



Roj: STS 1551/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1551  
Id Cendoj: 28079140012017100258

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 238/2015

Nº de Resolución: 289/2017

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: MILAGROS CALVO IBARLUCEA

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En Madrid, a 5 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social representado y asistido por el letrado de la Administración de la S. Social contra la sentencia dictada el 9 de julio de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en recurso de suplicación nº 1973/14 , interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de marzo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona , en autos nº 726/2011, seguidos a instancias de D<sup>a</sup>. Matilde contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre orfandad. Ha comparecido en concepto de recurrido D<sup>a</sup>. Matilde representada y asistida por el letrado D. Eduardo de Cabo Francés.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Milagros Calvo Ibarlucea

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 20 de marzo de 2012, el Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimo la demanda formulada por D<sup>a</sup> Matilde , frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en reclamación de pensión de orfandad y absuelvo a la entidad gestora demandada de los pedimentos en su contra formulados.»

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«1º.- La parte actora D<sup>a</sup> Matilde , mayor de edad, con DNI núm. NUM000 , solicitó la pensión de orfandad en fecha 16-05-11 que le fue denegada por resolución de la entidad gestora de la misma fecha por ser mayor de 18 años y no estar en situación de incapacidad permanente absoluta en la fecha del fallecimiento.

2º.- Presentada reclamación previa, ha sido desestimada por resolución de la entidad gestora de 14/06/11.

3º.- El causante falleció el 10/09/08.

4º.- La actora solicitó el reconocimiento del grado de disminución del 65% en fecha 23/07/08, por sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de los de Barcelona de fecha 22/02/11 se reconoció a la demandante un grado de disminución del 65%, por las siguientes patologías: síndrome de fatiga crónica en grado importante (grado III), síndrome ansioso depresivo con neurosis fóbica, discreta protusión discal C6-C7, mínima protusión discal degenerativa L4-L5, agudeza visual ojo derecho 0,7 y ojo izquierdo 0,8, sin alteración del campo visual. A la vista de dicha sentencia, el Departament de Benestar Social i Família de la Generalitat de Catalunya dictó resolución en fecha 16/05/11 reconociendo que la actora tenía un grado de disminución del 65% con efectos desde el 23/07/08.

5º.- El ICAM en informe de fecha 19/11/08 diagnostica que la actora tiene: síndrome de fatiga crónica 1996. Síndrome ansioso depresivo sin limitación funcional.»

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D<sup>a</sup>. Matilde formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en fecha 9 de julio de 2014 , en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Matilde contra la sentencia de 20 de Marzo de 2012 dictada por el Juzgado de

lo Social nº 24 de Barcelona en autos 726/11 de aquel Juzgado seguidos a instancia de la recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y en consecuencia la revocamos, reconociendo a la demandante prestación de orfandad en cuantía del 20% de la base reguladora de 1841,70 Euros más incrementos y mejoras legales con efectos de 11 de Septiembre de 2008 a cuyo pago condenamos al INSS.»

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el letrado del INSS interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Málaga, de fecha 16 de junio de 2011, rec. suplicación 163/11 .

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de estimar la procedencia del recurso. Se señaló para votación y fallo el 21 de febrero de 2017, llevándose a cabo en esa fecha. En dicho acto, la Magistrada Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia a la Excm. Sra. D<sup>a</sup> Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La demandante solicitó el 16-5-2011 pensión de orfandad que le fue denegada por ser mayor de 18 años y no estar en situación de incapacidad permanente absoluta en la fecha del fallecimiento de su progenitor, 10-9-2008.

El 23-7-2008 la actora había solicitado el reconocimiento de un 65% de minusvalía que obtuvo mediante sentencia de 22-2-2011 , por lo que la Generalitat de Cataluña en Resolución de 16-5-2011 le reconoció efectos desde el 23-7-2008.

El Juzgado de lo Social desestimó la pretensión acerca de la pensión de orfandad, resolución que es revocada en suplicación al considerar que lo determinante en el litigio es que la sentencia que declaró el grado de minusvalía se encuentra el síndrome de fatiga crónica grado III y síndrome ansioso depresivo con neurosis fóbica, padecimientos por los que la Sala de Suplicación ha reconocido en numerosos supuestos la limitación propia de una incapacidad permanente absoluta, y desde esa analogía la sentencia reconoce la prestación solicitada, con efectos de 11-9-2008.

Recurren el INSS y la TGSS en casación para la unificación de doctrina y ofrecen como sentencia de contraste la dictada el 16-7-2011 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga .

En la sentencia de comparación el demandante solicitó una pensión de orfandad el 20-5-2008 que el INSS le deniega en resolución de 18-6-2008 por ser mayor de 18 años y no estar incapacitado de forma permanente y absoluta en la fecha del fallecimiento.

El 6-11-2007 la Junta de Andalucía reconoció a la demandante un grado de minusvalía del 65% y el 17-6-2008 se propuso por el EVI la no calificación como incapacidad permanente del estado de la actora.

El Juzgado de lo Social desestimó la demanda y en suplicación se estima la pretensión actora si bien retrotrayendo los efectos del reconocimiento de la prestación a solo tres meses antes de la solicitud partiendo de la premisa de la imperceptibilidad del derecho ejercitado.

Entre ambas resoluciones concurre la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la LJS.

**SEGUNDO.-** La parte recurrente alega la infracción del artículo 43.1 de la LGSS aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio cuyo tener literal es el siguiente: *"El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud"*.

La cuestión a resolver es la determinación de la fecha de efectos de la prestación de orfandad en favor de hijos incapacitados para el trabajo regulada en el artículo 175.1 de la LGSS .

El citado precepto reconoce el derecho a la prestación en las siguientes condiciones: "Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su limitación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de veintiún años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se encontrase en alta o en situación asimilada al alta. Será de

aplicación, asimismo a las pensiones de orfandad lo previsto en el segundo párrafo del número 1 del artículo 174 de esta Ley ".

Las circunstancias particulares de la demandante consisten en la solicitud del grado de minusvalía del 65% el 23-7-2008, que no le fue reconocida hasta el 22-2-2011 en virtud de resolución judicial, otorgándole efectos de 23-7-2008. El 10 de septiembre de 2008 falleció el causante y el 16-5-2011, se formuló la solicitud de la prestación. En vía jurisdiccional se ha valorado la capacidad de la demandante llegando a la conclusión de que no cuenta con la necesaria capacidad para trabajar lo que le hace acreedora a la prestación.

La discrepancia de la recurrente acerca de la retroactividad máxima que es posible reconocer a la prestación, se sitúa en la fecha de la solicitud 14-6-2011 en lugar de la de fallecimiento 11-9-2008.

La sentencia ha fundado su decisión en que los padecimientos que sufre la demandante valorados por la sentencia de 22-2-2011 que le reconoció el 65% de minusvalía con efectos del 23-7-2008, en numerosos supuestos han dado lugar al reconocimiento de incapacidad permanente absoluta por la Sala de Suplicación, resolviendo en consecuencia.

No está en discusión el estado de la demandante ni lo reducido de su incapacidad, aspecto de la sentencia a la que se aquieta la recurrente sino, como ya se anticipaba, la fecha de efectos.

La falta de dependencia entre la prestación de orfandad por incapacidad para el trabajo y el reconocimiento de un grado de minusvalía impide justificar que la solicitud deba supeditarse al resultado de la tramitación.

De una parte acierta la sentencia recurrida al señalar que "La simple circunstancia de que por el Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona se reconociera una disminución a la demandante del 65% con efectos 23 de julio de 2008, por si sola no implica que pueda considerarse que esté incapacitada para el trabajo. ahora bien esto no significa en absoluto que como sostiene la sentencia recurrida sea necesario que se haya reconocido expresamente en resolución dictada en expediente anterior en situación de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio sino que la cuestión de la incapacidad puede y debe resolverse en el propio expediente y por lo tanto también en sede judicial como expresa la sentencia del TS que hemos mencionado".

Pero ello hace que sea correcta la sentencia de contraste cuando afirma que "no debe confundirse la fecha del hecho causante con la fecha de los efectos económicos de las prestaciones por muerte y supervivencia pues, estando claro que la primera se produce con la situación de necesidad acaecida con el fallecimiento del causante, la segunda dependerá del momento de su solicitud, partiendo de la premisa de la imprescriptibilidad de dichas prestaciones (Ley 24/1972). "

En efecto, la mas completa autonomía con la que puede decidir la resolución a propósito de los requisitos para acceder a la prestación, sin supeditación alguna a una reclamación como la producida en el caso de la actora acerca de su posible minusvalía, hace que no requiera esperar a su resultado para instar el reconocimiento de prestación que, si bien tiene como fecha del hecho causante la del fallecimiento, por el contrario posee una fecha de efectos en función de la solicitud por lo que debemos unificar lo resuelto de acuerdo con la doctrina elaborada por la sentencia de contraste, que aplicó correctamente el artículo 43.1 de la LGSS .

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso y en consecuencia casar y anular la sentencia, desestimando el recurso de suplicación y confirmando la sentencia de instancia sin que haya lugar a la imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LJS.

## FALLO

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

: Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada el 9 de julio de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en recurso de suplicación nº 1973/14 . Casar y anular la sentencia recurrida, dictar una nueva, y resolviendo el debate de suplicación, desestimar el recurso de igual naturaleza interpuesto por la demandante Dña. Matilde . Confirmar la sentencia de instancia. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

## VOTO PARTICULAR

que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa María Virolés Piñol, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 205 de la LEC, respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 238/2015, para sostener la posición mantenida en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en síntesis, y como se desarrollará en la consideración "cuarta", en el hecho que **la fecha de efectos de la prestación ha de fijarse al día siguiente del fallecimiento del causante**, habida cuenta del peregrinaje administrativo y judicial de varios años sin solución de continuidad, para lograr el reconocimiento requerido, atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Baso mi discrepancia en las siguientes consideraciones jurídicas: **PRIMERA.-** La demandante solicitó pensión de orfandad el 16 de mayo de 2011, por el fallecimiento del causante ocurrido el 10 de septiembre de 2008. El INSS le denegó la prestación, alegando como causa el ser mayor de 18 años y no encontrarse en situación de incapacidad permanente absoluta en la fecha del fallecimiento.

Por el Departament de Benestar Social i Família de la Generalitat de Catalunya, en fecha 16/05/2011 se dictó resolución por la que se reconoce a la actora un grado de disminución del 65% con efectos desde el 23 de julio de 2008, fecha de la solicitud formulada en vía administrativa.

**SEGUNDA.- 1.-** La sentencia recurrida, dictada por la Sala Social del TSJ de Cataluña de 9 de julio de 2014 (rec. 1973/2014), revocando la de instancia, reconoce a la demandante el derecho a percibir la pensión de orfandad después de declararla en situación de incapacidad permanente absoluta. Los efectos económicos de la prestación de fijan a 11 de septiembre de 2008.

**2.-** Dicha sentencia, declara la incapacidad permanente absoluta de la actora valorando todas las dolencias padecidas: síndrome de fatiga crónica grado III y síndrome ansioso depresivo con neurosis fóbica. El ICAM diagnosticó en su informe de 19 de noviembre de 2008 el padecimiento del síndrome de fatiga crónica 1996 y síndrome ansioso depresivo sin limitación funcional.

La sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de los de Barcelona de 22 de febrero de 2011, que reconoció a la actora el grado de limitación del 65% declaró que padecía, entre otras patologías, síndrome de fatiga crónica grado III y el síndrome ansioso depresivo con neurosis fóbica. A la vista de dicha sentencia, la Administración autonómica le reconoció el grado del 65% con los indicados efectos del 23 de julio de 2008.

**TERCERA.- 1.-** Contra la sentencia dictada en grado de suplicación, se interpone por el INSS recurso de casación para la unificación de doctrina, en los términos que se dirán, aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala Social del TSJ de Andalucía (sede Málaga) de 16 de junio de 2011 (rec. 163/2011). **2.-** Muestro mi conformidad con la apreciación de la concurrencia de la contradicción requerida por el art. 219 LRJS, que hace el voto mayoritario.

**CUARTA.- 1.-** Mi discrepancia con el voto mayoritario se refiere a la censura jurídica que a continuación se examina:

Se denuncia por el INSS recurrente, en motivo único de censura jurídica, la infracción de lo dispuesto en el art. 43.1 pfo. primero de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto-Legislativo 1/1994 de 20 de junio.

La cuestión litigiosa en vía de recurso, queda limitada y centrada en determinar cuál sea la fecha de efectos de la prestación de orfandad reconocida, es decir, si el día siguiente a la fecha del fallecimiento del causante que da lugar al reconocimiento de la prestación, o ha de retrotraerse a los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud. No se discute, sino al contrario se acepta por el recurrente, la concurrencia de los requisitos para lucrar la prestación, que en el caso, son de reconocimiento de incapacidad permanente absoluta y a su vez de minusvalía en grado del 65%.

**2.-** Conforme al art. 43.1, pfo. primero de la LGSS, *"El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presenta la correspondiente solicitud"*.

Del precepto resulta que la fecha de efectos de la pensión de orfandad se produce el día siguiente de la fecha del hecho causante cuando la solicitud se presente en los tres meses siguientes a la fecha del fallecimiento del causante, y que cuando la solicitud se presente fuera de los referidos tres meses, se devengará con una retroactividad máxima de tres meses a la fecha de la solicitud.

En el presente caso, el fallecimiento del causante que da lugar a la prestación solicitada, se produce el 10/09/2008. Ahora bien, concurren además sin solución de continuidad las siguientes circunstancias fácticas temporales a considerar: a) la actora solicitó el reconocimiento del grado de disminución del 65% en fecha 23/07/2008 (antes del fallecimiento del causante), que se le reconoce por resolución del Departament de Benestar Social i Família de la Generalitat de Catalunya de fecha 16/05/2011, con efectos de 23/07/2008; b) El ICAM había emitido informe en fecha 19/11/2008; c) solicitada la prestación, le es denegada por el INSS por no acreditar la actora la situación de incapacidad permanente absoluta con carácter previo a la fecha del fallecimiento, motivo por el cual la sentencia de instancia desestima la pretensión; d) finalmente la sentencia recurrida estima la pretensión actora, y estima que no es necesario en absoluto que sea necesario un reconocimiento en expediente anterior de la situación de incapacidad permanente absoluta, y señalando que la actora tiene declarada una minusvalía del 65%, declara que se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta, y le reconoce el derecho a la prestación de orfandad solicitada con efectos del día siguiente a la fecha del fallecimiento del causante (11/11/2008).

La sentencia recurrida reconoce la situación de incapacidad permanente absoluta, por existir ésta en la fecha de reconocimiento de la minusvalía del 65% (23/07/2008), y tras razonar la procedencia de tal reconocimiento al tiempo de la prestación de orfandad solicitada, fija los efectos en el día siguiente al de la fecha del fallecimiento del causante.

Amén de que las circunstancias adversas no imputables a la voluntad de la actora (como lo son el peregrinaje administrativo y judicial sin solución de continuidad a que se ha visto sometida) no pueden perjudicarla, ha de señalarse que **el INSS ahora recurrente acepta plenamente y sin cuestionar, los pronunciamientos de la sentencia recurrida, lo cual conduce a aceptar que la prestación se ha solicitado dentro del plazo de los tres meses siguientes al fallecimiento del causante**. Así, denunciándose en el presente recurso exclusivamente la infracción del art. 43.1 de la LGSS - en redacción aplicable al caso-, el recurso ha de desestimarse, procediendo la confirmación de la sentencia recurrida, visto el informe del Ministerio Fiscal.

No resulta de aplicación al presente caso la doctrina que de forma global y genérica cita el recurrente, por cuanto en la misma -como además señala el propio recurrente- se discutía el alcance retroactivo de la pensión de orfandad extinguida por el cumplimiento de la edad de 18 años y posteriormente recuperada hasta los 21 años, en virtud del cambio normativo operado por la Ley 24/1997, que no se discute en el presente procedimiento.

Señala el voto mayoritario que no debe confundirse la fecha del hecho causante con la fecha de los efectos económicos. Si bien ello es cierto, no lo es menos que ambas fechas pueden coincidir en el tiempo, como ocurre en el supuesto examinado.

Las circunstancias expuestas debieron conducir a la desestimación del recurso formulado por el INSS y a la confirmación de la sentencia recurrida.

Es en este sentido que discrepo de la solución dada por la Sala, y que formulo mi voto particular. En Madrid, a 5 de abril de 2017

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Dña. María Milagros Calvo Ibarlucea y el voto particular de la Excm. Sra. Magistrada Dña. Rosa María Virolés Piñol, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.