

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de fecha 13 Junio 2005
Recurso núm. 1280/2005.
Ponente: Emilia Ruiz Jarabo Quemada

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.3
MADRID
SENTENCIA: 00742/2005
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO SOCIAL
SUPPLICACION 0001280 /2005
Recurrente/s: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL INSS
Recurrido/s: Marco Antonio
JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 32 de MADRID

Sentencia número: 742/05 MB

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

PRESIDENTE

JOSEFINA TRIGUERO AGUDO

EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

En MADRID, a trece de Junio de dos mil cinco, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 003 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as

Ilmos/as. Sres/as. citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0001280 /2005, formalizado por el/la Sr/a. Letrado D/Dª. DE LA ADMINISTRACION DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en nombre y representación de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL INSS Y LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS) contra la sentencia de fecha 28-10-04, dictada por JDO. DE LO SOCIAL nº: 032 de MADRID en sus autos número DEMANDA 0000454 /2004, seguidos a instancia de Marco Antonio frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL INSS Y LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación por GRAN INVALIDEZ COMPATIBILIDAD DE ACTIVIDAD, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- El actor es una persona con discapacidad física, en un porcentaje, en grado total de minusvalía, del 74% de carácter permanente, consistente en una paraplejía. Reconocimiento de minusvalía expedido por el Equipo de Valoración y Orientación del Centro Base N.2 de Madrid, dependiente, en su momento, de la Dirección Provincial del INSS en fecha 26 de septiembre de 1990.

SEGUNDO.- El demandante se encuentra dentro del Sistema Nacional de Salud, en el Régimen General.

TERCERO.- Con fecha 13 de junio de 2003, el demandante se dirigió a la Subdirección de pensiones del INSS a fin de proceder a comunicar la realización de una actividad laboral como Coordinador del Ayuntamiento de Pinto y solicitar la compatibilidad con la prestación, que recibía, por incapacidad permanente absoluta, en grado de Gran Invalidez.

CUARTO.- La Dirección Provincial del INSS dictó resolución de fecha de 25-09-03 por la que resuelve declarar que la actividad de coordinador en el Ayuntamiento de Pinto no es compatible con las lesiones permanentes que padece el actor.

QUINTO.- Agotó la vía previa.

SEXTO.- La Dirección Provincial del INSS el 23 de enero de 2004 solicitó al Sr. Marco Antonio un certificado de empresa con la descripción de las tareas del puesto de trabajo a desarrollar. En cumplimiento del mencionado requerimiento se aportó, con fecha 28 de enero de 2004, informe del Técnico del concejal delegado de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Pinto especificando las tareas para el puesto de trabajo de coordinador del área de educación como funcionario de empleo eventual, que el demandante realizaría.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que con estimación de la demanda presentada por Marco Antonio contra INSS, debo declarar y declaro el derecho a compatibilizar el percibo de la pensión como consecuencia de la incapacidad permanente en grado de gran invalidez con el trabajo remunerado de coordinador en el Ayuntamiento de Pinto y debo declarar y declaro sin efecto el acuerdo de suspensión de la prestación de la pensión.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDADA. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos

entrada en esta Sección en fecha 01-03-05, dictándose las correspondientes y subsiguientes resoluciones para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 19-05-05 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia del Juzgado de lo Social, estimó la demanda y declaró el derecho del actor a compatibilizar el percibo de la pensión de gran invalidez con el trabajo remunerado de coordinador en el Ayuntamiento de Pinto, revocando la Resolución de la Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 25 de Septiembre de 2003 que declaró la incompatibilidad de la actividad de coordinador con el percibo de la pensión incapacidad permanente que tiene reconocida, y, en consecuencia, proceder a la suspensión de la pensión básica de gran invalidez desde la mensualidad del mes de Octubre de 2003 y frente a la misma, se articula por la letrado en ejercicio de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, recurso de Suplicación formalizando dos motivos; el primero al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral al objeto de revisar los hechos declarados probados, para instar la adición al ordinal sexto del relato histórico de un nuevo párrafo que debe encabezar la redacción del hecho probado, dándole la fórmula de redacción que al efecto ofrece en el escrito de recurso, pedimento de reforma fáctica que no puede alcanzar éxito, sin que haya argumento sólido para reemplazar la redacción de la Magistrada por la del recurrente y abstracción hecha de que puede ser considerado como un hecho conforme a que alude el artículo 87.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, el cual forma parte de los hechos en los que se funda la sentencia, con independencia de que ésta la recoja formalmente en la fundamentación jurídica, integrando así la base fáctica a la hora de resolver el litigio.

SEGUNDO: En el correlativo y último motivo de Suplicación, formulado por la vía del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia infracción del artículo 141 en relación con los artículos 137 y 139 de la Ley General de la Seguridad Social y a su vez ambos puestos en relación con el artículo 143 del mismo texto legal, este último, en la redacción dada por el artículo 34.2 de la Ley 42/94 de 30 de Diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, y a su vez con lo dispuesto en el artículo 18 de la Orden Ministerial de 18 de Enero de 1996 en su apartado cuarto.

Argumenta la Entidad Gestora recurrente que la actuación de la misma, decretando la incompatibilidad y suspendiendo el abono de la pensión reconocida, resulta en el presente caso, totalmente procedente y ajustada a derecho, porque la actividad de coordinador puede representar un cambio de su capacidad de trabajo a efectos de agravación de su situación de incapacidad permanente.

Para resolver la cuestión planteada ha de tenerse presente el artículo 35.1 de la Constitución española que proclama el derecho y el deber de trabajar de todos los españoles.

El artículo 141.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social permite percibir la pensión por incapacidad permanente absoluta, ó gran invalidez y compatibilizarse con aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio de su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de febrero de 1989, con cita de las precedentes de la misma Sala de 6 de octubre y 3 y 23 de noviembre de 1987, ha declarado

que "el artículo 35 de la Constitución reconoce el derecho de todos los españoles a trabajar (aparte y además de configurarlo como deber) lo que supone que no puede prohibirse a nadie (salvo excepciones que no son del caso) el ejercicio de una actividad laboral, ni aun a quien está declarado en situación de incapacidad permanente absoluta, como lo corrobora el artículo 138 nº2 de la Ley General de la Seguridad Social y lo ratifica al dar por supuesto la existencia de incapaces permanentes absolutos y aun grandes inválidos que trabajan por cuenta ajena, el artículo 2 del Real Decreto 1071/1984 de 23 de mayo, sin perjuicio de la obligación que a los mismos impone el nº1 del precepto y las consecuencias de su incumplimiento consignadas en el nº2 del mismo".

El citado Real Decreto, pese a que en su exposición de motivos se refiere a la posibilidad de compatibilizar las pensiones de invalidez con un nuevo trabajo y la necesidad de su control, se limita a la obligación de comunicación a la Seguridad Social por parte de los pensionistas de la realización de dicho trabajo y a determinar una posible sanción al amparo del artículo 1.8.a) en relación con el 7.1.b) del Reglamento de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social (sustituido hoy por el artículo 25 del texto refundido de 4 de agosto de 2000 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social), con independencia de la obligación de reintegro de los importes indebidamente percibidos conforme al artículo 56.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

Por otra parte la Orden de 18 de enero de 1996, que regula el procedimiento para el reconocimiento y revisión de incapacidad, en su artículo 18.4 se refiere a la revisión iniciada a consecuencia de la prestación por el pensionista de otro trabajo, y se vuelve a referir a la suspensión de la pensión cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

A su vez, la Resolución de 2 de noviembre de 1992 de la Dirección General de la Seguridad Social se refiere a la regulación del alta en la Seguridad Social de los pensionistas de invalidez absoluta o gran invalidez y a la posibilidad de suspensión de la pensión cuando la actividad exceda de los términos permitidos por el artículo 138.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974.

En definitiva, el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social declara expresamente la compatibilidad del percibo de pensiones de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez con el desempeño de actividades lucrativas, siempre que concurren las dos siguientes condiciones:

Que sean compatibles con el estado del inválido, respondiendo a la finalidad de proteger su estado de salud (artículo 43.1 de la Constitución), de manera que existirá incompatibilidad con el percibo de la pensión cuando el trabajo que simultáneamente realiza sea previsiblemente perjudicial para su salud.

Que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión, puesto que carecería de sentido que continuase percibiendo una pensión que se concede para proteger una limitación de la capacidad laboral cuya intensidad ha disminuido o ha desaparecido.

Salvo en estos dos supuestos, cabe compatibilizar pensión por incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez y trabajo lucrativo, como ha puesto de manifiesto la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en Sentencias de 20 de febrero de 2001 y 5 de marzo de 2002. Como se afirma en la última de ellas, "nada se opone a la compatibilidad de las situaciones de continua referencia, al igual que sucede en otros casos, donde la condición de pensionistas de gran invalidez por problema de ceguera se compatibiliza con la de trabajador en activo como vendedor de cupón de la ONCE. Tanto estos casos como el que se contempla en autos son magníficos ejemplos de superación personal que se deben favorecer por los poderes

públicos como cauce concreto de la reinserción que propugna el art. 49 de la Constitución Española".

Asimismo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de marzo de 2001, ha señalado que "la interpretación de la normativa aplicable (art. 141 LGSS) debe hacerse atendiendo a cada caso concreto y con las distintas circunstancias concretas que en cada caso concurren".

En el presente caso, consta en el relato histórico de la sentencia recurrente que el actor, a quien, por Resolución del INSS de fecha 23 de Mayo de 2001 se le declaró afecto de una gran invalidez derivada de accidente no laboral por presentar: fractura luxación L3-L4 intervenida (fijación de la columna dorsal); síndrome medular completo nivel motor L4, sensitivo completo L5, disfunción vesical. Vejiga arrefléxica. El 13 de Junio de 2003, comunica al INSS el inicio de una actividad laboral como coordinador del Ayuntamiento de Pinto y solicitó la compatibilidad con la prestación que percibía de gran invalidez, previo requerimiento del INSS, el actor aportó certificado de la entidad local con certificado de tareas que son las siguientes: mantener revisiones periódicas con los trabajadores del área de educación del Ayuntamiento de Pinto, elaborar memorias mensuales y anuales que contemplen todos y cada uno de los programas que se han realizado en su área, presentar propuestas de actuación para un mejor funcionamiento del área de educación, realizar el seguimiento de objetivos que tiene el área de educación, atención personal al ciudadano en el área de educación, coordinar los diferentes programas de actividades extraescolares.

Las lesiones del actor, han permanecido invariables. La Dirección Provincial del INSS, en fecha 25-09-03, dictó resolución declarando que la actividad de coordinador del Ayuntamiento de Pinto no es compatible con las lesiones permanentes que padece y en consecuencia, procede a la suspensión del percibo de la pensión desde el mes de octubre por representar un cambio en su capacidad de trabajo. Pudiendo ser causa de agravación de su situación de incapacidad.

Estima la Sala, que el ejercicio de la actividad del actor, resulta compatible con el percibo de la pensión porque su trabajo, no es perjudicial para su salud, así lo recoge expresamente la sentencia de instancia en el Fundamento de derecho tercero, con indudable valor fáctico, deducido del resultado de la prueba pericial practicada, el actor puede realizar trabajos de carácter sedentario, labores de tipo administrativo que no empeoran la situación física del demandante, y la Entidad Gestora no ha considerado que exista un cambio de su capacidad de trabajo que permita la revisión del grado de gran invalidez que tiene reconocida.

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por el letrado de la ADMINISTRACION DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) Y LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº32 de los de Madrid de fecha 28-10-04, autos nº454/04, en virtud de demanda formulada por DON Marco Antonio, contra INSS Y TGSS, sobre compatibilidad trabajo-pensión, y en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de duplicación, que se archivarán en este Tribunal, y a los autos principales

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley. Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228), que el depósito de los 300 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria, sucursal de la calle de Génova, nº 13, de Madrid, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2828/0000/00/1280/05 que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número C/ MIGUEL ÁNGEL, 17, de MADRID, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995, y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.