

Roj: **STS 8213/2009 - ECLI:ES:TS:2009:8213**Id Cendoj: **28079140012009100958**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/11/2009**Nº de Recurso: **61/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **FERNANDO SALINAS MOLINA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ CV 5617/2008,**  
**STS 8213/2009**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Noviembre de dos mil nueve

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por *Don Alexis*, representado y defendido por el Letrado Don Joaquín Pérez Ayala contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 7-octubre-2008 (rollo 4350/2007), en el recurso de suplicación interpuesto por la parte ahora recurrente contra la sentencia de fecha 28-septiembre- 2007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Alicante (autos 305/2007), en autos seguidos a instancia del referido recurrente contra el *INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL*, sobre *PENSIÓN DE ORFANDAD*.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido *INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL*, representado y defendido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina**,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- El día 7 de octubre de 2008 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación nº 4350/2007 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Alicante en los autos nº 305/2007, seguidos a instancia de Don Alexis frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre orfandad. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana es del tenor literal siguiente: "*Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de don Alexis, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Alicante, de fecha 28 de septiembre de 2007; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida*".

**SEGUNDO**.- La sentencia de instancia, de fecha 28 de septiembre de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Alicante, contenía los siguientes hechos probados: "*Primero.- El actor D. Alexis, nacido en 17-02-1955, está afiliado a la Seguridad Social, con el número: NUM000. Solicitó en 19- 10-06 pensión de orfandad por el fallecimiento de su padre D. Eutimio acaecido en 09-12-83. Segundo.- Sometido a reconocimiento medico se emite Informe de Valoración Médica en 10-11-06, por reproducido. El EVI en 14-11-06 emite Dictamen propuesta de no calificación como incapacitado permanente absoluto a efectos de concesión de una pensión de orfandad. El INSS en resolución de 15-11-06, denegó la solicitud de referencia ... 'Por superar el límite de edad establecido en la disposición transitoria sexta bis de la Ley General de la Seguridad Social ... y no estar incapacitado para el trabajo en la fecha del fallecimiento del causante...'. Tercero.- Disconforme interpuso reclamación previa que fue desestimada por resolución del INSS de 01-03-07... 'Procede desestimar*



su reclamación previa toda vez que consta en el expediente que Ud. es mayor de 18 años y no está incapacitado para el trabajo en la fecha del fallecimiento del causante, una vez realizado el estudio correspondiente por el Equipo de Valoración de Incapacidades de esta Dirección Provincial de fecha 14-11-2006 sin que la reclamación previa presentada por usted pueda modificar la calificación de no-invalidez...'. Cuarto.- La base reguladora mensual es de 262,61 €. QUINTO.- El actor padece: Secuelas poliomiélicas en MMII. Muy marcada escoliosis dorsolumbar. Politraumatismo en 2004. HTA esencial. Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: Paraparesia de MMII. Dolor en región inguinal izquierda, hombro izquierdo y raquis. HTA. Patología incapacitante para el desempeño de cualquier actividad de tipo ocupacional no adaptada (precisa silla de ruedas para desplazamientos), precisa ayuda de otra persona para algunas actividades de la vida ordinaria. Sexto.- El actor ha prestado sus servicios para la empresa 'Gabriel Enseñat Florit', como Auxiliar Administrativo desde 06-04-88 a 20-11-095, al expediente administrativo obra informe de Vida Laboral, por reproducido. Séptimo.- La madre del actor D<sup>a</sup> Paloma que ha sido beneficiaria de pensión de viudedad, por el fallecimiento de su esposo D. Eutimio acaecido en 09-12-86, desde 01-01-87, ha fallecido en 05-10-06. OCTAVO.- El actor tiene reconocidos los grados de minusvalía y en las fechas que constan en los documentos 4,5 y 6 de su ramo de prueba, por reproducidos".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: " Que desestimando la demanda formulada por D. Alexis frente al Instituto Nacional de la Seguridad social debo absolver y absuelvo a la entidad gestora demandada de las pretensiones deducidas en su contra en demanda". "

**TERCERO.-** Por el Letrado Don Joaquín Pérez Ayala, en nombre y representación de Don Alexis, mediante escrito con fecha de entrada al Registro de este Tribunal Supremo de 15 de enero de 2009, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 27-septiembre-2002 (recurso 1092/2001).- SEGUNDO.- Alega infracción del artículo 10 del Real Decreto 1647/97, de 31 de octubre y el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 5 de febrero de 2009 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, habiendo sido impugnado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 3 de noviembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar 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, por lo que no tendría derecho, en caso afirmativo, al reconocimiento del derecho al percibo de la pensión de orfandad que a favor de los huérfanos de tal edad que al fallecer el causante estuvieren incapacitados para el trabajo se regula en el art. 175.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

**2.-** Debe, por tanto, en el supuesto ahora enjuiciado, decidirse si el huérfano, peticionario de la prestación de orfandad (en fecha 19-octubre-2006), a pesar de su estado patológico incapacitante " al fallecer el causante" (el día 9-diciembre-1986), por concurrir la circunstancia de haber trabajado (en este caso, desde el 6-abril-1988 al 20-noviembre-1995), pierde o no el derecho a obtener la declaración de estar incapacitado para el trabajo, presupuesto para el acceso a específica pensión de orfandad dada su edad.

**SEGUNDO.- 1.-** La sentencia recurrida por el beneficiario en casación unificadora (STSJ/Comunidad Valencia de fecha 7- octubre-2008 -rollo 4350/2007, confirmatoria de la sentencia de instancia dictada en fecha 28-septiembre-2007 por el JS nº 7 de Alicante -autos 305/2007 ) da una respuesta negativa a la pretensión de acceso a la específica prestación de orfandad.

**2.-** Figura en los hechos declarados de la sentencia de instancia, inmodificados en suplicación, que actor padece " Secuelas poliomiélicas en MMII. Muy marcada escoliosis dorsolumbar. Politraumatismo en 2004. HTA esencial ... Paraparesia de MMII. Dolor en región inguinal izquierda, hombro izquierdo y raquis. HTA. Patología incapacitante para el desempeño de cualquier actividad de tipo ocupacional no adaptada (precisa silla de ruedas para desplazamientos), precisa ayuda de otra persona para algunas actividades de la vida ordinaria " y que " tiene reconocidos los grados de minusvalía y en las fechas que constan en los documentos 4,5 y 6 de su ramo de prueba, por reproducidos "; y en los citados documentos, que se dan por reproducidos en los hechos probados,



consta que: **a)** en fecha 17-junio-1987 le fue reconocida al actor por el organismo autonómico competente un grado de discapacidad del 74% con el diagnóstico de " *paraplejía flaccida, escoliosis lumbar intervenido, secuela de poliomieltitis* " (documento nº 4); **b)** en fecha 22-mayo-2005 se le reconoció un grado de minusvalía de 85% por padecer " *paraplejía por poliomieltitis de etiología infecciosa, alteración alineación columna vertebral con limitación funcional por escoliosis de etiología idiopática* ", dándosele un punto en la evaluación de la necesidad de concurso de tercera persona (documento nº 5); y **c)** en fecha 16-octubre-2006 se le mantiene el grado de minusvalía en el 85%, pero se le reconoce por alcanzar 16 puntos las prestaciones por necesidad de concurso de tercera persona y las prestaciones de movilidad reducida por alcanzar 7 puntos, adicionándose a las dolencias anteriormente reconocidas las de " *limitación funcional en M.S.I. por tendinopatía de etiología traumática* " y " *limitación funcional en ambos MM.II. por fractura (secuelas) de etiología traumática* " (documento nº 6). Consta, igualmente, en los hechos declarados probados, que el actor prestó servicios por cuenta ajena como auxiliar administrativo desde el día 6-abril- 1988 al día 20-noviembre-1995 (2785 días).

**3.-** Para llegar a tal solución desestimatoria se razona, en esencia, en la sentencia recurrida que " *hay que valorar si el recurrente, en la fecha del hecho causante estaba en situación de IPA para todo trabajo, para lo que hay que atender al cuadro clínico y a las limitaciones que en orden a su capacidad laboral presentaba en aquel momento ... la sentencia se remite a los informes de la medicina pública que obran en el expediente recogidos en el actual informe de Valoración Médica donde se hace referencia a que el actor padece poliomieltitis desde la infancia y ha sido intervenido en varias ocasiones por secuelas de polio en MMII y en dos ocasiones por escoliosis, siendo sus limitaciones la imposibilidad de deambulación y las algias secundarias a la escoliosis, porque no se pueden tener en cuenta las consecuencias del politraumatismo que sufrió en 2004 ... ni en fin la incapacidad que se hubiera generado por la evolución de la enfermedad desde entonces* ", a lo que adiciona, como determinante del no reconocimiento de la prestación de orfandad, el hecho de que hubiere estado trabajando por cuenta ajena, por lo que aun partiendo de que en el momento del hecho causante padecía las secuelas incapacitantes consistentes en " *imposibilidad de deambulación y las algias secundarias a la escoliosis* ", deniega la prestación solicitada por tal causa del trabajo realizado.

**4.-** En la sentencia de contraste (STSJ/Cantabria 27-septiembre-2002 -rollo 1092/2001 ), enjuiciando hechos esencialmente iguales, se llega a la solución contraria, estimatoria de la existencia de incapacidad para el trabajo en una huérfana mayor de 18 años que solicitó (en fecha 9-enero-2001) la pensión de orfandad a consecuencia del fallecimiento de su madre (acaecido el día 10-diciembre-2000), figurando que en la fecha de la muerte de la causante trabajaba su hija como auxiliar administrativa, constando, en los hechos probados, que padecía " *polio a los 3 años con afectación de ambas piernas, más la derecha varias intervenciones quirúrgicas. Refiere fractura de cadera derecha hace 2 años, operada. Refractura posterior de fémur y vuelven a operar. Refiere molestias en la pierna dcha. Hipotrofia de ambas piernas. No hace rotación externa de cadera derecha e impresiona de angulación hacia fuera del fémur derecho. Genu varo bilateral. Anquilosis de tobillo. Parálisis flácida de ambas piernas, la derecha a 2/5 global, la izquierda más o menos 3/5. Marcha paretica con las dos piernas en X, equino izquierdo y rotación interna derecha. Se ayuda de bastón baja y bastón inglés. Resolución del Inserso con una minusvalía del 67% por paraparesia. Deficiencias más significativas: paraparesia. Fractura de fémur derecho* ". Argumentándose, en síntesis, para llegar a tal conclusión positiva de concesión de la prestación de orfandad por incapacidad para el trabajo, que " *Habiéndole sido reconocida una minusvalía con fecha 26-5-98, es decir, con anterioridad al hecho causante del 67% por paraparesia, es claro que se hace acreedora de la pensión solicitada y ello con independencia que temporal y esporádicamente haya podido desarrollar alguna actividad, no pudiéndose olvidar a efectos de apoyar la tesis aquí mantenida de un argumento analógico que nos suministra el art. 141.2 LGSS, en relación a la propia prestación de IPA, que prevé la simultaneidad de su percibo, con el ejercicio de aquellas actividades compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio, en su capacidad de trabajo a efectos de revisión; en la misma línea se orienta el art. 10.1 del RD 1647/1997, que declara la compatibilidad entre la prestación de orfandad y el percibo de salario por actividad laboral* ".

**5.-** Concorre, por tanto, como se deduce de lo expuesto y como también pone de evidencia el Ministerio Fiscal en su detallado informe, entre ambas resoluciones comparadas el requisito o presupuesto de contradicción exigido en el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para viabilizar el recurso de casación unificadora, por cuanto, tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste se parte de una situación real de incapacidad, a pesar de las puntualizaciones que en la primera de ellas se incluyen en relación con el demandante; y como quiera que, además, el escrito a cuyo través se interpone dicho recurso (cita como infringidos los arts. 141 LGSS, 10 del Real Decreto 1647/1997 de 31-octubre-1997, que desarrolla determinados aspectos de la Ley 24/1997) cumple las condiciones requeridas por el art. 222 del citado Texto procesal, se está en el caso de entrar a resolver el fondo de lo debatido.

**TERCERO.- 1.-** La consideración de beneficiarios de la pensión de orfandad ha ido experimentando loables ampliaciones, en especial, a partir de las Leyes 24/1997 de 15-julio (de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social), 66/1997 de 30-diciembre (de medidas fiscales, administrativas y del orden



social), 30/2005 de 29-diciembre (de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006) y finalmente por la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social (BOE 5-diciembre-2007).

**2.-** Conforme a ésta última Ley, puede esquematizarse ex. art. 175.1 y 2 LGSS, respecto a los posibles beneficiarios de la prestación contributiva de orfandad, que " *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 filiación* ", siempre que, al fallecer el causante concorra alguna de las siguientes circunstancias en el/la huérfano/a: **a)** sea menor de 18 años; **b)** esté incapacitado para el trabajo; **c)** tenga 18 o mas de 18 años pero sea menor de 22 años (si sobreviviera uno de los dos padres) o menor de 24 años (si no sobreviviera ninguno de los dos padres) siempre que " *no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena o, cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores en cómputo anual a la cuantía vigente para el SMI, también en cómputo anual* "; o **d)** tenga 18 o mas de 18 años pero sea menor de 22 años (si sobreviviera uno de los dos padres) o menor de 24 años (si no sobreviviera ninguno de los dos padres) y el " *huérfano presentara una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por 100* ".

**3.-** En los extremos que afectan más directamente a este recurso de casación unificadora, dispone el art. 175.1 LGSS, – modificado por las citada Ley 40/2007, adicionando al texto anterior la exclusiva referencia " *en régimen de igualdad* " –, que " *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 filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de dieciocho años o estén incapacitados para el trabajo* ".

**4.-** La jurisprudencia unificadora ha interpretado que para el reconocimiento de la pensión de orfandad a los huérfanos mayores de 18 años en razón a su incapacidad, no es necesaria la previa declaración de incapacidad en expediente administrativo específico, sino que la apreciación de la " *incapacidad para el trabajo* " puede y debe realizarse en el propio expediente que decide sobre la prestación de orfandad; razonándose que " *el art. 175 LGSS vigente, subordina la concesión de la prestación de orfandad a persona mayor de 18 años a que `esté incapacitado para el trabajo`. Y tal situación de incapacidad, que vuelve a ser exigida por el art. 16 de la OM de 13-II-1967, no aparece legalmente condicionada a una previa declaración administrativa o judicial que, a modo de cuestión prejudicial, declare la invalidez permanente en grado de absoluta, sino que la apreciación de la `incapacidad para el trabajo` puede y debe realizarse en el propio expediente que decide sobre la prestación de orfandad. Y será en la posible revisión judicial de tal expediente, donde el Tribunal competente podrá pronunciarse sobre la concurrencia del requisito, como de todos los restantes, apreciando la totalidad de las pruebas que al efecto se aporten* " (entre otras, SSTS/IV 4-noviembre-1997 -recurso 335/97, 10-febrero-1998 -recurso 793/1997).

**5.-** Igualmente ha establecido la jurisprudencia unificadora que la incapacidad para el trabajo se exige que sea análoga a la incapacidad permanente absoluta o a la gran invalidez, argumentándose, con cita de la STS/IV 28-abril-1999 (recurso 2715/1998), que " *el art. 16.3 OM 13-febrero-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 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 ... 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-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* " (STS/IV 19-diciembre-2000 -recurso 1773/2000).

**6.-** La normativa de seguridad social en orden a las causas de incompatibilidad o compatibilidad de la pensión de orfandad por incapacidad para el trabajo del huérfano, dispone, por una parte, que la referida pensión es incompatible en este caso con la pensión de la Seguridad Social en razón de la misma incapacidad, pudiendo optar entre una y otra (art. 179.3 LGSS y art. 10.3 RD 1647/1997 de 31-octubre-1997, que desarrolla determinados aspectos de la Ley 24/1997) y, por otra parte, acepta la compatibilidad de la pensión de orfandad con las rentas de trabajo del huérfano mayor de 18 años incapacitado para el trabajo (arg. ex arts. 179.2.1 LGSS y 10.1 RD 1647/1997, disponiendo este último que " *La pensión de orfandad de beneficiarios ... que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de IPA o GI, será compatible con cualquier renta de trabajo ... del propio huérfano ...* ").

**7.-** Incluso, aunque ahora no es el caso, pero como referencia a tener en cuenta a efectos de la compatibilidad del trabajo que pueda desempeñar la persona afectada por una minusvalía en un grado igual o superior al 65%, en la modalidad no contributiva de las prestaciones familiares por hijo a cargo se establece que, en



determinadas condiciones (convivencia y rendimientos del trabajo) no se pierde la condición de hijo a cargo por el mero hecho de realizar un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena (arg. ex art. 181.a LGSS ; SSTS/IV 4-octubre-2006 -recurso 247/2005, 4-julio-2007 -recurso 338/2006, 27-noviembre-2007 -recurso 1523/2007 ).

**CUARTO.- 1.-** En interpretación del alcance de la compatibilidad entre las pensiones vitalicias de incapacidad permanente absoluta (IPA) o de gran invalidez (GI) con el desempeño de determinadas actividades, la jurisprudencia unificadora, a la luz del art. 141.2 LGSS que contiene un principio general de compatibilidad entre el percibo de la prestación por IPA o GI y aquellas actividades compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo, ha señalado en Sala General (STS/IV 30-enero-2008 -recurso 480/2007, seguida, entre otras, por STS /IV 10-noviembre-2008 -recurso 56/2008), que *" en la interpretación de tan críptico precepto -se dice literalmente en ella- y en la determinación de las actividades compatibles, el razonamiento interpretativo se enfrenta a dos preceptos (arts. 135.5 y 141.2 LGSS) que literalmente se muestran de difícil conciliación. En efecto, si bien la categórica definición de la IPA (art. 135.5 LGSS/74 ), al ir referida a toda profesión u oficio, determina que la actividad compatible con la pensión por fuerza hubiera de considerarse la que se corresponda con la capacidad de trabajo que reste al beneficiario (tradicionalmente denominada residual) y que -por la propia definición de la IPA- no integre cualquier profesión u oficio, muy contrariamente los amplios términos del art. 141.2 , invita a considerar que el maximalismo de la definición de IPA se relativice a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo "*.

**2.-** Añade que *" Ha sido criterio tradicional de la Sala (salvo alguna excepción ...), manifestado con anterioridad a la unificación de doctrina, el de que los trabajos compatibles resultan ser los cometidos laborales que no son objeto de usual contratación en el mercado de trabajo, muy particularmente por sus limitaciones en orden a la jornada y a la retribución; es más, se argumenta que en una lectura sistemática de la normativa aplicable, las actividades compatibles con el estado del inválido a que alude el art. 141.2 LGSS bien pudieran identificarse con las que refiere el art. 7.6 LGSS (para excluirlas del campo de aplicación del RGSS) y que el precepto define como aquellas que en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida "*.

**3.-** Advirtiéndose, no obstante, que *" la cuestión que se plantea no ofrece la misma claridad si se atiende al dato de que el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de IPA o GI, porque así lo reconoce el art. 35 CE y lo corroboran los arts. 141.2 LGSS (antes, art. 138.2 LGSS/74 ), 2 RD 1071/1984 (23/mayo) y 18.4 OM 18/01/96 (en este sentido, las SSTS 06/10/87; 03/11/87; 23/11/87; 26/01/89; 26/01/89; y 20/02/89 ). Y también -con doctrina clásica de la Sala- si se atiende a la consideración de que si bien la propia definición de IPA determina una cierta dificultad teórica para admitir la actividad laboral normal -no ocasional o discontinua- de quien se encuentra en tal situación (legalmente definida como la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio), la posibilidad de esa actividad profesional se deriva del hecho de que la calificación de IP es un juicio problemático de las expectativas de empleo, como evidencian el propio art. 138.2 LGSS/74 (STS 06/03/89 ); y de que ... los términos en que se expresa el legislador han de ser interpretados con cierta moderación dado el alcance de tales palabras de cierta infinitud de difícil percepción y adaptabilidad en la realidad sobre la que ha de actuarse ... de suerte que sólo cabe apreciarlo (el supuesto de IPA) cuando escapa a lo verosímil dentro de las innumerables posibilidades de la actividad laboral (STS 12/02/79 ) "*.

**4.-** Concluyendo que *" En otras palabras, con la disposición del art. 141.2 LGSS (las pensiones vitalicias ... no impedirán el ejercicio de aquellas actividades ... compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio de su capacidad de trabajo a efectos de revisión), el propio legislador relativiza en apreciable medida el riguroso concepto de la IPA que proporciona el reproducido art. 135.5 LGSS/74 y que apuntaría a la imposibilidad jurídica de realizar trabajos en tal situación "*.

**QUINTO.- 1.-** La aplicación de la anterior doctrina al supuesto ahora enjuiciado comporta la estimación del recurso, dado que consta que el actor en el momento del fallecimiento de su padre (el día 9-diciembre-1986), causante, en su caso, de la prestación de orfandad por incapacidad para el trabajo que pretende, padecía, conforme resulta de la sentencia recurrida, secuelas incapacitantes consistentes en la *" imposibilidad de deambulación y las algias secundarias a la escoliosis "* y poco tiempo después, por sus lesiones congénitas, le fue reconocida por el organismo autonómico competente un grado de discapacidad del 74% con el diagnóstico de *" paraplejía flaccida, escoliosis lumbar intervenido, secuela de poliomielitis "*, lo que objetivamente comporta imposibilidad para el trabajo conforme se deduce de la propia sentencia recurrida; sin 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.

2.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal - que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que, en consecuencia, la sentencia recurrida ha de ser casada y anulada; lo que comporta, además, la estimación del recurso de suplicación formulado por el beneficiario, revocando la sentencia de instancia, y declarando su derecho al percibo de la pensión de orfandad por incapacidad para el trabajo, condenando a la Entidad Gestora a estar y pasar por esta declaración y al abono de la referida pensión al demandante sobre una base reguladora de 262,61 € mensuales, sin perjuicio de ulteriores revalorizaciones y mejoras, y con efectos económicos desde el día 20-julio-2006; sin imposición de costas (art. 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Alexis y casamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 7-octubre- 2008 (rollo 4350/2007), confirmatoria de la sentencia de instancia dictada en fecha 28-septiembre-2007 por el Juzgado Social nº 7 de Alicante (autos 305/2007), seguidos a instancia del referido recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, revocamos la sentencia de instancia y declaramos el derecho del huérfano al percibo de la pensión de orfandad por incapacidad para el trabajo, condenando a la Entidad Gestora a estar y pasar por esta declaración y al abono de la referida pensión al demandante sobre una base reguladora de 262,61 € mensuales, sin perjuicio de ulteriores revalorizaciones y mejoras, y con efectos económicos desde el día 20-julio-2006. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.