



Roj: **STSJ CV 535/2021 - ECLI:ES:TSJCV:2021:535**

Id Cendoj: **46250340012021100219**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2021**

Nº de Recurso: **1446/2020**

Nº de Resolución: **276/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MIGUEL ANGEL BELTRAN ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1

Recurso de Suplicación 1446/20

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**COMUNIDAD VALENCIANA**

**Sala de lo Social**

**Recurso de suplicación 001446/2020**

Ilmas. Sras. e Ilmo. Sr. :

D<sup>a</sup>. Isabel Moreno de Viana-Cárdenas, presidente

D<sup>a</sup>. Mercedes Boronat Tormo

D. Miguel Angel Beltrán Aleu

En Valencia, a veintiocho de enero de dos mil veintiuno.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha dictado la siguiente,

**SENTENCIA NÚM. 000276/2021**

En el recurso de suplicación 001446/2020, interpuesto contra la sentencia de fecha 12-3-20, dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 7 DE ALICANTE, en los autos 000841/2018, seguidos sobre PRESTACION DE ORFANDAD, a instancia de Norberto asistido del Letrado D. José Antonio Azorín Molina, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y en los que es recurrente INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Beltrán Aleu.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida dice literalmente en su parte dispositiva: "FALLO: Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por D. Norberto frente a INSS, debo declarar y declaro el derecho del actor a percibir una pensión de orfandad absoluta base reguladora de 484,06 euros, porcentaje aplicable el 52% y fecha de efectos el 01.09.18, con las revalorizaciones y límites legales que procedan, condenando al INSS a su abono y a estar y pasar por tal declaración".

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia se declaran como HECHOS PROBADOS los siguientes: "PRIMERO.- El demandante, D. Norberto, cuyos datos personales obran en autos, nacido el NUM000.2000, solicitó pensión de de orfandad en fecha 10.09.18.SEGUNDO.- El INss mediante resolución con fecha de salida 19.09.18 reconoció al actor pensión de orfandad sobre una base reguladora de 484,06 euros en porcentaje del 20%, primer pago en el período de 01,09,18 a 30.09.18.-El actor formuló reclamación previa desestimada por el INSS mediante resolución de 24.10.18 señalando que para el incremento de la pensión es necesario que no exista progenitor vivo, y que si sobrevive uno de los padres aunque no perciba pensión de viudedad no es



orfandad absoluta.- CUARTO.- La madre del actor falleció el 30.08.18 (doc 2) (no controvertido).-QUINTO.- El actor era el único hijo habido del matrimonio de sus progenitores, Dña Vicenta y D. Norberto . El matrimonio se separó de hecho en 2001. -SEXTO.- D. Norberto fue privado de la patria potestad del actor, por incumplimiento de sus obligaciones legales, mediante sentencia de 24.09.07 dictada por el Juzgado Séptimo de lo Civil de Imbadura, Otavalo (Ecuador) (documento 6 demanda), siendo atribuida a su madre en exclusiva. Dicha sentencia señala que "ha demostrado el abandono por parte del demandado a su hijo, Norberto , el cual se ha encontrado abandona completamente por parte de su padre tanto económicamente como afectivamente, habiendo asumido la madre todos los deberes y derechos que emanan de la patria potestad". Así mismo se hace constar que existe una "boleta de apremio" por impago de las pensiones de alimentos de julio de 2003 a marzo de 2007 por importe de 14.865 dólares americanos. El folio 31 refleja una deuda de Norberto por pensión de alimentos a fecha septiembre de 2018 de 126.263,11 dólares americanos. Contra Norberto se sigue procedimiento de Alimentos 10203-2013-9521 ante la Unidad Judicial de familia, mujer, niñez y adolescencia Con sede en cantón DIRECCION000 , a instancias de la madre del actor. Mediante resolución dictada en primera instancia se condenó a Norberto al pago de una pensión de alimentos de 300\$ mensuales, lo que fue confirmado resolución de la Corte Superior, Sala Segunda de 14.10.03. Interpuesta demanda de rebaja de la pensión de alimentos fue desestimada por resolución de 17.10.11, resolución confirmada por la Corte Provincial de Justicia en fecha 21.12.11. A febrero de 2019 la deuda por alimentos ascendía a 129.841,34 \$(documental aportada al juicio)SÉPTIMO.- El actor no tiene contacto con su padre, que se encuentra en ignorado paradero, al parecer viviendo en Londres, donde ha formado una nueva familia (doc 11). Al juicio celebrado sobre privación de la patria potestad fue citado por la prensa, no compareciendo al mismo. (folio 28 reverso) OCTAVO.- La madre del actor en fecha 18.02.02 interpuso denuncia frente a Norberto por supuestas violencia de género - lesiones, amenazas e insultos-NOVENO.- El padre del actor no percibe pensión de viudedad en España (no controvertido)DÉCIMO.- En caso de estimación de la pretensión la base reguladora asciende a 484,06 euros, porcentaje aplicable el 52 % y fecha de efectos 01.09.18."

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, habiendo sido impugnado por la representación letrado de contrario. Recibidos los autos en esta sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por el letrado del Instituto Nacional de la Seguridad Social la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Alicante 12-3-20, autos 841/18 que estimo la demanda interpuesta por Norberto , demanda por la que se impugnaba la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 19-9-18, confirmada por la de 24-10-18, que rechazó su solicitud de prestación de orfandad absoluta . La sentencia objeto de recurso viene a reconocer el derecho del actor Norberto a percibir una pensión de orfandad absoluta base reguladora de 484,06 euros, porcentaje aplicable el 52% y fecha de efectos el 1-9-18, con las revalorizaciones y límites legales que procedan, condenando al INSS a su abono y a estar y pasar por tal declaración. Frente al recurso interpuesto la parte actora formulo impugnación.

**SEGUNDO.-** En el escrito de impugnación se invoca por el letrado de Norberto una causa de inadmisión del recurso de suplicación, lo que fue complementado por escrito posterior, causa de inadmisión que tiene que ver con la previsión contenida en el artículo 230.2 c) LRJS que dispone lo siguiente:

"C) Si en la sentencia se condenara a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, ésta quedará exenta del ingreso prevenido en los apartados a) y b) anteriores, pero deberá presentar ante la oficina judicial al anunciar o preparar el recurso, certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso, hasta el límite de su responsabilidad..."

Se alegaba por el impugnante que pese a la aportación de certificación no se había procedido a abonar la prestación al menos en el momento de formular la impugnación del recurso, si bien en escrito posterior se viene a reconocer el abono de unas cantidades en la misma fecha con las que entiende que no se cumple el requisito legal puesto que la sentencia condena al abono de la prestación desde el 1-9-18 y no se han abonado los atrasos desde tal fecha al momento de dictar la resolución impugnada.

Esta objeción se debe rechazar pues, como hemos visto, la única obligación que impone a la Entidad Gestora el artículo 230.2 c) LRJS es la de comenzar el pago de la prestación al tiempo de anunciar el recurso, tal y como así consta, y admite el recurrente con unos ingresos en fecha 25-6-19 cuando el recurso fue anunciado el 8-6-20, dilación en el abono que no puede tomarse como incumplimiento de la obligación en aplicación de la doctrina expuesta por el TS en auto dictado el 16-01-2020, en recurso de queja número 55/2019 (retirando consideraciones de STS/4ª de 30 noviembre 2005, rcud. 434/2004, auto de 15 de diciembre de 2016, rcud 1230/2016). Así, pues, la Entidad Gestora no ha incumplido de un modo real durante un prolongado periodo



de tiempo su obligación de pago con los consiguientes perjuicios que ello conlleva -en especial, a la parte recurrida-, ante la inmediatez en el cumplimiento cuya dilación en días solo obra a los requisitos que la gestión de los caudales públicos requiere. Lo que en viene a plantear como causa de inadmisión la parte recurrente viene a ser el incumplimiento de abono de atrasos entre el momento de anunciar el recurso y la fecha de efectos de la prestación señalada en sentencia, obligación que no impone en modo alguno el precepto expuesto pues no impone deber alguno de abonar ningún tipo de atraso mientras el pronunciamiento de condena no sea firme, criterio establecido por STSJ Valencia 21-4-20 rs 1605/19 así como Auto del TS de 17-7-98.

**TERCERO.**- Siendo procedente la admisión del recurso se viene a plantear por el ente gestor el recurso de suplicación por el ente gestor al amparo del art 193 de la LRJS en su letra C) por infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, y en concreto el art .224 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 31/10/2015), Art. 16 y 17 de la OM 13.02.1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social, y art 38 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el 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 (BOE 30/12/1966), modificado por el 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 (BOE 21/03/2009). Así como las Sentencia del Tribunal Supremo, 1176/2014, de 29 de enero y 1967/2014, de 30 de abril.

Viene a entender el ente gestor que para que las pensiones de orfandad sean incrementadas con el porcentaje de viudedad es necesario que se trate de huérfanos que no tengan padre ni madre vivos. Si sobrevive uno de los padres, aunque no perciba pensión de viudedad por no tener derecho o por perderlo por causa distinta al fallecimiento, no se trata de orfandad absoluta. Admite la parte recurrente que pueden equipararse a la inexistencia de cónyuge sobreviviente los siguientes casos:

- Inexistencia de progenitor reconocido registralmente, es decir, cuando se desconozca quien es el otro progenitor ( art. 38.2 Decreto 3158/1966).
- 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 ( art. 38.2 Decreto 3158/1966).
- Abandono del hijo por el progenitor sobreviviente, que se encuentra en paradero desconocido. Puede ser que el abandono tenga lugar antes o después del fallecimiento del causante según criterios técnicos del propio ente gestor.

Circunstancias expuestas que no se cumplen en el caso de autos.

**CUARTO.**- En el supuesto sometido a consideración de la sala , el recurso del INSS versa exclusivamente sobre la cuestión de si en el caso analizado, donde se mantienen incólumes los hechos probados, procede o no el acrecimiento de la prestación de orfandad. De conformidad con lo expuesto en el art. 224.1 LGSS ( TR 8/2015), Artículo 224. Pensión de orfandad y prestación de orfandad.

"1. Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los 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 veintidós años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, o fuera pensionista en los términos del artículo 217.1.c).

Será de aplicación, asimismo, a las pensiones de orfandad lo previsto en el segundo párrafo del artículo 219.1.

Tendrán derecho a la prestación de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos e hijas de la causante fallecida, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, cuando el fallecimiento se hubiera producido por violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, siempre que se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad. La cuantía de esta prestación será el 70 por ciento de su 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 ciento del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

En el supuesto de que hubiera más de una persona beneficiaria de esta prestación, el importe conjunto de las mismas podrá situarse en el 118 por ciento de la base reguladora, y nunca será inferior al mínimo equivalente a la pensión de viudedad con cargas familiares.



2. Podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad o de la prestación de orfandad, siempre que en la fecha del fallecimiento del causante fuera menor de veinticinco años, el hijo del causante que no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual.

Si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los veinticinco años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión y la prestación de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al de inicio del siguiente al curso académico.

3. La pensión de orfandad y la prestación de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios según determinación reglamentaria".

Dicho lo anterior, el Reglamento que comenzó regulando la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre reguló, en su art. 38 la de las prestaciones de orfandad, el cual fue modificado por el Real Decreto 296/2009 de 6 de marzo, que estableció el incremento de éstas, en los supuestos de fallecimiento del padre y la madre, regulando los diversos supuestos en relación con viudedad, e incluyendo como supuestos asimilables el de muerte de un progenitor por otro derivado de violencia de género (L.O. 1/2004, de 28 de diciembre), y el de un solo progenitor conocido, que devengarían la prestación de orfandad absoluta, determinando la siguiente redacción:

"Artículo 38. Incremento de las pensiones de orfandad y de las indemnizaciones especiales a tanto alzado.

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 por ciento.

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 sólo 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."

**QUINTO.-** Entrando en la cuestión debatida consistente en determinar si el pronunciamiento de la instancia, que otorga la prestación de orfandad absoluta a quien, sin carecer de padre, se encuentra en unas especiales circunstancias, es o no adecuado a lo dispuesto en el art. 2 del RD 296/2009, de 6 de marzo, que dio nueva redacción al art 38 de Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, hay que señalar que el citado RD surgió, entre otras reformas legislativas, frente a la falta de previsión del Decreto 3158/1966 de 23 de diciembre y ante



la situación creada por diversas sentencias del Tribunal Supremo y sobre todo la del Tribunal Constitucional número 154/2006, de 22 de mayo que había apreciado la existencia de discriminación entre hijos, según existiera o no matrimonio ante la nueva normalidad de la pareja de hecho constituida de los padres. En la explicación de dicha adecuación señala que: "partiendo del referido condicionamiento constitucional, se hace preciso 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 constate la concurrencia de un estado de necesidad agravada que justifique esa mayor intensidad de las prestaciones a reconocer.

Desde entonces ha venido siendo aplicado dicho precepto por la jurisprudencia, entre la que hay que citar la STS, Sala Social de 1 del 29 de enero de 2014, rec. 1122/2013, reiterada en varias posteriores, en la que se solicitaba el incremento del 52% de la pensión de orfandad, a favor de una huérfana de padre, sin que la madre tuviera reconocida la pensión de viudedad por no haber estado casada, ni haber constituido pareja de hecho con el causante en los términos establecidos en el art. 174.3 LGSS. El Pleno de la Sala desestima el recurso y deniega la pretensión, señalando que para acrecer con la pensión de viudedad la prestación de orfandad esta debe ser absoluta, en los términos del art. 38 RD 3158/1996, caracterizada por la ausencia de ambos progenitores salvo excepcionalmente (orfandad absoluta asimilada o impropia), en supuestos de progenitor sobreviviente desconocido o maltratador, que no es el caso.

**SEXTO.-** No obstante, la sentencia de instancia, que conoce la normativa y la jurisprudencia, entiende equiparable la situación alegada a la de "ausencia de padre", a la vista de los hechos probados acreditados la resolución judicial y que se pueden sintetizar en los siguientes

- La madre del actor falleció el 30.08.18
- El actor era el único hijo habido del matrimonio de sus progenitores, Vicenta y Norberto, y el matrimonio se separó de hecho en 2001.
- Norberto, fue privado de la patria potestad del actor, por incumplimiento de sus obligaciones legales, mediante sentencia de 24.09.07 dictada por el Juzgado Séptimo de lo Civil de Imbadura, Otavalo (Ecuador) siendo atribuida a su madre en exclusiva.
- dicha sentencia señala que "ha demostrado el abandono por parte del demandado a su hijo, Norberto, el cual se ha encontrado abandonado completamente por parte de su padre tanto económicamente como afectivamente, habiendo asumido la madre todos los deberes y derechos que emanan de la patria potestad". Así mismo se hace constar que existe una "boleta de apremio" por impago de las pensiones de alimentos de julio de 2003 a marzo de 2007 por importe de 14.865 dólares americanos, ascendiendo la deuda de Norberto por pensión de alimentos a fecha septiembre de 2018 de 126.263,11 dólares americanos.
- contra Norberto se sigue procedimiento de Alimentos 10203-2013-9521 ante la Unidad Judicial de familia, mujer, niñez y adolescencia con sede en cantón DIRECCION000, a instancias de la madre del actor. Mediante resolución dictada en primera instancia se condenó a Norberto al pago de una pensión de alimentos de 300\$ mensuales, lo que fue confirmado resolución de la Corte Superior, Sala Segunda de 14.10.03. Interpuesta demanda de rebaja de la pensión de alimentos fue desestimada por resolución de 17.10.11, resolución confirmada por la Corte Provincial de Justicia en fecha 21.12.11. Y a febrero de 2019 la deuda por alimentos ascendía a 129.841,34 \$(documental aportada al juicio)
- el actor no tiene contacto con su padre, que se encuentra en ignorado paradero, al parecer viviendo en Londres, donde ha formado una nueva familia.
- Al juicio celebrado sobre privación de la patria potestad fue citado por la prensa, no compareciendo al mismo. (folio 28 reverso)

Y reconoce la prestación a la vista del estado de necesidad agravado y acreditado por el desamparo, con privación de patria potestad del padre por incumplimiento de sus mínimas obligaciones como tal, y ello reproduciendo las consideraciones que llevan a efecto las sentencias invocadas por el actor, y en concreto reproduciendo las consideraciones obrantes en la STSJ Galicia de 15-9-09 rs R 2967/2006 así como Asturias 25-6-10 rs 723/10, considerando que la situación fáctica con privación de patria potestad e inexistencia de hecho del progenitor es incardianable en la norma, criterios estos que han sido también asumidos por STSJ Asturias 3-6-11, rs 963/2011, Cataluña 15-10-08 rs 4923/07, y Canarias Las Palmas 20-11-15 rs 911/15, Castilla Leon Burgos 15-6-15 rs 378/15. Y ello sin desconocer la existencia de otras resoluciones en contra de las citadas tesis como la STSJ Cataluña 4-2-16 RS 6351/15.



Esta sala comparte los razonamientos expuestos en la resolución recurrida en el sentido que reconociendo como hecho causante de la concesión del incremento de la pensión de orfandad viene dada por 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.

La razón de ser de dicho aumento la encontramos en la exposición de motivos del Real Decreto, que afirma que "se hace preciso 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.

La situación fáctica recogida en la sentencia supone un "estado de necesidad agravado" al que hemos hecho referencia, al haberse producido la privación de la patria potestad del progenitor superviviente, y esta Sala no puede sino coincidir con tal pretensión. Ya la STS 24-9-08 (RJ 2008, 5658) expuso que "la ley quiere compensar al huérfano o huérfanos en tal situación familiar con una prestación social equivalente a la que tendría el conjunto de la familia de existir cónyuge superviviente.... 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."

Con posterioridad, la sentencia del mismo Tribunal de 29-1-14 (RJ 2014, 2501) referida como infringida por el recurso expone que "la norma (...) establece para todos los supuestos la exigencia de orfandad absoluta, requisito que está justificado en atención a la especial situación de necesidad que contempla: la inexistencia de algún progenitor que pueda hacerse cargo del huérfano." Y también alega la recurrente como doctrina infringida la resolución del Tribunal Supremo de 30-4-14 (RJ 2014, 2684) como base de la que se extraería la necesaria denegación de la solicitud, pero si se examina la misma se comprueba que viene referida a los supuestos genéricos en que existe un progenitor vivo sin derecho a pensión de viudedad, sin hacer mención a circunstancias como las que concurren en este caso. En efecto, el asunto que nos ocupa tiene la particularidad esencial de que el progenitor vivo ha sido privado de la patria potestad, con las circunstancias expuestas en hechos probados.

Por ello, y entendiendo que a la hora de interpretar una norma jurídica, siempre hay que elegir aquella interpretación que resulte más adecuada para la eficacia de los derechos fundamentales, lo cierto es que las sentencias del Tribunal Supremo a la hora de denegar el aumento de la pensión de orfandad no son aplicables en un caso extremo como el que nos ocupa. De este modo, tenemos a un menor que no está sometido a patria potestad alguna, de manera que resulta evidente la existencia de una situación de necesidad análoga los casos de orfandad absoluta o con progenitor desconocido, al menos en tanto no se produzca la modificación de la medida extrema en que consiste la privación de la patria potestad. Es obvio que el legislador no puede recoger todas y cada una de las posibilidades que se presentan en la práctica y tampoco que no se pueden dejar sin protección situaciones como la presente, que ha de comprenderse por vía de la analogía en el artículo 39 del Reglamento general de prestaciones, pues a efectos prácticos es como si el menor desde su nacimiento solo hubiera tenido un progenitor (su madre) que era la única que cumplía con las obligaciones que le impone la patria potestad.

Consideramos pues que en el presente caso se cumplen todas las condiciones legalmente exigidas, manteniendo doctrina de esta misma sala en sentencia de fecha 13-5-20 rs 936/2019 donde incluso la declaración de desamparo con padre conocido se asimilaba a la orfandad absoluta, añadiendo como motivo legal de estimación del acrecimiento de orfandad por la pensión de viudedad el asimilar en términos civiles, el concepto de ausencia de progenitor conocido, al de desamparo, una vez sustituido el de abandono por el mas propio de desamparo en la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, que la ley reserva para las situaciones más graves de ausencia de cumplimiento de los mas mínimos cuidados paterno filiales, con ausencia de las obligaciones y consecuentes derechos derivados de la patria potestad. Y así la L.O. 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableció en su art. 10, que: "1. Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas, o a través de sus entidades colaboradoras, la información en formato accesible y asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos, así como a que se garantice su respeto. 2. Para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: (...) d) Solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas. Por su parte, el artículo 18 de la misma norma señala: "De acuerdo con lo establecido en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda



de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. Y como indicador del desamparo, la circunstancia de: a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla.

Tales consideraciones deben hacer valorar la situación del actor como tributaria del incremento de prestación reconocido en la resolución recurrida y ello tomando incluso en consideración las alegaciones del propio ente gestor en cuanto admite la orfandad absoluta por aplicación del criterio técnico 1999/48 por el cual se entiende inexistencia de cónyuge (actualmente progenitor) sobreviviente en supuestos de abandono del hijo por el progenitor sobreviviente, que se encuentra en paradero desconocido, situación en la que cabe entender en el supuesto sometido a consideración donde no se aprecia siquiera por la parte actora un abandono de la búsqueda de sustento instando las obligaciones del progenitor sino que las mismas no generan fruto alguno, lo que supone una consideración de abandono en los términos expuestos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social .

Por ello debemos entender que no se produce infracción alguna por la resolución y por ello y dado que no existe doctrina jurisprudencial al respecto , estimamos que debe procederse a la confirmación de la sentencia de instancia, previa la desestimación del recurso, reseñando que el Auto del TS de 26-11-19 en rcud 2244/19 no aprecia contradicción en los supuestos en que el progenitor superstitite esta en paradero desconocido, frente a la situación de progenitor conocido y que incluso percibe una pensión a efectos de valorar una orfandad absoluta

**SEPTIMO.-** De acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial de la que es expresión, por ejemplo, la STS de 27-9-2000 (recurso 4585/1999), no ha lugar a condenar en costas a la Entidad Gestora recurrente. Y ello es así, porque el artículo 59.3 de la anterior Ley General de la Seguridad Social de 1994 dispone: "Las Entidades Gestoras gozarán del beneficio de justicia gratuita a efectos jurisdiccionales" y por su parte, la Ley 1/1996 de 10 de Enero, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, establece con respecto al ámbito personal de su aplicación, en el art. 2 que tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita: "b) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso".

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Alicante 12-3-20, autos 841/18 y en consecuencia confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, indicando que contra la misma cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá prepararse dentro del plazo de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación, mediante escrito dirigido a esta Sala, advirtiendo que quien no tenga la condición de trabajador, no sea beneficiario del sistema público de la Seguridad Social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 600'00 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco de Santander. El depósito se puede efectuar en metálico, en la cuenta y con los datos siguientes: **4545 0000 35 1446 20**, o por transferencia a la cuenta centralizada siguiente: **ES55 0049 3569 9200 05001274**, añadiendo a continuación en la casilla "concepto" los datos señalados para el ingreso en metálico. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en dicha cuenta, indicando la clave **66** en lugar de la clave **35**. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase 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.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En Valencia, a veintiocho de enero de dos mil veintiuno.

En la fecha señalada ha sido leída la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. magistrado/a ponente en audiencia pública, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.