

## POBRES HUÉRFANOS. (INCREMENTO DE LA ORFANDAD CON LA VIUEDAD NO GENERADA)

**Ricardo Laborda Ferrer**

*Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Zaragoza*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2014** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Martín GODINO REYES, don Fermín GUARDIOLA MADERA, doña Sofía OLARTE ENCABO, don Ángel Luis SÁNCHEZ IGLESIAS y don Juan Miguel TORRES ANDRÉS.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

---

### EXTRACTO

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de un aspecto muy concreto de las prestaciones por muerte y supervivencia, y más concretamente el incremento de la pensión de orfandad con la pensión de viudedad no generada. Para ello se realiza un recorrido por las distintas regulaciones que dicho derecho ha tenido, desde su establecimiento en 1967, hasta la última regulación de 2009, analizando en particular las distintas interpretaciones que al mismo se han dado por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional, así como la doctrina administrativa surgida en la aplicación del mismo. A modo de final se realiza una breve propuesta de futuro y de modificación de la actual regulación. Se trata, en definitiva, de una materia especialmente sensible, y a la cual el legislador, quizás, no haya prestado la importancia que merece.

**Palabras claves:** pensión de orfandad, pensión de viudedad, huérfano absoluto, huérfano relativo, cónyuge y pareja de hecho.

---

*Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de aceptación: 10-07-2014*

## POOR ORPHANS. (INCREASE THE ORPHAN GENERATED WITH NO WIDOW)

Ricardo Laborda Ferrer

---

### ABSTRACT

The present work aims to study a particular aspect of the death and survival benefits, and more specifically the increase in the orphan's pension to the widow's pension is not generated. To do a tour is by the regulations such right has, since its establishment in 1967 until the final regulation of 2009, analyzing in particular the different interpretations of the same have been given by the Supreme Court and the Court Constitutional and administrative doctrine arose in the application. As a final brief proposal for the future and to amend the current regulation is performed. It is, in short, a particularly sensitive matter, and which the legislature perhaps has not given the importance it deserves.

**Keywords:** orphan's pension, widow's pension, absolute orphan, orphan relative, spouse and partner.

---

---

## Sumario

- I. De 1967 hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 1994
- II. Desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 1994 a la Sentencia del Constitucional de 2006
- III. Desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2006 al Real Decreto 296/2009
- IV. La nueva regulación del Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo
- V. La nueva doctrina del Tribunal Supremo
- VI. Resumen de la situación actual
- VII. Una propuesta de futuro

## I. DE 1967 HASTA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1994

La regulación del acrecimiento de la pensión de orfandad con la viudedad no generada no se realizó por vía legal sino por vía reglamentaria, concretamente en el artículo 36.2 del [Decreto 3158/1966](#), por el que se aprueba el Reglamento General de prestaciones y el artículo 17.2 de la [Orden de 13 de febrero de 1967](#) que regula las prestaciones por muerte y supervivencia. En cualquier caso, se debe indicar que dicha regulación es más antigua en nuestro Derecho, así ya se preveía en el artículo 92 del Reglamento General del Mutualismo Laboral del cual pasó, prácticamente inalterado, al artículo 36.2 del Decreto 3158/1966. En ambos preceptos se prevé dicho incremento en aquellos supuestos en los que «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 la misma», añadiendo que, en caso de que existan varios huérfanos, el incremento se distribuirá, entre ellos, a partes iguales. Del mismo modo se regula que, en los casos de que concurran en un mismo beneficiario pensiones de orfandad del padre y de la madre, solo podrá incrementarse una de ellas.

Dicha regulación no planteó en un primer momento excesivos problemas, considerando la realidad social en la que era aplicada, en la que la organización familiar se basaba, casi exclusivamente, en el matrimonio y, en consecuencia y salvo casos excepcionales, la situación normal es que, al fallecimiento del causante, el otro cónyuge, o fuera beneficiario de la pensión de orfandad o, en su caso, hubiese premuerto.

La entidad gestora siempre interpretó dicha regulación en el sentido de que el incremento exigía la orfandad absoluta del beneficiario, aunque en los preceptos antes mencionados no se recoge expresamente dicha exigencia, únicamente limitándose a requerir que no exista cónyuge sobreviviente con derecho a pensión y, además, consideró que para que pueda generarse el derecho al incremento es requisito ineludible que hubiera existido un cónyuge con derecho a la pensión de viudedad, y que precisamente por haber fallecido previamente no puede acceder a la misma. Incluso la interpretación que realizaba el servicio de Mutualismo Laboral era más flexible que la de la entidad gestora, así en Resolución de 4 de mayo de 1955 permitió acrecer las pensiones de orfandad absoluta aun cuando el causante nunca hubiera estado casado, en cuyo caso, es obvio, no cabe hablar de *la fracción de pensión que le hubiera correspondido de no haber premuerto*, porque, simplemente, sin haber contraído matrimonio ningún derecho de viudedad se hubiera lucrado.

## II. DESDE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1994 A LA SENTENCIA DEL CONSTITUCIONAL DE 2006

Tras algún pronunciamiento favorable por parte de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ)<sup>1</sup> (referidos en un primer momento a huérfanos relativos de parejas de hecho) e incluso del Tribunal Central de Trabajo<sup>2</sup> (adoptó un criterio flexible reconociendo el incremento en aquellos supuestos en que el fallecimiento del causante produce un menoscabo patrimonial en el huérfano, y negándolo en caso contrario), y que en cierta medida fue admitida por la entidad gestora<sup>3</sup>, la puerta fue cerrada definitivamente por las Sentencias del Tribunal Supremo (TS) de **23 de febrero de 1994** y de **5 de abril de 1994** (si bien esta última con un importante voto particular, que posteriormente sería la base del cambio jurisprudencial del Alto Tribunal en 2008), a las que posteriormente siguieron otras muchas<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> STSJ de Cataluña de 17 de marzo de 1993: «Finalidad reparadora que, sin embargo, quedaría conculcada de no concederse el incremento instado, fundado en los artículos 17.2 de la Orden de 1967 y en los 31.1 y 36.2 del Decreto 3158/1966, por el hecho de que no hubiere vínculo matrimonial formal entre los padres del huérfano y el que a su madre, en la interpretación predominante hasta la fecha, se le niegue el derecho a la pensión de viudedad, por lo que cabe interpretar, como exige el artículo 9.3 de la Constitución Española, que o bien el cónyuge existente no tiene derecho a la pensión de viudedad o que el padre sobreviviente no tiene el concepto formal de cónyuge, por lo que procedería, en uno u otro caso, conforme a un ya antiguo criterio jurisprudencial (sentencias extinto Tribunal Central de Trabajo de 16 de diciembre de 1977, 10 de marzo de 1978, 1 de noviembre de 1979 y 20 de diciembre de 1983, Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de enero y 4 de febrero de 1991, Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 12 de junio de 1991), conceder el incremento solicitado, pues lo contrario supondría, además, hacer de peor condición a unos hijos en relación a otros por razón de su origen matrimonial o extramatrimonial, con vulneración del artículo 14 de la Constitución».

<sup>2</sup> La jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo reconoció dicho incremento en Sentencias de 8 de marzo de 1976, 7 de diciembre de 1978, 17 de mayo de 1982 y 17 de noviembre de 1987, argumentando que: «la razón de ser del disfrute de ambos porcentajes de pensión de supervivencia no tiene nada que ver con una transmisión hereditaria sino, como se ha visto, en el menoscabo patrimonial que sufren los huérfanos cuando para atender a su sustento no cuentan también con el porcentaje de la pensión de viudedad». En cambio negó el derecho al incremento en aquellos supuestos en que no se produce el menoscabo patrimonial citado al no depender económicamente el huérfano del fallecido (Sentencias de 3 de abril de 1973, 15 de enero 1980 y 16 de marzo de 1981).

<sup>3</sup> Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 29 de marzo de 1976. Esta dirección general estima que de acuerdo con el criterio seguido por el TS en diversas sentencias, entre ellas la de 15 de noviembre de 1969, que mediante una interpretación teleológica aplica la teoría de la «asimilación de ciertas situaciones de hecho», atendiendo a la finalidad de las prestaciones de la Seguridad Social, considerando que lo contrario supondría incluso un fraude al espíritu de la propia ley, por tanto en el presente caso se puede considerar a la esposa que abandonó el domicilio conyugal como «cónyuge inexistente» con objeto de que el hijo habido de su matrimonio con el productor fallecido se le considere «huérfano absoluto» y en consecuencia se le pueda incrementar a la pensión de orfandad lo previsto en los artículos 17.2 y 29.2 b), de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, es decir, una pensión mensual hasta el cumplimiento de los 18 años en la cuantía del 65 % de la base reguladora, y una indemnización especial a tanto alzado por un total de 6 mensualidades del salario computable del causante.

<sup>4</sup> SSTs de 20 de julio de 1994, 2 de diciembre de 1994, 31 de enero de 1995 y **10 de julio de 1995**.

La argumentación del TS se basa en dos pilares básicos; el primero de ellos parte de considerar que, para que se tenga derecho al incremento de la pensión de orfandad, es requisito imprescindible que exista o haya existido un cónyuge que pudiera ser beneficiario de la pensión de viudedad, así afirma: «La mera contemplación del tenor literal del referido artículo 17.2 conduce a constatar, en primer lugar, que, en ambos casos, se emplea la palabra "cónyuge" –estado solo aplicable a las personas unidas por vínculo matrimonial– y, en segundo lugar, que ni siquiera el fallecimiento posterior del viudo genera, automáticamente, el derecho al incremento litigioso, sino que el acrecimiento viene supeditado a la condición de que el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión muera en el goce de la misma. Por lo tanto si en este último supuesto el incremento depende de que la viuda ostente la titularidad y disfrute de la pensión de viudedad en el momento de su muerte, una interpretación armónica y coherente de la norma, globalmente considerada, permite concluir que el "cónyuge inexistente", en el momento del fallecimiento del causante de la prestación de viudedad, de haber vivido no reuniría los requisitos y condiciones para el acceso a la misma» y, en consecuencia, no puede transmitir dicho derecho al huérfano; y, en segundo lugar, negar la posible equiparación del huérfano relativo, cuyo progenitor no percibe la pensión de viudedad, con el huérfano absoluto, ya que en el primero el menoscabo patrimonial no es el mismo, al existir un progenitor vivo a quien incumben –art. 154.1 del [Código Civil](#) (CC)– entre otras, las obligaciones de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral.

Esta línea jurisprudencial fue inmediatamente recogida por los TSJ<sup>5</sup> y por el Instituto Nacional de la Seguridad (INSS) (cabe destacar que la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 3 de noviembre de 1994 calificó como «dura» la doctrina judicial, en contra de la práctica de la entidad gestora de reconocer el incremento a los huérfanos no matrimoniales cuyo progenitor sobreviviente no cumple las obligaciones que le impone el CC para con sus hijos), lo que, a efectos prácticos, origina las siguientes consecuencias:

1. Solo los huérfanos absolutos tienen derecho a incrementar la pensión de orfandad con la viudedad no generada, por lo tanto dicha posibilidad se niega expresamente para los huérfanos relativos de parejas de hecho y de madre soltera. No obstante, si llevamos la doctrina del TS a sus últimas consecuencias, los hijos de parejas de hecho, ni siquiera en supuestos de orfandad absoluta, tendrían derecho al incremento, porque en estos casos al no existir un cónyuge sobreviviente, y en palabras del propio tribunal, «no teniendo el conviviente derecho a la pensión de viudedad por muerte del causante... mal puede, transmitiendo un derecho que nunca tuvo, incrementar la pensión de orfandad del hijo común extramatrimonial», lo que provocaba, a mi juicio, una discriminación directa de los hijos extramatrimoniales frente

<sup>5</sup> SSTSJ del País Vasco de 10 de noviembre de 1998, de [Navarra de 27 de noviembre de 1998](#) y de Madrid de 20 de julio de 1999, entre otras muchas.

a los matrimoniales; en idéntica situación, un huérfano absoluto de matrimonio tendría derecho al acrecimiento y no lo tendría el huérfano absoluto de pareja de hecho, al no haber existido nunca un cónyuge susceptible de acceder a la pensión de viudedad; además, se debe indicar que el incremento no lo trasmite el cónyuge sino el causante, la pensión de viudedad es un derecho derivado y no propio y, por lo tanto, faltando dicha pensión se dan los requisitos previstos en la norma para el incremento de la orfandad.

La propia entidad gestora, siguiendo el criterio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, considera como condición necesaria para el incremento de la pensión de orfandad que «exista o haya existido un cónyuge –requisito de vínculo matrimonial– con derecho o expectativas de derecho a la pensión de viudedad»<sup>6</sup>.

No obstante, dicho resultado va más allá de lo que la sentencia pretende y, siendo evidente la existencia de una discriminación en dichos supuestos, los tribunales resolvieron conceder el incremento, en casos como el expuesto<sup>7</sup>, e incluso el propio TS<sup>8</sup> se aparta de dicho criterio, si bien referido a una pensión a favor de familiares, al afirmar: «No es de aplicación al caso, como pretende la entidad gestora, la sentencia dictada por esta Sala, en 23 de febrero de 1994, que resuelve un supuesto diferente relativo a la pensión de orfandad. Se afirma, en efecto, en esta resolución judicial, que el incremento del 45% con base en la orfandad absoluta, no procede cuando, en el caso de hijo habido en una relación extramatrimonial, fallece el padre, pero no la madre, unida sentimentalmente de hecho al fallecido, dado que, en tal caso, la pervivencia de uno de los progenitores excluye el concepto de "orfandad absoluta"», lo que *a sensu contrario* parece indicar que la solución del tribunal sería otra de tratarse de un huérfano absoluto de pareja de hecho.

Lo dicho no hace sino poner de manifiesto que no se puede utilizar como criterio para negar el incremento de la pensión de orfandad la existencia o no de vínculo conyugal, sino que dicho derecho nace directamente del causante, y debe tenerse en cuenta, exclusivamente para su concesión, la situación del huérfano y no la existencia o no de un cónyuge. El artículo 14 de la [Constitución](#) impone la igualdad de trato ante la ley y la no discriminación, y el criterio aplicado por el TS supone una discriminación por razón de la filiación carente de cualquier tipo de justificación objetiva y razonable.

2. Conforme a la regulación del incremento, este puede tener lugar en dos momentos, o bien en el fallecimiento del causante, siendo requisito la orfandad absoluta, con

<sup>6</sup> Criterio del INSS 48/1999.

<sup>7</sup> STSJ de Baleares de 9 de mayo del 2006.

<sup>8</sup> [STS de 15 de abril del 2002](#).

las dudas antes planteadas en el supuesto de parejas de hecho, o en un momento posterior, exigiendo en este caso que el cónyuge superviviente fallezca en el disfrute de la pensión de viudedad, lo que implica que no se tenga derecho al mismo cuando la pensión se extingue por causa distinta al fallecimiento, como puede ser contraer nuevas nupcias. Así lo interpretó la entidad gestora con el siguiente argumento: «el citado incremento no solo es improcedente cuando los huérfanos absolutos eran hijos de progenitor que fallece después de habersele extinguido la pensión de viudedad por nuevas nupcias; esto ya se ha razonado en el Criterio 47/1998. Tampoco los huérfanos absolutos que no son hijos del cónyuge superviviente pueden ver incrementada su pensión con la que este disfrutaba al casarse, ni mientras vive ni aunque fallezca».

Esta interpretación conduce en la práctica a situaciones que no cabe sino calificar como de absurdas. En primer lugar, un huérfano absoluto de pareja de hecho que no puede acceder al incremento, por existir cónyuge superviviente con derecho a pensión en la fecha del fallecimiento del causante, se verá privado de esa posibilidad por el hecho de que el viudo/a contraiga nuevas nupcias, siendo difícil explicar la justificación de esa negativa, y la relación que dicha circunstancia tiene con el estado de necesidad del huérfano. En segundo lugar, un huérfano relativo de pareja de hecho en el momento del fallecimiento del causante que no tiene derecho al incremento por existir un progenitor vivo no tendría derecho al mismo aunque este falleciese con posterioridad porque, evidentemente, no lo ha hecho en el disfrute de la pensión de viudedad, situación injusta y discriminatoria respecto del huérfano relativo de matrimonio que al fallecimiento de progenitor accedería al acrecimiento. De esta manera la entidad gestora, y por este mismo razonamiento, negaba el acrecimiento en los supuestos de desaparición (art. 190 y 191 CC) del progenitor superviviente en los supuestos de parejas de hecho, si tenía lugar después del fallecimiento del causante, ya que en este caso no era beneficiario de la pensión de viudedad y por lo tanto aunque falleciese no generaría el derecho para el huérfano; en cambio lo concedía cuando la desaparición se producía antes del fallecimiento, porque en ese caso consideraba al huérfano como absoluto en el momento del hecho causante.

Se puede justificar esta interpretación afirmando que la pareja de hecho que fallece después del causante no disfruta de la pensión de viudedad y en consecuencia no se produce ningún menoscabo patrimonial que deba ser reparado, pero eso no haría sino perjudicar doblemente al huérfano de pareja de hecho, que se vería privado de la pensión de viudedad en el momento del fallecimiento del causante y en el momento posterior en que fallece su progenitor superviviente.

Así lo entiende la STSJ de Asturias de 18 de febrero del 2000: «La menor es hija de madre soltera y de padre desconocido con lo que no se acreditan los presupuestos de aquella norma. Sin embargo tal criterio no puede compartirse porque, como con acierto señala la sentencia recurrida, implicaría un trato desigual de los hijos pues el hijo de padre o madre desconocido tendría peor condición que el que los

tiene conocidos pues nunca estaría amparado por la norma protectora, pues no sería calificado como huérfano absoluto nunca. Quien solo tiene un progenitor conocido (padre o madre) y este fallece es evidente que adquiere también la condición de huérfano absoluto, pues carece de otro progenitor que supla o sustituya al fallecido y por ello queda inmerso en la situación que trata de amparar el citado artículo 17.2 que no es otra que dar una protección más amplia a quien carece de padres»<sup>9</sup>.

3. En relación con los supuestos de condena penal por culpabilidad en la muerte del cónyuge, la entidad gestora entendió aplicable a estos supuestos el incremento de la pensión, asimilando el ingreso en prisión a la situación que se produce cuando el padre/madre superviviente ha abandonado el hogar familiar y se encuentra en «paradero desconocido», situación en que la Resolución de 29 de marzo de 1976 consideró procedente tratar al huérfano como si fuera absoluto. No obstante, la Dirección General de la Seguridad Social, y resolviendo la discrepancia entre la entidad gestora y la Intervención General de la Seguridad Social, en Resolución de 2 de diciembre de 1998, niega expresamente dicha interpretación, afirmando que lo contrario supondría «un tratamiento discriminatorio al reconocer al huérfano no absoluto el derecho al incremento dependiendo del motivo por el que el progenitor superviviente no percibe la pensión de viudedad», añadiendo que la única causa de extinción de la pensión de orfandad que permite el acrecimiento es el fallecimiento de su beneficiario en el disfrute de la misma<sup>10</sup>.
4. El mismo criterio se adoptó, en la citada resolución, para todos aquellos supuestos en que el progenitor superviviente, y debido a sus particulares condiciones (alcoholismo, drogodependencia, incapacitación), no pueda cumplir los deberes que le impone la patria potestad. Especialmente llamativo resulta el supuesto analizado por la Sentencia del Juzgado de lo Social de Tarragona de 15 de julio del 2004: huérfano de pareja de hecho de padre drogodependiente, y posterior fallecimiento de la madre también drogodependiente, donde la entidad gestora niega el incremento por considerar que al no existir «cónyuge» no hay lugar al acrecimiento. Dicha sentencia afirma: «En el presente litigio, nos encontramos ante una auténtica y efectiva situación de orfandad absoluta, y no será nunca discriminación respecto de los hijos matrimoniales, habida cuenta de la no existencia de padres. Tampoco resulta aplicable que el incremento de la pensión de orfandad supondría un reconocimiento indirecto de la pensión de viudedad, ya que la causante madre del menor ya ha fallecido, y en consecuencia no dispondrá de pensión alguna. En los demás argumentos expuestos, resultan inadecuados, que en el presente caso se da idénti-

<sup>9</sup> En el mismo sentido las SSTSJ de Murcia de 18 de noviembre de 1996 y de Andalucía/Málaga de 27 de octubre de 2000.

<sup>10</sup> No obstante, en algún caso que llegó a los tribunales en supuestos similares se reconoció el incremento, así la Sentencias del Juzgado de lo Social de León de 21 de abril de 1999 y del TSJ de Madrid de 14 de septiembre del 2000. En sentido contrario, y reproduciendo los argumentos de la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 13 de septiembre del 2004.

ca situación de lesión o desequilibrio patrimonial como cualquier hijo matrimonial huérfano de padre y madre, ya que tampoco puede contar con la fuente de ingresos de la madre». El presente caso sería un ejemplo de cómo la aplicación estricta de la doctrina del TS lleva a consecuencias discriminatorias.

En conclusión y respecto de este periodo, cabe afirmar que en la jurisprudencia del TS hay una clara intención de evitar que las parejas de hecho obtengan por esta vía indirecta la pensión de viudedad que reiteradamente se les había negado tanto por la jurisdicción ordinaria como constitucional y, en consecuencia, se castiga en los hijos la decisión de los padres; por lo tanto, los argumentos del TS tienen como finalidad alcanzar el resultado deseado de evitar dicha mejora, comparándose la situación de un huérfano relativo de pareja de hecho con un huérfano absoluto para afirmar que ambas situaciones no son equivalentes; si bien, en principio, esta afirmación puede ser compartida, y, al menos, abstractamente, el estado de necesidad de un huérfano relativo es menor que el de un huérfano absoluto, equivoca el tribunal, a mi juicio, los términos de la comparación, y esta debería realizarse entre dos huérfanos relativos de pareja de hecho y matrimonial, para determinar si la Seguridad Social otorga idéntica protección en ambos casos y, probablemente, se llegue a la conclusión de que es mayor la cobertura otorgada en el supuesto de hijos matrimoniales. Además, hacer depender el derecho al acrecimiento de la existencia de un «cónyuge» supone introducir un elemento distorsionador que puede ocasionar situaciones injustas y claramente discriminatorias, además de desconocer que las pensiones de orfandad traen su causa en el causante y en el estado de necesidad del huérfano.

Perfectamente el TS podría haber realizado una interpretación distinta, que en este caso se ajustaría plenamente a la letra de la norma, que únicamente exigía que a la muerte del causante «no exista cónyuge sobreviviente con derecho a pensión», circunstancia que puede acontecer tanto porque el cónyuge hubiera fallecido con anterioridad, no hubiera existido nunca, o simplemente no fuera acreedor de la pensión de viudedad.

### III. DESDE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 154/2006 AL REAL DECRETO 296/2009

La situación antes expuesta sufrió un giro radical con ocasión de la Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) [154/2006 de 22 de mayo](#), en la que, si bien el supuesto de hecho al que se refiere no es el del acrecimiento de la pensión de orfandad con la viudedad no generada sino a la indemnización a tanto alzado por fallecimiento por accidente de trabajo, resulta evidente que sus argumentos eran extrapolables a ambas situaciones.

Haciendo una síntesis de los argumentos utilizados por el TC podemos señalar lo siguiente:

1. En primer lugar, enmarca la cuestión dentro de la prohibición de no discriminación establecida en el artículo 14 de la [Constitución](#), discriminación en este caso,

por razón del nacimiento, a la que se aplica un canon más riguroso de parificación como regla.

2. Se reitera por el TC que la prohibición consagrada en el artículo 14 se aplica no solo a las discriminaciones directas sino también a las indirectas, «esto es, aquellos tratamientos formalmente neutros y directamente no discriminatorios de los que se derive, sin embargo, un impacto o resultado adverso sobre los miembros de un colectivo protegido, esto es, los casos en los que dicho grupo (aquí, los hijos extramatrimoniales) sufre consecuencias desiguales perjudiciales, motivadas por el impacto diferenciado y desfavorable de tratamientos formalmente iguales o incluso de tratamientos que –descontextualizados del impacto adverso que ocasionan– podrían considerarse razonablemente desiguales».
3. Sentados los presupuestos anteriores el TC compara la situación de un huérfano relativo de matrimonio y de pareja de hecho y, analizando la jurisprudencia del TS, considera que, en principio, concede el mismo trato a ambos huérfanos. Así destaca: «En una idéntica situación de orfandad relativa, lo mismo que al hijo extramatrimonial del trabajador fallecido se le ha denegado el incremento del art. 29.2, se le negaría también a un huérfano relativo nacido en el seno de un matrimonio, al no darse en ninguno de los dos casos el presupuesto imprescindible para el acrecimiento de la prestación (el fallecimiento de ambos progenitores) que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes reseñada».
4. No se limita a comparar la situación del huérfano considerado individualmente, sino que toma en consideración el impacto que la anterior decisión tiene en la familia del huérfano extramatrimonial, llegando a la conclusión de que «en esa unidad familiar el progenitor vivo ni percibe la prestación de viudedad ni la indemnización a tanto alzado, por inexistencia de vínculo matrimonial con el causante, y que, si bien las prestaciones de muerte y supervivencia no sustituyen a la obligación alimenticia del progenitor superviviente, sin duda pueden favorecer la satisfacción de las necesidades del hijo, por lo que, al margen de cuáles sean los criterios de valoración propios de la acción protectora de la Seguridad Social, no cabe hacer total abstracción de ese elemento y de la repercusión que el fallecimiento tiene en las necesidades de la familia. Por otra parte, el propio incremento analizado apuntaría una vocación de compensación a los huérfanos por equivalencia a las prestaciones que percibiría la familia de existir un progenitor vivo». Llegando a la conclusión de que «discrimina de modo indirecto a los hijos extramatrimoniales (art. 14 en relación con los arts. 39 y 41 CE): el artículo 39.3 de la CE, cuyo texto refleja una directa conexión con el artículo 14 de la CE, impone a los padres el deber de "prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio" y, sin embargo, con aquella interpretación, las realidades familiares extramatrimoniales estarían en peores condiciones para prestar tal asistencia a unos hijos habidos fuera del matrimonio, es decir, estos, en el terreno de dicha asistencia, serían de peor condición que los hijos matrimoniales».

5. En definitiva, se debe dar una nueva interpretación al precepto que permita el incremento en los casos de hijos extramatrimoniales en los que el progenitor vivo no tiene derecho a la indemnización especial; siendo esta interpretación perfectamente ajustada a la norma, «la inexistencia de cónyuge sobreviviente "con derecho a esta indemnización especial", es claro que esa situación se da, precisamente, en los casos de padres extramatrimoniales, que resultan sin derecho a esa indemnización por no existir vínculo matrimonial, lo que en la literalidad del precepto daría lugar al reconocimiento consiguiente a los huérfanos del incremento, evitándose así el impacto negativo que otra interpretación tiene en la realidad familiar y en la cobertura de las necesidades de los hijos extramatrimoniales».

Dicha interpretación fue en un primer momento acogida por la entidad gestora, si bien limitada a la indemnización especial a tanto alzado en los casos de fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional<sup>11</sup>, pero era evidente que debía tener su reflejo en el acrecimiento de la pensión de orfandad con la viudedad no generada.

El primer tribunal en aplicar la doctrina del TC al acrecimiento de la pensión de orfandad con la viudedad no generada fue el del País Vasco<sup>12</sup>, cuyas sentencias recurridas en casación permitieron al TS pronunciarse nuevamente sobre la materia. Así el Alto Tribunal cambia su criterio acogiendo la doctrina constitucional en Sentencias de [9 de junio](#) y [24 de septiembre del 2008](#), y prácticamente reproduce los argumentos que, en su momento, se hicieron constar en el voto particular de la [Sentencia de 5 de abril de 1994](#) y que en aquella fecha fueron rechazados. Estos, sucintamente se pueden resumir en los siguientes:

1. Como no podía ser de otra manera, consideró que la doctrina del TC, si bien referida a la indemnización especial por fallecimiento derivado de contingencias profesionales, era también aplicable al acrecimiento de la pensión de orfandad con la viudedad no generada.
2. Consideró, a diferencia de su doctrina anterior, que la obligación de alimentos y las prestaciones de la Seguridad Social son perfectamente compatibles, exigiendo además las primeras una prueba de necesidad que no se requiere en las segundas.
3. Comparó la situación en la que quedan ambas unidades familiares para afirmar que «el viudo o la viuda y/o los huérfanos del sujeto causante son protegidos no solo en

<sup>11</sup> La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social publicó la [Resolución de 28 de julio de 2006](#) (BOE de 21 de agosto de 2006) para adecuar la actuación de las entidades gestoras y colaboradoras del sistema de la Seguridad Social, aplicable a los hechos causantes producidos a partir de 22 de junio de 2006: La condición prevista en el artículo 29.2 b) de la Orden de 13 de febrero de 1967, relativa a que no exista viuda o viudo con derecho a la indemnización especial a tanto alzado en caso de muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional, a efectos de incrementar la que corresponda al huérfano, se entenderá que se cumple en aquellos supuestos en que no hubiera mediado matrimonio entre los progenitores del huérfano.

<sup>12</sup> Sentencias de 23 de enero y 6 de noviembre del 2007.

cuanto individuos, sino también en cuanto miembros de una familia cuyo modo de subsistencia se ha visto afectado por el agotamiento o desaparición de una de sus fuentes de ingresos», para terminar concluyendo que «el incremento de las pensiones de orfandad resulta ser así una renta social sustitutiva de aquella prestación que falta en la unidad familiar cuando no se ha reconocido en la misma el derecho a una pensión de viudedad. Desde este punto de vista resulta indiferente que la falta de tal reconocimiento se deba a orfandad absoluta por inexistencia de padre o madre superviviente, o a que el progenitor superviviente no tenga derecho a pensión por no haber sido cónyuge –es decir, vinculado por matrimonio– del sujeto causante. Una vez cubierto el periodo mínimo de carencia del asegurado, el factor decisivo a tener en cuenta desde el punto de vista de la protección de los hijos extramatrimoniales mediante el incremento de la pensión de orfandad es en esta línea de razonamiento la valoración estándar de sus necesidades; y es claro que tal valoración no puede perder de vista que en la célula familiar a que pertenecen los hijos extramatrimoniales no se han ingresado, teniendo en cuenta la normativa vigente a la sazón, rentas sociales en favor del progenitor superviviente».

Esta nueva doctrina del TS necesariamente tenía que tener su reflejo en la actuación de la entidad gestora. Así, se modificó el Criterio 48/1999 por la RJ 4/2009, en la que se recoge la doctrina expuesta, reconociéndose el derecho al acrecimiento en los siguientes supuestos:

1. El derecho a incrementar la pensión de orfandad se reconocerá siempre que no quede cónyuge (excónyuge o persona cuyo matrimonio con el fallecido haya sido anulado) ni superviviente de pareja de hecho con derecho a pensión de viudedad, o cuando estos fallezcan estando en el disfrute de la misma. Con dos aclaraciones: (1) que se exige que el causante acredite los requisitos para generar la pensión de viudedad<sup>13</sup> (la pensión de orfandad tras la [Ley 40/2007](#) no exige periodo de carencia en los casos de fallecimiento por enfermedad común, a diferencia de la viudedad), y (2) que no importa que sobreviva o no el otro progenitor y tampoco tiene trascendencia la situación civil del progenitor superviviente (viudo, casado soltero, conviviente de hecho, divorciado, separado) al producirse el hecho causante, igual que carece de relevancia la causa que le impida acceder a pensión de viudedad.
2. Este criterio se aplica a los hechos acaecidos a partir del 2008, sin perjuicio de reconocer o revisar las denegaciones del incremento de la pensión de orfandad antes de dicha fecha.

<sup>13</sup> No obstante dicho criterio no ha sido mantenido por los tribunales, así la STSJ de Asturias de 4 de octubre del 2013 reconoce el derecho al incremento a una huérfana relativa de unión matrimonial, en el que el cónyuge supérstite no tiene derecho a la pensión de viudedad por no cumplir los requisitos de alta y cotización.

Fijados así los términos, nos encontramos con una situación diametralmente opuesta a la anterior, en la que haciendo una interpretación literal del precepto, siempre que no «exista cónyuge con derecho a pensión», tendrá lugar el acrecimiento, exista o no progenitor vivo.

En esta situación, se dictó la [Ley 40/2007](#), que, en la materia que nos ocupa, realizó una profunda modificación de las prestaciones por muerte y supervivencia, y en particular de la pensión de viudedad, que quizás hubiera justificado un nuevo cambio jurisprudencial. En lo que aquí nos interesa, y por la repercusión que tiene en el derecho al acrecimiento, cabe destacar las siguientes:

1. La mayor novedad que introduce la reforma legislativa es permitir el acceso a la pensión de viudedad a las parejas de hecho, si bien para ello se establecen exigencias estrictas de convivencia (de al menos 5 años), y constitución o formalización con 2 años de antelación al fallecimiento. Además, se vienen a establecer unos requisitos de renta (la del sobreviviente no debe superar el 50 % de la de la pareja de hecho, o el 25 % en caso de que no existan hijos comunes), o que sea inferior a un 1,5 del SMI, incrementándose un 0,5 por cada hijo.
2. En materia de uniones matrimoniales se establece, para los supuestos de fallecimiento por enfermedad común existente antes del matrimonio, que este se haya celebrado con un año de antelación al fallecimiento o que, alternativamente, existan hijos comunes, reconociéndose de no cumplirse estos requisitos una prestación temporal de viudedad.
3. Por último, y en materia de excónyuges, viene a establecer un requisito adicional para que estos puedan ser beneficiarios de la pensión de viudedad: que sean acreedores de la pensión compensatoria, siendo el importe de la misma el límite máximo de pensión de viudedad que se puede percibir, además, garantiza al cónyuge actual del causante un porcentaje del 40 % de la pensión.
4. En materia de orfandad la ley elimina la exigencia de periodo de carencia en los supuestos de fallecimiento por enfermedad común. Se reconoce expresamente el derecho de los huérfanos a la pensión en régimen de igualdad cualquiera que sea su filiación, expresión que se reitera en la disposición adicional quinta de la [Ley General de Seguridad Social \(LGSS\)](#), remitiéndose a la regulación reglamentaria la determinación de la cuantía; por último, reconoce el derecho a acceder a la indemnización especial a tanto alzado para las parejas de hecho cumpliendo los mismos requisitos que para la pensión de viudedad.

Podría pensarse que al permitirse el acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad se ha eliminado el origen de la discriminación señalada por el TC y, en consecuencia, se debería exigir nuevamente la orfandad absoluta para causar derecho al acrecimiento. Aunque pueda parecer así en una primera aproximación, no es esa la conclusión a la que llegaremos si analizamos la nueva situación. En primer lugar no se produce, ni mucho menos, una equiparación entre parejas matrimoniales y extramatrimoniales, es más, se puede incluso dudar que las prestaciones

devengadas en uno y otro caso compartan la misma naturaleza, así en las segundas se exige una prueba de necesidad vinculada al nivel de ingresos que no tiene lugar en el caso de matrimonio y que hace que se asemeje más a una prestación asistencial (que requiere acreditar la situación de necesidad) que a una prestación contributiva (en que la necesidad se presume *iuris et de iure*). A lo cual deberemos añadir que se incluyen unos requisitos de convivencia y constitución que excluirán de la pensión a numerosas parejas de hecho, además de que solo tendrán acceso a la misma la pareja de hecho vigente en el momento del fallecimiento, y en ningún caso uniones anteriores.

No solo no se equiparan las parejas de hecho y las matrimoniales, sino que, además, se limita extraordinariamente el acceso a la pensión de viudedad de los excónyuges (antes de la reforma su pensión era proporcional al tiempo de convivencia) al exigirse, para tener derecho a la misma, el ser acreedor de la pensión compensatoria; máxime si consideramos los criterios fijados por la entidad gestora al respecto: necesidad de acreditar que la pensión compensatoria se ha percibido realmente o se ha reclamado, necesidad de acreditar el importe de lo percibido<sup>14</sup>, con respecto a las pensiones innominadas se requiere que se distinga claramente de las posibles pensiones de alimentos a favor de los hijos<sup>15</sup>, acreditación de que la pensión compensatoria se extingue por el fallecimiento<sup>16</sup>, el carácter temporal o definitivo de la misma, y la aplicabilidad a la misma de la cuantía mínima de la pensión de viudedad<sup>17</sup>.

No obstante, ni la entidad gestora ni los tribunales cambiaron su criterio como consecuencia de la reforma anterior. El INSS mantuvo el reconocimiento del derecho al acrecimiento en todos los casos en que no exista «cónyuge sobreviviente con derecho a pensión», aunque sí que tuvo que dar respuesta a determinadas cuestiones que podríamos calificar como «incidentales» en relación con el citado derecho. Así, como antes se dijo, se especificó que para que la orfandad se incrementase con la viudedad se exige que el causante reúna los requisitos para causar derecho a la pensión, también se aclaró que el porcentaje de incremento es el 52 % y no el adicional del

<sup>14</sup> Criterio 1994/30, ampliación RJ 164/2010 de 25 de octubre de 2010: se requerirá al interesado la aportación de los resguardos bancarios, correspondientes a los tres meses anteriores al mes del fallecimiento, en los que se refleje su importe, salvo que el procedimiento de pago fuese distinto al de transferencia bancaria, en cuyo caso se constatará a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho.

<sup>15</sup> Criterio 1994/30, cit., no considera como pensión compensatoria las denominadas «contribución a las cargas del matrimonio» y «contribución para satisfacer alimentos»; señalando como criterio de distinción la pensión de alimentos del artículo 142 del CC ha de abonarse desde la presentación de la demanda, según dispone el artículo 148 del CC, mientras que la del artículo 97 del CC solo será exigible desde el momento en que se dicte la sentencia de separación o divorcio.

<sup>16</sup> Criterio 1994/30, ampliación RJ 202/2008 de 16 de marzo de 2009. En todo caso, si el interesado aporta sentencia judicial en la que se establezca la pensión compensatoria y su duración, habrá de estar a lo que se disponga en ella. Si la sentencia no dispone nada al respecto, el solicitante deberá acreditar de manera fehaciente que la pensión compensatoria se ha extinguido con la muerte del causante.

<sup>17</sup> Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 9 de junio del 2011 en la que se reconoce la posibilidad de aplicar a la pensión de viudedad de excónyuge los complementos por mínimos aunque con dicho importe se exceda de la pensión compensatoria.

70% previsto para aquellos supuestos en que el cónyuge superviviente tenga hijos a cargo y la pensión de viudedad constituya su principal fuente de ingresos<sup>18</sup>, y se determinó la cuantía mínima<sup>19</sup>, además de dar solución a los problemas derivados de la aplicación de disposiciones transitorias introducidas con posterioridad<sup>20</sup> y que posibilitaron el acceso a la pensión de viudedad de ex-cónyuges o parejas de hecho que, conforme a la nueva normativa, carecían de dicha posibilidad.

Con respecto a los tribunales inferiores, aplicaron la nueva doctrina del TS y, en consecuencia, reconocieron el derecho al acrecimiento en los supuestos en que no existía cónyuge superviviente, cualquiera que sea su causa, particularmente en el caso de huérfano relativo de pareja de hecho<sup>21</sup>. Cabe destacar, en sentido contrario, la Sentencia del TSJ de Madrid de 16 de junio del 2010. Entiende en este caso el tribunal que la entrada en vigor de la [Ley 40/2007](#) hace que no se pueda interpretar el precepto como se hacía hasta ahora, «por cónyuge, a efectos del devengo de los derechos prestacionales de la Seguridad Social, no es posible mantener ninguna de estas restricciones tanto por el reconocimiento del matrimonio homosexual, con posibilidad de descendencia adoptiva, cuanto por el reconocimiento de la unión *more uxorio* (unión de hecho), a efectos del devengo de la pensión de viudedad. El derecho pues al devengo de la pensión de viudedad no depende ya de la circunstancia de la existencia de vínculo matrimonial, y por tanto, no es posible establecer una discriminación derivada por el simple contraste del carácter matrimonial o extra matrimonial del huérfano»; en consecuencia, concluye que «el descendiente extramatrimonial se encuentra, respecto al derecho al incremento en una situación disyuntiva y no de exclusión. Parecida, aunque no idéntica, a la de descendiente matrimonial. Ambos tienen derecho en la situación de orfandad absoluta –o sea cuando han fallecido sus dos progenitores–, pero cuando sobrevive uno se necesita que tal superviviente adquiera el derecho a pensión de viudedad antes de fallecer. Y la pensión de viudedad, no es un efecto automático del fallecimiento del otro progenitor. Depende de diversas circunstancias tanto en la situación matrimonial como en la extramatrimonial. Y no tiene sentido establecer que el hijo extramatrimonial tiene derecho al incremento en cualquier circunstancia pues eso supondría hacerlo de mejor condición que el hijo matrimonial

<sup>18</sup> (Criterio 48/1999). El acrecimiento de la pensión de orfandad cuando tiene lugar el fallecimiento del pensionista de viudedad está referido en todo caso al porcentaje ordinario de viudedad asignado al fallecido, no al que pudiera corresponder al amparo del artículo 31.2 del Reglamento General de Prestaciones (70%).

<sup>19</sup> (Criterio 48/1999 ampliación RJ 49/2009). Una vez que el destinatario de ese porcentaje perteneciente a la pensión de viudedad puede ser, conforme a interpretación jurisprudencial de las normas reglamentarias en vigor antes del 22 de marzo de 2009, un huérfano parcial, este se hace asimismo acreedor de la cuantía mínima que para ese aumento de pensión se garantiza en cada momento desde el ordenamiento.

<sup>20</sup> (Criterio 48/1999, RJ 44/2010). Con carácter general, las pensiones de orfandad incrementadas en su momento con el porcentaje establecido para la pensión de viudedad no se alterarán en su cuantía aunque, en virtud de la disposición transitoria decimoctava de la [LGSS](#) –o de la adicional tercera [LMSS](#)– se conceda una pensión de viudedad que dé lugar a que se exceda el 100% de la base reguladora del causante. Para que esa regla general funcione será preciso que el nuevo beneficiario de pensión de viudedad no resulte ser el progenitor superviviente de los pensionistas de orfandad.

<sup>21</sup> [STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2009](#).

que, en absoluto, tiene siempre derecho». Esta sentencia fue casada por el TS en Sentencia de 1 de diciembre del 2011, en el que reitera su doctrina anterior, pero no analiza las consecuencias que la [Ley 40/2007](#) debe de tener en la misma, porque en el caso analizado «el fallecimiento se produjo en 2002, es decir, mucho antes de la entrada en vigor de la [Ley 40/2007](#) que reconoce, en determinadas circunstancias y con ciertos requisitos, la pensión de viudedad a las parejas de hecho»; por lo tanto no aclara si la solución hubiese sido distinta si el fallecimiento del causante hubiera tenido lugar después de la entrada en vigor de la citada norma.

Evidentemente esta interpretación no estuvo libre de críticas por una parte de la doctrina, así se le reprochó en primer lugar<sup>22</sup> que se tomara en consideración a la familia del huérfano y no a este aisladamente. Las prestaciones por muerte y supervivencia no atienden a la protección de la familia sino de determinados parientes del causante, en este sentido, se distinguen de las prestaciones a favor de familiares que forman parte del nivel asistencial y exigen acreditar la situación de necesidad. A mi juicio, este argumento no se puede compartir, carece de sentido considerar al huérfano fuera de su ámbito familiar, no olvidemos que se trata de menores, de corta edad en muchos casos, cuya situación depende de su familia y cuya protección está expresamente reconocida en el artículo 39 de la [Constitución](#) en la que se garantiza la protección integral de los hijos; sí se puede compartir que el criterio utilizado para el acrecimiento de la pensión de orfandad no es el más acertado, ya que la existencia o no de orfandad absoluta no siempre es reveladora del estado de necesidad del huérfano, además, su estricta aplicación va a producir situaciones injustas, e incluso discriminatorias o contrarias al principio de igualdad.

También se ha reprochado que conforme a esta interpretación se hace de mejor condición al huérfano extramatrimonial frente al matrimonial, ya que el primero tendrá derecho, en todo caso, al acrecimiento y, el segundo, requerirá orfandad absoluta. En primer lugar la comparación se realiza entre unidades familiares, y es obvio que en ambas se van a percibir las mismas prestaciones, a ello se añade que en determinadas circunstancias el porcentaje de la viudedad puede alcanzar el 70% siendo el acrecimiento de un 52% como máximo, y que la pensión de viudedad es vitalicia, a diferencia de la orfandad, que se extingue, salvo supuestos de incapacidad, al alcanzar el huérfano determinada edad, y considerando la situación actual, la vinculación del huérfano a su unidad familiar se prolonga, en muchos casos, más allá de la fecha de extinción de su pensión, contando, en el supuesto de huérfano matrimonial, la unidad familiar con una pensión de viudedad de la que carecen los huérfanos extramatrimoniales.

Se ha señalado como ejemplo de discriminación de los huérfanos matrimoniales respecto de los extramatrimoniales que en el caso de los primeros, si su progenitor contrae nuevas nupcias, se extingue la pensión de viudedad y no tiene lugar el acrecimiento, y en el segundo el progenitor pareja de hecho puede contraer matrimonio, sin que ello altere la pensión de orfandad del hijo. Considerando, en primer lugar, lo forzado del ejemplo, se puede reconocer, al menos abs-

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Derecho de acrecimiento y pensionistas de orfandad ¿una regulación discriminatoria?», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2, 2009, págs. 97-136.

tractamente, un trato peyorativo al huérfano matrimonial. No obstante se trata de una pérdida de la pensión que se puede calificar como voluntaria, y por lo tanto derivada de la propia decisión del titular de la pensión, además, en cierto sentido se puede equiparar con las consecuencias perjudiciales que para el huérfano extramatrimonial tiene la ausencia de vínculo conyugal entre sus progenitores. Si se justifica que la decisión de los padres perjudique a los hijos negándoles el acceso a la pensión de viudedad, también está justificado que la opción del progenitor de contraer matrimonio perjudique al hijo privándole del acrecimiento.

Por último se debe hacer una referencia a la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 2 de marzo del 2009 que ya pone de manifiesto que la entidad gestora y el centro directivo no eran muy partidarios de los resultados que la sentencia del TC y su posterior reflejo en la jurisprudencia del TS habían tenido en el derecho al acrecimiento de la pensión de orfandad. Así, la Dirección General, reconociendo que conforme a la nueva interpretación, el derecho al acrecimiento nace en todos aquellos casos en que no se genere pensión de viudedad, cualquiera que sea el motivo por el que no exista cónyuge sobreviviente con derecho a pensión, considera que dicha interpretación puede dar lugar a consecuencias injustas. Así señala, como ejemplo, aquellos casos en que una pareja de hecho no tenga acceso a la pensión de viudedad por superar el límite de ingresos previstos legalmente y, en cambio, el huérfano pueda tener derecho a incrementar, en este caso, su orfandad con la viudedad no generada; adelantando una futura reforma en la que se solucionaran esas disfunciones. Son varias las críticas que pueden realizarse a dicha valoración; en primer lugar, no cabe olvidar que en el supuesto de uniones matrimoniales no se tiene en cuenta la situación económica del cónyuge sobreviviente para tener derecho a la pensión de viudedad, por lo que, y siguiendo la doctrina del TC, al reconocer el derecho al acrecimiento, lo que se hace es igualar la situación económica del hijo extramatrimonial respecto del matrimonial, comparando ambas unidades familiares; y, en segundo lugar, si lo que se pretende es tomar en consideración la situación económica del huérfano y su unidad familiar para reconocer o no el incremento, debería optarse por un criterio que fuera representativo de una supuesta situación de necesidad del beneficiario.

#### IV. LA NUEVA REGULACIÓN DEL REAL DECRETO 296/2009, DE 6 DE MARZO

Como ya adelantaba la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en el 2009 se reforma el artículo 36 del [Decreto 3158/1966](#) para reordenar el derecho al incremento de la pensión de orfandad con la viudedad no generada, introduciendo, ahora sí, normativamente la exigencia de que el huérfano sea absoluto para tener derecho al acrecimiento; reforma que se efectúa –añade la exposición de motivos– «con pleno respeto al principio de no discriminación al hijo por la relación de su progenitor con respecto al causante, y en el régimen de igualdad, cualquiera que sea la filiación de los hijos, que se exige en la disposición adicional quinta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, se reorienta el plus de protección de los huérfanos que tales incrementos suponen hacia situaciones en las que, por razón de orfandad absoluta o cir-

cunstancias análogas, se constate la concurrencia de un estado de necesidad agravada que justifique esa mayor intensidad de las prestaciones a reconocer».

Así la nueva regulación es la siguiente:

1. *En los casos de orfandad absoluta las prestaciones correspondientes a los huérfanos podrán incrementarse en los términos y condiciones siguientes:*
  - 1.º *Cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementará en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52%.*
  - 2.º *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 pensión de viudedad que no hubiera sido asignado.*
  - 3.º *Cuando el progenitor sobreviviente fallezca siendo beneficiario de la pensión de viudedad, procederá incrementar el porcentaje de la pensión que tuviera reconocida el huérfano, sumándole el que se hubiere aplicado para determinar la cuantía de la pensión de viudedad extinguida.*
  - 4.º *En cualquiera de los supuestos anteriores, en el caso de existir varios huérfanos con derecho a pensión, el porcentaje de incremento que corresponda se distribuirá a partes iguales entre todos ellos.*
  - 5.º *Los incrementos de las pensiones de orfandad regulados en los párrafos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º en ningún caso podrán dar lugar a que se supere el límite establecido en el apartado 4 del artículo 179 de la Ley General de la Seguridad Social, para las pensiones por muerte y supervivencia.*  
*No obstante, dichos incrementos serán compatibles con la prestación temporal de viudedad, pudiendo, por tanto, ser reconocidos durante el percibo de esta última.*
  - 6.º *En caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional la indemnización que se reconozca a los huérfanos absolutos se incrementará con la que hubiera correspondido al cónyuge o a quien hubiera sido cónyuge o pareja de hecho del fallecido. En el caso de concurrir varios beneficiarios, el incremento se distribuirá a partes iguales entre todos ellos.*
  - 7.º *Los incrementos de prestaciones regulados en este artículo solo podrán ser reconocidos con respecto a uno solo de los progenitores.*
2. *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 el apartado anterior.*

*Asimismo, a efectos de lo previsto en este artículo, se asimila a huérfano absoluto el huérfano de un solo progenitor conocido.*

De dicha regulación, y en una primera aproximación, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Por muy flexible que sea la interpretación que se haga de dicho precepto, es claro que únicamente se reconoce el derecho al incremento al huérfano absoluto, esto es, la premisa básica para tener derecho al acrecimiento es la orfandad absoluta, y solo en dos casos se equipara expresamente la situación del huérfano relativo al del absoluto: cuando el cónyuge sobreviviente hubiera perdido el derecho a la pensión de viudedad por ser declarado culpable en la muerte del causante, y cuando se trate de hijos de un solo progenitor conocido. En todos los demás supuestos, y cualquiera que sea la situación económica o familiar del huérfano relativo, no tendría derecho a incrementar su pensión de orfandad. Particularmente llamativo resulta el criterio aplicado por la entidad gestora para reconocer el derecho al incremento en los casos de huérfano relativo cuando el progenitor es condenado por la muerte del causante, ya que, interpretando literalmente la letra de la norma, exige que el condenado haya sido beneficiario de la pensión de viudedad y se vea privado en su disfrute como consecuencia de la condena penal, lo que implica que, en aquellos casos en que dicho progenitor no haya solicitado la pensión, el huérfano no tendrá derecho al acrecimiento. En consecuencia se viene a hacer depender la protección del huérfano de la actuación del progenitor culpable, situación que, siendo benevolentes, se puede calificar como absurda. A dicho supuesto se ha dado repercusión mediática a raíz de la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Almería, de 24 de enero del 2014, en la que se reconoce el derecho al acrecimiento de un huérfano relativo cuyo progenitor sobreviviente había sido condenado por la muerte culpable del causante «por todo ello y 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 cuantía del 20% de la base reguladora correspondiente, no existiera una Sentencia firme que lo 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 aunque tan solo fuera temporalmente, patria potestad que en ningún momento iba a recuperar a lo largo del procedimiento penal seguido en su contra puesto que el mismo siempre reconoció el hecho de la agresión a su esposa que finalizó con su muerte y su defensa se ha limitado a pedir una condena menor por considerar que los hechos no constituían un asesinato sino tan solo un homicidio, pero sin que ello afecte a la pérdida de la patria potestad que ya es definitiva».

2. Se regulan expresamente los supuestos en los que concurre un huérfano absoluto con un cónyuge sobreviviente sin derecho pleno a la pensión de viudedad, si bien se debe tener en cuenta que, con la nueva regulación de la pensión de viudedad, la pensión del excónyuge solo es proporcional al tiempo de convivencia cuando concurre con la del cónyuge o con la de otros excónyuges; si solo existe un excónyuge tendrá derecho a la pensión plena con el límite de lo que percibiera en concepto de pensión compensatoria, por lo tanto solo en este supuesto, excónyuge con pensión limitada por ser superior a la pensión compensatoria, tendrá lugar el reparto aquí regulado.
3. El afán del legislador por utilizar un lenguaje neutro, lo más alejado posible de cualquier indicio de discriminación, le lleva a usar, en la regulación del acrecimiento posterior a la muerte del causante, el término «progenitor», el cual define el diccionario de la Real Academia Española como pariente en línea recta de una persona; padre o madre. Así, el precepto exige que «el progenitor sobreviviente fallezca en el disfrute de la pensión de orfandad». Si lo interpretamos literalmente, solo el fallecimiento del padre o la madre del huérfano relativo en el disfrute de la pensión concede el derecho a acrecer la pensión de este con la de viudedad que venía disfrutando su progenitor. En consecuencia, si un huérfano absoluto en el momento de la fecha del fallecimiento del causante no accede al acrecimiento por existir un cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad, nunca podría adquirir dicho derecho, porque el sobreviviente no es su progenitor y por consiguiente su fallecimiento no generaría para él incremento alguno. Pero, no solo en este caso el precepto conduce a conclusiones absurdas. Así, un huérfano relativo de unión extramatrimonial o de un excónyuge, en ambos casos sin derecho a pensión, jamás podría tener derecho al incremento por el fallecimiento de su progenitor supérstite, porque este no es beneficiario de la viudedad y nunca podría transmitirla a su hijo. En este supuesto no cabe duda, a mi juicio, de que el precepto produce una discriminación de los hijos extramatrimoniales con respecto de los matrimoniales, ya que en idéntica situación, orfandad absoluta, unos tienen derecho al acrecimiento y otros no. Con respecto a los hijos de excónyuges, en este mismo supuesto, si bien no podríamos hablar de discriminación por razón de filiación, al ser ambos hijos matrimoniales, sí se vulneraría, a mi juicio, el principio de igualdad que exige tratar igual las situaciones idénticas. No pienso que haya sido esta la intención del legislador, pero sí que pone de manifiesto que se trata de una regulación escasamente meditada, y que no soluciona los problemas que planteaba la anterior. Quizás hubiese sido mucho más adecuado utilizar el término «beneficiario» en lugar del de progenitor, que hubiera resuelto muchas de las dudas interpretativas que plantea la regulación actual.

Además, se mantiene que la única causa de extinción de la pensión de viudedad que genera el derecho al acrecimiento es el fallecimiento en el disfrute de la misma y por lo tanto el matrimonio del beneficiario excluye el acceso del huérfano a la mejora, olvidando, una vez más, que el huérfano absoluto puede no ser hijo del beneficiario y por lo tanto ningún motivo existe para que se vea perjudicado por su opción de contraer nuevas nupcias.

4. Regula en este mismo apartado que en los casos antes señalados: «procederá incrementar el porcentaje de la pensión que tuviera reconocida el huérfano, sumándole el que se hubiere aplicado para determinar la cuantía de la pensión de viudedad extinguida». Parece concluirse que en estos casos la pensión de viudedad del progenitor fallecido pasa al hijo, rompiendo de esta manera la regla general de que, en los supuestos de fallecimiento de uno de los beneficiarios de la pensión de viudedad, su porcentaje se distribuye entre el resto de los beneficiarios y, en concreto, mejora la del cónyuge sobreviviente; es dudoso que esta sea la voluntad del legislador, pero, es sin embargo la conclusión que se alcanza de la lectura del precepto. Además, el incremento de la pensión del hijo es exclusivamente con la «cuantía de la pensión extinguida»; esto es, si el progenitor disfruta de una pensión de viudedad limitada es esta exclusivamente la que disfrutara el hijo, y no la que resulte de aplicar el 52 % a la base reguladora. Nuevamente introduce el legislador diferencias de trato motivadas por la filiación del huérfano, perjudicando en este caso a los hijos de excónyuges cuya pensión de viudedad no sea plena, ya que sus hijos nunca podrán tener derecho completo a la pensión de viudedad.
5. Se recoge también, expresamente, que en caso de que concurren varios huérfanos con derecho a pensión, en estos casos el porcentaje de incremento que corresponda se distribuirá a partes iguales entre todos; cabe entender que solo los que tengan la condición de huérfanos absolutos, por lo tanto la cuantía de la pensión podrá ser distinta cuando concurren huérfanos absolutos y relativos. En los casos antes analizados, por ejemplo, un huérfano absoluto sin derecho a acrecimiento por existir cónyuge sobreviviente únicamente podría tener derecho al acrecimiento en caso de que el beneficiario tuviera hijos que con su muerte devinieran en absolutos, en cuyo caso el incremento se distribuiría a partes iguales entre todos los huérfanos absolutos.
6. Se mantiene el límite del 100 % de la base reguladora para la suma de las pensiones de viudedad y orfandad (118 % cuando el porcentaje aplicado para calcular la pensión de viudedad sea del 70 %) y se reconoce expresamente la compatibilidad del incremento con la prestación temporal de viudedad, criterio que por otro lado venía ya aplicando la entidad gestora<sup>23</sup>.
7. Regula nuevamente el derecho a la indemnización a tanto alzado en los supuestos de fallecimiento por contingencias profesionales, limitándolo exclusivamente a los casos de orfandad absoluta.

En definitiva, la nueva regulación vuelve a la situación anterior a la sentencia del TC, y ello pese a que la disposición se dicta, expresamente, para ajustar la normativa a los criterios establecidos por el Alto Tribunal, por lo que cabe pensar que se considera que con las modificaciones

---

<sup>23</sup> Criterio 48/1999, modificado RJ 4/2009.

introducidas en la [Ley 40/2007](#), fundamentalmente con la posibilidad de que las parejas de hecho puedan acceder a la pensión de viudedad, se han eliminado las posibles causas de discriminación, por lo que la orfandad absoluta puede ser un criterio válido para establecer los supuestos en que se puede tener derecho al acrecimiento.

En este punto corresponde realizar una valoración crítica de la nueva regulación, antes de analizar la interpretación que, hasta la unificación de doctrina por el TS, han realizado de la misma los tribunales.

La primera duda que plantea es si se ha excedido de las posibilidades de desarrollo que le confiere el artículo 175 de la [LGSS](#), en la que remite a la regulación reglamentaria la regulación de la cuantía de la pensión de orfandad, pero lo cierto es que la nueva normativa no se limita a regular la cuantía sino que viene a establecer un nuevo requisito para tener derecho a una parte importante de la pensión, el cual no se encuentra previsto legislativamente. En consecuencia se puede plantear que se trata de un reglamento «ultra vires», si bien, a mi juicio, y teniendo en cuenta los precedentes en esta materia, no parece que dicha objeción tenga muchas posibilidades de éxito.

La cuestión fundamental a resolver es si esta nueva regulación respeta o no los criterios sentados por el TC y, en consecuencia, si con la misma han desaparecido las causas de discriminación entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Para resolver esta pregunta lo primero que debemos analizar es si la reforma de la pensión de viudedad llevada a cabo por la [Ley 40/2007](#) equipara a los matrimonios y a las uniones de hecho en esta materia, y la respuesta debe ser evidentemente negativa. Para que una pareja de hecho pueda acceder a la pensión se exigen unos requisitos de antigüedad en la constitución de la pareja de hecho y de convivencia que no se exigen a las uniones matrimoniales; además, siempre quedarán al margen de dicha protección las uniones que no se hayan constituido formalmente (mediante su inscripción en el registro público o documento público), o aquellos casos en que uno de los progenitores se encuentre impedido de contraer matrimonio, esto es, hijos de un progenitor casado nacido al margen del matrimonio; por otra parte, únicamente tiene derecho a la pensión de viudedad la pareja de hecho vigente en la fecha de fallecimiento del causante, quedando excluidas de cualquier protección las exparejas de hecho. En definitiva, sigue siendo muy diferente la regulación de ambas situaciones y, como reflejo, la protección de los hijos nacidos en uno y otro caso.

Además, la nueva regulación perjudica considerablemente a los excónyuges y por tanto a los hijos de los mismos. Conforme a la regulación anterior los excónyuges tenían derecho a la pensión de viudedad en proporción al tiempo de convivencia, ahora se recoge un requisito adicional, que sea beneficiario de la pensión compensatoria, lo que en la práctica ha venido a excluir del acceso a la pensión de viudedad a un gran número de excónyuges. Por otra parte, se deben tener en cuenta los criterios restrictivos que por la entidad gestora se aplican en esta materia<sup>24</sup>: así, en el

---

<sup>24</sup> Criterio 1994/30. Por eso precisamente hay que entender que el «incumplimiento reiterado y constante en el pago por parte del deudor», que, según dice el punto 1.2 de los «Criterios interpretativos», habilita a la entidad gestora a

caso de una pensión innominada en la que no se especifica si se efectúa en concepto de alimentos para los hijos o compensatoria a favor del excónyuge, exige acreditar su naturaleza, además no solo debe estar fijada la pensión compensatoria sino que se exige que la haya percibido o, en su defecto, que haya procedido a su reclamación judicial, ya que en caso contrario se considera que se ha renunciado a la misma y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de viudedad, exigiendo acreditar que la pensión compensatoria se extingue con el fallecimiento.

Por lo tanto la situación normal en el caso de fallecimiento de uno de los miembros de una unión matrimonial es que el cónyuge sobreviviente perciba la pensión de viudedad y los hijos la pensión de orfandad, en cambio en el supuesto de uniones extramatrimoniales y situaciones de crisis matrimonial, la regla será la contraria, ya que en muchos de los casos el progenitor no va a tener derecho a la pensión de viudedad, y los hijos percibirán la pensión de orfandad, en este caso sin incremento porque no tienen la condición de huérfanos absolutos; es decir, la misma situación que fue declarada inconstitucional por considerar que constituía una discriminación indirecta para los hijos extramatrimoniales; no podríamos decir lo mismo respecto de los hijos de excónyuges, puesto que son también hijos matrimoniales, pero encontrándose en idéntica situación que los extramatrimoniales, la aplicación del principio de igualdad requiere el mismo trato en ambos casos.

A partir de aquí debemos analizar cuál ha sido el criterio adoptado por los tribunales en la aplicación de la nueva regulación. En un principio la contundencia de la regulación podría llevar a pensar que hayan optado por exigir de manera inexcusable la orfandad absoluta para tener derecho al acrecimiento, sin embargo nada más lejos de la realidad, encontrándonos en una situación que no resulta exagerado calificar de absoluta inseguridad jurídica, siempre a la espera de que el TS se pronunciase en unificación de doctrina, ya que, dependiendo en qué TSJ se planteó la cuestión se va a producir una u otra respuesta. Incluso podíamos encontrar soluciones contradictorias en un mismo TSJ, lo que deja bien a las claras que la nueva regulación ha planteado serias dudas de que se ajuste a los principios y criterios fijados por el TC.

Como consecuencia de la nueva regulación se plantearon ante los tribunales solicitudes de acrecimiento tanto respecto de hijos de uniones extramatrimoniales como de excónyuges, así podemos destacar las siguientes en relación con los hijos de uniones extramatrimoniales:

- **STSJ de Asturias de 25 de junio de 2010:** «Contrariamente a lo que sostiene la sentencia, la nueva norma no establece como presupuesto imprescindible para el incremento de las prestaciones de orfandad el fallecimiento de ambos progenitores, con una sola excepción, sino que considera como caso de orfandad absoluta, a tal

---

tomar en consideración lo fijado en el convenio regulador o sentencia, es aquel que ha sido denunciado por el agraviado. No siendo así, estamos ante una situación consentida, que no permite entender acreditada la condición de ser acreedor de una pensión compensatoria, en los términos previstos en la **LGSS**, a favor de quien no ha reclamado formalmente su pago; más bien evidencia una renuncia o acuerdo tácito entre las partes.

efecto, la inexistencia de beneficiario de pensión de viudedad al fallecimiento del causante (apartado 1-1 del artículo 38)».

- **STSJ de Castilla y León/Burgos de 17 de marzo de 2010:** «El hecho causante de la concesión del incremento de la pensión de orfandad no es solo la orfandad absoluta, sino más ampliamente la pérdida de los medios de vida que constituyen para el huérfano las rentas de trabajo o las rentas sociales del causante, unida a la pérdida o a la inexistencia de renta social del progenitor superviviente».
- **STSJ de Extremadura de 3 de noviembre de 2011:** «En definitiva, salvo criterio distinto del TS o, en su caso, del TC, no apreciamos razón para que la nueva regulación del incremento litigioso no deba ser aplicada conforme a la doctrina establecida por el TC en su sentencia 154/06, de 22 de mayo, y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias de 9 de junio y 24 de septiembre de 2008, reconociendo como hecho causante de la concesión del incremento de la pensión de orfandad la pérdida de los medios de vida que constituyen para el huérfano las rentas de trabajo o las rentas sociales del causante, unida a la pérdida o inexistencia de renta social del progenitor superviviente».

En relación con hijos de excónyuges sin derecho a pensión de viudedad se pueden señalar las siguientes:

- **STSJ de Castilla y León/Valladolid de 26 de enero de 2011** en la que señala: «Pues bien, del contexto de dicho artículo resulta que el concepto de "orfandad absoluta" que cita en su inicio no se corresponde con la definición de los supuestos que después regula, puesto que permite lucrar los incrementos allí regulados a los huérfanos a los que quede algún progenitor, ya que contempla el supuesto de que a la muerte del causante quede algún beneficiario de pensión de viudedad y, aunque podría pensarse que dicho beneficiario no fuese el otro progenitor del huérfano, sino un tercero, lo cierto es que en el párrafo segundo se habla claramente de un "progenitor superviviente" para proteger también el supuesto de la pérdida sobrevenida de la pensión de viudedad en un determinado supuesto (puesto que en los demás casos dicha pérdida sobrevenida no permite acudir al incremento de la pensión de orfandad). Por tanto puede existir "progenitor superviviente" sin que ello obste a la aplicación de este artículo».
- **STSJ de Galicia de 26 de octubre de 2011:** «Las consideraciones anteriores, en sintonía con la reciente jurisprudencia constitucional, llevan a aceptar como más ajustada a derecho la interpretación según la cual el hecho causante de la concesión del incremento de la pensión de orfandad no es solo la orfandad absoluta, sino más ampliamente la pérdida de medios de vida que constituyen para el huérfano las rentas de trabajo o las rentas sociales del causante, unida a la pérdida o inexistencia de renta social del progenitor superviviente».

- **STSJ de Asturias de 3 de junio del 2011:** «En definitiva, la nueva regulación del incremento litigioso no hace más que reflejar la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 154/06, de 22 de mayo, y por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 9 de junio y 24 de septiembre de 2008, reconociendo como hecho causante de la concesión del incremento de la pensión de orfandad la pérdida de los medios de vida que constituyen para el huérfano las rentas de trabajo o las rentas sociales del causante, unida a la pérdida o inexistencia de renta social del progenitor superviviente».
- **STSJ del País Vasco de 1 de febrero de 2011,** quizás la que realiza una argumentación más elaborada (con un importante voto particular), en esta se viene a afirmar: «En definitiva, el derecho a acrecer las prestaciones de orfandad con el importe de las de viudedad no generadas a la muerte del causante por el otro progenitor, a juicio de esta Sala, no puede vincularse al requisito de orfandad absoluta, dada: 1) la discriminación indirecta que trae para los hijos extramatrimoniales por razón de su filiación; 2) en el caso de los hijos de matrimonios legalmente separados o divorciados, por el desigual trato en que estos quedarían en relación a aquellos. Dicho de otro forma: en el actual marco legal y constitucional, el propósito de reducir por vía reglamentaria al supuesto de orfandad absoluta el ámbito del acrecimiento de la pensión de orfandad con el importe propio de la pensión de viudedad no causada no puede prosperar. No decimos, con ello, que sea constitucionalmente reprochable el propósito del legislador por regular las prestaciones de orfandad del sistema de seguridad social con una mejor protección a los huérfanos absolutos que a los relativos, pero sí en tanto que el acrecimiento se condicione a la ausencia de beneficiario de pensión de viudedad y determinado por el importe no devengado de esta, ya que la concurrencia de ambos factores lleva consigo la discriminación expresamente proscrita por el Tribunal Constitucional para los hijos extramatrimoniales cuando sobrevive el progenitor no causante y, de rebote, la del resto de hijos con progenitor superviviente que no genera pensión de viudedad, dada la peor situación económica familiar en que quedan por la diferente protección que reciben del sistema de seguridad social, en comparación con los hijos de causante cuyo otro progenitor sobrevive y genera pensión de viudedad»<sup>25</sup>.
- **STSJ de Andalucía/Granada, de 23 de mayo del 2012:** «En efecto, contrariamente a lo que sostiene la Entidad gestora la nueva norma no establece como presupuesto imprescindible para el incremento de las prestaciones de orfandad el fallecimiento de ambos progenitores, con una sola excepción, sino que considera como caso de orfandad absoluta, a tal efecto, la inexistencia de beneficiario de pensión de viudedad al fallecimiento del causante (apdo. 1.1.º del art. 38), como ocurre en

<sup>25</sup> En el mismo sentido sentencia de este mismo tribunal de 23 de abril de 2012.

el supuesto aquí enjuiciado en el que el padre del solicitante no es beneficiario de la pensión de viudedad»<sup>26</sup>.

Todos los anteriores son supuestos en que los tribunales, manteniendo la doctrina anterior a la modificación, reconocen el derecho al incremento en los casos de huérfanos relativos tanto de uniones extramatrimoniales como de excónyuges sin derecho a la pensión de viudedad. Evidentemente, otros TSJ se inclinaron por la solución contraria:

- STSJ de Galicia 9 de julio de 2013: «Por otro lado, debe señalarse que ya no es aplicable la tesis de la discriminación del huérfano extramatrimonial, por consecuencia del no reconocimiento de pensión de viudedad en los supuestos de unión de hecho, sostenida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 9 de junio de 2008, 24 de septiembre de 2008 o 1 diciembre 2011, dictadas tras la STC 154/2006 pues, actualmente, tras el cambio normativo producido con la Ley 40/2007, se puede acceder a la pensión de viudedad desde la situación de convivencia "more uxorio". Hoy en día es irrelevante el tipo de vínculo del progenitor supérstite con el causante, pues tanto desde el matrimonio como desde la pareja de hecho se puede acceder, cumpliendo los requisitos legales, a la prestación de viudedad».
- Particularmente llamativa resulta la posición del TSJ de Cataluña, el cual después de varias sentencias contradictorias<sup>27</sup>, decide pronunciarse en Pleno sobre la materia en [Sentencia de 16 de octubre del 2012](#) en la que alcanza la solución contraria al derecho al acrecimiento, tanto aplicable a parejas de hecho como a excónyuges, así señala: «Puede estarse de acuerdo en que la regulación legal sobre viudedad y parejas de hecho presenta sus luces y sus sombras, entre estas últimas la excesiva duración del requisito de convivencia o la exigencia del requisito de dependencia económica (no pedido para los matrimonios), pero el que la norma legal sea más rigurosa para el acceso a la prestación respecto de los convivientes de hecho, no permite hablar con carácter general de una discriminación indirecta de los hijos de estos respecto de los hijos matrimoniales, pues sería una suerte de discriminación "contingente", esto es, que podría darse o no, pues habría hijos no matrimoniales con progenitores pensionables de viudedad y otros con progenitores no pensionables»<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> En el mismo sentido SSTSJ de Andalucía/Granada de 2 de mayo de 2013, y Andalucía/Málaga de 29 de abril de 2013.

<sup>27</sup> Así niegan el derecho al acrecimiento las sentencias de dicho tribunal de [17 de junio de 2011](#) (rec. núm. 4157/2010), [26 de enero de 2012](#) (rec. núm. 2156/2011), [4 de junio de 2012](#) (rec. núm. 1885/2011) y [2 de julio de 2012](#) (rec. núm. 3665/2011); el incremento de la pensión, según el tenor literal del precepto, únicamente puede producirse en el supuesto de que, como consecuencia del fallecimiento del causante de la pensión de orfandad, el hijo quede privado de ambos progenitores, siendo clara la norma al aludir a la existencia de una orfandad «absoluta»; en cambio, reconocen el derecho al acrecimiento las Sentencias de 19 de octubre de 2011 (rec. núm. 5624/2011) y de 6 de marzo de 2012 (rec. núm. 1549/2011).

<sup>28</sup> En el mismo sentido las Sentencias del TSJ de Madrid de 16 de junio de 2010 (rec. núm. 496/2010) y de la Comunidad Valenciana de 10 de noviembre de 2011 (rec. núm. 1332/2011).

## V. LA NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Nuestro Alto Tribunal da una solución «definitiva» (habrá que esperar un pronunciamiento del TC), en dos Sentencias de fechas de [10 de mayo del 2013](#) y [28 de junio del 2013](#), la primera de ellas referida al huérfano relativo de un excónyuge divorciado, y la segunda de un huérfano relativo de unión de hecho, llegando a soluciones distintas en cada uno de los casos. Analizaremos ambas, por orden cronológico:

1. Los argumentos utilizados por el TS en la [Sentencia de 10 de mayo del 2013](#), para negar el incremento de la pensión de orfandad a los huérfanos relativos de excónyuge sin derecho a pensión de viudedad son dos básicamente:

- a) En primer lugar se considera que no es equiparable su situación a la del huérfano absoluto ni a la del huérfano relativo de unión extramatrimonial, literalmente se señala: «No se trata de un huérfano que vaya a sufrir una situación económica familiar más desfavorable por el hecho de que sus padres no se hubieran casado –que sí lo estaban–, por lo que no hay razón en este caso para prescindir de la exigencia establecida en el artículo 38 del Reglamento de Prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social (redacción dada por RD 296/2009) sobre el cumplimiento del requisito de orfandad absoluta en orden al acrecimiento de la pensión de orfandad que se reconozca al hijo, ya que no se produce discriminación indirecta derivada de que sus padres no hubieran contraído matrimonio».
- b) En segundo lugar se afirma que el huérfano no sufre, en este caso, pérdida económica: «Tanto la pensión de viudedad como la de orfandad tienen carácter sustitutivo de las rentas en que los beneficiarios dejan de participar por la muerte del causante, viéndose así perjudicados por la desaparición de una de sus fuentes de ingresos. En los casos de separación o divorcio, el cónyuge que sufra como consecuencia de ello un desequilibrio económico "tendrá derecho a una compensación..." (art. 97 del CC) destinada a paliar el indicado perjuicio, y de ahí que el legislador únicamente reconozca pensión de viudedad al cónyuge separado o divorciado cuando sea acreedor de la pensión compensatoria a que se refiere el mencionado artículo del CC (art. 174.2 LGSS). Si al cónyuge viudo no le fue en su día reconocida la pensión compensatoria se entiende que no ha sufrido desequilibrio económico ni perjuicio alguno y por tanto no devenga la pensión de viudedad, ni su hijo huérfano podrá beneficiarse nunca participando en una pensión de viudedad que no existe; y siendo esto así es claro que tampoco ha sufrido perjuicio alguno que justifique el incremento de su pensión previsto reglamentariamente. En otras palabras, sería contradictorio hablar de perjuicio para el huérfano por el hecho de que su madre no hubiera accedido a la pensión de viudedad a causa precisamente de esa falta de perjuicio».

En relación con dichos argumentos, cuesta entender, al menos al que suscribe, qué diferencia existe entre un huérfano relativo de cónyuge divorciado y de pareja de hecho. En ambos casos el

progenitor sobreviviente se ve privado de la pensión de viudedad por aplicación de la normativa, y en consecuencia los dos sufren idéntico perjuicio económico, y por lo tanto a ambos se debería dar idéntica solución. Ahora bien, para salvar dicha contradicción, el tribunal considera que en el caso del huérfano de cónyuge divorciado no existe perjuicio patrimonial, porque al no existir pensión compensatoria, no existe desequilibrio económico; dicha afirmación es válida para negar al excónyuge el derecho a la pensión de viudedad: al no ser acreedor de la pensión compensatoria, la muerte del excónyuge no le genera pérdida alguna, pero no respecto del huérfano cuya situación económica sí que se ha podido ver notablemente perjudicada con la muerte de uno de sus progenitores (piénsese, por ejemplo, que conviviera con el fallecido y que fuera este el que hiciera frente, principalmente, a los gastos del hijo), además, nuevamente parece que el tribunal vincula el derecho al acrecimiento a la existencia de un beneficiario de la pensión de viudedad. Sin embargo la [Sentencia de 28 de junio del 2013](#) parece abrir una puerta a la posibilidad de que los huérfanos de cónyuge divorciado alcancen el acrecimiento, al añadir que «en los casos de separación o divorcio, si al cónyuge viudo no le fue en su día reconocida la pensión compensatoria [por ausencia de desequilibrio económico], se entiende que con el fallecimiento del causante tampoco ha sufrido perjuicio alguno [cuando menos cuando la pensión por alimentos al hijo no sea superior a la pensión de orfandad, añadimos ahora] y por tanto no devenga la pensión de viudedad»; esto es, cabría la posibilidad de acreditar la existencia de perjuicio económico en aquellos casos en que la pensión de alimentos fuera superior a la pensión de orfandad, supuesto en el que deberíamos incluir aquellos casos en el que el fallecido fuera el principal o única fuente de ingresos para hacer frente a los gastos del hijo.

Parece que el tribunal, consciente de que podría resultar discriminatorio, o al menos contrario al principio de igualdad, al no existir una justificación objetiva y razonable para dicha diferencia de trato, reconocer el derecho al acrecimiento a los huérfanos relativos de parejas de hecho en los casos que el progenitor sobreviviente no tiene derecho a la pensión de viudedad, en atención, precisamente, al perjuicio económico sufrido, y no reconocerlo a los huérfanos relativos de progenitores divorciados. En los casos en los que concurre, igualmente, dicho perjuicio, opta por permitir el incremento en los supuestos en que se pueda acreditar una pérdida económica, señalando, expresamente, los casos en que la pensión de alimentos sea superior a la de orfandad.

Dicha solución plantea varios problemas que, fundamentalmente, pueden concretarse en los siguientes:

- En aquellos casos en que la pensión de orfandad fuera inferior a la pensión de alimentos, existiría ese perjuicio económico que justifica el derecho al acrecimiento, ahora bien, se plantea la duda de si el incremento debería limitarse, como ocurre con la viudedad, a lo percibido en concepto de pensión de alimentos, esto es, que el máximo que de pensión de orfandad pudiera percibir el huérfano fuera lo que venía percibiendo como pensión de alimentos. Tal y como se encuentra regulado el acrecimiento, este supone un porcentaje fijo (el de la viudedad), y no parece que pueda modularse para limitarlo en un su cuantía a lo percibido en concepto de alimentos, ya que dicha posibilidad, que sí se encuentra normativamente prevista en

la pensión de viudedad de cónyuges divorciados, no se encuentra regulada en el pensión de orfandad, por lo que entiendo que corresponderá a los tribunales valorar si procede o no el incremento, en cada caso en función del perjuicio económico sufrido, sin límite alguno.

- El segundo problema que debemos plantearnos es el de aquellos supuestos en que el progenitor fallecido es el custodio, ya que la pensión de alimentos se establece exclusivamente para el cónyuge que no ostenta la guarda y custodia de los hijos; en este caso no vamos a encontrarnos con una cantidad determinada que nos pueda servir de módulo de comparación<sup>29</sup>, y por lo tanto habrá que realizar una valoración conjunta de la situación del huérfano para determinar si se ha producido o no un perjuicio económico que justifique el acrecimiento de la pensión; parece difícil considerar que el fallecimiento del progenitor con el que convive el huérfano no cause un perjuicio de suficiente entidad como para justificar su derecho al acrecimiento.
- Por último, en aquellos supuestos de custodia compartida no existe una pensión de alimentos para ninguno de los dos progenitores. En los procesos de mutuo acuerdo en los que se dan pactos de custodia compartida, se establecen sistemas de cobertura de gastos más o menos similares. En la mayor parte de los casos, se opta por abrir una cuenta a nombre de los dos padres en la que ambos aportan una cantidad mensual, normalmente la misma, y a ello añaden el pacto de que cada uno de los progenitores se haga cargo de los gastos del hijo en los periodos que pasen con ellos. En los procesos contenciosos en los que se ha reconocido un sistema de custodia compartida, el reflejo de la misma en la determinación de la cuantía de la pensión es también variada, pero puede concluirse que se van adoptando nuevas fórmulas de cobertura de gastos diferentes al tradicional abono de una prestación de uno a otro progenitor. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de abril de 2009 establece un sistema de custodia compartida por meses y, sobre la base de la peor situación económica de la madre, se fija una pensión a cargo del padre a abonar en los meses en que el hijo común convive con la madre. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 2009, se establece un sistema de abono consistente en que cada progenitor sufrague los gastos de manutención cuando tengan consigo a la hija común y en cuanto «a los demás gastos ordinarios y extraordinarios» de la menor, se precisa que «por el momento, deberán ser satisfechos en un 60 % por el padre y en un 40 % por la madre, dada la acreditada actual superioridad económica del primero, tal como se desprende de la documentación obrante en autos y así se refleja en la propia sentencia de instancia»<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> MUÑOZ GARCÍA, C.: «Alimentos a favor de los hijos en supuestos de ruptura matrimonial (conciliación con el régimen general de alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil)», *Diario La Ley*, núm. 8.224, Sección Doctrina, 2014.

<sup>30</sup> PÉREZ-SALAZAR RESANO, M.: «La guarda y custodia compartida y su incidencia sobre la pensión de alimentos», *Diario La Ley*, núm. 7206, Sección Tribuna, 2009.

Por lo tanto en estos supuestos tampoco vamos a encontrar una cantidad determinada que nos pueda servir como término de comparación, y nuevamente deberemos realizar una valoración conjunta de la situación del huérfano para determinar si existe o no ese perjuicio económico, aunque, al igual que en el supuesto anterior, es difícil estimar que en estos casos el huérfano no va a sufrir perjuicio como consecuencia del fallecimiento.

Una última precisión debe realizarse: lo que se debe analizar en cada caso es si el huérfano ha sufrido o no un perjuicio económico como consecuencia del fallecimiento de uno de sus progenitores, y no si se encuentra en situación de necesidad. Nos encontramos en el nivel contributivo de la Seguridad Social, en el cual la situación de necesidad se presume, y el criterio tenido en cuenta por el tribunal es exclusivamente el perjuicio económico derivado del fallecimiento y no la situación de necesidad del huérfano, o los ingresos económicos de la unidad en que se integra.

El TS ha tenido oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre la materia en Sentencias de [29 de enero del 2014](#) y [3 de febrero del 2014](#), en las que mantiene la doctrina anterior de denegar el derecho al acrecimiento a los huérfanos relativos de excónyuges; en las cuales afirma: «Pero en esta última sentencia (28 de junio del 2013), como se ve, de algún modo se ratifica, según se dice en ella, la tesis de la de 10 de mayo de ese mismo año (al menos asumiendo parte de su argumentación), y, por otro lado y prescindiendo de manifestaciones incidentales, –que, por esa naturaleza, no tienen necesariamente vocación de permanencia– se parte de la afirmación de que existe una situación de necesidad familiar, lo que, de antemano, en el presente caso no se declara probado, no cabiendo, en fin, identificar, con carácter general, la ausencia de pensión de viudedad con esa necesidad para proceder al incremento de la pensión de orfandad, porque esta es en exclusivo beneficio del propio huérfano aun cuando se halle vinculada a la pensión de viudedad y corresponda que se abone, en principio, al progenitor supérstite, no pudiéndose olvidar, de todos modos, que la exigencia de orfandad absoluta es en el presente caso –en función de la normativa aplicable en el momento del hecho causante– de carácter legal y no meramente reglamentario»<sup>31</sup>. En todo caso, en dichas sentencias, se pone el acento en la situación de necesidad como elemento determinante para la concesión o no del derecho al acrecimiento, incluso el tribunal va más allá al considerar que resultaría un trato desigual el conceder el derecho al acrecimiento a los hijos de excónyuges y no concederlo a los hijos matrimoniales cuando el cónyuge supérstite no tiene derecho a la viudedad (el único supuesto posible es fallecimiento por enfermedad común y no cumplir el periodo de carencia).

El mismo tribunal realiza una crítica a la regulación actual y una propuesta de futuro, así señala: «Con toda probabilidad, *de lege ferenda*, la solución más completa e integradora mientras se mantenga la vinculación entre la pensión de orfandad y la de viudedad (lo que corresponde más bien a planteamientos de un concepto de familia tradicional y no tan amplio como el actual) sería incluir en la prestación correspondiente a la primera tanto la situación que constituye orfan-

<sup>31</sup> No se entiende muy bien esta afirmación, pues el derecho al acrecimiento se encuentra regulado a nivel reglamentario sin que la [LGSS](#) haga mención alguna al mismo.

dad absoluta de derecho –inexistencia de ambos progenitores– como la que pudiéramos denominar orfandad absoluta de hecho –cuando el que quede carezca de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad– siendo entonces en este segundo caso necesario alegar y acreditar tal extremo para reconocer el incremento de la pensión en el porcentaje resultante de la aplicación de dicho precepto».

Si bien, en principio, no cabe sino compartir las modificaciones que propone el TS, hay que distinguir claramente entre lo que es una «situación de necesidad» y «el perjuicio económico ocasionado por el fallecimiento del causante». El primero supone una ausencia de recursos económicos en comparación con un estándar previamente determinado (como pueda ser el SMI) y, el segundo, hace referencia a la pérdida de ingresos que el fallecimiento ha ocasionado en la unidad familiar y que no ha resultado debidamente compensado con las prestaciones de la Seguridad Social. Si utilizamos el criterio de la situación de necesidad para reconocer el derecho al acrecimiento en el caso de huérfanos relativos de parejas de hecho y de excónyuges, seguirá existiendo una diferencia de trato con respecto a los hijos de matrimonio vigente en la fecha del fallecimiento, ya que la unidad familiar en que se integran (elemento de comparación utilizado por el TC), percibirá la pensión de viudedad y de orfandad, independientemente de los recursos económicos de que disponga.

Entiendo que el término de comparación debe ser, tal y como señala el propio TS, la cuantía de la pensión de viudedad que pudiera haber generado la muerte del causante, en comparación, no con los ingresos de la unidad familiar (lo que se asemejaría más una prestación asistencial), sino con los recursos que se han perdido por dicho fallecimiento y no son compensados por la pensión de orfandad.

Pongamos un ejemplo: un matrimonio y una pareja de hecho no constituida, en ambos casos cada uno de los progenitores trabaja por cuenta ajena con rentas superiores a la base máxima de cotización. Al fallecimiento de uno de ellos, en el caso del matrimonio, el cónyuge percibirá la pensión de viudedad y el hijo la de orfandad; en cambio, en el caso de la pareja de hecho únicamente percibirá la pensión de orfandad, ya que si utilizamos el criterio de la situación de necesidad (en palabras del TS, *orfandad absoluta de hecho –cuando el que quede carezca de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad–*), no se generaría el derecho al acrecimiento, existiendo una diferencia de trato no justificada, por razón de la filiación. En cambio, si utilizamos el criterio de los ingresos perdidos por dicho fallecimiento y no compensados por la orfandad, resultaría evidente que el huérfano tiene derecho al acrecimiento.

2. En relación con hijos de uniones extramatrimoniales en los que el progenitor sobreviviente no tiene derecho a pensión de viudedad, el Tribunal llega a la conclusión distinta, manteniendo la misma interpretación anterior al [Real Decreto 296/2009](#):

- Afirma el tribunal que «a nuestro entender, las afirmaciones llevadas a cabo primero por la STC 154/2006 y posteriormente por nuestra jurisprudencia son igualmente sostenibles en la actualidad, siquiera ahora la discriminación indirecta por razón del origen de la filiación no puede predicarse de la totalidad de los hijos ex-

tramatrimoniales, sino exclusivamente de aquellos cuyos progenitores no constituyan parejas de hecho o de quienes siéndolo no se hayan constituido como tal a los efectos legales (es el caso de autos, en que la convivencia estable no fue acompañada de inscripción en el correspondiente Registro de Parejas de Hecho)».

- Considera que en estos casos sí se produce un perjuicio económico para el huérfano: *«La unidad familiar sí ha tenido –inegablemente– una pérdida de ingresos [los del causante] y esta situación de necesidad no se ha paliado con pensión de viudedad, por lo que cobran plena vigencia las palabras que la Sala sostenía en aplicación de la precedente normativa y relativas a que "[desde este punto de vista –la situación de necesidad que justifica el acrecimiento de la pensión– resulta indiferente que la falta de tal reconocimiento se deba a orfandad absoluta por inexistencia de padre o madre superviviente, o a que el progenitor sobreviviente no tenga derecho a pensión por no haber sido cónyuge ... del sujeto causante" (citadas SSTS de 9 de junio de 2008, RCU 963/2007; de 24 de septiembre de 2008, RCU 36/2008; y de 1 de diciembre de 2011, RCU 4121/2010)».*
- Por último, justifica dicha interpretación para darle amparo en la nueva normativa: *«La interpretación que hacemos –de equiparación entre "orfandad absoluta" e inexistencia de cónyuge con derecho a pensión de viudedad, mediando la situación de necesidad– es a la que inclina el propio Preámbulo del Real Decreto 296/2006, al afirmar –la cursiva es nuestra– que parte del "condicionamiento constitucional" que representa la ya referida STC 154/2006, que impone "proceder a una revisión de la ya vetusta regulación de los aludidos incrementos en favor de los huérfanos, en la que, con pleno respeto al principio de no discriminación al hijo por la relación de su progenitor con respecto al causante, y en el régimen de igualdad, cualquiera que sea la filiación de los hijos, que se exige en la disposición adicional quinta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, se reoriente el plus de protección de los huérfanos que tales incrementos suponen hacia situaciones en las que, por razón de orfandad absoluta o circunstancias análogas, se constata la concurrencia de un estado de necesidad agravada que justifique esa mayor intensidad de las prestaciones a reconocer"».*

Del contenido de la sentencia parece concluirse que se reconoce el derecho al incremento en dos supuestos: cuando los progenitores no constituyan pareja de hecho, o cuando constituyéndola no la hayan formalizado a efectos legales (existencia de convivencia pero sin inscripción en registro público); no obstante, conforme a la regulación de la pensión de viudedad en parejas de hecho, existiría un tercer supuesto en que el progenitor sobreviviente no tiene derecho a la pensión, y es en aquellos casos en que se superan los límites de ingresos (ingresos del sobreviviente inferiores al 50 o al 25 % de los ingresos de la pareja de hecho, según tengan o no hijos comunes, o cuando los ingresos sean inferiores a 1,5 el SMI incrementado en 0,5 SMI por cada hijo común con derecho a pensión de orfandad), e incluso un cuarto cuando hay imposibilidad de constituir pareja de hecho por impedimento de uno de los miembros (como, por ejemplo, estar casado); de no cumplirse uno de estos supuestos el progenitor sobreviviente no tendrá derecho a la pensión

de viudedad, y deberemos plantearnos si en este caso también le será de aplicación la doctrina del tribunal, o, al no existir esa situación de necesidad, se le debe negar el derecho al acrecimiento. Si examinamos escrupulosamente la argumentación del TS concluiremos que el fundamento del acrecimiento es «la pérdida de ingresos de la unidad familiar que no se ha visto paliada con la pensión de viudedad», y dicha pérdida de ingresos concurrirá, asimismo, en el supuesto ahora planteado; es decir, si el fundamento del derecho es la pérdida de ingresos, resulta indiferente cuál sea la situación económica de la unidad familiar y la gravedad de la pérdida, porque, además, no cabe olvidar que el incremento es proporcional a los ingresos perdidos, al ser un porcentaje de la base reguladora calculada en función de la base de cotización del fallecido y, por lo tanto, directamente relacionada con su capacidad económica, y que en el supuesto de progenitores casados, no se tienen en cuenta los ingresos del sobreviviente o del fallecido, para reconocer el derecho a la pensión de viudedad.

Por lo tanto, entiendo, que en el supuesto de huérfanos relativos de parejas de hecho se debe reconocer el derecho al incremento cualquiera que sea la causa por la que se le deniega al sobreviviente el derecho a la pensión de viudedad. Sin embargo, no es este el criterio que se ha mantenido por los tribunales en los escasos casos en que se han podido pronunciar sobre el tema<sup>32</sup>.

Por último, debemos considerar que incluso en supuestos de matrimonios vigentes en la fecha del fallecimiento se puede dar el caso de que el cónyuge supérstite no acceda a la pensión de viudedad. Dicho supuesto concurrirá en el caso de trabajadores dados de alta que no reúnan el periodo mínimo de carencia (ya que este no se precisa en la pensión de orfandad, en los casos de no alta se exige para ambas 15 años cotizados). En este supuesto parece que el TS se inclina por denegar el derecho al acrecimiento, así en las sentencias antes citadas de [29 de enero](#) y [3 de febrero del 2014](#) señala: «De otra parte se establecería un trato desigual injustificado si se concediera el acrecimiento a los hijos de ex cónyuges sin derecho a pensión compensatoria y no se concediera en el caso de hijos de cónyuges actuales que no acceden a la pensión de viudedad por cualquier otro causa. Para evitar este trato diferente habría que conceder el acrecimiento en todos los casos en los que, viviendo uno de los progenitores del huérfano, dicho progenitor no hubiera causado derecho a la pensión de viudedad, lo que es manifiestamente contrario a la regulación actual que de modo inequívoco exige en todos los casos la orfandad absoluta». Hay una cierta incongruencia en dicha argumentación, ya que la consecuencia lógica de la misma sería negar el acrecimiento en todos los casos en los que el progenitor supérstite no tenga derecho a la pensión de viudedad; establecer diferencias en función de la causa de denegación puede dar lugar a diferencias de trato que no siempre estén debidamente justificadas.

<sup>32</sup> [STSJ de Cataluña de 2 noviembre del 2012](#) en la que se deniega el derecho al acrecimiento a un huérfano relativo de pareja de hecho por superar el supérstite el límite de ingresos. Esta sentencia fue recurrida en casación señalando como sentencia de contraste la del TS de [1 de diciembre del 2011](#) en la que reconocía el derecho al acrecimiento a un huérfano relativo de pareja de hecho que no cumplía los requisitos de registro y convivencia; en [Sentencia de 27 de noviembre del 2013](#) el TS los considera supuestos de hecho distintos, lo que, en principio, abre la puerta a que su tratamiento sea distinto y en este caso se deniega el derecho al incremento.

Así, pensemos, por ejemplo, en una pareja de hecho no formalizada, se le reconocería el derecho al incremento, independientemente que el causante cumpliera o no con el periodo mínimo de cotización, o de cuáles fueran los ingresos del supérstite; en cambio si esa misma pareja se hubiese formalizado y no accediera el supérstite a la pensión de viudedad por cualquiera de los dos motivos anteriores, no habría lugar al acrecimiento. Por lo tanto, y para que la regulación tratara por igual todos los supuestos, se debería determinar qué requisitos deben cumplirse en todo caso para tener derecho al acrecimiento, esto es, aunque se trate de una pareja de hecho no constituida habrá que exigir en todo caso que se cumplan los requisitos de carencia y de ingresos para tener derecho al incremento.

A partir de dicha jurisprudencia del Supremo, y salvo alguna excepción<sup>33</sup>, los TSJ han adoptado los criterios sentados por la misma<sup>34</sup>, así la STSJ de Extremadura de 18 de marzo del 2014, cambiando el criterio que hasta entonces mantenía la citada sala, deniega el incremento de la pensión a una huérfana relativa de divorciados, reproduciendo los argumentos del TS en la [Sentencia de 10 de mayo del 2013](#). Idéntica solución adopta el TSJ de Aragón en [Sentencia de 5 de febrero del 2014](#), en la que, al igual que ocurría en el supuesto anterior, cambia de criterio<sup>35</sup>, asumiendo íntegramente los directrices del TS.

Por tanto, en los supuestos planteados tras la nueva doctrina del Supremo, en ninguno de ellos se ha planteado la pérdida económica o el estado de necesidad como elemento determinante para generar el derecho al incremento.

## VI. RESUMEN DE LA SITUACIÓN ACTUAL

En resumen, y tras las últimas sentencias del TS, la situación queda de la siguiente manera:

- a) Con respecto a los matrimonios vigentes en la fecha del causante, el viudo/a percibirá la pensión de viudedad y los hijos la de orfandad; únicamente se pueden plantear problemas en el caso de que el causante no reúna el periodo de carencia para

<sup>33</sup> STSJ de Madrid de 21 de enero del 2014, en la que se deniega el derecho al acrecimiento de un huérfano relativo de pareja de hecho en la que el progenitor supérstite no accede a la pensión de viudedad por no cumplir los requisitos de antigüedad en la inscripción y convivencia. En la misma, se mantiene la doctrina tradicional de la Sala, de exigir en todo caso orfandad absoluta, sin hacer mención alguna a la nueva jurisprudencia del Supremo. En sentido contrario la STSJ de Asturias de 14 de octubre del 2013, en la que se reconoce el derecho al incremento, manteniendo la doctrina tradicional de la Sala.

<sup>34</sup> STSJ de Castilla y León/Valladolid de 27 de marzo del 2014, en la que se confirma la Resolución del INSS de retirar el incremento del 52% a una huérfana relativa de pareja de hecho como consecuencia de que su guarda pasa de la Gerencia Territorial de Asuntos Sociales a su madre.

<sup>35</sup> En Sentencia de 22 de febrero del 2013 reconoce el derecho al acrecimiento a una huérfana relativa de padres divorciados, con la circunstancia particular de que la guarda de la misma la ostenta la abuela materna y no el padre.

generar la pensión de viudedad (muerte por enfermedad común, estando en alta y con menos de 500 días cotizados en los últimos 5 años), ya que, en este caso, la orfandad no exige periodo previo de cotización. A mi juicio ese requisito de carencia se debe exigir para generar el derecho al incremento en todos los supuestos, tanto matrimoniales, como extramatrimoniales y divorciados, y en consecuencia las condiciones serían idénticas para todos. En este sentido parece expresarse la sentencia del TS de [27 de noviembre del 2013](#) cuando señala: «El acrecimiento de la pensión de orfandad queda condicionado a que exista una situación de orfandad absoluta, reseñando que *"podría afirmarse... que siempre queda el supuesto de la pareja de hecho que no cumple los requisitos legales exigidos para acceder a la pensión de viudedad, pero ya no sería un problema de filiación sino (se insiste) de incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, requisitos que pueden cumplir, en principio, tanto las uniones matrimoniales como las extramatrimoniales"*»<sup>36</sup>.

- b) En relación con los huérfanos de parejas de hecho, y considerando la Sentencia del [TS de 28 de junio del 2013](#), no cabe apreciar discriminación alguna. Si la pareja superviviente no accede a la pensión de viudedad, en principio el huérfano tendrá derecho al acrecimiento, al considerar que en este caso la unidad familiar ha tenido una evidente pérdida de ingresos no compensada por la pensión de viudedad. A pesar de dicha resolución, la situación sigue planteando múltiples interrogantes:
1. En primer lugar el ordenamiento solo protege con la pensión de viudedad a las uniones extramatrimoniales vigentes en la fecha del fallecimiento y no a lo que podríamos denominar exparejas de hecho, sin embargo, la aplicación estricta de dicha doctrina concedería a los hijos de las mismas el derecho al incremento. El argumento utilizado por el Alto Tribunal para conceder el acrecimiento en estos supuestos es la existencia de una pérdida de ingresos que difícilmente concurre en este caso, salvo que así se acredite. Como norma general ni la expareja de hecho tiene pensión compensatoria (no hay ningún régimen económico matrimonial disuelto), y a lo sumo, el huérfano será beneficiario de la pensión de alimentos, siendo esta la única pérdida económica a compensar, encontrándonos en idéntica situación a la de los huérfanos de divorciados y, por lo tanto, la solución debe de ser la misma; a mi juicio, solo en los casos en que se acredite dicho perjuicio se debería conceder el acrecimiento.
  2. El segundo problema a resolver es si se debe conceder dicho acrecimiento cualquiera que sea la causa de denegación de la pensión de viudedad (falta de registro, convivencia, superación de ingresos o no reunir el periodo de carencia). En los casos de falta de registro y de periodo de convivencia, entiendo debe ser concedido el acrecimiento, y la misma solución debería

<sup>36</sup> En sentido idéntico SSTS [de 29 de enero](#) y [3 de febrero del 2014](#).

darse a los supuestos en que la denegación se deba a la superación del límite de ingresos. En esta situación, si bien no podremos hablar de estado de necesidad, sí que existe una pérdida económica que no se compensa con la pensión de viudedad; si lo que se pretende es equiparar su situación con la unidades familiares matrimoniales, en estas últimas, el viudo/a tiene derecho a la pensión, independientemente de su nivel de ingresos y los del causante. Por último, en los casos en que el motivo de la denegación sea el no cumplimiento del periodo de carencia, dicho requisito es independiente del carácter de la unión, exigiéndose tanto a uniones matrimoniales como extra-matrimoniales y, en consecuencia, conceder el incremento en este caso a las parejas de hecho supondría un trato de favor respecto de las matrimoniales.

- c) En relación con los huérfanos relativos de parejas divorciadas en los casos en que el excónyuge no tenga derecho a la pensión de viudedad, parece que el tribunal se inclina por negar el derecho al acrecimiento, al considerar que no existe perjuicio económico, o no se acredita la situación de necesidad. En las más recientes sentencias del Alto Tribunal se indica que «se parte de la afirmación de que existe una situación de necesidad familiar, lo que, de antemano, en el presente caso no se declara probado, no cabiendo, en fin, identificar, con carácter general, la ausencia de pensión de viudedad con esa necesidad para proceder al incremento de la pensión de orfandad, porque esta es en exclusivo beneficio del propio huérfano aun cuando se halle vinculada a la pensión de viudedad y corresponda que se abone, en principio, al progenitor supérstite». Por lo tanto, cabría pensar que, caso de acreditarse esa situación de necesidad, se debería reconocer el incremento. Se puede entender que en supuestos de parejas de hecho o matrimonios vigentes, en la fecha del fallecimiento, se puede presumir que la muerte del causante ha ocasionado un perjuicio económico que las prestaciones de la Seguridad Social deben compensar, en cambio, en el supuesto de parejas divorciadas, dicho perjuicio no es tan claro y deberá probarse, o bien por la cuantía de la pensión de alimentos, o por cualquier medio que acredite que el fallecido era el sustento fundamental del huérfano. Es, a mi entender, esta la única interpretación que se ajustaría al principio de igualdad, ya que si no, en situaciones idénticas de pérdida de recursos, se daría un trato peyorativo a los hijos de divorciados sobre los huérfanos de matrimonios o parejas de hecho.
- d) No plantean problemas los supuestos de huérfanos absolutos, cualquiera que sea su filiación, a la muerte del causante cuando no exista beneficiario de la pensión de orfandad, ya que en todo caso tendrán derecho al acrecimiento. En cambio si existe beneficiario de la pensión de viudedad, se puede privar a dichos huérfanos del derecho al acrecimiento de modo absoluto. Pensemos en un huérfano absoluto cuyo progenitor contraiga nuevas nupcias, al fallecimiento de este no tendrá derecho al acrecimiento al existir beneficiario de la pensión de viudedad, y cuando este fallezca tampoco accederá al incremento por no tratarse de su «progenitor»,

igualmente tampoco tendrá derecho al mismo en caso de que la pensión de viudedad se extinga por contraer nuevas nupcias. Si bien, es de esperar que dichas consecuencias sean corregidas por los tribunales, la seguridad jurídica, en una materia tan sensible como la orfandad, haría aconsejable una modificación normativa, o un cambio de criterio del INSS, para dar un trato igual a todos los casos, y no hacer depender el derecho del acceso a los tribunales.

- e) Por último, en los supuestos de progenitor supérstite culpable de la muerte del causante, no se puede hacer depender el derecho al incremento de que solicite y pierda el derecho a la viudedad por condena penal, sino que, bien vía normativa o interpretativa, se debe reconocer provisional y cautelarmente el derecho al incremento a la espera de la resolución del procedimiento penal.

## VII. UNA PROPUESTA DE FUTURO

Con vistas al futuro, y *de lege ferenda*, cualquier modificación en la materia se debe realizar en el marco de una reforma sustancial de las prestaciones por muerte y supervivencia. No cabe olvidar que tenemos una de las pensiones de viudedad más generosas del Derecho comparado<sup>37</sup>, se trata de una pensión vitalicia independiente de la edad del beneficiario, sin necesidad de acreditar dependencia económica (salvo en parejas de hecho), y compatible con el trabajo<sup>38</sup>. Dicha pensión se encontraba prevista para una situación completamente distinta a la actual, en la cual la mujer no se encontraba incorporada al mercado laboral, y una organización familiar también diferente. Probablemente haya llegado el momento de acometer una reforma en profundidad de la pensión de viudedad que la haga acorde con la situación actual y, por reflejo, una reforma de las pensiones de orfandad mejorando la protección de la parte más débil de la unidad familiar.

<sup>37</sup> VICENTE PALACIO, M. A.: «La protección de la viudedad en el ámbito de los países miembros de la Unión Europea. Algunas propuestas para la reforma de la protección de la viudedad en España al hilo de la anunciada próxima reforma».

<sup>38</sup> Así, por ejemplo, en Alemania diferencia entre dos tipos de pensiones (la «mayor» o la «menor»). Tienen derecho a la primera las personas de 45 o más años (se prevé un incremento progresivo de esta edad a razón de 1 mes por año hasta los 47 años en 2029), incapacitados o quienes cuiden a hijos menores de 18 o incapacitados. Si no se reúne alguna de dichas condiciones, se accede a la prestación «menor». Cuando el matrimonio es posterior a 31 de diciembre de 2001 o ambos cónyuges nacieron después de 1962: la prestación «mayor» consiste en una pensión mientras que la «menor» es una prestación temporal de 24 meses y en cuantía inferior a la anterior. En el caso de que el matrimonio sea anterior a 31 de diciembre de 2001 o al menos uno de los cónyuges hubiera nacido antes de 2 de enero de 1962 o muerto antes de 1 de enero de 2002, ambas prestaciones son pensiones pero existen diferencias en las cuantías (%) entre unas y otras. Los Países Bajos exigen la incapacidad para el trabajo salvo que el beneficiario hubiera nacido con anterioridad a 1 de enero de 1950. Polonia exige tener 50 o más años o la incapacidad total para el trabajo. Por su parte, Francia contempla la pensión de viudedad para menores de 55 solo si están discapacitados exigiendo en caso contrario la edad de 55 años (51 años si el causante falleció antes de 1 de enero de 2009).

En relación con la pensión de viudedad muchas son las opciones presentadas: el establecimiento de un requisito de dependencia económica para tener derecho a la misma<sup>39</sup> y, en caso de que no exista esta dependencia, su sustitución por una prestación temporal; una edad mínima para tener derecho a la pensión; también se ha sugerido el reforzamiento del carácter contributivo de la prestación, actualmente muy diluido en atención al escaso periodo de cotización requerido, e incluso transformar la prestación en asistencial de modo que solo se tenga derecho a la misma en caso de que no se alcance un determinado nivel de ingresos<sup>40</sup>.

Cualquiera de las opciones antes expuestas debería suponer una profunda modificación del régimen de acrecimiento, y básicamente son dos las opciones a tener en cuenta:

1. La primera sería desvincular dicho incremento de la pensión de viudedad, ello implicaría una profunda modificación de la pensión de viudedad reorientando las prestaciones por muerte y supervivencia a la protección del huérfano. La cuantía de la pensión de orfandad se haría depender de la dependencia económica del causante, se establecería un porcentaje fijo (similar al 20% actual), que se incrementaría hasta un porcentaje máximo, en el caso de que el anterior no compense adecuadamente la pérdida de ingresos, fijando una cuantía mínima en atención al nivel de ingresos de la unidad familiar en la que se incluya el huérfano (complemento por mínimos); se trataría, en definitiva, de hacer depender el incremento de la pensión de orfandad, no de la filiación o estado civil de los progenitores, sino de la dependencia económica del causante y del estado de necesidad del huérfano. Evidentemente no se trata de una solución sencilla, en primer lugar se debería determinar el criterio para cuantificar la dependencia económica, a lo que se añadiría el riesgo de superar el límite del 100% de la base reguladora en el caso de concurrencia con la pensión de viudedad.
2. La segunda solución sería mantener la vinculación con la pensión de viudedad, pero eliminando la exigencia de la orfandad absoluta, reconociendo el derecho a acrecer la orfandad en todos aquellos casos en que, no existiendo beneficiario de la pensión de viudedad, la pérdida de ingresos del causante no haya sido debidamente compensada por la pensión de orfandad, situación que cabría presumir en los casos de parejas de hecho, y que se debería acreditar en el caso de divorciados cuando el causante no fuera el custodio. Además, debería completarse con una re-

<sup>39</sup> La Secretaría de Estado de la Seguridad Social en 2005 en el documento «Propuestas de medida de reforma de la Seguridad Social», ya indica que «la pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes, de la unidad familiar».

<sup>40</sup> LÓPEZ ORTEGA, S.: «Prestaciones sociales en derecho derivado. Análisis de las prestaciones de viudedad y orfandad en el marco de los sistemas europeos de Seguridad Social».

gulación coherente de los supuestos en que, existiendo beneficiario de la pensión de viudedad, este cese en el disfrute de la misma, particularmente cuando el beneficiario no sea progenitor del huérfano.

En todo caso se trata de una cuestión compleja y que excede de los límites del presente trabajo, que se limita a analizar la actual regulación legal y su aplicación práctica.