

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social, Sentencia 904/2018 de 15 Mar. 2018, Rec. 1193/2017

Ponente: Rodríguez Álvarez, María Begoña.

Nº de Sentencia: 904/2018

Nº de Recurso: 1193/2017

Jurisdicción: SOCIAL

Se concede la pensión de orfandad al hijastro cuyo padre biológico aún no ha fallecido

ORFANDAD. Fallecimiento de español casado con rusa que aportó un hijo de otro matrimonio en Rusia. Se concede la pensión de orfandad al hijo de la viuda aunque no se reúne el requisito de filiación porque vivía a expensas de lo que percibía el fallecido, su madre no tiene apenas ingresos y aunque el padre biológico aún vive, no mantiene ninguna relación con él y nunca le ha dado ninguna cuantía económica.

El TSJ Andalucía estima el recurso de suplicación interpuesto contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Sevilla y declara el derecho del solicitante a percibir la pensión de orfandad.

RECURSO Nº 1193/17 IN

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMA.SRA.DÑA. MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ.

ILMA.SRA.DÑA. MARÍA BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ.

ILMO.SR.DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA.

En Sevilla, a quince de marzo de dos mil dieciocho.

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

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente:

SENTENCIA Nº 904 /18

En el recurso de suplicación interpuesto por el demandante D. Basilio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Sevilla; ha sido Ponente la ILMA. SRA. DOÑA MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ, Presidenta de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en autos número 720/15 se presentó demanda por D. Basilio , sobre Seguridad Social , contra el Instituto Nacional de la Seguridad y Tesorería General de la Seguridad Social , se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 15/12/16 por el Juzgado de referencia en que no se estimó la demanda.

SEGUNDO: En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO: El 13/03/15 se produjo el fallecimiento de D. Eloy , esposo que fue de Dña. Lucía , en situación legal de viudedad y madre del hoy actor, D. Basilio , residente en España desde 2.004, nacido en Pervomaysk (Rusia) el NUM000 /1992, fruto de un anterior matrimonio de su madre con D. Jeronimo , de nacionalidad rusa; el actor reconoce que su padre biológico no ha fallecido, si bien no mantiene relación alguna con él, por lo que solicitó pensión de orfandad en su condición de hijo del cónyuge superstite del causante, que le fue denegada por resolución del INSS de 27/03/15, que se da por reproducida.

SEGUNDO: Agotada la vía previa se presentó la demanda origen de los presentes autos."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante que no fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia que desestimo la demanda del actor que reclamaba prestación de orfandad, siendo el actor hijo de la cónyuge del causante que aquella aportó al matrimonio, se alza en Suplicación el citado actor D. Basilio , por el tramite procesal de los apartados b) y c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

SEGUNDO: Por adecuado trámite procesal y cita expresa en el apartado b) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se solicita rectificación del contenido fáctico de la sentencia, proponiendo la modificación del hecho probado primero para que el mismo quede redactado como sigue: El 13/03/15 se produjo el fallecimiento de D. Eloy , esposo que fue de Dña. Lucía , en situación legal de viudedad y madre del hoy actor, D. Basilio , residente en España desde 2.004, nacido en Pervomaysk (Rusia) el NUM000 /1992, fruto de un anterior matrimonio de su madre con D. Jeronimo , de nacionalidad rusa; a fecha del fallecimiento de D. Eloy , tanto el actor como su madre biológica convivían con el finado y a sus espesas; el actor reconoce que su padre biológico no ha fallecido, si bien no mantiene relación alguna con él, por lo que solicitó pensión de orfandad en su condición de hijo del cónyuge superstite del causante, que le fue denegada por resolución del INSS de 27/03/15, que se da por reproducida.

No ha lugar a lo solicitado, porque llevar a la relación fáctica de la sentencia lo que se pretende, seria introducir en la misma, no la constancia de hechos sino una valoración jurídica de los mismos, cuyo sitio en la sentencia no es el contenido fáctico porque podría resultar predeterminante del fallo. Ahora bien, de la documentación que se invoca en apoyo de la pretensión de revisión, certificado de empadronamiento, documentación bancaria que acredita la existencia de cuentas conjuntas de la madre del actor y su cónyuge y resto de los documentos que obran a los folios 105 y siguientes, se extrae, que el accionante se encontraba empadronado en el mismo domicilio que su madre y su cónyuge y, que desde cuentas bancarias de titularidad conjunta de aquellos, se atendía a los gastos familiares, de lo cual ha de dejarse constancia debiéndose de consignar también que al fallecimiento del causante, el actor se encontraba cursando estudios y que el matrimonio de su madre con el Señor Eloy , se celebro el día 24 de marzo de 2007, lo que se extrae de la certificación del Registro Civil que obra al folio 80 de las actuaciones.

A continuación se solicita la adición de un hecho probado nuevo que recoja lo siguiente: La normativa rusa determina la extinción de la obligación de prestar alimentos a los hijos una vez cumplidos 18 años de edad. A esta adición que pretende la recurrente en base al documento emitido por la embajada de la federación Rusa que obra al folio 103 de las actuaciones, no ha de accederse porque lo que se pretende, más que la constatación de un hecho, es la constatación de una realidad jurídica cuyo sitio en la sentencia no es la relación fáctica de la misma, como ya se ha dicho, porque podría resultar predeterminante del fallo.

Finalmente se solicita la adición de un nuevo hecho probado que recoja lo siguiente: El día 21 de septiembre de 2015, por expresa petición del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se acordó la suspensión del juicio previsto para esa fecha, a efectos de proceder a la revisión del expediente desestimatorio de la pensión de orfandad, tramite que fue evacuado por la parte actora mediante recurso de revisión de 23 de noviembre de 2015. Con fecha 2 de Diciembre de 2016, se dicta resolución desestimatoria del meritado recurso de revisión.

Ha lugar a lo solicitado porque ciertamente como es de comprobar al acta que obra al folio 38 de las actuaciones el Instituto Nacional de la Seguridad Social, solicitó la suspensión del juicio señalado para tal día para revisar el

expediente y sin que hubiera dictado resolución, se solicitó expresamente tal revisión por medio de escrito de la actora de la fecha que se indica, contestando la gestora que no había lugar a la revisión con fecha 2 de Diciembre de 2016, denegando en definitiva la revisión que dicho organismo había propuesto.

TERCERO.- Por tramite adecuado del apartado c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se solicita el examen del derecho aplicado en sentencia, alegándose la infracción de lo dispuesto en el artículo 9.3 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre por el que se desarrolla determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio de 1997 , para defender que le corresponde al actor la prestación de orfandad que ha reclamado y no le reconoce la sentencia de instancia.

Antes de resolver el motivo de recurso, se hace preciso concretar que al actor se le denegó la prestación de orfandad que solicitó porque no reunía el requisito de filiación de cualquier naturaleza con el causante, por ser hijo del cónyuge superviviente aportado al matrimonio y no reunir el requisito de convivencia con el causante y a sus expensas y por tener familiares con posibilidad y obligación de prestarle alimentos, en lo que básicamente se insistió en la resolución dictada con fecha 2 de Diciembre de 2016 que obra al folio 146 de las actuaciones.

Ciertamente el actor, no es hijo del causante, sino que fue aportado al matrimonio contraído con este, por la madre de aquel, y para este supuesto en el que no existen vínculos de filiación con el causante, en relación a la prestación de orfandad, el legislador, tratando sin duda de otorgar protección económica a quien careciendo de medios de subsistencia, pierde a la persona de la que dependía económicamente y con la que convivía, en razón del vínculo matrimonial establecido entre uno de sus progenitores y aquel, ha establecido un mecanismo especial de protección que regula el artículo 9.3 de Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre , norma que dispone lo siguiente: De igual forma tendrán derecho a la pensión de orfandad los hijos, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, que el cónyuge superviviente hubiese llevado al matrimonio, cuando, junto con los requisitos generales, concurren las siguientes condiciones especiales: a) Que el matrimonio se hubiese celebrado con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante, b) Que se pruebe que convivían con el causante y a sus expensas y c) Que no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil.

Viene a establecer esta norma una serie de requisitos especiales sobre los generales y los que establece el apartado 1 de la misma , requisitos que en este caso no se cuestionan por la entidad gestora (edad del peticionario y periodo de cotización del causante) y es necesario decidir si en el caso examinado, se cumplen cada uno de ellos, para lo que ha de partirse de los datos fácticos que figuran en los hechos probados de la sentencia, dado la naturaleza extraordinaria del recurso de Suplicación.

Pues bien, tal como se ha hecho constar en dicha relación fáctica, se cumple el primer requisito, habida cuenta que el matrimonio de la madre del actor y el causante de la prestación se celebró el día 24 de marzo de 2007, acaeciendo el fallecimiento de D. Eloy , el día 13 de marzo de 2015. Se cumple también el segundo, porque tal como ha quedado constatado en la relación fáctica de la sentencia, el accionante se encontraba empadronado en el mismo domicilio que su madre y su cónyuge, atendándose desde cuentas bancarias de titularidad conjunta de aquellos, los gastos familiares, incluidos los del peticionario que se encontraba cursando estudios y sin que conste que disfrutara de ingreso alguno, por lo que es dable colegir que convivía con el causante y a sus expensas. *En cuanto al tercero también ha de entenderse cumplido, porque de los datos que constan en la relación fáctica de la sentencia, no puede extraerse que el actor tenga derecho a ninguna otra prestación de la seguridad social, ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarle alimentos, según la legislación civil.* No consta en los hechos probados de la sentencia que la madre del actor disponga de ingresos y si bien en la demanda se reconoce que es perceptora de prestación de viudedad, esta solo alcanza la cuantía de 378,88 € mes según figura al folio 115 de las actuaciones, cantidad esta tan exigua que ni siquiera alcanzaba el 75% del SMI del año del fallecimiento de su esposo que se fijó en 648,60 € mes por Real Decreto 1106/2014, de 26 de diciembre , con lo cual, a la luz de la doctrina que emana de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 noviembre 2006 y en las ella citadas, ha de tenerse por cumplido el requisito que solo quedaría enervado si en el momento del hecho causante, disfrutara su madre de ingresos iguales o superiores al salario mínimo interprofesional con una capacidad de pago que permita asignar al beneficiario una cantidad que garantice a éste un nivel de subsistencia, que no sea inferior que al salario mínimo interprofesional toda vez que como dice la meritada sentencia con cita en la anterior de 12 de marzo de 1997: *"si el obligado a prestar alimentos, bien por tener ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional o bien aun*

teniéndolos superiores, no puede suministrarlos al alimentista en cuantía igual o superior al salario mínimo interprofesional, tales alimentos, a efectos de la prestación de Seguridad Social discutida, no serían suficientes para entender acreditado que la persona obligada a prestar alimentos tenga la posibilidad de prestarlos, ya que el alimentista, de carecer de otros ingresos, no alcanzaría con los posibles alimentos prestados por el pariente obligado el referido mínimo vital de subsistencia" .

Tampoco puede afirmarse que el padre del recurrente, cuya mera existencia no impide la aplicación del artículo 9.3 de Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre , porque la literalidad del mismo no exige como requisito de acceso a la prestación que el otro progenitor del beneficiario haya fallecido, pueda cumplir la obligación de prestar alimentos al actor, pues *amén de residir en Rusia sin que conste que haya atendido alguna vez las necesidades económicas del recurrente, ni siquiera que puedan serle exigibles conforme a la legislación de su país,* tampoco consta en la sentencia que disponga de ingresos suficientes.

Así pues y de acuerdo con lo razonado, por cumplidos lo requisitos, se impone la estimación del motivo de recurso que se estudia, y la revocación de la sentencia de instancia debiéndose por tanto reconocer la prestación de orfandad que se solicita en concordancia con lo resuelto en supuesto semejante por la Sentencia de 12 junio 2001 del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco que cita la recurrente.

Resta por estudiar si procede la imposición de las costas a la entidad gestora por mala fe como solicita la recurrente en razón de que, tras haber solicitado la suspensión del juicio para revisar el expediente, no lo revisó hasta que no lo solicitó la accionante dictando al respecto resolución desestimatoria, lo que motivó dilaciones innecesarias. La petición ha de ser rechazada porque aunque quepa la posibilidad legal de imponer condena en costas a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social por el Juzgador, en cualquiera de sus grados, como expresamente admite la Sentencia núm. 489/2017 de 7 junio del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), sentencia que reitera doctrina anterior, *no es posible apreciar aquí la mala fe o notoria temeridad en la conducta procesal del organismo demandado que requeriría, por lo que se refiere a la mala fe, que el Instituto Nacional de la Seguridad Social conociera que la negativa a reconocer el derecho a lucrar la prestación de orfandad que ha solicitado el actor carecía de todo de fundamento fáctico-jurídico* lo que no puede afirmarse en una cuestión que jurídicamente admite discusión.

En relación con la temeridad, concepto este que en este caso, va unido a un comportamiento procesal irreflexivo o poco diligente de la gestora confiando que las vicisitudes procesales y la tardanza en la revisión del expediente puedan propiciar un resultado favorable a sus intereses, tampoco puede apreciarse, porque si bien es cierto que debió de decidir con mas prontitud acerca de la revisión del expediente para lo cual solicitó y obtuvo la suspensión del juicio, sin esperar a que ello fuera expresamente solicitado por el recurrente y ello ha perjudicado al actor por la dilación, también lo es que la actitud de la gestora ni le podía perjudicar al beneficiario ni le perjudica, ni en la cuantía de la pensión ni en la fecha de efectos de la misma, toda vez que esta ha de retrotraerse a la fecha del hecho causante determinado por el fallecimiento de quien causa la pensión, habida cuenta que aunque no consta en la sentencia la fecha de solicitud, debió de producirse inmediatamente después del fallecimiento del causante el día 13/03/15 puesto que fue denegada 27/03/15, sin que pueda admitirse como fecha de efectos la de la resolución que deniega la revisión dictada con fecha 2 de Diciembre de 2016, a raíz de lo cual se activó el proceso suspendido, y ello porque la suspensión del juicio y la consiguiente dilación fue ocasionada a petición del Instituto Nacional de la Seguridad Social y en todo caso, sería aplicable la doctrina que ha fijado el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 59/2017 de 25 enero , a tenor de la cual, la fecha de efectos de la pensión de orfandad, es la que corresponde a la primera solicitud indebidamente rechazada cuando finalmente se reconoce la presentación, sin haber variado las circunstancias ni las normas legales que eran las mismas que se encontraban vigentes cuando se solicitó, lo que obliga a reconocer la prestación de orfandad al actor desde 13/03/15, hasta que concurra causa legal de extinción, en cuantía reglamentaria que no puede fijar la Sala por carecer de datos suficientes al respecto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el demandante D. Basilio , contra la sentencia dictada en los autos nº 720/15 por el Juzgado de lo Social número uno de los de Sevilla , en virtud de demanda formulada por el citado actor , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social,

debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia a la par que estimando la demanda del actor, debemos declarar y declaramos su derecho a percibir prestación de orfandad en cuantía reglamentaria desde 13/03/15, hasta que concurra causa legal de extinción, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración y cuanto de ello se derive y especialmente al abono de la prestación.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

- a) Exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".
- b) Referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".
- c) Que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.