.- El 30 de enero de 2017 falleció D. Fabio , que era pensionista de jubilación (folios 36 a 38).- TERCERO.- La demandante solicitó prestación de orfandad el 28 de marzo de 2017. Tramitado el correspondiente expediente administrativo, se dictó resolución por el INSS el 29 de marzo de 2017 que resolvió denegarle lo solicitado por no reunir el requisito de filiación exigido en el art. 224,1 LGSS . Contra dicha decisión fue interpuesta la oportuna reclamación previa, que fue desestimada por resolución de 15 de junio de 2017 (folios 36 a 38).- CUARTO.- La base reguladora para el cálculo de la prestación, de ser estimada la demanda, asciende a 369,89 € mensuales, el porcentaje aplicable en el 20% y la fecha de efectos se fija desde el día 1 de febrero de 2017 (conformidad)."

**QUINTO:** Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada de la demandante, se formalizó mediante escrito en el que se consigna un único motivo al amparo del artículo 193.c) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

**SEXTO:** Evacuado traslado del recurso fue impugnado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social demandado

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** A Doña Consuelo , por resolución de la entidad gestora de 29 de marzo de 2017, se le deniega pensión de orfandad, dado que no cumple el requisito de filiación exigido en el Art. 224,1 LGSS . Por Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Pamplona, de 5 de agosto de 2003 , hasta que cumpliera la mayoría de edad, la actora fue acogida de manera permanente por D. Fabio y su esposa, doña Rita . El 30 de enero de 2017 fallece Fabio , que era pensionista de jubilación

La actora propugna una interpretación ampliadora el Art. 224,1 LGSS , al amparo de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, recogidos igualmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos , Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales , y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea .

La sentencia de instancia desestima la pretensión. Argumenta que según jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo la pensión de orfandad presupone una relación de filiación, que no es extensible al acogimiento, sin que ello suponga discriminación por los distintos fines de ambas instituciones; subrayando que por vía interpretativa no se puede sustituir la función del legislador.

Y frente a dicha sentencia, la representación procesal de Doña Consuelo interpone el presente recurso de suplicación.

**SEGUNDO:** En motivo único, formulado al amparo del Art. 193 c) LJS , se alega la infracción del Art. 224,1 LGSS , Art. 13 , 41 y 39.1 CE , principios de igualdad y no discriminación, protección social de la familia, legislación de protección del menor, Ley 26/2015, LO 1/1996 , y LF 15/2016 (que asimilan el acogimiento a una relación familiar plena).

Se critica la sentencia de instancia por citar jurisprudencia anterior a la reforma legal de la protección del menor, y se alega igualmente la jurisprudencia europea que basa la familia en relaciones de facto, con cita especial del caso *Ruszkowska* contra Polonia (2014)

**TERCERO:** El motivo debe decaer. Encontrándonos en sede de pensión de orfandad, procede repasar la normativa reguladora, artículo 224, 1 LGSS, que de modo similar al 175.1 de la Ley General de la Seguridad Social 1994, dispone que "Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante,

cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante sean menores de veintiún años o estén incapacitados para el trabajo".

Al interpretar este precepto, la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, S. 3-11-2004, rec. 2345/2003 , ha establecido que se reconoce "la pensión de orfandad a "cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación". Y el concepto de filiación viene establecido en el artículo 108 CC ., precepto que de una parte distingue la filiación por naturaleza -matrimonial o no matrimonial- y por adopción; y, de otra, consagra el principio constitucional de igualdad, al afirmar que las distintas clases de filiación surten los mismos efectos". Y concluye que "la Sala no estima que a través de una interpretación integradora pueda extenderse, sin invadir la esfera competencial del legislador".

Se subraya que la no referencia al acogimiento no corresponde a un olvido del legislador, pues cuando se ha querido tutelar el menor acogido así lo ha hecho expresamente; y valgan como ejemplos, el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores , que reconocen a los trabajadores el derecho a un periodo de excedencia para atender al cuidado de cada hijo "tanto lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento", y el artículo 45.1.d) ET , que tipifican como causa de suspensión del contrato de trabajo la "adopción o acogimiento preadoptivo o permanente de menores de seis años". Doctrina reiteradamente seguida por Tribunales Superiores de Justicia, refiriendo la STSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, de 11-10-2013 , por analogía, la doctrina jurisprudencial en materia de prestación a favor de familiares.

**CUARTO:** La diferente situación de la filiación natural o adoptiva y del acogimiento permanente no puede afectar al principio de igualdad ante la ley, por tratarse de situaciones distintas, y no puede confundirse con la discriminación, en cuanto una y otra figura obedece a conceptos afines pero diferenciados en razón de sus fines familiares y sociales ( STS 18 de septiembre de 2000 ).

El acogimiento es una situación transitoria y administrativa de apoyo legal a la infancia, que no se asimila a una relación familiar plena, y es que en el acogimiento la actora conserva sus vínculos con su familia de origen, a los que se deben referir sus derechos hereditarios. Y tal cuestión es el hilo de la argumentación que decide expresamente y unánimemente en el alegado asunto Ruzkowska contra Polonia (sección cuarta, Estrasburgo 1 de julio de 2014) en el que no se admite la existencia de discriminación, y expresamente se dispone, en una sentencia publicada exclusivamente en inglés y polaco, que "the legal ties created between the foster parents and foster children were not the same as those created by legal adoption, which can be said to create a legal and factual situation identical to that of a biological family" (parágrafo 62 de la sentencia). Justamente la argumentación de la sentencia parece sustentarse en la diferencia entre carga familiar y ayuda social a la infancia, y el "Financial support from the State to foster parents for maintenance of their foster children", es una cuestión de orden interno y administrativo. Y en cuanto se refiere "to welfare benefits" el principio de igualdad "does not guarantee as such any right to a pension of a particular amount" (parágrafo 48), el Estado "enjoys a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify different treatment"(parágrafo 52).

Finalmente según la certificación que se acompaña al folio 8 de las actuaciones, y según se dispone en el relato de hechos probados, la situación de acogimiento de la demandante procede desde el 5 de agosto de 2003 hasta la mayoría de edad, y la actora, nacida el NUM000 de 1998, en el momento de la solicitud ante la entidad gestora, el 28 de marzo de 2017, es ya mayor de edad y por lo tanto ha caducado su situación de acogimiento.

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación formulado por la representación letrada de DOÑA Consuelo , frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº DOS de los de Navarra, en el Procedimiento nº 618/2017, seguido a instancia de dicha recurrente, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre PENSION DE ORFANDAD, confirmando la sentencia recurrida.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a su notificación, durante el cual tendrán a su disposición en la oficina judicial de esta Sala los autos para su examen.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de lo social de procedencia con certificación de la

misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Así, por nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.