

PENSION DE ORFANDAD: reconocimiento a una persona con discapacidad visual congénita que presta servicios como vendedor de la ONCE, al considerarse los mismos como un trabajo «residual» SENTIDO DEL FALLO: Desestimación recurso de casación

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4748/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 99/2023

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D. Ángel Blasco Pellicer

D.^a María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 2 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 2856/2019, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 20 de Barcelona, de fecha 22 de enero de 2019, recaída en autos núm. 269/2018, seguidos a instancia de D. Federico frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre prestación de orfandad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D. Federico, representado por el letrado D. Diego Pardo Juan.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Con fecha 22 de enero de 2019, el Juzgado de lo Social nº 20 de Barcelona, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Federico, nacido el NUM000 de 1969, presta servicios como agente vendedor de la ONCE en jornada a tiempo completo con contrato indefinido desde el 7 de enero de 1998, habiéndolo ello con contratos temporales previamente en los siguientes períodos: 1 de julio a 7 de octubre de 1993. 5 de abril a 4 de octubre de 1994. 3 de julio de 1995 a 2 de enero de 1998.

SEGUNDO.- El demandante padece un glaucoma bilateral congénito, habiendo realizado trasplante de córnea. Presenta desde la infancia una agudeza visual bilateral inferior a 01, con percepción luminosa en ojo derecho y contando dedos a 25 cm en el izquierdo. Doc. 1 de la parte actora.

TERCERO.- Gonzalo, padre del demandante, falleció en fecha 1 de diciembre de 2015. Solicitud por el demandante prestación por orfandad en fecha 6 de julio de 2016, fue desestimada por resolución de 15 de septiembre de 2016. Interpuesta reclamación previa, fue desestimada por resolución de 20 de diciembre de 2016, notificada al actor en fecha 13 de febrero de 2018.

CUARTO.- Para el caso de estimación de la demanda, la base reguladora de la prestación es de 1.193,53 euros mensuales, efectos 3 meses anteriores a la solicitud, porcentaje del 20%, no controvertido".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo:

"Que desestimando la demanda interpuesta por Federico instando prestación de orfandad contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones efectuadas en su contra."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D. Federico, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 26 de septiembre de 2019, en la que consta el siguiente fallo:

"Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el letrado de Federico contra la sentencia nº 31/2019 del juzgado social 20 de BARCELONA, autos 269/2018-D, de fecha 22 de enero de 2019, debemos revocar la sentencia de instancia para reconocer al actor el derecho a percibir una pensión de orfandad con efectos de 3 meses antes de la solicitud (de fecha 6 de julio de 2016) y base reguladora de 1.193,53 euros y porcentaje del 20%, condenando al INSS a su abono y a estar y pasar por esta declaración, con los intereses y revalorizaciones que en su caso procedan".

TERCERO.- Por el letrado de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de 24 de julio de 1998 (Rec. 1143/1997).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2020, se admitió 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.

La parte recurrida ha impugnado el recurso alegando la falta de identidad entre los supuestos de las sentencias contrastadas, partiendo de que en el expediente administrativo de orfandad puede ser analizado si el beneficiario está afecto de la situación de incapacidad que le permite el acceso a la orfandad. A tal fin, considera que en el supuesto de la sentencia recurrida, en el expediente de orfandad ya se calificó al demandante presuntamente en incapacidad permanente en el momento del hecho causante, lo que no consta en el supuesto de la sentencia de contraste. Por otro lado, respecto del momento en que estaban presentes las patologías, como elemento que pudiera incidir en el derecho postulado, considera que la sentencia de contraste no deniega la pensión por esa causa. En todo caso, y sobre la cuestión de fondo, manifiesta que para el reconocimiento del derecho no es necesario una previa resolución administrativa que declare al beneficiario en el grado de incapacidad permanente exigible a tal efecto sino que es en el propio expediente de orfandad en el que puede valorarse tal situación.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado al ser correcta la doctrina que recoge la sentencia de contraste y que se corresponde con la de esta Sala, reflejadas en las sentencia de 28 de abril de 1999, 30 de abril, 21 de julio y 19 de diciembre de 2000.

SEXTO.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 31 de enero de 2023, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si es posible reconocer una pensión de orfandad, desde la situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, cuando las dolencias que llevan a esos grados son anteriores a la vida laboral y si, además, es posible reconocer dicho derecho cuando el beneficiario está prestando servicios en un centro especial de empleo, con contrato indefinido y a tiempo completo, en este caso para la ONCE, como vendedor de cupones.

La parte demandada ha formulado dicho recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña, de 26 de septiembre de 2019, rec. 2856/2019, que estimó el interpuesto por la parte demandante, revocando la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 20 de Barcelona, el 22 de enero de 2019, en los autos 269/2018, y, estimando la demanda, reconoce el derecho del demandante al percibo de la pensión de orfandad, desde su situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

Según recoge la sentencia recurrida, el actor, nacido en 1969, presentaba desde la infancia una agudeza visual bilateral inferior a 0,1, con percepción luminosa en OD y contando dedos a 25 cm en el OI. Por resolución de la Generalitat de Cataluña, de 14 de octubre de 1985, fue declarado afecto de una discapacidad del 86,5%. Desde el 7 de enero de 1998 presta servicios como agente vendedor de la ONCE a jornada completa y contrato indefinido. Según informe del ICAM, de 2 de junio de 2018, el demandante padece "glaucoma bilateral congénito. Deterioro progresivo visual. AV OD: Amaurosis, OI: Cd a 1m, llegando a la conclusión de que existe presunción de IP". Como consecuencia del fallecimiento de su padre, ocurrido el 1 de diciembre de 2015, interó el reconocimiento de la pensión de orfandad que le fue denegada.

Formuló demanda y el Juzgado de lo Social la desestimó porque, habiéndose opuesto por el INSS que el demandante no era acreedor de dicha pensión por estar trabajando para la ONCE, el juzgador de instancia acogió dicho argumento y desestimó la demanda. El actor interpuso recurso de suplicación que no impugnó la Entidad Gestora.

La Sala del TSJ, en la sentencia recurrida, estimó el recurso partiendo de que la incapacidad para el trabajo que debe presentar el beneficiario de una pensión de orfandad es la absoluta o gran invalidez, sin que sea necesario que tal situación se encuentre declarada previamente en vía administrativa, debiendo concurrir la misma a la fecha del hecho causante. Tras ello, y con base en los hechos probados, entra a analizar si el demandante está en esa situación de incapacidad llegando a la conclusión de que su situación de ceguera, según la propia doctrina de esta Sala, sería de gran invalidez, sin que a ello obste su actividad laboral para la ONCE ya que se trata de una pensión de servicios en un centro especial de empleo, lo que puede ser considerado como un trabajo residual que no implica tener capacidad para el trabajo,

puesto que no tiene una capacidad residual suficiente para desempeñar realmente una profesión en plenitud en el mercado laboral.

En el recurso de unificación de doctrina se formula los dos puntos de contradicción expuestos anteriormente para el que se identifica como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Málaga, de 24 de julio de 1998, rec. 1143/1997.

En ella consta probado que el reclamante de la pensión de orfandad, presentaba "disminución de su capacidad intelectual, por anoxia en el parto, que limita su capacidad de adaptación al medio, asociada a un trastorno epiléptico, así como a un déficit visual, por lo que requería su supervisión y ayuda en aspectos esenciales de su vida", encontrándose adscrito a un centro especial de empleo, prestando servicios por los que percibía el salario mínimo interprofesional (smi). Tras solicitar pensión de orfandad como consecuencia del fallecimiento de su padre, ésta le fue denegada por ser mayor de 18 años y no estar incapacitado de forma permanente y absoluta para todo trabajo en la fecha del fallecimiento del causante.

La Sala revoca la sentencia de instancia que había estimado la demanda y argumenta que el solicitante de la pensión no se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta por cuanto que puede desempeñar trabajos de carácter sedentario y sencillo, como los que presta en el virtud del RD 1368/1985, cuando, además, para que a los trabajadores minusválidos que prestan servicios en centros especiales de empleo se les reconozca una invalidez permanente absoluta, es preciso que las lesiones padecidas se hayan manifestado con posterioridad al inicio de dicha relación laboral especial, lo cual no ocurre en el supuesto de autos, en el que las lesiones del solicitante son congénitas y existentes desde el momento de su nacimiento, sin que el hecho de que el solicitante de la pensión de orfandad tenga reconocida una minusvalía suponga una situación equiparable a la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.

Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios, en el único extremo en el que, como seguidamente indicaremos, podemos entrar a examinar.

En efecto, el recurso de la entidad gestora se enfoca desde dos aspectos que impiden, a su juicio, el derecho a la pensión de orfandad. Uno, que no puede ser reconocida una situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez cuando las lesiones son anteriores a la afiliación. Otro, que tampoco esa situación sería reconocida si el sujeto está prestando servicios, aunque lo sean en un centro especial de empleo. Pues bien, respecto de la primera cuestión nada podemos examinar por cuanto que la misma no fue tratada por la sentencia recurrida ni por la sentencia de instancia. Esto es, la oposición a la demanda (la parte demandada no impugnó el recurso de suplicación), tan solo se centraba en la prestación de servicios al momento del hecho causante. Por tanto, si la entidad gestora pretende en este momento que se solvante si para el reconocimiento de una pensión de orfandad es necesario que las

dolencias que, en el momento del hecho causante, llevarían a una situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, no sean anteriores a una afiliación y alta en el sistema de Seguridad Social del posible beneficiario, como si estuviésemos ante una demanda de reconocimiento de una prestación de invalidez, está formulando una cuestión nueva de imposible conocimiento en este momento procesal, como reiteradamente tiene dicho esta Sala. Por el contrario, sí que es posible analizar el otro debate sobre el que si existe contradicción entre las sentencias contrastadas.

Así es, en relación con el alcance que puede tener la existencia de una relación laboral especial de un huérfano que trabaja en un centro especial de empleo, a los efectos de reconocer el derecho a la pensión de orfandad, desde la situación de beneficiario con incapacidad para el trabajo, en la sentencia recurrida como en la de contraste nos encontramos con dos personas que interesan la pensión de orfandad por estar en aquellos grados de incapacidad permanente, siendo en ambos casos trabajadores en centros especiales de empleo. Ante esta similar situación, la sentencia recurrida ha entendido que esa circunstancia no obsta para el acceso a la pensión, siendo distinto y contrario el pronunciamiento de la de contraste que lo ha denegado.

Y a ello no se opone por irrelevante lo que manifiesta la parte recurrida para negar la existencia de contradicción ya que, lo que se haya indicado en el expediente administrativo -como presunta situación de IP- no altera la realidad de los hechos probados, en donde figuran las dolencias y la prestación de servicios siendo que en los dos casos se está cuestionando si el solo hecho de ser trabajador de un centro especial de empleo permite o impide entender que ese trabajador esté en situación de incapacidad para todo trabajo.

SEGUNDO.- La parte recurrente ha formulado un motivo de infracción normativa en el que identifica como preceptos legales objeto del mismo el art. 224.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

Según la demandada, y en el debate que queda centrado en este momento, referido a la incidencia que debe otorgarse a la prestación de servicios en un centro especial de empleo, considera que el actor no puede ser calificado como incapacitado para el trabajo al mantener una capacidad laboral incompatible con los requisitos legales y la naturaleza de la pensión reclamada, reproduciendo lo que la sentencia de instancia razonó para desestimar la demanda.

El régimen jurídico de la pensión de orfandad nos remite a la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social, en cuyo art. 16.1 reconocía como beneficiarios de la pensión de orfandad a los menores de una determinada edad o que estén incapacitados para todo trabajo en los términos señalados en su art. 7.3, en el que se decía que " Se entenderá por

incapacidad para el trabajo, en los casos a que se refiere el apartado c) y b') del número 1, y el número precedente, la de carácter permanente y absoluto que inhabilita por completo para toda profesión u oficio". Junto a ello, el art. 19, regulaba la compatibilidad y opción de dicha pensión diciendo que "1. La pensión de orfandad será compatible con cualquier renta de trabajo del [...] o del propio huérfano, [...]. 2. Los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad, que perciban otra pensión de la Seguridad Social en razón a la misma incapacidad, podrán optar entre una y otra

Con la LGSS de 1994 , el art. 175 de la misma disponía que tendrían derecho a la pensión de orfandad los hijos del causante que sean menores de una determinada edad o estén incapacitados para el trabajo, abonándose la misma a quien tenga a su cargo al beneficiario. Esta pensión, según su art. 179.2 era compatible con cualquier renta de trabajo del propio huérfano, señalando el apartado 3 del mismo lo que disponía el art. 19.2 de la OM de 1967.

A partir del 14 de noviembre de 1997, el Real Decreto (RD) 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, deroga los arts. 16 y 19 de la OM de 1967, recogiendo un nuevo redactado sobre el concepto de beneficiario en lo que aquí interesa diciendo en su art. 9 que serán beneficiarios los que "tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez". Es más, el concepto de beneficiario lo extiende más allá de la edad que fija cuando aquel no tenga trabajo lucrativo si bien quedaría suspendido el derecho cuando se concertase un contrato laboral que dé lugar a la inclusión en el sistema de Seguridad social.

La Ley 66/1997 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, refería en su Exposición de Motivos que "En materia de pensión de orfandad se amplían los supuestos para devengar el derecho a su percepción con arreglo a la línea iniciada en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, y se reconoce dicha pensión cuando el hijo del causante realice un trabajo lucrativo siempre que los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al 50 por 100 del salario mínimo interprofesional. A tal efecto, el RD 4/1998 de 9 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para 1998, modifica el RD 1647/1997 y añade que, aunque este efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia también podrá ser beneficiario, pero siempre que sus ingresos no alcancen determinada cuantía (75% del smi) y en el momento del hecho causante aquel no superase determinada edad. Y respecto del régimen de compatibilidad de la pensión, viene a mantener el mismo régimen que se recogía en el art. 19 de la OM.

El art. 224.1 de la LGSS vigente (en lo que aquí interesa igual que el art. 175.1 de la LGSS 1994) dispone que " Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos e hijas del causante o de la causante fallecida,

cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, en el momento de la muerte, sean menores de veintiún años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, o fuera pensionista en los términos del artículo 217.1.c)".

Y el art. 225 de la citada Ley que, en materia de compatibilidad de la pensión y prestación de orfandad refiere que "1. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado 2 del artículo anterior, la pensión o prestación de orfandad **será compatible con cualquier renta del trabajo** de quien sea o haya sido cónyuge del causante, o **del propio huérfano**, así como, en su caso, con la pensión de viudedad que aquel perciba. [...]

2. Los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad, cuando perciban otra pensión de la Seguridad Social en razón a la misma incapacidad, podrán optar entre una u otra. Cuando el huérfano haya sido declarado incapacitado para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de la edad de dieciocho años, la pensión de orfandad que viniera percibiendo será compatible con la de incapacidad permanente que pudiera causar, después de los dieciocho años, como consecuencia de unas lesiones distintas a las que dieron lugar a la pensión de orfandad, o en su caso, con la pensión de jubilación que pudiera causar en virtud del trabajo que realice por cuenta propia o ajena".

Esto es, el régimen de la pensión de orfandad no ha sometido el reconocimiento del derecho a que el beneficiario, en los distintos supuestos que permite tener tal condición, no esté en ningún caso prestando servicios por cuenta ajena, ni al inicio ni durante el mantenimiento de tal condición.

La doctrina de esta Sala en materia de pensión de orfandad ha venido diciendo, que ésta tiene carácter sustitutivo de las rentas en que los beneficiarios dejan de participar por la muerte del causante, viéndose así perjudicados por la desaparición de una de las fuentes de ingresos (STS de 10 de mayo de 2013, rcud 1696/2012, recordada en la de 28 de junio de 2013, rcud 2160/2012).

Partiendo de ello, la cuestión que nos ocupa, en relación con la misma sentencia de contraste, ya tuvo respuesta de esta Sala que entendió que no era posible reconocer la pensión de orfandad, por situación de incapacidad para el trabajo, a quien está prestando servicios en centros especiales de empleo.

Esa doctrina, a la que nos referiremos más adelante, se apoyaba en la STS de 28 de abril de 1999 que, sobre la pensión de orfandad, resolvió si la incapacidad para el trabajo era la equivalente a la incapacidad permanente absoluta o debía estarse a la situación que se contemplaba para la invalidez no contributiva, como minusvalía en grado igual o superior al 65%. Esto es, se estaba determinando el concepto "incapacidad para el trabajo", entre dos situaciones legales de invalidez, lo que nada tiene que ver con lo que aquí se suscita ni se suscitó en las posteriores sentencias en las que lo debatido fue si se es sujeto beneficiario quien presta servicios por cuenta ajena.

Pues bien, la sentencia que ya analizó la que aquí se invoca de contraste es la STS de 19 de diciembre de 2000, rcud. 1773/2000. Esta, tomando la doctrina de la de 28 de abril de 1999 y otras, como la de 21 de julio de 2000, razona que "(...) el art. 16.3 de la OM de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas de aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia de la Seguridad Social, precisa que la incapacidad para el trabajo a que se refiere el vigente art. 175 de la LGSS-94 debe ser entendida como "incapacidad para todo trabajo, en los términos señalados en el número 3 del artículo 7" (...) ; este precepto (...) insiste en que tal incapacidad es la "de carácter permanente y absoluto que inhabilite por completo para toda profesión u oficio"; la referida regulación reglamentaria no contraría el tenor literal de la norma legal ni tampoco la finalidad de la misma, que es la de proteger como pensionistas a los huérfanos mayores de cierta edad que carezcan por completo de capacidad de trabajo, pero no, como sucede en el caso, a los que dispongan de una capacidad aunque sea limitada para ciertas actividades. Debe tenerse en cuenta, además, que el RD 1647/1997 de 31 de octubre, que entró en vigor antes de la solicitud de la pensión de orfandad en litigio, no ha alterado los términos de la cuestión controvertida, limitando el derecho a la pensión de orfandad de los huérfanos mayores a quienes están afectos de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez".

Posteriormente y a la luz de otras previsiones legales que no fueron valoradas en la sentencia del año 2000, pero se encontraban vigentes, y de la posterior doctrina de esta Sala en materias conexas, nos encontramos con la STS de 10 de noviembre de 2009, rcud. 61/2009, que resuelve si puede impedir la calificación de un huérfano de edad igual o superior a dieciocho años como incapacitado para el trabajo " la mera circunstancia de que, a pesar de su estado patológico incapacitante, haya prestado servicios por cuenta ajena". En ella y como ya hemos indicado, tomando en consideración las previsiones sobre incompatibilidad y compatibilidad de la pensión de orfandad, e incluso otras prestaciones hoy desaparecidas del sistema de la seguridad social (prestaciones por hijo a cargo suprimidas al introducirse el ingreso mínimo vital), así como atendiendo a la jurisprudencia de la Sala en orden a la compatibilidad de una actividad laboral con la pensión de incapacidad permanente absoluta (o incluso la STS de 16 de octubre de 2013, rcud 907/2012), esta Sala concluye estimando el recurso de la parte demandante porque, atendiendo a que se constata una imposibilidad para el trabajo, afirma que "la mera circunstancia de que el demandante hubiera trabajado como auxiliar administrativo en fechas posteriores (desde el 6- abril-1988 al 20-noviembre-1995) pueda impedir o enervar tal calificación, como se efectúa en la sentencia recurrida, pues el posterior trabajo por cuenta ajena del huérfano incapaz en ningún momento se ha cuestionado que no fuera compatible " con el estado del inválido " o que pudiera representar " un cambio de su capacidad de trabajo ", tanto más cuanto de los propios hechos probados y de los razonamientos de la sentencia impugnada se deduce que precisamente dicho estado patológico se ha ido progresiva y significativamente agravando.

Pues bien, a la luz de la regulación legal y de la doctrina que esta Sala ha ido elaborando, debemos reiterar la recogida en la de 10 de noviembre de 2009, rcud. 61/2009.

Partiendo de ello y siendo que aquí se está cuestionando la incidencia que puede tener una prestación de servicios para un centro especial de empleo, compartimos el calificativo que se otorga en la sentencia recurrida a los servicios así prestados, como residuales -que también recoge nuestra doctrina- aunque formen parte del plan de integración y no exclusión social del colectivo de discapacitado, que además tienen reconocida una prestación de servicios como relación laboral especial, del RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo, en la que es una actividad que atiende a la capacidad de trabajo que resta al beneficiario y que no comprende cualquier profesión u oficio. Es más, y a los efectos que aquí nos ocupan, si la obtención de rentas de trabajo por el huérfano incapacitado no lo impide ser beneficiario de la pensión de orfandad, no es posible restringir el acceso a la pensión por el solo de estar trabajando.

Precisamente, la sentencia recurrida, rechaza que esa actividad impida generar la pensión mientras que la sentencia de contraste deniega la existencia de situación de incapacidad absoluta porque está prestando servicios por cuenta ajena, lo que significa que el beneficiario desarrolla actividades laborales que, aunque sean sedentarias o sencillas, no elimina la capacidad laboral, valoración esta última que no se corresponde con el criterio de esta Sala que ya recogió la sentencia de 2009 que venimos citando.

Finalmente, debemos hacer referencia a la STS de 10 de septiembre de 2020, rcud 756/2020 cuya doctrina no entraría en contradicción con lo que aquí se cuestiona. En efecto, en ella se estaba resolviendo una incompatibilidad entre dos prestaciones del sistema que el beneficiario estaba percibiendo en razón de la misma incapacidad (pensión de invalidez no contributiva y pensión de orfandad). Aquí el demandante solo está queriendo ser pensionista de orfandad sin que, por razón de su incapacidad, tenga reconocida otra pensión a cargo del sistema

TERCERO.- Lo anteriormente razonado, oído el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que el recurso debe ser desestimado y, en consecuencia, procede confirmar la sentencia recurrida.

Todo ello sin imposición de imposición de costas, a tenor del art. 235 de la LRJS.

F A L L O

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

- 1. Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social.**
- 2. Confirmar la sentencia recurrida dictada el 26 de septiembre de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 2856/2019.**
- 3. Sin imposición de costas.**

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

Así se acuerda y firma.