

Derecho del huérfano a acrecer la pensión de orfandad con el porcentaje de la viudedad cuando el único progenitor vivo tiene suspendida la patria potestad.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *Pensión de orfandad. Se plantea la posibilidad de incrementar el porcentaje de la pensión de orfandad con la pensión de viudedad no reconocida al otro progenitor superviviente que ha sido suspendido en el ejercicio de la patria potestad. Se estima por tratarse de una situación análoga a las de huérfano absoluto previstas en el artículo 38.2 del Reglamento general de prestaciones de la Seguridad Social.*

Palabras clave: *Pensión de orfandad. Incremento de la pensión por orfandad absoluta. Progenitor superviviente privado de la patria potestad.*

Abstract: *Orphan's Pension. Increasing the percentage of full orphan the orphan's pension by the amount of the widow's pension not granted to the other surviving parent who has been suspended from exercising parental authority. This is considered appropriate because the situation is analogous to that of a as provided for in Article 38.2 of the General Regulations on Social Security Benefits.*

Keywords: *Orphan's Pension. Increase in the pension for orphans who have lost both parents. Surviving parent deprived of parental authority.*

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00744

ECLIS: *ECLI:ES:TS:2026:1949*

Esta publicación es una revista de acceso abierto publicada bajo la licencia Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 (Atribución-NoComercial-SinDerivados) .



I. Introducción

En el presente recurso de casación unificadora, el Tribunal Supremo resuelve la cuestión de si debe o no equipararse a la situación de orfandad absoluta la suspensión de la patria potestad al único progenitor superviviente para determinar el derecho del huérfano al acrecimiento de su pensión de orfandad con el importe de la pensión de viudedad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 62/2026, de 26 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 205/2024.

ECLI:ES:TS:2026:1949.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

El objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si procede acrecer la pensión de orfandad cuando el padre no ha fallecido, pero se había suspendido su ejercicio de la patria potestad por el incumplimiento grave y reiterado de los deberes parentales, razón por la cual se había otorgado el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre.

2. Hechos y Antecedentes

El actor queda huérfano tras el fallecimiento de su madre, quien tenía atribuida judicialmente el ejercicio exclusivo de la patria potestad, porque su padre había sido suspendido de su ejercicio por el incumplimiento grave y reiterado de sus deberes parentales.

El Juez de Primera Instancia no acordó la privación sino solamente la suspensión porque consideró que la privación no beneficiaba al menor.

Mediante resolución administrativa se reconoció la condición de familia monoparental a la familia encabezada por la madre del actor.

Tras el fallecimiento de su madre, el actor, cuya edad en la fecha del hecho causante era de 19 años, solicitó el reconocimiento de la pensión de orfandad, que le fue reconocida por resolución del INSS en un 20 % de la base reguladora.

El padre del demandante no es perceptor de la pensión de viudedad.

El actor reclamó, primero ante la Entidad Gestora y después en vía judicial, el incremento de su pensión de orfandad con el importe de la pensión de viudedad (52 %).

3. Sentencias recaídas en el procedimiento

- La sentencia del Juzgado de lo Social número Seis de Barcelona 357/2022, de 21 de noviembre, recaída en autos 921/2021, seguidos a instancia del actor contra el INSS, estima la demanda y declara el derecho del actor a percibir su pensión de orfandad incrementada con el importe de la pensión de viudedad por considerar su situación como asimilada a la del huérfano absoluto.
- La sentencia recurrida, dictada por el TSJ de Cataluña 3929/2024, de 10 de julio (recurso 6654/2023), argumenta que hay identidad de razón entre el pleito enjuiciado y el resuelto por la STS 700/2022, de 7 de septiembre (rec. 475/2019), que reconoció el derecho a acrecer la pensión de orfandad cuando se había privado de la patria potestad al progenitor superviviente.

Por ello, desestima el recurso de suplicación del INSS y confirma la sentencia de instancia.

- La sentencia de contraste, propuesta por el INSS en su recurso de casación, es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 27 de diciembre de 2019. (rec. 1152/2019). En la sentencia referencial, la huérfana convivía tan solo con el padre. No tenía relación alguna con su madre desde hacía más de 10 años. Nunca había percibido alimentos de ella y no se sabía nada de esa progenitora desde el año 2008. Se ignoraba su paradero, incluso su subsistencia, pese a haberse intentado su localización en el marco del procedimiento judicial de tutela posterior, que resultó infructuoso. Cuando falleció el padre se dictó auto por el que se suspendió la patria potestad de la madre y se nombró a dos tutores que solicitaron la pensión de orfandad.

La Sala estima el recurso del Letrado de la Administración de la Seguridad Social y deniega el acrecimiento de la pensión de orfandad porque, aunque hubiera un incumplimiento grave de la madre natural en cuanto a la atención de sus obligaciones materno filiales, con suspensión de la patria potestad, lo cierto es que la patria potestad existe, con derecho de alimentos y a la herencia, sin que pueda equipararse a la situación de orfandad absoluta la falta de atención de la madre de sus obligaciones parentales.

4. Análisis de la contradicción

Con carácter previo al examen del fondo del recurso, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, procede a la comprobación de la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, al erigirse esta cuestión en el presupuesto clave para la admisión del recurso y para que se habilite el acceso al fondo del asunto.

La Sala comprueba que concurre el requisito de contradicción. En ambas sentencias se examina si un huérfano tiene derecho a acrecer la pensión de orfandad cuando el único progenitor vivo está judicialmente suspendido del ejercicio de la patria potestad. La sentencia de contraste niega que pueda equipararse tal situación a la orfandad absoluta, mientras que la sentencia recurrida reconoce el incremento.

IV. Posición de las partes

El INSS, como parte recurrente, sostiene que ni la privación ni la suspensión de la patria potestad son situaciones parecidas a la orfandad absoluta, por lo que no debe reconocerse el incremento de la pensión de orfandad.

El actor presentó escrito de impugnación del recurso en el que niega que concurra el requisito de contradicción y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal informó en contra de la estimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

El precepto con mayor relevancia para la resolución del litigio es el artículo 38. 2 del Reglamento general de prestaciones de la Seguridad Social (aprobado por el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, reformado por Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo).

«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.»

Otros preceptos examinados en los considerandos de la sentencia son el artículo 110 del Código Civil, en relación con el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ambos relativos al interés superior del menor.

VI. Doctrina básica

En el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia glosada se cita otra anterior de la propia Sala –la STS 700/2022, de 7 de septiembre (475/2019)– que compendia la doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la pensión de orfandad absoluta.

La citada STS 700/2022, examina el supuesto de privación de la patria potestad que no había sido analizado aun por la Sala y lo compara con otros tres supuestos en los que, aunque el progenitor supérstite no percibía la pensión de viudedad porque no reunía los requisitos legales, se denegó el acrecimiento de la pensión de orfandad porque el padre o la madre podría prestar alimentos al menor y cumplir su deber de cuidado. Así ocurría: 1) cuando la madre supérstite no tenía derecho a la pensión de viudedad por no haber estado casada ni constituir pareja de hecho con el causante (STS 30 abril de 2014; rcud. 584/2013); 2) cuando la madre supérstite no era

perceptora de la pensión de viudedad de su exmarido, porque en el convenio regulador de la sentencia de divorcio con el padre del huérfano, no se había establecido pensión compensatoria alguna (STS de 1 de julio de 2014; rcud. 1876/2013); 3) cuando el padre supérstite separado de la madre fallecida no tenía derecho a pensión compensatoria (STS 11 de febrero de 2014; rcud. 1088/2013).

En el caso enjuiciado, haciendo una interpretación finalista del artículo 38 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, en la redacción dada al mismo por Real Decreto 296/2009, la Sala considera que la privación de la patria potestad por desatención grave de los deberes parentales podría constituir una «situación o circunstancia análoga» a las previstas en la norma.

La regulación vigente incluye tanto la «orfandad absoluta» (la falta de ambos progenitores) como otras «circunstancias análogas» que provocan un estado de necesidad asimilable y en los que no existe beneficiario de la pensión de viudedad. De un lado, el huérfano cuyo padre haya sido condenado por violencia de género y, de otro, el de la persona huérfana de un solo progenitor conocido.

La aplicación analógica de la norma exige dos requisitos: que exista un vacío normativo y que concorra identidad de razón. Para la Sala, la privación de la patria potestad guarda relación de identidad con los dos supuestos previstos en la citada norma, en particular con la relativa a los huérfanos con un solo progenitor conocido, ya que en ambos se produce la misma situación de necesidad derivada de la desatención paterna.

En el mismo sentido se pronunció la STS 791/2024, de 30 de mayo (rcud. 999/2022), que reconoció el derecho a acrecer a una huérfana discapacitada mayor de 25 años porque se había declarado que pertenecía a una familia monoparental, cuyo padre no cubría sus necesidades y no era beneficiario de la pensión de viudedad.

VII. Parte dispositiva

Conforme a lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo decide desestimar el recurso de casación unificadora y confirmar la sentencia recurrida. Sin condena al pago de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Fundamentos de Derecho

[...]

«**SEXTO.-** 1. En la presente litis, una sentencia dictada por un Juez de Primera Instancia argumentó que el padre había incumplido grave y reiteradamente sus deberes parentales y suspendió su patria potestad. Posteriormente, se reconoció la condición de familia monoparental. El padre no percibe la pensión de viudedad. En la fecha del hecho causante, el beneficiario era mayor de edad.

2.Los argumentos esenciales vertidos en la referida STS 700/2022 son aplicables a este litigio:

A) La interpretación finalista del artículo 38 del Reglamento, a la vista del preámbulo del Real Decreto 296/2009, permite incluir tanto la orfandad absoluta como otras circunstancias análogas que causen una situación de necesidad asimilable a la orfandad absoluta. Además de los dos supuestos expresamente previstos en esa norma (violencia de género y existencia de un único progenitor conocido), se puede incluir el caso en el que una sentencia firme suspendió en el ejercicio de la patria potestad al único progenitor vivo debido al incumplimiento grave y reiterado de sus deberes parentales. Se trata de una circunstancia análoga a las expresamente previstas en esa norma: nadie percibe la pensión de viudedad y se ha acreditado la situación de necesidad derivada de la desatención del padre.

B) Debemos hacer hincapié en que la razón por la que en el supuesto enjuiciado en la mentada STS 700/2022 el Juez de Primera Instancia acordó la privación de la patria potestad, mientras que en este pleito el Juez de Primera Instancia acordó la suspensión; no se debió a que hubiera diferencias entre ambos casos sino a que, en este litigio, el Juez de Primera Instancia consideró que las mismas consecuencias se podían conseguir acordando únicamente la suspensión y no la privación.

C) El escrito de interposición del recurso de casación unificadora hace hincapié en que la patria potestad se extinguió cuando el hijo cumplió 18 años de edad. El INSS considera que ello hace irrelevante que se hubiera suspendido la patria potestad que, en cualquier caso, se extinguió al alcanzar la mayoría de edad.

No podemos acoger sus argumentos. La pensión de orfandad no se reconoce solamente a los menores de edad. Tienen derecho a percibirla los hijos menores de 21 años o de 25 años cuando no realicen ningún trabajo remunerado o sus ingresos en cómputo anual sean inferiores al salario mínimo interprofesional.

La citada STS 700/2022 explica que la privación de la patria potestad es expresiva de una situación de necesidad derivada de la desatención del padre que equivale a la que tendría un huérfano absoluto. Esa situación de necesidad no se altera cuando el huérfano cumple 18 años porque la desatención parental no desaparece por el hecho de que el huérfano cumpla esa edad.»

IX. Comentario

Para resolver el presente recurso de casación, centrado en determinar si procede acrecer la pensión de orfandad causada por la madre cuando el padre no ha fallecido, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo aplica su propia doctrina, contenida en la STS 700/2022, de 7 de septiembre (475/2019).

En dicha sentencia se analizan otras circunstancias análogas a la orfandad absoluta, considerando incluidas, además de las dos expresamente contempladas en la norma reglamentaria (violencia de género y existencia de un único progenitor conocido), otros supuestos en los que se entiende que se produce una situación de necesidad o vulnerabilidad equiparable a la que tendría el huérfano absoluto derivada de la desatención del padre o madre superviviente.

En el presente litigio, la Sala Cuarta considera igualmente aplicables los argumentos finalista y analógico en los que se sustentaba su anterior sentencia 700/2022, lo que le permite reconocer el derecho en los casos en que, pese a existir un progenitor, nadie percibe pensión de viudedad y se acredita un estado de necesidad derivado de la prolongada y grave desatención por el padre de las necesidades del hijo.

La única diferencia con la precedente STS 700/2022 reside en que en aquel asunto el progenitor superviviente había sido privado de la patria potestad, mientras que en la presente litis se le había suspendido del ejercicio de la patria potestad. Ahora bien, como bien señala la Sala en este caso también se constató judicialmente la existencia de una desatención parental y la única razón por la que no se extinguió la patria potestad es porque el Juez de Primera Instancia consideró que los mismos efectos se conseguirían con la suspensión.

De otro lado, y frente a la tesis del INSS de que al ser el huérfano mayor de 18 años era irrelevante que se hubiera suspendido la patria potestad, la Sala señala que la pensión de orfandad no se reconoce solamente a los menores de edad, sino que tienen derecho a percibirla los hijos menores de 21 años o de 25 cuando no realicen ningún trabajo remunerado o sus ingresos en cómputo anual sean inferiores al salario mínimo interprofesional (art. 224. 1 y 3 LGSS).

Asimismo, con respecto a lo establecido en el artículo 110 del Código Civil, que dispone que «[a]unque no ostenten la patria potestad, ambos progenitores están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos», el Alto Tribunal

considera que dicha norma no debe impedir el acrecimiento de la pensión de orfandad cuando se ha demostrado que dicha obligación legal no tiene ninguna virtualidad práctica y que concurre situación de necesidad.

Por último, la Sala descarta la aplicación en la presente litis de los preceptos de las normas internacionales relativos al interés superior del menor (art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño y artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), porque el demandante era mayor de edad en la fecha del hecho causante.

En definitiva, para la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el dato esencial radica en que una sentencia evidencia una desatención parental equivalente a la ausencia de ese progenitor y, aunque el huérfano haya cumplido 18 años, esa situación de necesidad subsiste.

X. Apunte final

Solo podemos compartir el criterio de la Sala cuando afirma que la razón por la que la norma reconoce el incremento de la pensión de orfandad, en los casos en que no existe pensión de viudedad por violencia de género y por falta de conocimiento del progenitor no causante de la pensión de orfandad, es claramente atender la situación de necesidad o de especial vulnerabilidad del huérfano y que debe considerarse como «situación o circunstancia análoga» la que se plantea en el caso en que, pese a la existencia de un progenitor vivo, este ha sido privado o suspendido del ejercicio de la patria potestad del huérfano por sentencia firme en razón de la prolongada desatención a las necesidades del hijo e incumplimiento de las obligaciones parentales establecidas en el Código Civil.

Una referencia al abandono por el padre vivo de sus responsabilidades parentales como asimilable a la orfandad absoluta aparece expresamente recogida en el artículo 224.2, párrafo 6.º, de la LGSS, si bien circunscrita a la orfandad por causa de la violencia sobre la mujer. Así, conforme al mencionado precepto «(...)», se presumirá la orfandad absoluta cuando se hubiera producido abandono de la responsabilidad familiar del progenitor supérstite y se hubiera otorgado el acogimiento o tutela de la persona huérfana por violencia contra la mujer a favor de terceros o familiares, así como en otros supuestos determinados reglamentariamente».

De acuerdo con el artículo 224.2, párrafo 2.º LGSS, «Cuando la muerte por violencia contra la mujer de la causante de la pensión o prestación de orfandad hubiera sido producida por un agresor distinto del progenitor de los hijos e hijas de la causante, se reconocerá el derecho a la pensión de orfandad con el incremento que correspondiese o, en su caso, la prestación de orfandad, cuando los rendimientos de la unidad de convivencia en que se integra no superen el mismo porcentaje establecido en el párrafo anterior. En otro caso, se suspenderá el derecho a su percibo». Concretamente, se exige que los ingresos anuales de la unidad de convivencia, divididos por el número de miembros que la componen, incluidas las personas huérfanas adoptadas, 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 (art. 224.2 párrafo 2.º LGSS).

Así pues, en los supuestos de orfandad por violencia contra la mujer, el legislador prevé el reconocimiento del incremento de la pensión de orfandad no solo cuando el padre sea el causante de la muerte de la madre, sino también cuando sea un agresor distinto, pero se haya producido abandono de la responsabilidad del progenitor supérstite, y ello, a pesar de que se haya otorgado el acogimiento o tutela de la persona huérfana a terceros o familiares. En este caso, el mantenimiento de la pensión con el incremento se condiciona a que los rendimientos anuales de la unidad de convivencia en que se integran los huérfanos no superen el límite establecido. En otras palabras, en estos casos se exige la acreditación de la existencia de una situación de vulnerabilidad económica de la unidad de convivencia, fijada en un determinado porcentaje del salario mínimo interprofesional.