## Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

C/ General Castaños, 1, Planta Baja - 28004

33009730

Procedimiento Ordinario 2017

Demandante: D./Dña. T

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

Ponente.

# TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA

SENTENCIA núm.

Ilmos. Sres.:
Presidente:

Magistrados:

En la Villa de Madrid, a de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo nº 2017 promovido por la Procuradora Sra. De la Corte Macías, en nombre y representación de 2, asistido del Letrado Florentino Martínez Alonso, contra la Resolución dictada por el Subdirector General de Prestaciones del ISFAS en Madrid de de diciembre de 2016 –que consta al folio 25- por la que se acordó desestimar la pretensión del recurrente de prestación de inutilidad para el servicio, y ello al considerar que había caducado el derecho, denegando así consecuentemente su solicitud de la revisión de de noviembre de 2016 sobre el grado de incapacidad a los efectos de obtener la pensión complementaria de inutilidad para el servicio; así como contra su confirmación en alzada por la resolución del Subsecretario de Defensa de fecha de junio de 2017 en virtud de la cual se confirma aquella en recurso, y por las que se le deniega la petición del actor de que se revise su declaración de insuficiencia de condiciones psicofísicas por agravamiento, para que se declare su incapacidad como permanente y absoluta para toda profesión u oficio; habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, en el que suplica se dicte Sentencia por la que se declare:

- ---no ajustada a Derecho la resolución que se recurre y
- ---se reconozca el derecho del recurrente que se reconozca su derecho a la pensión por inutilidad permanente de ISFAS ya que está incapacitado de forma permanente y absoluta para toda profesión u oficio
- ---y subsidiariamente se reconozca su derecho a la revisión de su grado de discapacidad o minusvalía por ISFAS.
- **SEGUNDO.-** El Abogado del Estado contesta a la demanda, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se aprecie desviación procesal y se confirme la resolución recurrida.
- TERCERO.- Verificada la contestación a la demanda, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.
- CUARTO.- Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el 10 de octubre de 2018.
- QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.
- VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- El presente recurso se interpone por el actor, en su condición de funcionario ex cabo del Cuerpo militar del Ejército del Aire en situación de retiro por declaración de inutilidad permanente por pérdida de condiciones psicofísicas ajena al servicio acordada en resolución del Ministro de Defensa de 1995, y en base al informe correspondiente de la Junta Médico Pericial, contra el acto administrativo identificado en la Resolución dictada por el Subdirector General de Prestaciones del ISFAS en Madrid de de diciembre de 2016 —que consta al folio 25- por la que se acordó desestimar la pretensión del recurrente de prestación de inutilidad para el servicio, y ello al considerar que había caducado el derecho, denegando así su solicitud de la revisión de noviembre de 2016 sobre el grado de incapacidad a los efectos de obtener la pensión complementaria de inutilidad para el servicio; así como contra su confirmación en alzada por la resolución del

Subsecretario de Defensa de fecha aquella en alzada, y por las que se deniega la petición del actor de que se revise su declaración de insuficiencia de condiciones psicofisicas por agravamiento, para que se declare su incapacidad como permanente y absoluta para toda profesión u oficio.

Así pues, también se interpone el presente recurso contra la resolución del Subsecretario de Defensa de fecha de junio de 2017 en virtud de la cual se confirma en alzada la desestimación de la solicitud de la revisión del grado de incapacidad solicitado como permanente y absoluta y las prestaciones de inutilidad para el servicio.

Para la resolución del presente recuso ha de partirse de la exposición de los siguientes antecedentes facticos:

- a) ---- Por Orden del Ministro de Defensa de fecha 1995 de 7 de diciembre de 1995 (Boletín Oficial del Ministerio de Defensa de 18 de diciembre de 1995), y tras informe de la Asesoría Jurídica General de este Ministerio de 20 de noviembre de 1995, y de la Junta Médico Pericial y del Tribunal Psiquiátrico militar que dictamina trastorno adaptativo ansioso, distímico del estado de ánimo, de 26 de abril de 1994, se acuerda el pase a retiro del actor por pérdida de condiciones psicofísicas o inutilidad física en de diciembre de 1995 con efectos del de noviembre anterior, y en base al art. 59 del derogado Real Decreto 2330/1978 de 29 de septiembre (Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas), por insuficiencia de condiciones psicofísicas que implican incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones propias del Cuerpo ajena a acto de servicio.
- b)----- Y por resolución del Director General de Personal del Ministerio de Defensa de de junio de 1996 -folios 17 y ss. del expediente- se le reconoce pues la pensión ordinaria de retiro o haber pasivo correspondiente por inutilidad a favor del recurrente que la había pedido, fijando sus efectos económicos e importes.
- c)----- Consta a los folios 2, 3 y 4 del expediente resolución de discapacidad de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía que asigna con fecha 10 de agosto de 2005 al recurrente un 67% de discapacidad. Dato éste que considera el actor de esencial importancia para la resolución del presente procedimiento.
- d) El recurrente con base en este informe de la Junta de Andalucía y en otros informes médicos, solicitó de ISFAS con fecha de noviembre de 2016 revisión del grado de discapacidad, (y así consta al folio 24 del expediente), ello al considerar que efectivamente se encontraba incapacitado para toda profesión u oficio (ver los folios expediente).
- e) Una anterior pretensión de pensión por inutilidad para el servicio del actor fué denegada por resolución de fecha de noviembre de 2001 al considerar como la actual recurrid y según el artículo 59 del Real Decreto que había caducado el derecho a tal pretensión-folios 26 y 27-.
- f) Pero al constar Informes Médicos posteriores de 2012 y 2013 de los cuales se deriva —al entender del actor-sin nigún género de dudas (folios 5 a 10), junto con lo dictaminado por la Junta de Andalucía y mencionado anteriormente el efectivo agravamiento de las patologías que padecía el recurrente por las que pasó a la situación de

retiro por pérdida de condiciones psicofísicas por resolución de fecha de diciembre de 1.995, lo cual consta al folio 14 del expediente administrativo. Constando al folio 22 nuevo Dictamen Técnico Facultativo de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía de de agosto de 2010 donde se le vuelva a asignar un 67% de discapacidad al recurrente; el actor por ello en el nuevo escrito de solicitud de fecha de del expediente -dice que se encuentra en el supuesto de hecho (incapacidad para toda profesión u oficio) necesario para que se le hubiera concedido la pensión solicitada a ISFAS y en todo caso pide la revisión de su grado de discapacidad para ello. Y solicita nuevo reconocimiento pericial médico con fecha de enero de 2017.

- g) Por resolución del Subdirector General de Prestaciones del ISFAS en Madrid de de diciembre de 2016 —que consta al folio 25- se acordó desestimar la pretensión del recurrente de revisión de grado y de prestación de inutilidad para el servicio, y ello al considerar que había caducado el derecho del recurrente para ser reconocida la prestación solicitada de inutilidad para el servicio con base en el art. 59 del derogado Real Decreto 2330/1978 de 29 de septiembre (Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas) pues entiende que el hecho causante se produjo entre el 1 de enero de 1995 y el 31 de diciembre de 1997, todo ello al amparo de la disposición transitoria única del Real Decreto Legislativo 1/2000 de 9 de junio aprobando Ley Sobre Seguridad Social de las fuerzas Armadas.
- h) Como estimara el actor que dicha resolución no es ajustada a Derecho se interpuso recurso de alzada, lo cual consta a los folios 29 y siguientes del expediente administrativo. En el invoca principalmente los artículos 46, 76 y 78 del RD 1726/2007 pero no el art. 59 del derogado Real Decreto 2330/1978 de 29 de septiembre (Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas).

Hubo informe desfavorable de la Asesoría jurídica general de de junio de 2017-folios 40 y 41 del expediente-.

- i) Pero este recurso de alzada interpuesto fue desestimado por resolución del Subsecretario del Ministerio de Defensa por delegación de éste de fecha de junio de 2017 basándose en la aplicación del repetido artículo 59 y del 91 del derogado Real Decreto 2330/1978 de 29 de septiembre (Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas) y ello en virtud de la disposición transitoria única del RD 1726/2007 de 21 de diciembre, el cual deroga expresamente el RD 2330/1978 de 29 de septiembre. Pues esta disposición Transitoria Única señal a en su Apartado 2 la aplicación del artículo 22 y del texto modificado del artículo 23 de dicho RD 2330 de 1978, según redacción contenida en el artículo 51 de la Ley 42/1994 de Medidas fiscales, Administrativas y de Orden social, pero ningún precepto más. Y se apoya igualmente en varias sentencias antiguas del TSJ de Madrid.
- j) Interponiendo por ello el actor contra la misma el presente recurso contencioso administrativo.
- SEGUNDO.- Expuesto todo lo anterior, vemos pues que el objeto del presente recurso se centra en determinar si el actor tenía o no derecho a que se declarase posteriormente su situación como incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo o solo para el servicio que ejercía. Es decir se ha de determinar si el recurrente está totalmente incapacitado para toda profesión, y si por ello tendría o no derecho a la prestación correspondiente de inutilidad de ISFAS; es decir si por tanto procedía o no la

previa revisión de su grado de discapacidad, pero no tal y como consta en la resolución recurrida, en la cual de forma concreta en su Antecedente de Hecho Primero se señala concretando el que: "... el interesado interpone recurso de alzada contra la resolución ... por la que se desestima su solicitud de prestación de inutilidad para el servicio"

La cuestión controvertida en el presente procedimiento se circunscribe a determinar si la resolución que se recurre es ajustada a Derecho y por lo tanto el recurrente tiene derecho a que se reconozca que su incapacidad permanente para el servicio es para toda profesión u oficio (y por tanto si tiene consecuentemente derecho a la pensión por inutilidad para el servicio de ISFAS) y en todo caso a la revisión de su grado de discapacidad.

La parte actora alega, en esencia, los siguientes argumentos en su demanda:

I.- Que aunque la resolución recurrida, tal y como se deriva de sus Fundamentos de Derecho se basa para desestimar la pretensión del recurrente en que al haber pasado a la situación de retiro por pérdida de condiciones psicofísicas en 7 de diciembre de 1995, con base en el art. 59 del derogado Real Decreto 2330/1978 de 29 de septiembre (Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas) que establecía que "el derecho al reconocimiento de las prestaciones caducará a los cinco años, contados a partir del día siguiente a aquél en que se haya producido el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se indican en el presente reglamento", si bien ello debe de entenderse cuando efectivamente ya concurra el hecho causante, lo cual, aun aceptando la tesis de la resolución recurrida, no ocurre en el presente supuesto, puesto que dicho precepto se debería de interpretar en relación a lo dispuesto en el art. 97 de dicho Real Decreto que señalaba en relación a la comprobación de la invalidez o discapacidad que "... en cualquier caso no podrá hacerse una primera revisión antes de que transcurran cinco años a partir de la declaración de inutilidad ...". Y en todo caso, no se puede olvidar que no sólo insta el recurrente la revisión de su discapacidad por lo acordado por la Junta de Andalucía sobre el grado de discapacidad, sino que igualmente en base a los informes médicos aportados (folios \$ a 9) que son de fecha de octubre de 2013 y de de agosto de 2012, es decir, se estaría dentro del plazo de los cinco años que se mantiene por la resolución recurrida, pues tal y como consta al folio 1 el recurrente solicitó la prestación de ISFAS con fecha de noviembre de 2016- folio 1, 24 y 25 del expediente-.

b)Que aun considerando como ajustada a Derecho la tesis de la Administración, el recurrente hubiera solicitado la revisión de incapacidad y correspondiente prestación dentro del plazo de los cinco años, pues el supuesto de hecho para solicitar la revisión de su discapacidad sería desde octubre de 2013 y el plazo que se señala en la resolución recurrida para desestimar la solicitud del recurrente sería entonces hasta octubre de 2018 (cinco años). Es decir el día a quo sería el de octubre de 2013 o en todo caso 2 de agosto de 2012 (fecha de los informes médicos en los cuales basaba también su pretensión) y el día ad quem a los cincos años desde dicha fecha, es decir como mínimo el 2 de agosto de 2017, y no se puede olvidar que el recurrente solicitó la revisión de su discapacidad en 22 de noviembre de 2016, fecha muy anterior a la supuesta caducidad alegada por la Administración. Que igualmente se acompaña como documento 1 un informe médico de la Clínica el Seranil de fecha de enero de 2014 que acredita el agravamiento sufrido por el recurrente.

c)Que en todo caso, la resolución incurre en un error el cual ya por si solo determina su anulabilidad, pues en la misma se señala que el recurrente interpone recurso de alzada contra la resolución de ISFAS de fecha de diciembre de 2016 por la que "... se desestima su solicitud de prestación de inutilidad para el servicio". Pues bien, la pretensión del recurrente en todo momento no era dicha prestación de inutilidad, sino la revisión del grado de incapacidad. Y ello se deriva y acredita con los siguientes datos:

---Folio 1 del expediente. Consta la solicitud del recurrente donde expresamente SOLICITABA LA REVISIÓN DEIL GRADO DE INCAPACIDAD.

---Folio 25 del expediente. Resolución de ISFAS de fecha de diciembre de 2016 que se recurrió en alzada, resolviéndose dicho recurso por la resolución recurrida, la cual acuerda: "DESESTIMAR la solicitud de revisión de grado de incapacidad ...".

Lo cual es totalmente incoherente e incongruente con lo efectivamente solicitado por el recurrente, pues el mismo se limitó a solicitar una revisión de su grado de discapacidad en virtud de lo establecido en el artículo 78 del RD 1726/2007 de 21 de diciembre pasados los tres años necesarios desde la declaración de retiro. Y por ello para nada entraba en juego la caducidad alegada en la resolución recurrida.

d)Que por lo tanto, la resolución recurrida adolece de un vicio de incongruencia entre lo solicitado (revisión de grado de discapacidad o minusvalía) y lo acordado (desestimación de la prestación de inutilidad). Lo cual, ya por si solo determina la nulidad de la resolución recurrida. Pues ya el Tribunal Constitucional establece que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial o administrativo y los té<sup>r</sup>minos en que las partes formulan sus pretensiones (STC 36/2006, de 13 de febrero).

e) Que en todo caso se debe de tener en cuenta que el recurrente solicitó prestación de ISFAS en base a lo establecido en el RD 1726/2007 de 21 de diciembre, el cual deroga expresamente el RD 2330/1978 de 29 de septiembre. Si bien su disposición Transitoria Única señala en su Apartado 2: "Por el mismo texto del citado artículo 22 y por el texto modificado del artículo 23, según redacción contenida en el artículo 51 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, si los hechos causantes se produjeron desde el 1 de enero de 1995, hasta el 31 de diciembre de 1997, ambos inclusive". Está estableciendo que sólo y únicamente se debe de aplicar al recurrente, en todo caso, los artículos 22 y 23, que se limitan a señalar las prestaciones a las cuales se tiene derecho, entre el las por incapacidad permanente para toda profesión u oficio, pero para nada señalan plazo alguno de caducidad para la revisión de grado. Siendo por ello que hay que estar a lo establecido en el art 77 y 78 del RD 1726/2007 de 21 de diciembre para ver si efectivamente concurre el supuesto de hecho previsto para la prestación solicitada por el recurrente.

f)Que por ello el recurrente solicitó de ISFAS pensión por inutilidad para el servicio al considerar que concurría el supuesto de hecho previsto en el art. 76 del RD 1726/07 de 21 de diciembre que señala que el personal militar profesional y de la Guardia Civil, los funcionarios civiles y el personal estatutario del CNI incluidos en el campo de aplicación de este Régimen especial que, como consecuencia de enfermedad o accidente pasen a retiro o jubilación por inutilidad o incapacidad permanente para el servicio, tendrán derecho a una pensión complementaria por esta causa cuando dicha enfermedad o lesión le imposibilite de forma absoluta y permanente para todo trabajo, profesión u oficio. Siendo dicha solicitud desestimada tal y como se ha mencionado en los Hechos de este escrito. Concurriendo los requisitos de dicho art. 76, pues el recurrente en el momento de la declaración de su retiro estaba en servicio activo y por lo tanto una vez que se acredita

que efectivamente su incapacidad lo es para toda profesión u oficio se tiene derecho a prestación de inutilidad, o en todo caso, y según lo solicitado a la revisión de grado de discapacidad establecida en el art. 78 del RD 1726/07 de 21 de diciembre. Y en base al mismo determinar si se tiene derecho o no la pensión que se señala en el art. 76 y siguientes de dicho RD, señalando la cuantía el art. 80 del mismo Real Decreto.

- g) Que por lo anterior y debido a las secuelas que padece el recurrente, el mismo se encuentra totalmente incapacitado para toda profesión u oficio y ello se deriva del conjunto de la documental obrante al expediente administrativo y la que se acompaña, se debería de haber instando a la revisión de su grado de discapacidad. Acompañando con este escrito como documento 2 un Informe Médico Pericial de 21 de diciembre de 2017 emitido por Especialista en Psiquiatría y Medicina Interna que señala que "... a partir del año 2013 ha empeorado de manera muy preocupante ..." y concluye que el recurrente está incapacitado para todo trabajo, oficio y profesión debido a las patologías que padece.
- h) Por lo tanto, reuniendo todos los requisitos para ello la Administración debió de haber accedido a conceder la revisión de discapacidad instada y en su caso la pensión por inutilidad. Pues no se puede olvidar que la Administración se encuentra vinculada por la Ley y el Derecho de conformidad con el art. 9.1 y 103 CE y se debió de haber limitado a certificar si efectivamente concurría una agravamiento en el grado de discapacidad del recurrente y una vez comprobado, y en su caso, reconocerle los derechos inherentes a ello.

El Abogado del Estado alega, en esencia, en apoyo de la resolución administrativa los siguientes argumentos:

- SOBRE LA INADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO -ADMINISTRATIVO POR DESVIACIÓN PROCESAL. La parte actora en el presente procedimiento recurre la Resolución del Subsecretario de Defensa de fecha de junio de 2017 en virtud de la cual se confirma en alzada la desestimación de la solicitud de la revisión del grado de incapacidad. A pesar de ello, el propio "suplico" de la demanda resulta incongruente, puesto que sin solicitar la petición de anulación del acto administrativo impugnado, añade la petición de que se le reconozca el derecho a la pensión por inutilidad. no se puede ahora en sede judicial solicitar que "se le reconozca su derecho a la pensión por inutilidad permanente" como pretensión principal y únicamente de forma subsidiaria que se le reconozca su derecho a la revisión el grado de incapacidad. En este sentido se aprecia desviación procesal por parte del recurrente, manifestándose una completa incongruencia a lo largo de la tramitación del expediente administrativo y ahora en vía judicial. Así, su solicitud de 22 de noviembre de 2016 que obra en el Folio 24 del expediente administrativo iba dirigida a solicitar "Revisión del grado de incapacidad", no apareciendo marcada la casilla de "pensión por inutilidad de servicio". De hecho el suplico de su recurso de alzada señala expresamente "se estime la solicitud de revisión del grado de incapacidad instada por el compareciente".
- b) En cuanto al EXAMEN DE FONDO DE LA LEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA Y PARA INVOCAR LA DESESTIMACIÓN de tal pretensión principal del reconocimiento al derecho de la pensión, el Artículo 78 del Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y en el que basa su pretensión de revisión de incapacidad el recurrente, permite acceder a una pensión complementaria en caso de incapacidad a las personas que tenga una pensión por retiro. El presente caso y dado que la

situación de retiro por inutilidad física se produjo por Orden de 7 de diciembre de 1995, ha de enjuiciarse a tenor de lo dispuesto en los artículos 22 y 23 de la Ley 28/1975 de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y en el artículo 59 de su reglamento de desarrollo aprobado por RD 2330/1978 de 29 de septiembre, preceptos que se consideran aplicables al haberse producido el hecho causante de la prestación entre el 1 de enero de 1995 y el 31 de diciembre de 1997, según la Disposición Transitoria Única apartado B del real Decreto legislativo 1/2000 por el que se aprueba la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. Y centrada así la legislación adecuada, vemos que el artículo 59 del RD 2330/1978 de 29 de septiembre, señala "caducidad del derecho al reconocimiento de las prestaciones.- el derecho al reconocimiento de las prestaciones caducara a los cinco años, contados a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se indican en el presente reglamento." Siendo relevante el artículo 91 del mismo RD que indica sobre el "nacimiento del derecho que...." nacerá el derecho a estas prestaciones en el momento en que el asegurado sea declarado inútil para el servicio, comenzando el percibo de las económicas en la forma y tiempo que se determina en el artículo 100 de este reglamento". En este caso, resulta acreditado que el pase a retiro por inutilidad se produjo en fecha 7 de diciembre de 1995, hecho causante de la prestación, por lo que ha transcurrido el plazo de cinco años establecido, habiendo CADUCADO su derecho al reconocimiento de tales pensiones.

c) De idéntica forma entendemos debe desestimarse su petición a la revisión del grado de incapacidad pues **de nada serviría** dicha revisión de su grado de incapacidad, pues eso solo revertiría en un incremento de la pensión de inutilidad que en todo caso ya no puede reclamarse por haber transcurrido los 5 años expuestos, de acuerdo con el artículo 78.2 del Real Decreto 1726/2007.

TERCERO.- Efectivamente, el recurrente suplica en su demanda que se le reconozca su derecho a la pensión por inutilidad permanente de ISFAS y subsidiariamente que se le reconozca su derecho a la revisión de su grado de discapacidad. Pero es claro que la primera pretensión (el derecho del recurrente a que se reconozca su derecho a la pensión por inutilidad permanente de ISFAS ya que estaría incapacitado de forma permanente y absoluta para toda profesión u oficio con base en art. 77 del RD 1726/07 de 21 de diciembre) no se puede analizar pues incurre en clara desviación procesal con respecto a su pretensión en via administrativa de 22 de noviembre de 2016 limitándonos pues a la mera revisión de su grado de discapacidad pedida con base en artículo 78 del RD 1726/2007 y resuelta en las dos resoluciones administrativas.

La citada desviación procesal resulta de la propia regulación y naturaleza del procedimiento contencioso-administrativo. Así, en relación con la pretensión ejercitada ex novo en vía judicial, que además es su pretensión principal, (la relativa al reconocimiento de lesiones producidas en acto de servicio, que excede la peticion de traslado por motivos de su derecho a la pensión por inutilidad permanente), procede declarar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, al amparo del artículo 69.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en relación con el artículo 25 de la misma Ley. Y ello por no existir actividad administrativa susceptible de impugnación, al no ser objeto de la Resolución litigiosa (referida únicamente a la revisión del grado de incapacidad), privando por ello a la Administración de la prerrogativa que ostenta de pronunciarse, con carácter previo a los órganos judiciales, sobre las materias de su competencia.

Así, el artículo 69.c) de la LJCA dispone que: "La sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes: [...c) Que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación."

Por su parte, el artículo 25 de la LJCA dispone lo siguiente: "1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley."

Vistos los anteriores preceptos, resulta que en el caso de autos, aunque se mezclen ambos conceptos en las decisiones de la Administración, en relación con la petición que se viene analizando, no existe actividad administrativa impugnable, ni tampoco inactividad que pueda ser objeto de impugnación en vía judicial.

En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia. Por todas, puede mencionarse la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Burgos), de 20 de mayo de 2003 (rec. 70/2001), a cuyo tenor: "Sin duda hay desviación procesal cuando la parte recurrente dirige su pretensión anulatoria contra cualquier acto administrativo que no constituya el objeto del recurso de que se trate por todas la STS de 4 4 2000; también habrá desviación procesal cuando se introduzca en el procedimiento conten adtivo. una pretensión nueva, ya sea en fase de demanda o de conclusiones, siempre que aquella pretensión no se haya planteado en vía administrativa...El punto de atención para dilucidar si existe desviación procesal deberá ponerse en los actos impugnados y en las pretensiones que se ejerciten (anulatoria o de reconocimiento de situación jurídica individualizada en todas sus variedades y apreciadas en el caso concreto: sujetos, petitum y causa petendi), pero nunca en los argumentos esgrimidos como apoyo o sustento de esas pretensiones.

En el mismo sentido cabe invocar la Sentencia de la citada Sala de 28 de junio de 1999 (rec. 231/98), que se pronunció en los siguientes términos:

TERCERO: Acerca de la desviación procesal se ha pronunciado nuestra jurisprudencia. Así la Sentencia de 5 de marzo de 1995 de forma reiterada mantiene la siguiente doctrina: (AR. 1811). Por ente: (Menéndez Pérez): <<La necesaria congruencia entre el acto administrativo impugnado y la pretensión deducida en el proceso administrativo, exigida por carácter revisor de la actuación administrativa que le confiere el artículo 106.1 de la Constitución, impone que no se varíen esas pretensiones introduciendo cuestiones nuevas sobre las que no se ha pronunciado la Administración. Una jurisprudencia reiterada de esta Sala viene insistiendo en la prohibición de la desviación procesal que se produce cuando se formulan en sedes jurisdiccionales peticiones que no fueron objeto de la resolución administrativa impugnada (ver sentencias de 12 de febrero, 12 de marzo y 10 de abril de 1992, AR 2820, 2049 y 3289 ad exemplum) cuestión distinta de la posibilidad que brindan los artículos 43.1 y 69.1 de la Ley Jurisdiccional de introducir alegaciones o motivos nuevos en defensa del derecho ejercitado."

En el mismo sentido se pronuncia esta Sala en la Sentencia núm. 86/2016, de 25 de febrero (Arzdi. RJCA 2016\511).

A la vista de lo expuesto, esta parte solicita la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte actora por aplicación del artículo 69.c) de la LJCA, pero no podemos apreciarla en su integridad pues la segunda petición de revisión de grado de incapacidad basada en el art. 78 del RD 1726/07 de 21 de diciembre si es correcta y procedente al coincidir con la petición de la vía administrativa, y del recurso de alzada, y al ser denegada en ambas resoluciones, y de forma más clara en la primera de 5 de diciembre de 2016.

<u>CUARTO</u>.- Por ello pasaremos a estudiar el otro tema de la revisión del grado de incapacidad —por otro lado no recogido en la muy anterior resolución de 19 de noviembre de 2001 que no es objeto de este recurso- y llegaremos asi a una conclusión estimatoria de la misma por lo que a continuación diremos:

a)Porque efectivamente en este caso concreto el actor hace uso de su derecho a solicitar la revisión de grado de su discapacidad por el procedimiento legalmente previsto al efecto conforme a la legislación vigente, esto es ,conforme al R.D. 1726/2007-art. 78.2-, pero no conforme al que indica el Abogado del Estado que es el artículo 59 del RD 2330/1978 de 29 de septiembre o la disposición transitoria primera del Real Decreto legislativo 1/2000 por el que se aprueba la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, y demás normativa sobre procedimiento, condiciones y alcance del reconocimiento de las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia para el personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado derivado de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad.

Pues aunque la disposición transitoria única del RD. leg.1/2000 establece que las prestaciones de inutilidad para el servicio cuyos hechos causantes sean anteriores al 15 de junio de 2000 se regirán: a) Por el texto inicial de los artículos 22 y 23 de la Ley 28/1975, de 27 de junio, reguladora de este Régimen especial, si los hechos causantes son anteriores a 1 de enero de 1995. b) Por el mismo texto del citado artículo 22 y por el texto modificado del artículo 23, según redacción contenida en el artículo 51 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, si los hechos causantes se produjeron desde el 1 de enero de 1995, hasta el 31 de diciembre de 1997, ambos inclusive. ......; precisamente este artículo 51 de la Ley de Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas en su nº Uno sobre Modificación del artículo 23 indicado de la Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, dispone y modifica su texto en los términos siguientes:

«Artículo 23. En caso de inutilidad para el servicio se percibirán las siguientes prestaciones:

a) Una pensión vitalicia, cuya cuantía se determinará reglamentariamente teniendo en cuenta la de los haberes pasivos que pueda el beneficiario percibir del Estado y el grado de invalidez, susceptible de estimación objetiva. A estos efectos se apreciarán los siguientes grados de invalidez: Inutilidad física para el servicio propio, con incapacidad absoluta y permanente para toda profesión, oficio o trabajo. Gran invalidez, si el beneficiario, como consecuencia de sus pérdidas anatómicas o funcionales se encuentra incapacitado de forma total y permanente para el ejercicio de cualquier actividad de tal manera que precise la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, o para su guarda o gobierno. El gran inválido tendrá derecho, además, a una

cantidad mensual equivalente al 50 por 100 de la pensión de jubilación o retiro que le corresponda con arreglo a la legislación de Derechos Pasivos, destinada a remunerar a la persona encargada de su asistencia

b) Tratamientos de recuper ación fisiológica y, en su caso, cursos de formación profesional, siempre que unos y otros sean necesarios para la readaptación y rehabilitación del beneficiario, con obligación de someterse a los mismos. Si aquél se sometiera a tratamiento distinto del previsto, se estará a lo dispuesto en el artículo 19.3, y asimismo los que, sin causa razonable, rechacen o abandonen los tratamientos o cursos citados podrán ser privados del derecho a la pensión que pudiera corresponderles. Las prestaciones económicas correspondientes al personal en esta situación de inutilidad para el servicio se abonarán cualquiera que sea la causa que la motive y la antigüedad o efectividad en el servicio de aquél, pero siempre que se hallase prestando servicio activo en el momento de pasar a dicha situación o ésta fuese continuación de la incapacidad transitoria. También podrán causar esta prestación quienes se encuentren en la situación administrativa de disponible o servicios especiales».

Pero sin embargo este Real Decreto 1726/2007 de 21 de diciembre, de aplicación en nuestro caso, no se ha de aplicar ahora concretamente en su art. 76 que señala que "el personal militar profesional y de la Guardia Civil, los funcionarios civiles y el personal estatutario del CNI incluidos en el campo de aplicación de este Régimen especial que, como consecuencia de enfermedad o accidente pasen a retiro o jubilación por inutilidad o incapacidad permanente para el servicio, tendrán derecho a una pensión complementaria por esta causa cuando dicha enfermedad o lesión le imposibilite de forma absoluta y permanente para todo trabajo, profesión u oficio"; sino con base en su art. 78, que si le es de aplicación en cuanto a la revisión de grado, pues el recurrente en el momento de la declaración de su retiro estaba en servicio activo y por lo tanto una vez que se acredita que efectivamente su incapacidad lo es para toda profesión u oficio —como asi ha ocurridopodrá tener derecho a prestación de inutilidad, pero en todo caso, y según lo solicitado a la revisión del grado de discapacidad establecida en el art. 78 del RD 1726/07 de 21 de diciembre.

En efecto, el supuesto establecido en el art. 78 de dicho RD 1726/2007 establece el derecho al obtener un nuevo grado de discapacidad al transcurrir tres años desde el retiro, al establecer su Apartado 2 que: 'El personal retirado o jubilado por inutilidad o incapacidad permanente que, al momento del retiro o jubilación, no alcanzase el grado de incapacidad absoluta y permanente requerido para acceder a la pensión complementaria de inutilidad para el servicio, o poseyendo éste, no sufra las pérdidas anatómicas o funcionales que originan la gran invalidez, podrá solicitar y, si procede, obtener, de los órganos médico periciales de la Sanidad Militar u órganos médicos civiles la revisión de su grado de incapacidad, una vez transcurrido el plazo de 3 años contados a partir de la fecha de la declaración de retiro o jubilación, siempre que no haya alcanzado la edad fijada con carácter general para el retiro o jubilación forzosa". Y en base a esta posterior declaración y si es positiva se podrá determinar entonces si se tiene derecho o no a la pensión complementaria de inutilidad para el servicio que se señala en el art. 76 y siguientes de dicho RD, señalando la cuantía el art. 80 del mismo Real Decreto.

No se puede confundir -como hace la Administración- los siguientes supuestos de hecho:

1. - El supuesto establecido en el art. 78 de dicho RD 1726/2007 mencionado que establece el derecho al obtener un <u>nuevo grado</u> de discapacidad al transcurrir tres años desde el retiro, al establecer su Apartado 2 que: "El personal retirado o jubilado por inutilidad o incapacidad permanente que, al momento del retiro o jubilación, no alcanzase

el grado de incapacidad absoluta y permanente requerido para acceder a la pensión complementaria de inutilidad para el servicio, o poseyendo éste, no sufra las pérdidas anatómicas o funcionales que originan la gran invalidez, podrá solicitar y, si procede, obtener, de los órganos médico periciales de la Sanidad Militar u órganos médicos civiles la revisión de su grado de incapacidad, una vez transcurrido el plazo de 3 años contados a partir de la fecha de la declaración de retiro o jubilación, siempre que no haya alcanzado la edad fijada con carácter general para el retiro o jubilación forzosa".

- 2. El supuesto establecido en los artículos 76 y 77 del mencionado Real Decreto 1726/2007 que establece el derecho a **pensión complementaria** de inutilidad para el servicio. No estableciendo el art. 77 plazo alguno para que sea reconocida dicha pensión de inutilidad. Y en cualquier caso el art. 77.2 del RD 1726/2007 que señala que: "El derecho a la pensión complementaria de inutilidad para el servicio y, en su caso, a la prestación de gran invalidez, podrá ejercitarse en cualquier momento posterior al reconocimiento de la pensión de retiro o jubilación por inutilidad o incapacidad permanente ...".
- Porque con esta base normativa aplicable a nuestro caso y llegados a este punto vemos que si se han acreditado las secuelas que padece el recurrente con la documental obrante al expediente administrativo y con la que se acompaña como documento nº 2 de la demanda que es un Informe Médico Pericial emitido por un Especialista en Psiquiatría y Mediçina Interna de fecha 🗐 de diciembre de 2017, que textualmente señala que "... a partir del año 2013 ha empeorado de manera muy preocupante ..." y que "DON incapacitado, para todo trabajo oficio y profesión como consecuencia de las múltiples y graves patologías que padece, según mi saber y conciencia"; pudiéndose añadir también el informe de discapacidad de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía de fecha de 2005 - folio 22 del expediente- que asigna al recurrente un 67% de discapacidad; es por lo que efectivamente sí se comprueba que el actor se encuentra totalmente incapacitado para toda profesión u oficio pudiendo instar a la revisión de su grado de discapacidad pues se concluye que el recurrente está incapacitado para todo trabajo, oficio y profesión debido a las patologías que padece con posterioridad a diciembre de 1995.
- c) Por lo tanto, reuniendo todos los requisitos para ello, la Administración debió de haber accedido a conceder la revisión de discapacidad instada y en su caso posteriormente si procediera y fuera solicitado adecuadamente lo que aquí no se ha hecho en este procedimiento- conceder pensión por inutilidad. Pues no se puede olvidar que la Administración se encuentra vinculada por la Ley y el Derecho de conformidad con el art. 9.1 y 103 CE y se debió de haber limitado a certificar si efectivamente concurría un agravamiento en el grado de discapacidad del recurrente y una vez comprobado, en su caso, reconocerle los derechos inherentes a ello.
- d)Y porque el momento de pedir la revisión del grado de discapacidad se empieza a perfilar cuando concurre la certeza del empeoramiento (2013 o incluso 2014), y es evidente pues que no se ha producido la supuesta caducidad del expediente pues no han transcurrido desde entonces y hasta la petición los pretendidos 5 años desde que se acredita tal agravación...., y ello aunque se aplicase el derogado artículo 59 del RD 2330/1978 de 29 de septiembre, que señala que "el derecho al reconocimiento de las prestaciones caducara a los cinco años, contados a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar el

hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se indican en el presente reglamento. "Siendo por lo demás mucho más relevante el artículo 91 del mismo RD 2330/1978 de 29 de septiembre que indica sobre el "nacimiento del derecho que...." nacerá el derecho a estas prestaciones en el momento en que el asegurado sea declarado inútil para el servicio, comenzando el percibo de las económicas en la forma y tiempo que se determina en el artículo 100 de este reglamento".

De todas formas, por ello el recurrente ha solicitado efectivamente la revisión de incapacidad y correspondiente prestación dentro del plazo de los cinco años, pues el supuesto de hecho para solicitar la revisión de su discapacidad sería como mucho desde el de octubre de 2013, y entonces el plazo que se señala en la resolución recurrida para desestimar la solicitud del recurrente sería hasta octubre de 2018 (cinco años). Es decir el día a quo sería el de octubre de 2013 o en todo caso desde el de agosto de 2012 (fecha de los informes médicos en los cuales basaba también su pretensión al folio 7, 8 y 9 del expediente) y el día ad quem a los cincos años desde dicha fecha, es decir como mínimo el de agosto de 2017, y no se puede olvidar que el recurrente solicitó la revisión de su discapacidad en noviembre de 2016, fecha muy anterior a la supuesta caducidad alegada por la Administración.

Sin olvidar como aún más favorable que igualmente se acompaña como documento 1 un informe médico de fecha de enero de 2014 que acredita el agravamiento sufrido por el recurrente por síndrome de dependencia al alcohol y cannabis.

e)Porque el mismo recurrente se limitó a solicitar una revisión de su grado de discapacidad en virtud de lo establecido en el RD 1726/2007 de 21 de diciembre. Y por ello para nada entraba en juego la caducidad alegada en la resolución recurrida. Pues no establece el art. 78 plazo alguno para que sea reconocida dicha revisión de grado de inutilidad, al decir que tal se puede pedir, una vez transcurrido el plazo de 3 años contados a partir de la fecha de la declaración de retiro o jubilación, siempre que no haya alcanzado la edad fijada con carácter general para el retiro o jubilación forzosa, y respetando pazo del artículo 46.1 del mismo R.D. sobre prescripción.

Y en cualquier caso el art. 77.2 del RD 1726/2007 señala que: "El derecho a la pensión complementaria de inutilidad para el servicio y, en su caso, a la prestación de gran invalidez, podrá ejercitarse en cualquier momento posterior al reconocimiento de la pensión de retiro o jubilación por inutilidad o incapacidad permanente ...".

f) Porque en realidad el recurrente solicitó prestación de ISFAS en base a lo establecido en el RD 1726/2007 de 21 de diciembre, el cual deroga expresamente al RD 2330/1978 de 29 de septiembre. Si bien su disposición Transitoria Única señala en su Apartado 2: "Por el mismo texto del citado artículo 22 y por el texto modificado del artículo 23, según redacción contenida en el artículo 51 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, si los hechos causantes se produjeron desde el 1 de enero de 1995, hasta el 31 de diciembre de 1997, ambos inclusive". Está estableciendo que sólo y únicamente se debe de aplicar al recurrente, en todo caso, los artículos 22 y 23, que se limitan a señalar las prestaciones a las cuales se tiene derecho, entre ellas por incapacidad permanente para toda profesión u oficio, pero para nada señalan plazo alguno de caducidad. Siendo por ello que hay que estar a lo establecido en el RD 1726/2007 de 21 de diciembre para ver si efectivamente concurre el supuesto de hecho previsto para la prestación solicitada por el recurrente.

Que por ello el recurrente solicitó de ISFAS pensión por inutilidad para el servicio al considerar que concurría el supuesto de hecho previsto en el art. 76 del RD 1726/07 de 21 de diciembre que señala que el personal militar profesional y de la Guardia Civil, los funcionarios civiles y el personal estatutario del CNI incluidos en el campo de aplicación de este Régimen especial que, como consecuencia de enfermedad o accidente pasen a retiro o jubilación por inutilidad o incapacidad permanente para el servicio, tendrán derecho a una pensión complementaria por esta causa cuando dicha enfermedad o lesión le imposibilite de forma absoluta y permanente para todo trabajo, profesión u oficio , y siempre que en el momento de la declaración del retiro o jubilación por incapacidad permanente se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

- a) En la situación administrativa de servicio activo, servicios especiales, o expectativa de destino.
- b) En la situación administrativa de reserva, siempre que se ocupe destino asignado por el Ministerio de Defensa, el del Interior o el CNI, según proceda, de acuerdo con las previsiones de la legislación reguladora de la carrera militar, del Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil y del CNI.

Siendo dicha solicitud desestimada tal y como se he mencionado en los Hechos de este escrito. Concurriendo pues los requisitos de dicho art. 76, pues el recurrente en el momento de la declaración de su retiro estaba en servicio activo y por lo tanto una vez que se acredita que efectivamente su incapacidad lo es para toda profesión u oficio si tiene derecho a la correspondiente revisión de grado de discapacidad establecida en el art. 78 del RD 1726/07 de 21 de diciembre para posteriormente modificar su prestación de inutilidad según lo solicitado. Y en base al misma determinar si se tiene derecho o no la pensión que se señala en el art. 76 y siguientes de dicho RD, señalando la cuantía el art. 80 del mismo Real Decreto.

g)Por ultimo haremos una última precisión respecto de que si se ha de tener en cuenta la posibilidad del artículo 59 del RD 2330/1978 de 29 de septiembre que establece una caducidad de 5 años para el reconocimiento de prestaciones, también habríamos de remitirnos al artículo 97 del mismo RD 2330/1978 de 29 de septiembre que no permite hacer una primera revisión del grado de incapacidad hasta que transcurran cinco años desde la declaración de incapacidad, pues establece que "... en cualquier caso no podrá hacerse una primera revisión antes de que transcurran cinco años a partir de la declaración de inutilidad ..."..

QUINTO.- Y además de todo lo dicho, sobre todo se ha de señalar que esta Sala y en su Sección 8ª, ya se ha pronunciado recientemente sobre cuestiones muy similares a la presente en las Sentencias que resuelven sus sendos recursos números 888/2014 y 1140/2014, respectivamente de 10 de diciembre de 2015 y de 10 de marzo de 2016, y asumido por esta Sección en sentencia de fecha tres mayo de 2018 del PO nº 239/2017, todas ellas sobre la revisión de su grado de incapacidad por lo que será el criterio allí expresado el que ahora reiteramos en este caso. En efecto, se dijo en las expresadas resoluciones judiciales y ahora repetimos que:

"En primer lugar debemos partir del artículo 22.4 del Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, en el que la parte actora pretende basarse para apoyar su petición:

"4. El personal retirado o jubilado por inutilidad o incapacidad permanentes que, al momento del retiro o jubilación, no alcancen el grado de incapacidad absoluta y permanente requerido para acceder a la pensión de inutilidad para el servicio o, poseyendo éste, no sufra las pérdidas anatómica o funcionales que originan la gran invalidez, podrá solicitar y, si procede, obtener de los tribunales médicos militares la revisión de su grado de incapacidad, una vez transcurrido el plazo de tres años contados a partir de la fecha de la declaración de retiro o jubilación, siempre que no haya alcanzado la edad fijada con carácter general para el retiro o jubilación forzosa".

La simple lectura del texto permite descartar su aplicación a la parte actora puesto que contempla un supuesto completamente distinto al de ésta, en concreto solo se aplicaría a "El personal retirado o jubilado por inutilidad o incapacidad permanentes que, al momento del retiro o jubilación, no alcancen el grado de incapacidad absoluta y permanente requerido para acceder a la pensión de inutilidad para el servicio o, poseyendo éste, no sufra las pérdidas anatómicas o funcionales que originan la gran invalidez".

Por el contrario, consta del expediente administrativo que, sobre el interesado, se dictó la Resolución del Ministro de Defensa, de de junio de 2004, donde se acordaba la declaración de inutilidad permanente para el servicio ajena a acto de servicio por insuficiencia de condiciones psicofísicas, e igualmente su cese en la situación de reserva y su pase a retiro como militar de carrera, habiendo alcanzado el empleo de Teniente del Ejército de Tierra, todo ello publicado mediante Resolución 562/09844/04, (BOD núm.-129, de 2 de julio de 2004).

Así pues, ni el interesado se halla ahora en situación de "gran invalidez" ni reclama esta declaración, ni fue retirado o jubilado sin acceder a la pensión de inutilidad para el servicio, por lo que la aplicación del indicado precepto debe ser desestimada, al igual que la aplicación del artículo 78.2 del Real Decreto 1726/2007 de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, que tiene idéntico contenido.

CUARTO.- Por otro lado y como se indica en el acto combatido, ni el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, ni sus normas de desarrollo, contemplan la posibilidad de una nueva recalificación por posible agravamiento de las lesiones del personal incluido en su campo de aplicación, una vez que tenga reconocida la correspondiente pensión, con la única excepción de la modificación introducida por la disposición adicional decimotercera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, y desarrollada en el Real Decreto 710/2009, de 17 de abril, que dice lo que sigue:

"Decimotercera.- Pensiones ordinarias de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad del Régimen de Clases Pasivas del Estado.

Uno. Con efectos de la de enero de 2009 y vigencia indefinida, las pensiones ordinarias de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad que se causen al amparo del texto aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, y por aplicación de las normas contenidas en el artículo 31.4 del citado texto legal, se reducirán en un porcentaje siempre que se acrediten menos de 20 años de servicio en el momento del hecho causante, y que la incapacidad o inutilidad del funcionario no le inhabilitase para toda profesión u oficio, se reducirán en un 5 por ciento por cada año completo de servicio que le falte hasta cumplir los 20 años de servicio, con un máximo del 25 por ciento para quienes acrediten 15

o menos años de servicios.

En ningún caso están incluidas las pensiones cuyo hecho causante se produzca por razón de lesión producida en acto de servicio o como consecuencia del mismo, que tienen la consideración de extraordinarias.

**Dos.** Si con posterioridad al reconocimiento de la pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad se produjera un agravamiento de la enfermedad o lesiones del interesado, que le inhabilitaran para el desempeño de toda profesión u oficio, siempre que tal circunstancia acaeciera antes del cumplimiento de la edad de jubilación o retiro forzoso, se podrá incrementar la cuantía de la pensión hasta el 100 por 100 de la que le hubiera correspondido por aplicación de las normas generales de cálculo que rijan para este tipo de pensiones.

A tales efectos, el procedimiento se iniciará a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida al órgano que hubiera reconocido el derecho a la pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio que, con carácter previo a dictar la resolución que corresponda, recabará la emisión del preceptivo dictamen vinculante del órgano médico pericial que reglamentariamente se determine, y de acuerdo con las particularidades de procedimiento que en la misma norma se establezcan.

El incremento de la cuantía de la pensión surtirá efectos económicos desde el primer día del mes siguiente al de la presentación de la solicitud".

La petición que hizo el ahora recurrente se incardina claramente en el número 2 de dicha disposición adicional decimotercera de la Ley 2/2008, puesto que estamos ante un militar en situación de retiro por haber sido declarado con inutilidad permanente para el servicio y que ahora declara que ha sufrido un agravamiento en su enfermedad que le inhabilita para el desempeño de toda profesión u oficio.

La Administración demandada entiende el precepto, considerando que esa petición solo puede hacerse para las pensiones devengadas a partir de 1 de enero de 2009. Sin embargo no puede aceptarse tal interpretación puesto que, de la dicción del precepto, está claro que el número 1 de la disposición adicional regula un supuesto distinto del número 2, ya que aquél trata de las reducciones a que deben someterse las nuevas pensiones devengadas a partir de esa fecha, mientras que el número 2 regula el supuesto que hemos apuntado antes.

Si el legislador hubiera pretendido que la limitación temporal expresada en el nº 1 afectase también al supuesto que se regula en el nº 2, lo hubiera dicho expresamente, o bien hubiera consignado esa limitación temporal en el preámbulo de la disposición, para después regular en diferentes números los distintos supuestos a que iba a afectar. Pero no lo ha hecho así, sino que ha regulado supuestos diferentes en números distintos, debiendo someterse cada uno de ellos a las limitaciones expresamente consignadas en el apartado de la disposición donde se regulan.

En consecuencia, debe estimarse el presente recurso contenciosoadministrativo, declarando que no es aplicable la limitación temporal del nº 1 de la disposición adicional decimotercera de la Ley 2/2008 al presente caso, y por ello debe iniciarse el procedimiento previsto en el nº 2 de esa norma, con el resultado que en su caso corresponda, sobre el que no se hace pronunciamiento alguno pues dependerá de la valoración del cumplimiento de los demás requisitos, que debe hacer la Administración."

Pues bien, en virtud de lo anterior, y siendo el supuesto ahora examinado similar al resuelto en las anteriores resoluciones judiciales, ha de estimarse igualmente en este supuesto la pretensión actora en su petición subsidiaria ya trascrita más arriba, y entendiendo por lo demás que no procede que la limitación temporal expresada en el nº 1

de la disposición adicional 13ª de la Ley 2/2008 de Presupuestos generales del Estado para 2009 afectase también al supuesto que se regula en el nº 2, pues de ser así la norma lo hubiera dicho expresamente, no haciéndolo; y procediendo pues el inicio de revisión del estado o grado de la discapacidad del actor con el resultado que en su caso corresponda y con el correspondiente incremento de pensión según la disposición adicional 13, nº 2 de la Ley2/2008 de Presupuestos generales del Estado para 2009 y su desarrollo por el art. 2 del Real Decreto 710/2009 de 17 de abril, ya que lógicamente lo solicitado no se trata de una revisión del expediente o procedimiento administrativo sino de una revisión de grado o discapacidad por agravamiento que puede conllevar un incremento de pensión, y para lo que dan pie sus reconocimientos médico-psiquiátricos posteriores y el informe de la Junta de Andalucía.

Además de no ser procedente tal limitación temporal tampoco es procedente –como ya dijimos más arriba -el plazo limitativo de 5 años del art. 59 del derogado Real Decreto 2330/1978 de 29 de septiembre (Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas).

Por lo demás y por aclarar dudas al respecto, esta conclusión no implica que en la fecha en que se dictó la resolución recurrida de de diciembre de 2016, el contenido de la misma debería haber sido distinto, de modo que si lo que pretendía el recurrente en vía administrativa y en este recurso no estamos ante una revisión de un procedimiento administrativo, sino ante una cuestión que es ajena a un procedimiento de revisión del expediente (así lo dice también la sentencia de 30 de mayo de 2007 de la Audiencia Nacional).

Es evidente por lo demás que no estamos ahora ante una mera y simple petición del incremento de la pensión de retiro derivada de la declaración de inutilidad permanente para el servicio en el Cuerpo militar , sino de la solicitud de un cambio de estado o de grado de discapacidad o minusvalía que puede conllevar efectivamente ese aumento de pensión y que se acoge a la posibilidad que brinda la disposición adicional 13, 2ª de la Ley2/2008 de Presupuestos generales del Estado para 2009 y en el artículo 78 del RD 1726/07 de 21 de diciembre .

Expuesto lo anterior, los principios de unidad de doctrina e igualdad en aplicación de la Ley, determinan que el presente recurso deba ser resuelto conforme al criterio expuesto, sin que se hayan incorporado al debate procesal, argumentos que determinen un cambio del punto de vista observado.

Es por todo ello que procede revocar los actos impugnados y estimar la demanda pero solo en este punto subsidiario relativo a la revocación del grado de discapacidad.

SEXTO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 29/98 procede imponer las costas a la parte que ha visto desestimadas sus pretensiones con el límite de 500 euros. En efecto, se condena en costas a la Administración demandada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA pero con el límite de 500 euros por todos los conceptos de honorarios de Procurador y minuta de Abogado.

VISTOS Los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

### **FALLAMOS**

Que **DEBEMOS ESTIMAR** y **ESTIMAMOS** en su petición subsidiaria el presente recurso contencioso-administrativo nº 960/2017 promovido por la Procuradora

s, en nombre y representación de **E**, asistido del Letrado Florentino Martínez Alonso, contra la Resolución dictada por el Subdirector General de Prestaciones del ISFAS en Madrid de de diciembre de 2016 -que consta al folio 25- por la que se acordó desestimar la pretensión del recurrente de prestación de inutilidad para el servicio, y ello al considerar que había caducado el derecho denegando así su solicitud de la revisión de noviembre de 2016 sobre el grado de incapacidad a los efectos de obtener la pensión complementaria de inutilidad para el servicio- folio 24 del expediente-; así como contra su confirmación en alzada por la resolución del Subsecretario de Defensa de fecha de junio de 2017 en virtud de la cual se confirma aquella en alzada, y por las que por la que se deniega la petición del actor de que se revise su declaración de insuficiencia de condiciones psicofisicas por agravamiento, para que se declare su incapacidad como permanente y absoluta para toda profesión u oficio; anulando los referidos actos impugnados v declarando el derecho del actor a que se inicie el procedimiento previsto en el nº 2 de la disposición adicional decimotercera de la Ley 2/2008 de Presupuestos Generales del Estado para 2009, con el resultado que en su caso corresponda.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte de la Administración que ha visto desestimadas sus pretensiones con el límite de 500 euros.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe interponer recurso de casación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.