

**SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA**

Criterio de gestión: 34/2021

Fecha: 30 de noviembre de 2021

Materia: Solicitud y pago de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social a los menores de edad.

**ASUNTO:**

Solicitud y pago de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social a los menores de edad, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

**CRITERIO DE GESTIÓN:**

Con la reforma operada por la citada Ley 8/2021 se disocia la regulación relativa a menores y a personas con discapacidad. De ahí que se haya considerado conveniente su tratamiento en criterios de gestión diferentes.

En cuanto a la representación de los menores de edad, son numerosas las modificaciones que la citada ley introduce. La Ley reubica los Títulos XI y XII del Libro Primero del Código Civil (CC), obligando a la reordenación del tema de la minoría de edad, la mayoría de edad y la emancipación, de suerte que el Título IX pasa a referirse a la tutela y la guarda de los menores, mientras que el Título X se destina a la mayoría de edad y la emancipación.

Con el objeto de homogeneizar la gestión de los centros gestores en la aplicación de la nueva Ley 8/2021 y de actualizar los criterios hasta ahora existentes, se establece el siguiente criterio de gestión:

El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), determina expresamente a quién debe abonarse la pensión y la prestación de orfandad. Así, el artículo 224.3 TRLGSS dispone: *“La pensión de orfandad y la prestación de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios según determinación reglamentaria.”*

El desarrollo reglamentario se encuentra en el artículo 11 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, que establece:

*“La pensión de orfandad (cabe entender comprendida también a la nueva prestación de orfandad) se abonará:*

*a) En el caso de beneficiarios menores de dieciocho años, a quienes los tengan a su cargo, en tanto cumplan la obligación de mantenerlos y educarlos.*

*Cuando la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, constate que el huérfano se encuentra en situación de desamparo por incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, la entidad gestora adoptará las medidas oportunas para que la pensión se abone a quien quede atribuida la guarda del menor, en los términos previstos en el Código Civil. (...)*”

Para determinar quién se considera que tiene a cargo al menor, habrá que atender al siguiente esquema:

- 1. Patria potestad.** Es el mecanismo primario para los menores no emancipados. Por tanto, con carácter general, el titular de la patria potestad solicitará las prestaciones de la Seguridad Social que al menor correspondan y a él se le abonará la prestación.
- 2. Tutela.** Con la nueva Ley 8/2021 la tutela se configura como una institución de protección de menores, desapareciendo en el caso de las personas con discapacidad mayores de edad.

En defecto de la patria potestad -que podrá darse en supuestos de filiación no determinada; supuestos de fallecimiento de ambos progenitores; en caso de privación de la patria potestad de ambos progenitores por sentencia; supuestos de exclusión (como por ejemplo, por existir imposibilidad de percibir prestaciones de muerte y supervivencia por motivos de violencia de género); así como por ausencia-, los menores de edad no emancipados quedan sujetos a tutela **-tutela ordinaria-**.

El juez designa al tutor. El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular, a *“administrar el patrimonio del menor con la diligencia debida”* (artículo 228 CC).

En aquellos casos de menores declarados en situación de desamparo conforme a lo dispuesto en el artículo 172.1.2 del CC, la tutela la ejercerá la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de **menores -tutela administrativa-**.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 172 del CC, en los supuestos de tutela administrativa, la entidad pública a la que corresponda la tutela del menor en situación de desamparo deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda.

La guarda se realizará mediante el **acogimiento familiar** por parte de la persona que determine la entidad pública (artículo 172 ter del CC). El acogimiento familiar produce

la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades (art.173.1 CC).

En caso de que el acogimiento familiar no sea posible o conveniente para el interés del menor, la guarda se realizará mediante el **acogimiento residencial**, que se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores.

Además, conforme al artículo 176 bis CC, la entidad pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 CC y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción.

Por tanto, el **tutor** solicitará y a él se le abonará la prestación que corresponda al menor. En aquellos casos en los que, conforme a lo mencionado anteriormente, exista una resolución de **acogimiento**, la persona que tenga acogido al menor podrá solicitar y serle abonada la prestación que a aquel le corresponda.

- 3. Guarda de hecho.** El supuesto de la guarda de hecho plantea el problema de que, al tratarse de una medida informal de apoyo, no se establece la necesidad de que quede anotada en el Registro Civil. En estos casos, podrá acreditarse mediante certificado o testimonio del letrado de la Administración de Justicia en base al artículo 145.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (porque puede certificar que en un determinado acto una persona ha actuado como guardador de hecho). Es necesario en todo caso aportar certificado de empadronamiento o documentación que acredite la convivencia con el menor, sin perjuicio de que se aporten otros documentos. A título de ejemplo, el libro de familia mediante el que se acredite la relación de parentesco.

Es posible que el guardador de hecho solicite la prestación en nombre del menor sin necesidad de que intervenga el juez. En todo caso, el pago de la prestación deberá hacerse a quien ostente la representación legal del menor.

No obstante, podrá abonarse la pensión al guardador de hecho cuando acredite que ha iniciado los trámites para constituir la tutela o el acogimiento. Una vez acreditada esta iniciativa puede comenzar el abono de la prestación, que se considera así respaldado, tanto por la actuación del interesado, como por el conocimiento de los hechos por el Ministerio Fiscal, a quien incumbe la superior vigilancia de la tutela, guarda y acogimiento de menores, de acuerdo con el artículo 174 del CC, y al que por ello se informará del citado pago.

Asimismo, será posible abonar la prestación al guardador de hecho en el caso de que esté autorizado judicialmente y la resolución judicial comprenda expresamente ese acto de pago de la pensión correspondiente al menor (artículo 264 del CC en relación con el artículo 238 del CC).

- 4. Defensor judicial del menor.** En aquellos casos en los que existe conflicto de intereses entre el menor y su representante legal o en los que existe una imposibilidad por la que de forma temporal el tutor no desempeña sus funciones, el defensor judicial del menor se ocupa provisional y temporalmente del menor hasta que cese la causa determinante del conflicto o se designe otra persona (artículos 235 y 236 del CC). En estos casos, el juez fija la extensión y límites del defensor judicial.

Por tanto, de manera provisional, en los casos excepcionales en los que el representante legal del menor no pueda solicitar la prestación por parte del menor, podrá solicitarla y serle abonada al defensor judicial. Para ello será necesario que esté autorizado judicialmente y que la resolución judicial comprenda esos actos de solicitud y pago de la prestación al defensor judicial.

- 5. Menores emancipados y menores que han obtenido judicialmente la mayor edad.** Conforme a lo dispuesto en el artículo 247 del CC, los menores emancipados y los menores que han obtenido judicialmente la mayor edad están habilitados para regir su persona y sus bienes como si fueran mayores (salvo para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, para los que requerirán “asistencia paterna”). Por tanto, no es necesario que estén sometidos a ninguna institución de guarda legal, esto es, ni a la patria potestad ni a la tutela.

En consecuencia, pueden solicitar y percibir en su cuenta bancaria las prestaciones del sistema de la Seguridad Social.

*Esta información ha sido elaborada teniendo en cuenta la legislación vigente en la fecha que figura en el encabezamiento y se presta en virtud del derecho previsto en el artículo 53, letra f), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, advirtiendo que dicha información no produce más efectos que los puramente ilustrativos y de orientación.*