



Roj: **STS 2964/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2964**

Id Cendoj: **28079140012020100717**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/09/2020**

Nº de Recurso: **1217/2018**

Nº de Resolución: **756/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1217/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 756/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. María Luz García Paredes

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 10 de septiembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Zulima , representada y asistida por el letrado D. Juan Ignacio Marín Martín-Forero, contra la sentencia dictada el 23 de octubre de 2017, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 731/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid, de fecha 9 de junio de 2016, recaída en autos núm. 352/2016, seguidos a instancia de D^a. Zulima , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre Orfandad.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de junio de 2016 el Juzgado de lo Social nº 20 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Doña Zulima nació en fecha NUM000 de 1976. Contrajo matrimonio y se separó judicialmente por sentencia de 12 de enero de 2005.

Doña Zulima se encuentra afiliada al régimen general de la Seguridad Social y ha prestado los servicios por cuenta ajena que obran al folio 72 de la causa.



SEGUNDO.- En dictamen técnico facultativo de fecha 2 de diciembre de 2002 del equipo de valoración y orientación de la Comunidad de Madrid, en atención de un grado de discapacidad global del 58% y 8 puntos de factores sociales complementarios, se le reconoce un grado total de minusvalía o enfermedad crónica del 66% (Folio 77).

Doña Zulima es beneficiaria de una pensión no contributiva por invalidez permanente desde el 1 de mayo de 2011. (Folio 91).

TERCERO.- Don Guillermo, padre de doña Zulima, falleció en fecha 13 de mayo de 2011 (Folio 33).

Doña Zulima solicitó prestación de orfandad con fecha de entrada en el INSS 28 de septiembre de 2015. (Folio 23).

En dictamen propuesta de 21 de octubre de 2015 el EVI propone calificarla como incapacidad permanente absoluta desde el 13 de mayo de 2011, emitiéndose informe de síntesis que concluye que se encuentra limitada severamente para tareas que requieran comunicación. (Folios 46 a 55).

El INSS dictó resolución de fecha 3 de noviembre de 2015 por la que se le concede la prestación de orfandad, razonando que es incompatible con la pensión de invalidez no contributiva de la que es titular, por lo que es necesaria la opción por una de las dos pensiones. Dado que ha optado por la pensión más favorable, y teniendo en cuenta que la que viene percibiendo es de cuantía superior, de le reconoce la pensión de orfandad sin efectividad económica. (folio 74).

Se interpuso reclamación previa en fecha 4 de diciembre de 2015, que fue desestimada por resolución de 24 de febrero de 2016 (folios 7 a 11).

CUARTO.- La base reguladora es 1.287,90 euros. La fecha de efectos 29 de septiembre de 2015. (Folio 93)".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMO la demanda formulada por doña Zulima contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y DECLARO que la misma tiene derecho a percibir una pensión de orfandad con efectos económicos, con fecha de efectos 29 de septiembre de 2015, y del 20% de la base reguladora, 1.287,90 euros".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 23 de octubre de 2017, en la que consta el siguiente fallo:

"Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 20 de fecha 09-06-2016, en virtud de demanda formulada por D^a Zulima, contra dicho recurrente, en reclamación de ORFANDAD. En consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y desestimamos la demanda. Sin costas".

TERCERO.- Por la representación de D^a. Zulima se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en fecha 17 de enero de 2014, Recurso 1768/2013.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Por la letrada de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Seguridad Social, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de septiembre de 2020, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se suscita en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si una persona que tenía reconocida una pensión no contributiva de invalidez puede compatibilizar su percibo con una pensión de orfandad por incapacidad, cuando ambas prestaciones se han reconocido por las mismas lesiones.

2.- La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de octubre de 2017, Rec. 731/2017, tras estimar el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia se



instancia, estableció la incompatibilidad entre una pensión no contributiva de invalidez y la posterior pensión de orfandad por incapacidad de la beneficiaria, aquí recurrente. En el supuesto examinado, la beneficiaria tenía reconocida, desde el 1 de mayo de 2011, una pensión no contributiva de invalidez. El padre de la recurrente falleció el 13 de mayo de 2011 y ésta solicitó la pensión de orfandad. El EVI propuso calificarla como incapacidad permanente absoluta y el INSS dictó resolución reconociendo la pensión de orfandad, pero sin efectos económicos por incompatibilidad con la pensión de invalidez no contributiva. La enfermedad que dio lugar al reconocimiento de la pensión de orfandad es sordomudez congénita.

La sentencia, tras reflexionar sobre las normas aplicables, concluye desestimando la pretensión de la beneficiaria ya que una misma situación de necesidad se protege a través de una sola prestación, no de varias, de modo que la incapacidad para trabajar que permite al huérfano acceder a la orfandad no puede protegerse también mediante la invalidez no contributiva, que tiene la misma finalidad que la orfandad, cuando ambas derivan de la misma situación de incapacidad.

SEGUNDO.- 1.- La actora recurrente, para acreditar la contradicción, aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social de Asturias de 17 de enero de 2014, Rec. 1768/2013. En ella, al demandante se le había reconocido un grado de minusvalía del 65% y percibía una pensión de invalidez no contributiva desde 2013. Judicialmente se le reconoció una pensión de orfandad por el fallecimiento de su padre que el INSS le había denegado por no estar calificado de incapacitado permanente absoluto. Padecía una poliomielitis de MII con acortamiento y escoliosis de carácter congénito.

El razonamiento básico de la sentencia de contraste para estimar la demanda es que la norma que establece la incompatibilidad resulta ser inoperante para resolver la situación del actor, pues las dos pensiones no tienen su razón de ser en una misma incapacidad. Mientras que la pensión de orfandad responde a la doble condición de huérfano e incapacitado para el trabajo, el reconocimiento de la invalidez permanente no contributiva obedece a la conjunción en el beneficiario de una situación de discapacidad en grado igual o superior al 65% y a la carencia de rentas.

2.- Tal como informa el Ministerio Fiscal y no niega la recurrida, concurren las exigencias del artículo 219 LRJS para apreciar la contradicción ya que en mérito a hechos sustancialmente iguales y a idénticas pretensiones y fundamentos, las sentencias han llegado a resultados totalmente contrapuestos. En efecto, estamos en presencia de sendos beneficiarios de pensiones no contributivas de invalidez que, posteriormente, quedan huérfanos y se les reconoce pensión de orfandad por discapacidad. En ambos casos, no hay duda de que las patologías invalidantes son las mismas para el reconocimiento de las dos prestaciones. Sin embargo, la sentencia recurrida ha llegado a la conclusión de que ambas (invalidez y orfandad) son incompatibles, mientras que la sentencia de contraste ha llegado a la solución contraria, por lo que la contradicción resulta palmaria.

TERCERO.- 1.- La recurrente entiende que la sentencia recurrida infringe los artículos 122.1, 175. 1 y 179. 3 de la LGSS vigente al tiempo de producirse los hechos; considera que se han interpretado mal dichos preceptos ya que las respectivas prestaciones responden a finalidades distintas; esto es, protegen situaciones de necesidad diferentes habida cuenta de que incapacidad para el trabajo y discapacidad son conceptos distintos, al igual que lo son las reglas para su apreciación.

2.- Para la resolución del recurso resulta necesario atender a las normas que regulan la compatibilidad y las circunstancias concretas que puede permitir apreciarla o no. A tal efecto, con carácter general, el artículo 122.1 LGSS (actualmente artículo 163.1) dispone: "Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas".

De manera particular, el artículo 179.3 LGSS (actual artículo 225.2) establece: "Los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad, cuando perciban otra pensión de la Seguridad Social en razón a la misma incapacidad, podrán optar entre una u otra. Cuando el huérfano haya sido declarado incapacitado para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de la edad de dieciocho años, la pensión de orfandad que viniera percibiendo será compatible con la de incapacidad permanente que pudiera causar, después de los dieciocho años, como consecuencia de unas lesiones distintas a las que dieron lugar a la pensión de orfandad, o en su caso, con la pensión de jubilación que pudiera causar en virtud del trabajo que realice por cuenta propia o ajena".

CUARTO.- 1-La recta interpretación de los preceptos transcritos lleva a la conclusión de que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida. En efecto, la regla general de incompatibilidad de pensiones del régimen general deriva del principio general de que, en nuestro ordenamiento jurídico, la pérdida o carencia de rentas no puede protegerse a la vez con dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución (SSTS de 22 de mayo de 2001, Rcd. 2613/2000 y de 18 de julio de 2003, Rcd. 2924; entre otras), siendo



las razones que justifican de la incompatibilidad evitar al mismo tiempo que se lucren dos o más pensiones por un mismo esfuerzo contributivo o que se duplique la cobertura social en un único supuesto de carencia de rentas (STS de 5 de febrero de 2008, Rjud. 462/2007).

Con carácter concreto, la incompatibilidad que nos ocupa se encuentra regulada en el artículo 179.3 LGSS (actualmente artículo 225.2) y precisa que los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad, cuando perciban otra pensión de la Seguridad Social en razón a la misma incapacidad, podrán optar entre una u otra. En este punto la limitación opera entre pensiones del sistema de Seguridad Social, comprendiendo, de forma evidente, a las pensiones no contributivas. Y, al respecto, nuestra STS de 28 de abril de 1999, Rjud. 2715/1998 ya estableció, con referencia al, hoy derogado artículo 16.1 de la OM de 13 de febrero de 1967, que la incapacidad a la que se refiere la norma (artículo 175 LGSS; en la actualidad, artículo 224.1) es la de carácter permanente y absoluto que inhabilite por completo para toda profesión u oficio. Ello, añadimos, no contraría el tenor literal de la norma legal ni tampoco la finalidad de la misma, que es la de proteger como pensionistas a los huérfanos mayores de cierta edad que carezcan por completo de capacidad de trabajo, pero no a los que dispongan de una cierta capacidad laboral, aunque sea limitada para determinadas actividades.

Desde esa perspectiva, la incompatibilidad que establece el reiterado artículo 179.3 (actual 225.2) LGSS resulta perfectamente coherente con las normas del sistema en la medida en que establece una incompatibilidad para los huérfanos que son beneficiarios de la pensión de orfandad derivada de la incapacidad que padecen con cualquier otra pensión del sistema que perciban en razón de la misma incapacidad; por lo que la ley dispone que podrán optar por una u otra y no percibir las acumuladamente. Y no hay duda alguna de que, en el presente supuesto, una y otra pensión se generan por la misma situación de incapacidad para todo trabajo derivada de la misma patología invalidante; esto es, la sordomudez congénita que padece la recurrente.

2.- Lo expuesto determina que, tal como propone el informe del Ministerio Fiscal, el recurso deba ser desestimado y confirmada la sentencia recurrida que contiene la doctrina correcta. Sin que la Sala deba efectuar pronunciamiento alguno sobre costas, de conformidad con el artículo 235 LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Zulima , representada y asistida por el letrado D. Juan Ignacio Marín Martín-Forero.

2.- Confirmar la sentencia dictada el 23 de octubre de 2017, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 731/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid, de fecha 9 de junio de 2016, recaída en autos núm. 352/2016, seguidos a instancia de D^a. Zulima , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre Orfandad.

3.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.