

## **Derecho a la pensión de jubilación no contributiva al no ser computable en la unidad económica de convivencia el nieto menor de edad.**

La Sala afirma que, para el cálculo de la pensión, como regla, debe partirse de que como integrantes de la unidad económica de convivencia deben computarse todas aquellas personas que convivan efectivamente con el solicitante de la prestación no contributiva, cualquiera que sea la causa de tal convivencia, siempre que tales personas estén unidas con el beneficiario por matrimonio o por lazos de parentesco por consanguinidad o por adopción hasta el segundo grado. Además, entre los integrantes de aquélla debe existir un cierto grado de dependencia económica, pero, sin embargo, a diferencia de lo que se establece en otras prestaciones de la Seguridad Social en las que también se tiene en cuenta el requisito de la convivencia y el de la dependencia económica, no se establecen expresamente requisitos como el de que no queden familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos, según la legislación civil para poder computar, en su caso, como integrante de la unidad económica de convivencia a alguno de las parientes contemplados en la norma.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia de 28 de junio de 2012**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 2467/2011

Ponente Excmo. Sr. MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Junio de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Fernández Iglesias en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Ángela, contra la sentencia dictada el 1 de junio de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el recurso de suplicación núm. 302/11, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Zaragoza, de fecha 25 de febrero de 2011, recaída en autos núm. 600/10, seguidos a instancia de D.<sup>a</sup> Ángela contra INSTITUTO ARAGONÉS DE SERVICIOS SOCIALES (I.A.S.S.), sobre JUBILACIÓN NO CONTRIBUTIVA.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón actuando en nombre y representación del INSTITUTO ARAGONÉS DE SERVICIOS SOCIALES.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel,

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 25 de febrero de 2011, el Juzgado de lo Social núm. 7 de Zaragoza, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda formulada por D.<sup>a</sup> Ángela contra el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, DEBO REVOCAR Y DEJAR SIN EFECTO la resolución dictada por la demandada en fecha 25/03/2010 y objeto de las presentes actuaciones, DEBIENDO CONDENAR Y CONDENANDO al IASS a estar y pasar por dicho pronunciamiento y a las consecuencias jurídicas derivadas del mismo".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " 1.º.- La demandante D.<sup>a</sup> Ángela, cuyas demás circunstancias personales obran en autos, era beneficiaria con efectos de 01/08/2004 de una pensión de jubilación no contributiva, habiendo la actora indicado en su solicitud de prestación como convivientes de la unidad familiar a ella misma, a su marido y a la hija de ambos, Jon, siendo la residencia familiar la sita en la calleja DIRECCION000 n.º NUM000 portal NUM001 piso NUM002 NUM003 de Borja (Zaragoza). En fecha de NUM004 /2004 la demandante tuvo un nieto de su hija Jon, poniendo tal circunstancia en conocimiento del IASS a los efectos de la composición de la unidad familiar de convivencia. 2.º.- Presentada por la actora la declaración anual de pensionista sobre ingresos de la unidad familiar de 2010, en la misma la actora indicó como único conviviente a su esposo, quien era perceptor de una pensión contributiva de jubilación por importe para el año 2009 de 546,55 ? mensuales, dictándose por el IASS resolución de 25/03/2010 por la que se extinguía el derecho de la actora a la pensión reconocida con efectos de 01/01/2009, y se regularizaban los importes indebidamente percibidos en dicho periodo en la cantidad de 5.672,98 ?. Formulada reclamación previa, ésta fue desestimada por resolución de 19/05/2010. 3.º.- El nieto de la demandante a la fecha de la decisión extintiva del IASS seguía conviviendo con ésta en el domicilio sito en la calleja DIRECCION000 n.º NUM000 portal NUM001 piso NUM002 NUM003 de Borja y se encontraba escolarizado en el colegio Santa Ana de dicha localidad. La madre del menor trasladó su residencia a Zaragoza en fecha de 04/01/2010. 4.º.- El importe mensual de la pensión para el año 2010 se fijó en la cuantía de 339,70 ?".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSTITUTO ARAGONÉS DE SERVICIOS SOCIALES ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la cual dictó sentencia con fecha 1 de junio de 2011 en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos el recurso de suplicación n.º 302 de 2011, ya identificado antes, y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda".

CUARTO.- Por el Letrado D. José Fernández Iglesias, en nombre y representación de D.ª Ángela se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 5 de julio de 2011, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 21 de febrero de 2006.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado por el INSTITUTO ARAGONÉS DE SERVICIOS SOCIALES pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de junio de 2012, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, dictada por el TSJ de Aragón el 1/6/2011, revoca la sentencia de instancia y, estimando el recurso de la Entidad Gestora, desestima la demanda de la beneficiaria de una pensión de jubilación no contributiva a la que se le había retirado el derecho al cobro de la pensión, con devolución de cantidades indebidamente percibidas, por entender que no debe computar en la unidad económica de convivencia a su nieto menor de edad, lo que determina que, por aplicación de las normas aplicables al caso, se supera el umbral de carencia de recursos legalmente establecido. La razón por la que se excluye del cómputo al nieto es que, según afirma el FD Tercero de la sentencia recurrida, "la mera convivencia del nieto en el domicilio de los abuelos no constituye una unidad económica de convivencia de las tres personas, ya que la madre del menor tiene independencia económica y sigue ostentando la responsabilidad económica propia de su patria potestad o autoridad familiar sobre su hijo, sin que los abuelos hayan alegado que no sólo conviven con el nieto sino también que depende de ellos económicamente, dependencia económica que se presume por el hecho de la convivencia en el mismo domicilio, pero, como toda presunción, puede quedar sin efecto cuando existen datos suficientes acerca de que la dependencia económica existe respecto a la madre o el padre, aunque éstos no residan en el mismo domicilio de los abuelos, a cuyo cuidado diario está su hijo menor".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia recurre en casación unificadora la beneficiaria, abuela del menor, aportando como sentencia contradictoria la del TSJ de la Comunidad Valenciana de 21/2/2006 en la que se resuelve igualmente el asunto de una señora a la que se deniega también por la Entidad Gestora una pensión de jubilación no contributiva por idénticas razones: superar el umbral de recursos de la unidad económica de convivencia si en ella no se computa, junto a la demandante y su marido, el nieto que convive con ellos. Se hace constar en los Antecedentes de Hecho de la sentencia que la actora carece de ingresos propios y vive con su marido que sí los tiene (8.139,88 euros anuales), añadiendo: "En la misma finca, pero en la puerta 5 vive su hija, mayor de edad, divorciada y ATS, que, a su vez, tiene un hijo, nacido el 26-1-88, estudiante y que carece de ingresos y que, según indica en escrito de 5-11-03 el Secretario de la Junta Municipal de Marítimo, desde el 2-6-03 vive con sus abuelos". Y se dice también en los Antecedentes que "una Acta Notarial de Manifestaciones efectuadas el 12.02.04 por la actora y su hija, que manifiestan ""que desde el día 2 de junio de 2003 el referido menor, con consentimiento de su madre, vive en régimen de acogimiento y de guardia y custodia en la casa de la abuela, que cuida de él"". Ahora bien, en el FD Único, se hace eco de la doctrina de la STS de 17/3/1997 (RECU 3570/1996 ), afirmando que "no existe base para entender o presumir que el nieto no dependa económicamente de los abuelos con los que convive, pues no consta ni se cuestiona que sus padres le suministren efectivamente alimentos computables como ingresos de la unidad económica de convivencia, y, por otra parte y a *sensu contrario*, aunque los abuelos hubieran tenido la guarda y custodia del menor, no por ello sólo necesariamente habría que entender que dependiera económicamente de estos últimos: por lo que no existe base, como se efectúa en la resolución administrativa jurisdiccionalmente impugnada confirmada en la sentencia de suplicación ahora recurrida, para excluir como miembro de la unidad de convivencia al nieto de la beneficiaria que con ella convive realmente por la mera circunstancia de no acreditarse que el nieto menor se encuentre bajo la guarda y custodia de sus abuelos, con pretendido fundamento en el artículo 154 del Código Civil y argumentando que corresponde a los padres tener a sus hijos no emancipados en su compañía, alimentarles y educarles. Lo anterior no obsta a que, como excepción, para evitar posibles fraudes, a falta de normas específicas que lo presuman en determinados supuestos para las prestaciones no contributivas, deba estarse a lo dispuesto en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, que proscriben el fraude pero no lo presumen".

Por lo expuesto, es claro que concurren entre la sentencia recurrida y la de contraste los requisitos de igualdad sustancial exigidos por el artículo 217 de la LPL. Se trata de idénticas pretensiones e idénticos fundamentos, pese a lo cual se producen pronunciamientos contradictorios, pues la sentencia de contraste, revocando la de instancia, concede la pensión. Y los hechos son sustancialmente iguales, siendo irrelevantes las diferencias que pueden apreciarse entre uno y otro caso. Así, en el caso de la sentencia recurrida la madre del menor vive en otra localidad mientras que en el de la sentencia de contraste vive en el mismo edificio, aunque en otro piso, que los abuelos. Esto podría haber abonado la sospecha de una existencia de fraude en la constitución de la unidad de convivencia que, sin embargo, la sentencia de contraste rechaza. Por lo tanto, la contradicción se produce a *fortiori*. La otra diferencia es que en el caso de la sentencia de contraste consta una manifestación ante notario respecto a la existencia de una

situación de acogimiento y de guardia y custodia de los abuelos en relación con el nieto, lo que no consta en el caso de la sentencia recurrida. Pero ya hemos visto que la sentencia de contraste no fundamenta su decisión en ese dato sino que, antes al contrario, señala, por remisión a la STS de 17/3/97, que la no acreditación de la situación de guardia y custodia no impediría llegar a la misma solución que llega, a saber, apreciar que existe unidad de convivencia económica entre los abuelos y el nieto que vive con ellos.

TERCERO.- Entrando, pues, en el fondo del asunto, hay que decir que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste, puesto que la misma se fundamenta en la bien razonada argumentación de la citada STS de 17/3/1997 que, además de las afirmaciones que ya hemos reseñado al analizar la contradicción, rechaza dar un valor decisivo a la presunción de convivencia de los hijos menores con los padres que podría deducirse del ejercicio de la patria potestad establecida en el artículo 154 del Código civil, pues se trataría, en cualquier caso, de una presunción *iuris tantum* que, como ocurre en el supuesto de autos, puede quedar contradicha por prueba en contrario. Y concluye afirmando, como *ratio decidendi* fundamental, lo siguiente: "Como regla, debe partirse de que como integrantes de la "unidad económica de convivencia" deben computarse todas aquellas personas que convivan efectivamente con el solicitante de la prestación no contributiva, cualquiera que sea la causa de tal convivencia -- como es dable deducir de la expresión legal y reglamentaria de que "existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas" --, siempre que tales personas estén unidas con el beneficiario "por matrimonio o por lazos de parentesco por consanguinidad o por adopción hasta el segundo grado" (argumento ex arts. 137 bis.4 LGSS/1974, 144.2 LGSS / 1994 y 13 Real Decreto 357/91 )./ Es cierto que del propio concepto de "unidad económica de convivencia" en relación con lo que implica el requisito de carencia de rentas o ingresos en el plano subsidiario de dicha unidad económica, es dable deducir que entre los integrantes de aquélla debe existir un cierto grado de dependencia económica, pero, sin embargo, a diferencia de lo que se establece en otras prestaciones de la Seguridad Social en las que también se tiene en cuenta el requisito de la convivencia y el de la dependencia económica, como en las denominadas prestaciones en favor de familiares ( art. 40.1.e Decreto 3158/-1966 de 23-XII y art. 22.1 Orden 13-II-1967), no se establecen expresamente requisitos como el de que "no queden familiares con obligación y posibilidades de prestarles alimentos, según la legislación civil" para poder computar, en su caso, como integrante de la unidad económica de convivencia a alguno de las parientes contemplados en la norma".

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Fernández Iglesias en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Ángela, contra la sentencia dictada el 1 de junio de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el recurso de suplicación núm. 302/11, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Zaragoza, de fecha 25 de febrero de 2011, recaída en autos núm. 600/10, seguidos a instancia de D.<sup>a</sup> Ángela contra INSTITUTO ARAGONÉS DE SERVICIOS SOCIALES (I.A.S.S.), sobre JUBILACIÓN NO CONTRIBUTIVA. Revocamos la sentencia recurrida y, resolviendo en suplicación, estimamos la demanda. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.