

## **El TS aborda por primera vez si procede incrementar el porcentaje de la prestación de orfandad a una beneficiaria cuyo padre vive y tiene retirada la patria potestad**

**El TS incrementa el porcentaje de la prestación de orfandad a una beneficiaria, huérfana de madre, cuyo padre, que ha sido privado de la patria potestad por no haberse interesado ni cubierto las necesidades de la hija desde hace nueve años, no percibe pensión de viudedad.**

Señala la Sala que a pesar de que la beneficiaria no es huérfana en sentido absoluto, puesto que uno de sus progenitores vive, ha de estarse al contenido del art. 38.2 del Reglamento General de prestaciones económicas de la Seguridad Social, modificado por el RD 296/2009, y que estableció junto a la “orfandad absoluta” la existencia de “circunstancias análogas” que provocan un estado de necesidad asimilable. Si bien es cierto que la norma contiene de forma expresa dos circunstancias análogas: la situación de huérfano cuyo progenitor vivo ha sido condenado por violencia de género y no percibe pensión de viudedad, y la del huérfano de un solo progenitor conocido, ello no impide 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 a la prolongada desatención a las necesidades del hijo, puede constituir una “situación o circunstancia análoga”, pues guarda una absoluta identidad de razón con las dos causas en las que no concurre la orfandad absoluta.

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

### **TRIBUNAL SUPREMO**

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

#### **SENTENCIA**

En Madrid, a 7 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup>. Salome , representada y asistida por el letrado D. Miguel Arenas Gómez, contra la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 5495/2018, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, de fecha 25 de mayo de 2018, autos núm. 274/2017, que resolvió la demanda sobre Seguridad Social interpuesta por D<sup>a</sup>. Salome , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, y Lemon Sales Business SL.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de mayo de 2018 el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"1.- La demandante, Tamara , nacida el NUM000 /2001, pidió el 7.4.10 la pensión de orfandad en razón de la defunción de su madre, Victoria .

2.- Por resolución del INSS de 6.8.15 le fue reconocida la pensión de orfandad en un 20% de una base reguladora de 1536,98€ al mes.

3.- Por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona de 3.10.16 se estimó la impugnación de la demandante y se declaró que la base reguladora de la prestación debía ser de 2.589,60€ al mes, en razón del salario de la causante reconocido en sentencia dictada por el JS núm. 1 de DIRECCION000 , en reclamación por despido contra la empresa Lemon Sales Business, SL, en la que había trabajado del 3.1.13 al 19.3.14. (docs. 1 de la actora).

4.- En fecha 23.2.16 la tutora de la demandante, Salome , pidió el incremento de la pensión de orfandad a la orfandad absoluta, petición que fue denegada por resolución de 15.3.16, en razón de que el padre de la demandante, Gaspar , permanecía vivo.

5.- Interpuesta reclamación previa, fue desestimada por resolución de 24.2.17, que reitera el hecho de que el padre de la demandante está vivo.

6.- Por sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de DIRECCION000 , el día 10.11.15 se declaró la privación de patria potestad parental del padre de la demandante, Gaspar , al considerar que "ha quedado acreditado y así se declara probado que Don Gaspar no se ha interesado ni cubierto necesidades afectivas ni económicas de su hija Tamara -quien cumplirá 14 años de edad- desde hace aproximadamente 9 años, habiendo hecho dejación el demandado de sus obligaciones parentales" (doc. 9 actora, que se da por íntegramente reproducido).

7.- El padre de la demandante, Gaspar , no es perceptor de la pensión de viudedad". En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Estimar la demanda interpuesta por la demanda interpuesta por Tamara (representada por Salome ) contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en demanda en reclamación de pensión de ORFANDAD, y declarar su derecho a percibir una pensión de viudedad por importe 52% de una base reguladora de 2.589,60€ al año, con efectos de 23.11.15 (tres meses antes de la petición de revisión del porcentaje), y condenar a la entidad gestora INSS al abono de la mencionada pensión desde la fecha de efectos indicada".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 13 de diciembre de 2018, en la que consta el siguiente fallo:

"Estimar el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada en fecha 25 de mayo de 2018 por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, en autos sobre incremento de pensión de orfandad, seguidos con el número 247/2017, a instancia de doña Salome, en nombre y representación de su tutelada la menor Tamara , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la empresa LEMON SALES

BUSINESS, S.L., revocando la resolución recurrida, y, con desestimación de la demanda, absolver a los demandados de las pretensiones deducidas en aquélla.

Sin costas".

TERCERO.- Por la representación de D<sup>ª</sup>. Salome se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de las Palmas de Gran Canaria, de fecha 20 de noviembre de 2011 (R. 911/2015).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la parte recurrida, Instituto Nacional de la Seguridad Social, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7 de septiembre de 2022, en cuya fecha tuvo lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- 1.- La cuestión a decidir en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si procede incrementar el porcentaje de la prestación de orfandad a una beneficiaria, huérfana de madre, cuyo padre, que ha sido privado de la patria potestad por no haberse interesado ni cubierto las necesidades de la hija desde hace aproximadamente nueve años, no percibe pensión de viudedad.

2.- Cuando la tutora de la demandante solicitó el incremento de la pensión de orfandad por las circunstancias concurrentes, alegando que su situación era equiparable a la de la orfandad absoluta, el INSS se lo denegó alegando que el padre estaba vivo. La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social n<sup>º</sup>. 3 de Barcelona estimó la demanda y reconoció a la actora la prestación en la cuantía solicitada. Sin embargo, la sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de diciembre de 2018, Rec.- 5495/2018, estimando el recurso del INSS, revocó la sentencia recurrida y desestimó la demanda.

Consta que la demandante, nacida el NUM000 de 2001, tenía reconocida la pensión de orfandad por el fallecimiento de su madre, en resolución del INSS de 6 de agosto de 2015. Por sentencia de un juzgado de 1<sup>ª</sup> Instancia n<sup>º</sup>. 4 de DIRECCION000 de 10 de noviembre de 2011 se privó de patria potestad parental al padre de la demandante por no haberse interesado ni cubierto sus necesidades desde hace aproximadamente nueve años.

Razona la sentencia recurrida que, en una interpretación literal y sistemática de las normas aplicables, el acrecimiento de la prestación de orfandad con la pensión de viudedad, salvo las excepciones expresamente previstas que en el supuesto no concurren, solo es posible en el caso de que exista una orfandad absoluta que no concurre.

3.- Recurre la actora en casación unificadora alegando un único motivo en el que denuncia que la sentencia recurrida incurre en infracción del artículo 38 del Reglamento General de Prestaciones en la redacción del mismo tras el RD 296/2009, con relación a diversas sentencias de esta Sala que cita y a pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a preceptos de la Convención sobre derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de

1989; de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Carta de derechos del niño, aprobada por el parlamento europeo de 21 de septiembre de 1992.

El recurso ha sido impugnado por el INSS e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerarlo procedente.

SEGUNDO.- 1.- Para acreditar la concurrencia del requisito de la contradicción, la recurrente aporta como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria de 20 de noviembre de 2015 (r. 911/2015). En este caso el demandante, nacido el NUM001 de 2000, era hijo de la causante, fallecida el 26 de marzo de 2013. Por sentencia de un juzgado de 1ª instancia de 8 de abril de 2014 se privó al padre de la patria potestad sobre su hijo, nombrando tutor de este a un hermano de la madre. En el fallo se estableció una pensión de alimentos para el hijo menor de edad de 100 € mensuales. El INSS reconoció al actor el derecho a la pensión de orfandad en un porcentaje del 20%. La parte actora solicitó el incremento de dicha pensión con el porcentaje de la pensión de viudedad, lo que se desestimó en la instancia.

La sentencia de contraste estimó el recurso del actor y declaró su derecho a ver incrementada la pensión hasta el 52% de la base reguladora, considerando que la doctrina unificada no es aplicable a un caso extremo como el decidido en el que consta una situación de necesidad análoga a los casos de orfandad absoluta o con progenitor desconocido, siendo evidente que el legislador no puede recoger todas las situaciones posibles ni tampoco puede dejarse sin protección situaciones como la presente, que ha de entenderse incluida por analogía en el art. 39 del reglamento general de prestaciones. A efectos prácticos -añade la sala- es como si el menor solo hubiera tenido un progenitor desde su nacimiento que era su madre, la única que cumplía las obligaciones impuestas por la patria potestad.

2.- A juicio de la Sala concurre la contradicción exigida por el artículo 219.1 LRJS. En efecto, tal como informa el Ministerio Fiscal y no niega ni discute la impugnante del recurso, nos encontramos ante hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales y ante fallos totalmente contradictorios.

TERCERO.- 1.- Tal como se adelantó, la recurrente denuncia infracción, por aplicación errónea del artículo 38 del 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 la redacción dada al mismo por el RD 296/2009, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia. La redacción de tal precepto es la siguiente: "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 LGSS, 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 DA primera de la LO 1/2004 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".

2.- La Sala se ha pronunciado en diversos supuestos en los que estaba en juego el alcance de la expresión "orfandad absoluta" y en los que se solicitaba el incremento de la pensión de orfandad en supuestos en los que el otro progenitor no había fallecido pero, por diversas circunstancias, no era acreedor de la pensión de viudedad. Así, en las SSTs de 30 de abril de 2014, Rcd. 584/2013 y de 14 de enero de 2015, Rcd. 447/2014, negamos el derecho al incremento del 52% a la pensión de orfandad al huérfano de padre, cuya madre supérstite no tenía reconocida 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 de la LGSS. En la STS de 1 de julio de 2014, Rcd. 1876/2013, también negamos dicho derecho al huérfano de padre, cuya madre supérstite no era perceptora de pensión de viudedad no sólo porque no constaba haberla solicitado, sino porque en el convenio regulador aprobado por sentencia civil que acordó su divorcio con el padre del huérfano, no se estableció pensión compensatoria alguna. Igualmente en la STS de 11 febrero de 2014, Rcd. 1088/2013, establecimos que no tenía derecho al incremento de la pensión el huérfano no absoluto cuyo padre supérstite se encontraba separado de la madre, sin tener derecho a pensión compensatoria.

En estos y otros pronunciamientos, nuestra doctrina reiteró que la interpretación de la expresión "orfandad absoluta"; era la falta de ambos progenitores o, en su caso, que a la ausencia de uno se añadiese que el que quedase, careciese de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad, siendo necesario acreditarlo en este caso concreto. Añadimos que conceder el acrecimiento en todos los casos en los que, viviendo uno de los progenitores del huérfano, dicho progenitor no hubiera causado derecho a la pensión de viudedad, sería manifiestamente contrario a la regulación actual que de modo inequívoco exige en todos los casos la orfandad absoluta. La trascendencia de esta innovación sería además muy amplia, pues incluiría todos los supuestos en que no se causa derecho a la pensión de viudedad por falta de cotización, ya que no se exigen periodos previos en la pensión de orfandad; se acrecería así como regla general aunque no existiera un derecho patrimonial del que pudiera derivarse el acrecimiento. Además de esta forma se produciría el establecimiento de una regulación alternativa contraria a la vigente por vía de sentencia que no podría justificarse en atención a la cobertura de una situación específica de necesidad, pues la falta de concesión de la pensión compensatoria podría deberse a que el excónyuge tuviera recursos propios suficientes, lo que le permitiría atender al huérfano. Y si para evitar este efecto se estableciera un

control de recursos, el órgano judicial estaría asumiendo de nuevo una función reguladora que no le corresponde.

3.- En este sentido, la Sala ha venido añadiendo que con toda probabilidad, de lege ferenda, la solución más completa e integradora mientras se mantenga la vinculación entre la pensión de orfandad y la de viudedad (lo que corresponde más bien a planteamientos de un concepto de familia tradicional y no tan amplio como el actual) sería incluir en la prestación correspondiente a la primera tanto la situación que constituye orfandad absoluta de derecho -inexistencia de ambos progenitores- como la que pudiéramos denominar orfandad absoluta de hecho -cuando el que quede carezca de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad- siendo entonces en este segundo caso necesario alegar y acreditar tal extremo para reconocer el incremento de la pensión en el porcentaje resultante de la aplicación de dicho precepto, pero lo cierto es que el tenor gramatical del mismo o sentido propio de las palabras (orfandad, según el DRAE, es "estado de huérfano" y a este término lo define en su primera acepción como "dicho de una persona de menor edad a quien se le han muerto el padre y la madre o uno de los dos, especialmente el padre", señalando también en torno al adjetivo "absoluto/a" que equivale a "ilimitado" y a "entero, total, completo") apunta en el caso enjuiciado sólo a una y primera orfandad absoluta, concepto cuya hermenéutica, incluso teniendo en cuenta los elementos a los que también se refiere el art 3.1 del CC, no puede llevar a lo que la norma no dice, en lo que supondría un arriesgado ejercicio entre la interpretación propiamente dichos y la función legislativa, que en virtud del principio de separación de poderes consustancial con un Estado de Derecho, se residencia en otro poder del Estado.

CUARTO.- 1.- Una vez recordada la doctrina tradicional de la Sala, sobre la que se fundamenta la sentencia recurrida, la solución de la pretensión del recurso exige que pongamos de relieve dos circunstancias. La primera de ellas es que el supuesto de hecho sobre el que nos tenemos que pronunciar nunca ha sido examinado por la Sala en las sentencias que hemos reseñado ni en otras de igual o similar contenido. Los hechos que están en la base del problema jurídico que examinamos revelan que, efectivamente, la solicitante no es huérfana en sentido absoluto, puesto que uno de los progenitores, el padre, sigue con vida; ahora bien, consta que ha venido desatendiendo de forma constante y reiterada las necesidades de la menor, tanto mientras vivía la madre como con posterioridad, al punto de que ha sido privado de la patria potestad por sentencia de un juzgado de primera instancia.

La segunda circunstancia que hay que tener en cuenta es que el recurso nos reclama una interpretación de la norma que considera infringida que, superando la literalidad de la misma, atienda fundamentalmente a su espíritu y finalidad, tal como dispone el artículo 3.1 CC.

2.- La Sala considera que, en efecto, una interpretación finalista del precepto en cuestión ( Artículo 38 del 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 la redacción dada al mismo por el RD 296/2009) debe conducir a la estimación del recurso. En efecto, la reforma que se introdujo en esta última norma reglamentaria se justificó, según el preámbulo de la misma en la necesidad de "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". Se trata, por tanto, de una nueva regulación que contempla junto a la "orfandad absoluta" la existencia de "circunstancias análogas" que no son sino situaciones distintas de la orfandad absoluta que provocan un estado de necesidad asimilable. Y, aunque es cierto, que la

propia norma establece expresamente dos circunstancias análogas: 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, 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.

3.- A la misma conclusión se puede llegar perfectamente atendiendo a la aplicación analógica que con rigor y acierto reclama el Ministerio Fiscal. En efecto, el artículo 4.1 CC dispone que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Y para la Sala no hay duda que en el supuesto contemplado cabe apreciar dicha identidad con los dos excepcionales que regula expresamente el artículo 38.2 del Reglamento general de prestaciones económicas de la Seguridad Social. Así, parece evidente que el motivo por el que la norma ha reconocido el incremento de la pensión de orfandad en los casos en los que no existe prestación de viudedad por violencia de género y por falta de conocimiento del progenitor no causante de la pensión de orfandad, es claramente atender una situación de necesidad, de especial vulnerabilidad del huérfano derivada de la absoluta desatención e incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 154 y ss. CC.

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.

QUINTO.- 1.- 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".

2.- Lo expuesto conduce, tal como interesa el informe del Ministerio Fiscal, a la estimación del recurso y, a la anulación y casación de la sentencia recurrida para resolver el debate en suplicación, desestimando el de tal clase y declarando la firmeza de la sentencia de instancia. Sin costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup>. Salome , representada y asistida por el letrado D. Miguel Arenas Gómez.

2.- Casar y anular la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 5495/2018.

3.- Resolver el debate en suplicación, desestimando el de tal clase y declarar la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, de fecha 25 de mayo de 2018, autos núm. 274/2017, que resolvió.