

**BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**  
*Sentencia 16/2016, de 11 de enero de 2016*  
*Sala de lo Social*  
*Rec. n.º 729/2015*

**SUMARIO:**

**Pensión de orfandad.** *El actor solicita prestación por orfandad absoluta justo un mes después de haber cumplido la mayoría de edad, tras el fallecimiento, poco antes, del último de sus progenitores cuando es aún menor de edad y no tiene designado representante legal alguno o tutor. En el momento del hecho causante, fallecimiento del padre del actor, éste no era mayor de edad y por ende carecía de la capacidad de obrar necesaria para solicitar ante la Administración la pensión referida, sin que hubiera titular alguna de la patria potestad ni disposición relativa a la tutela del menor; por lo que no puede aplicarse el plazo previsto de los tres meses anteriores como fecha de efectos. Estos deben retrotraerse a la fecha en que se entiende causada la prestación, que no puede ser otra más que la fecha en que se produce el hecho causante.*

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 43.1 y 178.

**PONENTE:**

*Don Luis Lacambra Morera.*

Magistrados:

Don BENEDICTO CEA AYALA  
Don ENRIQUE JUANES FRAGA  
Don LUIS LACAMBRA MORERA

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección n.º 06 de lo Social**  
Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27, Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34002650

NIG : 28.079.00.4-2012/0031272

Procedimiento Recurso de Suplicación 729/2015

MATERIA: SEGURIDAD SOCIAL

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 37 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 1487/12

RECURRENTE/S: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

RECURRIDO/S: D. Luis Pablo

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En Madrid, a once de enero de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE, DON LUIS LACAMBRA MORERA, DON BENEDICTO CEA AYALA, Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### **SENTENCIA n.º 16**

En el recurso de suplicación n.º 729/15 interpuesto por el Letrado de la ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL en nombre y representación de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 37 de los de MADRID, de fecha 27 DE JUNIO DE 2014, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS LACAMBRA MORERA.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Que según consta en los autos n.º 1487/12 del Juzgado de lo Social n.º 37 de los de Madrid, se presentó demanda por D. Luis Pablo contra, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en reclamación de SEGURIDAD SOCIAL, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en 27 DE JUNIO DE 2014 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "ESTIMO la demanda interpuesta por D. Luis Pablo, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y en consecuencia, DECLARO el derecho del demandante al percibo de la prestación de orfandad solicitada, con efectos económicos desde el 02.10.11. Debiendo en las demandadas estar y pasar por esta resolución."

#### **Segundo.**

En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

Primero. D. Luis Pablo, nacido el NUM000 .1994, con DNI NUM001, es hijo de D. Eusebio y Dña. Sofía .

Segundo. Dña. Sofía falleció el 08.09.1999.

Tercero. D. Eusebio falleció el 02.10.2011 sin otorgar testamento.

Cuarto. El NUM000 .12 D. Luis Pablo alcanzó la mayoría de edad. En fecha 31.07.12 presentó ante el INSS solicitud de prestaciones de supervivencia, por orfandad absoluta.

Quinto. El 08.08.12 se dictó resolución por el INSS reconociendo al demandante el derecho a la percepción de pensión por orfandad absoluta, sobre una base reguladora de 2.626,75 euros, con un porcentaje del 72%, con efectos económicos desde el 30.04.12.

Sexto. La parte actora formuló reclamación previa frente a dicha resolución denegatoria, que no prosperó.

#### **Tercero.**

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala. Habiéndose señalado para votación y fallo el día siete de enero de 2016.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Por el Letrado del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL se recurre en suplicación sentencia estimatoria dictada en procedimiento sobre pensión de orfandad. Formula un motivo de infracción jurídica, amparado en el art. 193, c) de la LRJS, citando como infringidos los arts. 178 de la LGSS, en relación con el art. 43.1 de este mismo Texto Legal, y el art. 30 de la Ley

30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

La particularidad del asunto enjuiciado estriba en que el actor, cuyos padres fallecieron cuando era menor de edad, el 8-9-1999 y 2-10-2011, respectivamente, sin haber otorgado testamento, presentó la solicitud de pensión de orfandad el día 31-7-2012, habiendo cumplido 18 años el NUM000 -2012. El INSS ha reconocido la prestación pero con efectos económicos de 30-4-2012, al aplicar el plazo retroactivo de tres meses que regula el art. 43.1 de la LGSS . La sentencia de instancia ha entendido, por el contrario, que en el momento del hecho causante, fallecimiento del padre del actor el 2-10-2011, este no era mayor de edad y por ende carecía de la capacidad de obrar necesaria para solicitar ante la Administración la pensión referida, sin que hubiera titular alguno de la patria potestad ni disposición relativa a la tutela del menor, razón por la cual no pueden recaer sobre este las consecuencias de la falta de constitución de la misma, añadiendo también que la solicitud fue formulada cuando el demandante era mayor de edad, quien procedió con diligencia una vez acontecido este hecho, instando la pensión un mes después de haber cumplido 18 años. La sentencia del Tribunal Supremo citada en el recurso, de 13-11-2007, resuelve un supuesto de pensión de viudedad, y en el actual se trata de un huérfano menor de edad, no sometido a tutela, que solicita la pensión cuando llega a la mayoría de edad.

La capacidad de obrar se configura en nuestro derecho como aquella que posee el sujeto para otorgar con eficacia toda clase de negocios jurídicos, facultad de la que carece el menor de edad, quien debe actuar en este campo asistido de sus representantes legales, ya sean los padres o aquellos que tienen encomendada la patria potestad, actuando y decidiendo por el menor. Si el actor carecía en el momento en que falleció su padre de dicha capacidad, habrá de entenderse que la solicitud realizada una vez cumplidos los 18 años no conlleva la aplicación del plazo que regula el art. 43.1 de la LGSS, debiendo de aplicarse con criterio flexible y no rigorista, según las circunstancias expresadas, tanto esta norma como el art. 178 de la LGSS, invocada por la Entidad Gestora.

### **Segundo.**

En sentido proclive al pronunciamiento de instancia se ha pronunciado, por ejemplo la sentencia del TSJ de Murcia, de 25-6-2001 (recurso núm. 412/2001) que dice:

"Efectivamente, esta Sala tiene declarado en diversas sentencias(3 de julio de 1992 y 18 de junio de 2001 ) que, llevada a cabo la solicitud en virtud de la imprescriptibilidad del derecho a la pensión de orfandad, los efectos económicos de la misma no pueden retrotraerse más allá de los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, teniendo como límite en tales casos la fecha del hecho causante; pero en el caso que nos ocupa la petición de dicha pensión no pudo realizarse antes al existir una imposibilidad material derivada de la falta de capacidad de la beneficiaria, que necesitaba un previo proceso de incapacitación y nombramiento de tutor que supliese esa incapacidad, habiéndose actuado en este sentido con toda celeridad, pues el fallecimiento del causante se produce el 22 de febrero de 1999, la demanda de incapacitación se presenta el 14 de abril de 1999, se dicta sentencia en 27 de diciembre de 1999, que posteriormente es declarada firme, y la solicitud de la prestación se lleva a cabo el 13 de marzo de 2000, los efectos de la pensión de orfandad deben retrotraerse a la fecha en que se entiende causada la prestación, que no puede ser otra más que la fecha en que se produce el hecho causante (...). Y en la misma línea la del TSJ de Extremadura de 8-5-2009 (recurso núm. 166/2009 ):

"Aunque el reconocimiento del derecho a la pensión de orfandad no está supeditado a requisito alguno (arts. 175 Ley General de la Seguridad Social y 9.1 del RD 1647/1997 ), sí lo está el abono de la pensión, que requiere ser efectuado a la persona a quien tiene a su cargo al beneficiario en tanto cumplan la obligación de mantenerlos y educarlos ( art. 175. 3 Ley General de la Seguridad Social y art. 11 del RD 1647/1997 ) obligación que impone al tutor el art. 269. 1 y 2 del CC . Además, el beneficiario de la prestación económica es el menor (de nada sirve reconocer el derecho si no va acompañado de la pensión desde el inicio), que es a quien protege el sistema de seguridad social con esta prestación desde el fallecimiento de sus progenitores, asegurándose, además, de que sólo las personas que tienen la obligación de mantenerlos y educarlos perciben dicha pensión. Carece de sentido hablar del derecho si éste no va acompañado de la pensión, máxime tratándose de normas, cuya aplicación debe estar presidida por el interés superior del menor". Ambas sentencias son citadas, oportunamente, en el escrito de impugnación del recurso.

No es, por otra parte, aplicable el art. 30 de la Ley 30/1992, a cuyo tenor "tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate". Debe de acreditarse que el demandante tenía en su momento la capacidad de obrar que sanciona el precepto, como así mismo y dada la inexistencia de tutor, que aquel estaba bajo la protección de persona u organismo que le sustituía en el ejercicio del derecho correspondiente.

Por otro lado y finalmente, la sentencia que se cita dictada por esta Sala de 19-4-2006 (rec. núm. 852/2006 ) que cita el recurso no puede servir como criterio orientativo porque en ese procedimiento se declara probado que "por resolución de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid de 25.1.05, se acordó formalizar acogimiento familiar administrativo permanente de la actora con sus abuelos maternos, suscribiéndose el correspondiente contrato de Acogimiento Familiar Administrativo Permanente (...) y que fue el abuelo materno de la actora quien solicitó la pensión de orfandad, mientras que en el caso actual ninguna señal hay de que el demandante tuviera en la fecha de fallecimiento de su padre o antes de cumplir los 18 años algún representante que podía haber instado el reconocimiento de la pensión.

### **Tercero.**

Atendiendo a lo expuesto, se desestima el recurso, sin que proceda la imposición de costas al gozar los Organismos recurrentes del beneficio de justicia gratuita.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de suplicación número 729 de 2015, ya identificado antes, confirmando, en consecuencia, la sentencia de instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c n.º 2870 0000 00 729/15 que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel n.º 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 729/15), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art. 230.1 L.R.J.S ).

Si el recurrente fuese Entidad Gestora hubiere sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al preparar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Si la condena consistiere en constituir el capital coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de ésta habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por esta su importe, lo que se comunicará por esta Sala.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.