



Roj: **STSJ AND 9356/2012 - ECLI: ES:TSJAND:2012:9356**

Id Cendoj: **41091340012012102575**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **25/10/2012**

Nº de Recurso: **1879/2012**

Nº de Resolución: **2940/2012**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA ELENA DIAZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 1879/12 (S) Sentencia nº 2940/2012

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**ILTMOS. SRES.:**

**DOÑA MARIA ELENA DIAZ ALONSO, PRESIDENTE**

**DOÑA MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA**

**DON JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD**

En Sevilla, a veinticinco de octubre de dos mil doce.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Iltmos. Sres. Magistrados citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**, ha dictado la siguiente

**SENTENCIA NÚMERO 2940/2012**

En el recurso de suplicación interpuesto por D Bartolomé, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm.1 de los de Sevilla, en sus autos núm. 594/10, ha sido Ponente la Iltma. Sra. Magistrada Doña MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Según consta en autos, se presentó demanda por D. Bartolomé, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre Invalidez, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 23 de noviembre de 2.011 por el referido Juzgado, con desestimación de la demanda.

**SEGUNDO.-** En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

**PRIMERO.-** D. Bartolomé figura afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social con el nº NUM000.

**SEGUNDO.-** Iniciado expediente de incapacidad permanente, el 20/11/98 el INSS declaró al actor en situación de Incapacidad Permanente Total derivada de enfermedad común para su profesión habitual de tareas en tienda de electrodomésticos.

La prestación se le reconoció por el Régimen General, teniendo en cuenta el computo recíproco de prestaciones.



El cuadro clínico que se tuvo en cuenta para tal declaración fue: accidente de tráfico, fractura 1 /3 proximal tibia y peroné derechos, fractura 1 /3 medio radio izquierdo, TCE grado I, luxación.

**TERCERO.-** El 14/5/08 el actor comunicó al INSS el inicio de actividades administrativas y de atención al público en comercio menor de colchones y somieres, a los efectos de la declaración de compatibilidad con la IPT reconocida.

El INSS no respondió de forma expresa a esta solicitud.

El 1/5/08 el actor se dio de alta en el RETA, en el que había causado baja el 31/1/99.

**CUARTO.-** Recibida la anterior solicitud, el 14/11/08 el INSS inició expediente de revisión de grado.

El 24/11/09 dictó resolución por la que declaró al actor no incapacitado permanente en ninguno de sus grados por ejercer similar actividad.

**QUINTO.-** El actor cumplió 65 años el 20/3/09.

**SEXTO.-** El actor presenta el siguiente cuadro clínico: secuelas de accidente de tráfico año 96, parálisis ciático popliteo externo derecho.

En el informe médico de síntesis se hacía constar "situación similar a la reflejada en IMS año 98".

**SEPTIMO.-** Agotada la vía previa se presentó la demanda origen de los presentes autos.

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D. Bartolomé , que no fue impugnado por la parte contraria.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso de suplicación lo interpone el actor, nacido el día NUM001 de 1.944, al amparo del artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral , contra la sentencia de instancia que desestimó su demanda en la que impugnaba la resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 31 de enero de 2.010, que le declaraba no afectado por incapacidad permanente en ninguno de sus grados, al ejercer una actividad similar a la que justificó el 20 de noviembre de 1.998 el reconocimiento de una incapacidad permanente total para su profesión habitual de comerciante de una tienda de electrodomésticos, por desarrollar actividades administrativas y de atención al público en un comercio al por menor de colchones y somieres.

En primer lugar denuncia en el recurso la infracción por inaplicación del artículo 143.2 y 143.4 de la Ley General de la Seguridad Social y del artículo 44 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , alegando que tanto el informe propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de fecha 24 de noviembre de 2.009, como la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 31 de enero de 2.010, son nulos por haberse dictado cuando el recurrente tenía cumplidos 65 años, por lo que la prestación de incapacidad permanente total se debería haber convertido automáticamente en una pensión de jubilación, sin que sea posible con posterioridad al 20 de marzo de 2009 revisar la prestación.

La Sala debe estimar la existencia de la infracción normativa denunciada, al establecer claramente el artículo 143.4 de la Ley General de la Seguridad Social que *"Las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo."*, norma que hay que poner en relación con el artículo 138.1 del mismo texto legal que establece que *"No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el apartado 1.a) del artículo 161 de esta Ley y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social."*, estableciendo el artículo 161.1 a) la edad de 65 años como edad mínima, como regla general, para acceder a la pensión de jubilación.

Estas exigencias han determinado que la edad de 65 años opere como límite legal tanto para conceder la prestación de invalidez, como para su revisión, por ello la actuación del Instituto Nacional de la Seguridad Social cuando el actor ya tenía 65 años no está permitida, independientemente del hecho de que el expediente de revisión se iniciara cuando el actor tenía 64 años, ya que la demora en la tramitación del mismo es imputable al Instituto Nacional de la Seguridad Social, que conocía la situación del actor desde el 14 de mayo de 2.008, por lo que la continuación del expediente cuando el actor debería haber pasado a la situación de jubilado sin modificación en la prestación es inadmisibles.



**SEGUNDO.-** La limitación a la edad de 65 años para acceder a la pensión de invalidez, posibilita que el jubilado anticipadamente tenga derecho a acceder a la prestación de invalidez, por lo que "a sensu contrario" en el caso de alcanzar la edad de 65 años no se puede revisar la prestación, así la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo del 2006 (Rec. 5069/2004 [RJ 2006, 2316]), declara que : *"parece claro que el acceso a las pensiones de incapacidad permanente, cuando el interesado cumple los requisitos necesarios para ello, sólo se veda o impide a quienes han cumplido 65 años de edad. De ahí que, si todavía no se ha alcanzado esta edad, no hay razón para denegar la incapacidad permanente aún cuando el solicitante sea pensionista de jubilación anticipada...."*

4).- *Así pues, la dicción literal del párrafo segundo del artículo 138.1 de la Ley General de la Seguridad Social , que se remite al artículo 161.1 a), fija con claridad en los 65 años el momento en que comienza la imposibilidad para lucrar una pensión de incapacidad permanente. Y, como es sabido, el artículo 3.1 del Código Civil precisa que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras..."*

*Así mismo no puede olvidarse que el núcleo esencial de esta norma y la jurisprudencia a que se viene aludiendo contiene una disposición sumamente restrictiva y reductora de los derechos de los beneficiarios de la acción protectora de la Seguridad Social, pues en definitiva tal disposición veda el acceso a la pensión de incapacidad permanente a personas que, sin ese mandato, tendrían derecho a la misma. Y una norma de tales características, no puede ser objeto de una interpretación amplia o extensiva, ya que todo cuanto se amplíe el campo de acción de la misma supone mermar o reducir, en similar proporción, los derechos de los beneficiarios de la Seguridad Social."*

Por lo expuesto, si el actor no puede revisar la prestación después de cumplir los 65 años, tampoco puede ser revisada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, como forma de limitar derechos al beneficiario y modificar sus prestaciones, pues si al cumplirse los 65 años las pensiones de invalidez pasan a considerarse de jubilación, *"difícilmente puede instarse una revisión de una incapacidad ya inexistente."* , como declara el Tribunal Supremo en la sentencia dictada .

En consecuencia, encontrándose el recurrente en situación de jubilación en la fecha de la revisión por el Equipo de Valoración de Incapacidades, no es posible valorar su estado físico, lo que conduce al mantenimiento de la prestación tal y como la tenía reconocida y a la estimación del recurso de suplicación interpuesto, revocando la sentencia de instancia, dejando sin efecto la revisión de grado realizada, siendo innecesario por la estimación de este motivo de recurso pronunciarnos sobre las demás infracciones jurídicas denunciadas.

## FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Bartolomé , contra la sentencia dictada el día 23 de noviembre de 2.011 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sevilla , en el procedimiento seguido por la demanda interpuesta por D. Bartolomé contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD, en impugnación de la resolución de fecha 24 de noviembre de 2.009 de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social y revocamos esta resolución dejándola sin efecto, reconociendo el derecho de D. Bartolomé a percibir la prestación de jubilación en iguales términos que la prestación de incapacidad permanente total que tenía reconocida por haber cumplido 65 años.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser **preparado** por cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal dentro de los **DIEZ DÍAS** hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante **escrito** dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas **copias** como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá **designarse un domicilio** en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 Ley reguladora de la Jurisdicción Social .

En tal escrito de preparación del recurso **deberá constar**: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos";

b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción";

c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".



Una vez firme la sentencia por el transcurso del plazo sin interponerse el recurso, únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ