



## **PRESTACIÓN POR ORFANDAD: SE EQUIPARÁN A LA “ORFANDAD TOTAL” AQUELLOS SUPUESTOS DE “ORFANDAD SIMPLE” EN LOS QUE EL PROGENITOR VIVO SEA PRIVADO DE LA PATRIA POTESTAD**

El TS en una reciente sentencia, de 7 de septiembre de 2022, ha declarado que procede incrementar el porcentaje de la prestación de orfandad simple, equiparándolo al aplicable en los supuestos de orfandad total, cuando el progenitor vivo ha sido privado de la patria potestad y no percibe pensión de viudedad.

## Pensión de ORFANDAD

La pensión de orfandad consiste en una prestación económica que se concede a los descendientes de personas fallecidas y, en algunas ocasiones, a los aportados por su cónyuge, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en materia de cotización del causante y a edad del beneficiario.

### ¿Quiénes son sus beneficiarios?

Los hijos e hijas del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, y los hijos e hijas del cónyuge sobreviviente aportados al matrimonio, en los siguientes casos:

- Hijos e hijas del causante o de la causante fallecida, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, en el momento de la muerte, sean menores de 21 años o estén incapacitados para el trabajo en grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.
- Hijos e hijas del causante o de la causante fallecida menores de 25 años de edad, que no efectúen trabajos por cuenta propia o ajena o, cuando los realice y sus ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional, en cómputo anual.
- Si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera 25 años durante el transcurso del curso escolar, la pensión se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico.
- Hijos e hijas del cónyuge sobreviviente aportados al matrimonio, cuando, junto con los requisitos generales, concurren las condiciones de que el matrimonio se hubiera celebrado dos años antes del fallecimiento del causante, hubieran convivido a sus expensas y además no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil.

**Al efecto de determinar la cuantía de la prestación de orfandad, la situación de una huérfana de madre, cuyo padre, ha sido privado de la patria potestad por no haberse interesado ni cubierto las necesidades de la hija, es equiparable a la situación de la orfandad absoluta.**

## ¿Cuál es la cuantía de la Pensión de Orfandad?

Con carácter general la cuantía de la pensión será el 20 por 100 de la base reguladora, siendo ésta diferente según la situación laboral del fallecido en la fecha de fallecimiento y de la causa que determine la muerte.

En los casos de orfandad absoluta, las prestaciones correspondientes al huérfano se incrementarán en los términos y condiciones siguientes:

1. El 20% de la base reguladora se incrementará con el porcentaje previsto para la pensión de viudedad (52%), cuando 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.
2. Cuando a la muerte del causante exista algún beneficiario de la pensión de la viudedad, la pensión de orfandad 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. Cuando el progenitor sobreviviente fallezca siendo beneficiario de la pensión de viudedad, procederá incrementar el porcentaje de la pensión que tuviera reconocido el huérfano, sumándole el que se hubiera aplicado para determinar la cuantía de la pensión de viudedad extinguida.
4. En caso de fallecimiento por AT o EP, 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.
5. Cuando, a tenor de lo establecido en el artículo 231 del Texto Refundido de la LGSS, el condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas no pudiese adquirir la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, o la hubiese perdido, los hijos del mismo que sean titulares de la pensión causada por la víctima del delito tendrán derecho al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta.
6. Las hijas e hijos que sean titulares de la pensión de orfandad causada por la víctima de violencia contra la mujer, también tendrán derecho al incremento previsto para los casos de orfandad absoluta.

El incremento previsto para los casos de orfandad absoluta alcanzará el 70 por 100 de la base reguladora, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen, no superen en cómputo anual el 75 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional.

## ¿Qué sucede, en los supuestos de orfandad simple, cuando, el progenitor no causante de la pensión es privado de la patria potestad por incumplimiento manifiesto de sus obligaciones con el hijo o la hija?

A esta cuestión es a la que ha venido a dar respuesta la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2022 (Sentencia núm. 700/2022), en los siguientes términos:

1. Aunque es cierto que la normativa aplicable<sup>1</sup> no recoge el supuesto de pérdida de la patria potestad del progenitor superviviente como una de las circunstancias análogas a los supuestos de orfandad total<sup>2</sup>, *no resulta difícil llegar a la conclusión de que la existencia de un progenitor vivo que ha sido privado de la patria potestad del huérfano por sentencia firme en razón de la prolongada desatención a las necesidades del hijo, puede constituir una "situación o circunstancia análoga" a las previstas en el precepto que nos ocupa pues al hecho de que no hay quien perciba la pensión de viudedad cuyo acrecimiento se pretende, se une un estado de necesidad derivado de la prolongada y acreditada desatención del padre.*
2. *La privación de la patria potestad al progenitor no causante de la pensión de orfandad por incumplimiento manifiesto de sus obligaciones con la hija, no estando prevista expresamente en la norma, guarda una absoluta identidad de razón con las dos causas, en las que literalmente no concurre la orfandad absoluta, previstas en el apartado 2 del artículo 38 del Reglamento general de prestaciones de la Seguridad Social, por lo que cabe aplicar a dicha situación que ahora contemplamos la asimilación al supuesto de orfandad absoluta que el aludido precepto establece.*
3. *La interpretación que aquí se sostiene está avalada por las previsiones incluidas en diversas normas contenidas en tratados y acuerdos internacionales suscritos por España. Así, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 ratificada por España (BOE de 31 de diciembre de 1990) dispone que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". El artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C-83/391 de 30 de marzo de 2010) establece que "En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial".*

<sup>1</sup> Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, en redacción dada al mismo por Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia,

<sup>2</sup> La norma recoge expresamente dos circunstancias análogas a los supuestos de orfandad total: la situación del huérfano cuyo otro progenitor vivo ha sido condenado por violencia de género y, por tanto, no percibe pensión de viudedad, y la del huérfano de un solo progenitor conocido.

Roj: STS 3490/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3490

Id Cendoj: 28079140012022100683

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 07/09/2022

Nº de Recurso: 475/2019

Nº de Resolución: 700/2022

Procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina

Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Tipo de Resolución: Sentencia