

## 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

Margarita Miñarro Yanini

Profesora titular. Universidad Jaume I (Castellón)

### 1. EL MARCO LEGAL: VOLUNTAD LEGISLATIVA EN ESTA MATERIA

De todos es conocido que la pensión de orfandad, incluida entre las denominadas pensiones de «muerte y supervivencia» en el capítulo VIII del título II de la LGSS, pretende suplir la ausencia del sustentador en una situación paterno-filial de dependencia económica, siendo aún hoy, pese al mandato constitucional, sustancialmente ajena a la existencia de una verdadera situación de necesidad del beneficiario. Coherentemente con ello, su exigua cuantía (20% de la base reguladora) se incrementa en los supuestos de orfandad absoluta (cuando ambos progenitores han fallecido) hasta el 52%. No obstante, haciéndose eco de una línea judicial flexible y finalista y en atención a reformas normativas con incidencia en esta materia, el Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo, dio nueva redacción a la normativa que la regula para, entre otras cosas, posibilitar el percibo de la cuantía correspondiente a la pensión de orfandad absoluta en algunos supuestos en los que existe un progenitor supérstite.

Precisamente, se introdujo, hace ya una década, una modificación para armonizar, completar y proyectar en la pensión de orfandad el efecto previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que recogía y actualizaba una antigua previsión incorporada en el artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967. Así, a fin de evitar que el autor de la muerte sea beneficiario de la pensión de viudedad de la causante, la norma de 2004 dispone 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 causante de pensión, salvo que medie reconciliación entre ellos*. Proyectando dicho efecto en la pensión de orfandad, el artículo 38.2 del Decreto 3158/1966 dispone que *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, el huérfano tendrá derecho a los incrementos previstos para los casos de orfandad absoluta (...).*

En consecuencia, la voluntad del legislador en esta reforma del artículo 38.2 del Reglamento General de Prestaciones ha sido incrementar la pensión del huérfano en los supuestos en que el progenitor superviviente haya sido autor de la muerte de la persona causante de la pensión. Varias son las razones que justifican la aplicación de esta solución puesto que, por 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. Por otra, atiende a la desvinculación que el huérfano desarrolla respecto del progenitor superviviente, no solo por el alejamiento físico que comporta el cumplimiento de la condena, *sino también 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»*.

## 2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

La sentencia analizada resuelve la demanda interpuesta el 8 de marzo de 2012 por la actora contra el INSS, la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales [sic] y Ministerio fiscal, si bien la única compareciente y finalmente condenada es la primera entidad. La demandante es tía materna de la beneficiaria de la pensión de orfandad cuyo incremento se reclama y guardadora de hecho de la menor, nacida el 9 de marzo de 1998 y única descendiente de sus progenitores. Los hechos básicos del supuesto de hecho al que se refiere esta sentencia son los que siguen.

El 27 de septiembre de 2011, *la madre de la menor beneficiaria de la pensión* falleció a consecuencia de las lesiones producidas por su marido. Solicitada pensión de orfandad, la Dirección provincial del INSS dictó Resolución de fecha 25 de noviembre de 2011 en la que le reconoció el derecho a percibir una pensión del 20% de la base reguladora, con fecha de efectos desde el 28 de septiembre de 2011. Esta resolución fue objeto de reclamación previa, que fue desestimada por Resolución de 23 de enero de 2012, que agotó la vía administrativa.

Posteriormente, el agresor ha sido condenado en vía penal como autor de un delito de asesinato con ensañamiento, concurriendo las circunstancias de parentesco y abuso de situación de necesidad. La pena impuesta es de 20 años de prisión con las accesorias de inhabilitación absoluta, durante el tiempo de la condena, privación de la patria potestad, prohibición de residir en el municipio de Vicar y de acudir al domicilio en el que ocurrieron los hechos y donde residen los familiares directos de la víctima, incluida la menor, en una distancia de 500 metros durante 30 años y a la indemnización de 200.000 euros a la hija y 90.000 a los padres de la víctima, más los intereses que correspondan.

La actora solicita el reconocimiento a favor de la menor de la cuantía de la pensión correspondiente a la orfandad absoluta, que asciende al 52% de la base reguladora, al entender que *su*

*situación es equiparable a la pérdida de ambos progenitores, dado que la madre falleció y el padre, aunque está vivo, fue privado de la patria potestad al ser inicialmente imputado y luego condenado como autor del delito de asesinato de aquella.* Por su parte, el INSS se opone a la demanda argumentando que la menor no tiene la condición de huérfana absoluta, por lo que afirma que le corresponde la pensión de orfandad simple reconocida, cifrada en el 20 % de la base reguladora. Añade que la ley únicamente prevé que se produzca el incremento de la cuantía de la orfandad simple solicitado en los casos en que el progenitor superviviente haya perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad al ser condenado por la comisión de un delito doloso de homicidio en todas sus formas o de lesiones, y que tal circunstancia no se produce en este supuesto.

### 3. DOCTRINA SENTADA: CLAVES DE LA POSICIÓN JUDICIAL RESPECTO AL MARCO LEGAL

La sentencia que ahora se analiza resuelve en sentido estimatorio la demanda interpuesta por la actora. En la resolución de este proceso, el juez de lo Social realiza una interpretación teleológica del artículo 38 del Reglamento General de Prestaciones, relativo al incremento de la pensión de orfandad. Así, en una sugerente sentencia que, no obstante, acusa un significativo desorden interno en sus razonamientos, con frecuentes referencias a otros pronunciamientos recaídos en procesos muy heterogéneos y que nada o poco tienen que ver con el que ventila específicamente, sobre reclamaciones en materia de pensión de orfandad, el magistrado fija una posición interpretativa de gran trascendencia jurídica y, sobre todo, social.

Por una parte, el juez da respuesta al argumento esgrimido por el INSS para rechazar la solicitud de incremento de la pensión, fundamentado en que el artículo 38.2 del Reglamento General de Prestaciones en relación con la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, contra la violencia de género, vincula el incremento a que el progenitor superviviente haya perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, y tal circunstancia no se da en este caso. Así, incidiendo en el cambio introducido por la reforma de 2009 en aquel precepto, señala al respecto que *la nueva norma no establece como presupuesto imprescindible para el incremento de las prestaciones de orfandad el fallecimiento de ambos progenitores, porque incluye entre los supuestos de orfandad «absoluta» en que se prevé el incremento el que exista algún beneficiario de la pensión de viudedad que no hubiera sido asignado, como ocurre en el supuesto enjuiciado (...).* Con todo, aunque podría continuar aduciendo que en el supuesto examinado no hay pérdida de la pensión de viudedad simplemente porque no hubo solicitud, y de haberla no hubiera sido concedida, y determinar así la aplicación del supuesto por responder a la voluntad normativa, el juez no termina de cerrar esta respuesta, dando un salto lógico para vincular la ausencia de pensión con la pérdida de la patria potestad, que es el motivo en que se basa la demanda. No obstante, posteriormente, en alusión a la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004 señala que en este caso el agresor *nunca podría tener derecho a la pensión de viudedad como consecuencia del fallecimiento de su esposa aunque lo solicitara,*

*por lo que en una aplicación analógica de la norma se debería haberle otorgado inicialmente el 52% de la base reguladora interesada.*

En relación con el argumento de base de la demanda, centrado en la pérdida de la patria potestad por el padre debido a la muerte de la madre y su equiparación a la situación de carencia del mismo, el juez muestra su respaldo al apuntar que el INSS debiera haber reconocido la pensión de orfandad absoluta desde que se le formulara la solicitud inicial por la interesada. Así, señala que (...) *con independencia de que en el momento en que el INSS dictó la resolución administrativa en la que reconoció a la menor de edad el derecho a percibir la pensión de orfandad en la cuantía del 20% de la base reguladora correspondiente no existiera sentencia firme que condenara a su padre a la pérdida de la patria potestad de su hija, ello no era obstáculo para que pudiera haberle otorgado el 52% solicitado, puesto que el padre de la menor ya estaba privado de la patria potestad (...).*

Con todo, aunque ya ha presentado varios argumentos que determinarían la estimación de la demanda, no termina aquí el razonamiento judicial. El magistrado da un paso más y liga la comprensión de la norma a una realidad social tristemente muy extendida aún: ser padre no es un hecho biológico solo, sino que implica cumplir una función efectiva de cuidar, más allá incluso de alimentar propiamente. Así, señala que *aunque el fallecimiento (...) se hubiera producido por cualquier otra causa, la menor habría quedado totalmente desprotegida igualmente, puesto que de la lectura de los hechos probados de la Sentencia de la Audiencia provincial de Almería se deduce que (...) (el padre) nunca se ocupó de su hija, incumpliendo con las obligaciones que impone el Código Civil a los padres con respecto a los hijos menores de edad sometidos a su patria potestad, pues en dicha resolución judicial se relata que (...) sometió a su hija (...) desde que nació a un abandono absoluto emocional, en ninguna ocasión llevó a la menor con sus amigos, ni la acompañó al médico, ni acudió a las fiestas escolares de la menor, ignoraba sus rendimientos escolares, no existía, en definitiva, diálogo alguno, no comiendo el padre con la hija y la madre. Cuando su madre trabajaba de noche, la menor se iba con su tía a dormir, aunque el padre no trabajara... Como consecuencia de estos sufrimientos psicológicos recibidos, en el ámbito familiar, la menor sufre trastorno postraumático, trastorno adaptativo mixto con ansiedad y depresión con secuelas. En definitiva, a los efectos prácticos, es como si la menor, desde su nacimiento, solo hubiera tenido un progenitor (madre) que era la única que cumplía con las obligaciones...».*

#### **4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE SENTENCIA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA**

La sentencia comentada tiene una trascendencia indudable en el plano jurídico, como se decía. Es la primera que reconoce la pensión de orfandad absoluta en un supuesto que, si bien, no es encuadrable en el artículo 38.2 del Reglamento General de Prestaciones en sus estrictos términos, sí responde plenamente a su espíritu, a su finalidad protectora frente al fallecimiento

de la madre ocasionado por el padre. Pero, sobre todo, es relevante en el plano social. A nadie se oculta la tragedia humana que hay tras este supuesto, desgraciadamente no aislado, sino que presenta una frecuencia superior a la tolerable. Por eso, se dio a este pronunciamiento gran difusión en los medios de comunicación, mostrando con ello el gran interés social que despertó. Buena prueba de esta doble trascendencia es que la decisión ha adquirido firmeza, pues el INSS, consciente del extraordinario impacto que tuvo el conocimiento público de esta resolución judicial, ha decidido «reconciliarse» con el sentir social, con la conciencia social del tiempo en que vivimos, y no recurrirá la decisión judicial.

En consecuencia, se considera que, de aquí en adelante, el INSS convertirá esta nueva sensibilidad social en una práctica, de modo que cuando se produzca el fallecimiento de una mujer siendo el autor de la muerte una persona con la que tiene descendencia, esta tendrá derecho al percibo de la pensión de orfandad absoluta. Asimismo, la incidencia en la situación de pérdida de la patria potestad en el reconocimiento de la pensión de orfandad absoluta en supuestos de progenitor superviviente, en la que incide la sentencia examinada, también habrá de tenerse como dato esencial en la resolución de futuras reclamaciones.

Con todo, parece más dudoso que se consolide la valoración de las circunstancias de hecho de desatención de los hijos por el padre de manera autónoma, es decir, en supuestos en los que el fallecimiento no se produzca en el marco de situaciones de violencia de género, como parece apuntar el juez en la sentencia analizada. Así, por loable y justa que sea la atención a esta cuestión, se entiende que, desgraciadamente, el INSS, y aun muchos órganos judiciales de lo social, se resistirán a entender justificada la concesión del incremento de la pensión por dicha causa, además de que, al no fundamentarse en elementos formales, la prueba puede resultar muy compleja y por tanto más rebatible. Pero al ser tales situaciones tan frecuentes y estar normalizadas en nuestra sociedad, que todavía asiste a un reparto extremadamente desigual, y sin duda discriminatorio en sentido estricto, de los tiempos de vida y de trabajo, el «productivo» —que parece ahora ya tanto masculino como femenino— y «reproductivo» —que sigue pareciendo tan solo, casi de un modo exclusivo, femenino, salvo la consabida «ayuda del varón»—, bien haría el legislador en tomar en serio la reflexión del juez de lo Social y proceder a una reforma de esta prestación, tan vetusta como desfasada para la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada.