



Roj: **STS 2474/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2474**

Id Cendoj: **28079149912020100021**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **29/06/2020**

Nº de Recurso: **1062/2018**

Nº de Resolución: **541/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **1062/2018**

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**PLENO**

**Sentencia núm. 541/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente

D.<sup>a</sup>. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D.<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.<sup>a</sup>. María Luz García Paredes

D.<sup>a</sup>. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 29 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Rafael Goiría González, en nombre y representación de D. Emilio, contra la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2017, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 2124/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Donostia/San Sebastián, de fecha 31 de mayo de 2017 recaída en autos nº 77/20174, seguidos a instancia de D. Emilio, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social sobre revisión de grado de invalidez permanente.



Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) .

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

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 31 de mayo de 2017, el Juzgado de lo Social nº 4 de Guipuzkoa, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- La Comisión Técnica Calificadora Provincial de Gipuzkoa, mediante resolución de 15 de Febrero de 1.973, reconoció a D. Emilio las siguientes lesiones: "Miopía bilateral progresiva en grado avanzado. Pérdida 'de la agudeza visual"; considerando las mismas constitutivas de una situación de invalidez , permanente absoluta derivada de enfermedad común, y le reconoció el derecho a percibir una pensión vitalicia de 30,29 pesetas, catorce veces al año, con la revalorizaciones y mejoras que procedan, y con efectos económicos desde el 1 de Mayo de 1.972, siendo responsables del abono de esta pensión el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

SEGUNDO.- Tras serle reconocida la anterior situación de invalidez permanente absoluta derivada de enfermedad común, D. Emilio ha prestado sus servicios para la ONCE, con la categoría profesional de vendedor del cupón, consistiendo sus tareas en la venta al público de los cupones de la ONCE.- D. Emilio prestó sus servicios para la ONCE desde el 1 de Julio de 1.992 hasta el 12 de Enero del 2.011, cotizando durante este tiempo un total de cinco mil setecientos setenta días, lo que equivale a casi dieciséis años de cotización, y en total durante toda su vida laboral el actor acredita un total de veintidós años, cinco meses y veintiocho días.

TERCERO.- Durante el año 2.011, sin que conste la fecha exacta, D. Emilio inició un expediente administrativo para solicitar que le fuera reconocido el derecho a percibir una pensión de jubilación ordinaria, siendo resuelto este expediente por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social cuya fecha no consta, que reconoció el derecho de D. Emilio a pasar a la situación de jubilación ordinaria, y el derecho a percibir Una pensión vitalicia del 90% de la base reguladora de 2.171,20 euros, catorce veces al año, con la revalorizaciones y mejoras que procedan, y con efectos económicos desde. el 13 de Enero del 2.011: Desde el 13 de Enero del 2.011 D. Emilio se encuentra en situación de jubilación ordinaria, y percibiendo la pensión que le reconoció el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

CUARTO.- El 2 de Junio del 2.016, D. Emilio cumplió la edad de 63 años, y el 26 de Septiembre del 2.016, inició un expediente administrativo para solicitar que le fuera revisado el grado de invalidez que tiene reconocido, invalidez permanente absoluta derivada de enfermedad común, y le fuera reconocida -una situación de gran invalidez derivada de enfermedad común, siendo resuelto el mismo mediante resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 18 de Octubre del 2.016, en la cual se reconocieron a D. Emilio las siguientes lesiones: "Estado físico psíquico, anterior: miopía bilateral desde la infancia. Agudeza visual en ambos ojos no llega al 0,1. Estado físico psíquico actual: miopía magna desde la infancia. OD, percepción y proyección de luz. 01, amaurosis. Hipoacusia moderada bilateral"; considerando que no había lugar a revisar el grado de invalidez que D. Emilio tiene reconocido.

QUINTO.- D. Emilio padece en la actualidad las siguientes lesiones: "Miopía magna bilateral desde la infancia. Hipoacusia bilateral de carácter moderado".

SEXTO.- Las lesiones que padece D. Emilio le producen los siguientes déficits funcionales: "Pérdida total de la visión en el ojo izquierdo y en el ojo derecho únicamente percibe la percepción y la proyección de luz. Oído derecho, pérdida de 25 decibelios en la frecuencia de 500 hercios, de 40 decibelios en la frecuencia de 1.000 hercios, de 60 decibelios en la frecuencia de 2.000 hercios y de 75 decibelios en la frecuencia de 4.000 hercios. Oído izquierdo, pérdida de 25 decibelios en la frecuencia de 500 hercios, de 40 decibelios en la frecuencia de 1.000 hercios, de 60 decibelios en la frecuencia de 2.000 hercios y de 70 decibelios en la frecuencia de 4.000 hercios".

SÉPTIMO.- La base reguladora de D. Emilio es la de 30,29 pesetas, con las revalorizaciones que le correspondan desde el 1 de Mayo de 1.972.

OCTAVO.- El Departamento de Política Social de la Diputación Foral de Gipuzkoa, mediante resolución de 17 de Diciembre de 1.993, reconoció a D. Emilio un grado de minusvalía del 84%.

NOVENO.- Se ha realizado la previa reclamación administrativa, habiendo sido la misma desestimada mediante resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 26 de Diciembre del 2.016".



En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que desestimo la excepción de presentación de la reclamación previa fuera de plazo, y estimo la excepción de falta, de acción de D. Emilio , sin entrar a conocer del fondo del asunto".

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D. Emilio , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 21 de noviembre de 2017, en la que consta el siguiente fallo: "Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de D. Emilio contra, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Donostia/San Sebastián, de 31 de mayo de 2017, dictada en sus autos nº 77/2017, seguidos a instancias del hoy recurrente, frente al INSS y la TGSS, sobre revisión de grado de invalidez permanente, confirmando lo resuelto en la misma. Sin costas".

**TERCERO.-** Por la representación de D. Emilio ., se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 29 de septiembre de 2017, (RSU 157/2017).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 4 de octubre de 2018, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

**SEXTO.-** Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de febrero de 2020. Dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, de conformidad con el art. 197 LOPJ, se suspendió el señalamiento inicial acordándose el debate del asunto por el Pleno de la Sala el día 25 de marzo de 2020, primeramente y posteriormente el 17 de junio de 2020, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. -Planteamiento del recurso.

#### 1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la situación de jubilación por discapacidad impide el reconocimiento de una incapacidad permanente.

La parte demandante ha formulado el citado recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 21 de noviembre de 2017, en el recurso de suplicación 2124/2017, en el que desestimaba el interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de San Sebastián, el 31 de mayo de 2017, en los autos 77/2017, desestimatorio de las pretensiones de la demanda por falta de acción.

En dicho recurso de unificación de doctrina se invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, el 29 de septiembre 2017, en el recurso 157/2017, citando como preceptos legales infringidos el art. 195 .1, párrafo último y 205.1 a) , 138,1 y 161 .1 a) de la LGSS.

#### 2.- Impugnación del recurso.

La Entidad Gestora, persona en autos, ha impugnado el recurso, alegando que la doctrina correcta se contiene en la sentencia recurrida. Según manifiesta, la parte recurrente accedió a la jubilación anticipada por aplicación de los coeficientes reductores por razón de discapacidad, del RD 1539/2003 por lo que, lo que se cuestiona es si puede acceder a la incapacidad permanente cuando se alcanza el límite de edad para la jubilación, siendo ese límite en los casos de discapacidad la edad que resulta de aplicar aquellos coeficientes. A tal fin, se remite al art. 200.2 de la LGSS que se remite al art. 205.1 a) y que ha de relacionarse con la reducción de ese límite que se recoge en el art. 206.2 de la LGSS. De esos preceptos obtiene que si el demandante accedió a la jubilación en 2011, como edad ordinaria para los discapacitados, no puede obtener un reconocimiento de incapacidad con posterioridad. Además, señala que esta jubilación por discapacidad no puede identificarse con la que se obtiene en función de la actividad del art. 207.

#### 3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que destaca una cuestión procesal que se ha producido en la fase de suplicación, relativa a que, habiendo apreciado la sentencia de instancia una falta de acción, sin entrar a conocer del fondo, no obstante ello el recurso de suplicación se desarrolla sobre varios motivos dirigidos a la cuestión de fondo, sin que la Sala de suplicación haya dado respuesta a esa excepción procesal. Siendo ello



así, considera que, atendiendo a lo resuelto en la instancia, sin que nadie haya combatido esa excepción, en este momento procesal deviene en improcedente el recurso.

## **SEGUNDO. -Sentencia recurrida.**

### 1.- Hechos probados de los que se debe partir

Según los hechos probados, el demandante, nacido el NUM000 de 1953, tiene reconocida, desde 1973, una incapacidad permanente absoluta, derivada de enfermedad común. En esta situación, el demandante ha estado prestando servicios para la ONCE, desde el 1 de julio de 1992 al 12 de enero de 2011. El 17 de Diciembre de 1993 le fue reconocida la minusvalía, con un grado de discapacidad del 84%. En 2011 interesó del INSS el reconocimiento de la jubilación ordinaria, siendo reconocido el derecho a la pensión del 90% de la base reguladora de 2.171,20 euros, con efectos de 1 de enero de 2011. El 2 de junio de 2016 cumplió los 63 años y el 26 de septiembre de 2016 presenta solicitud de gran invalidez, en revisión de la incapacidad permanente absoluta que tenía reconocida. El INSS dictó resolución el 18 de octubre de 2016 denegándole porque las dolencias que presentan no han experimentado agravación suficiente como para constituir un grado superior al que ya tiene reconocido. Contra dicha resolución se interpuso reclamación previa que fue desestimada por estar fuera de plazo. Además, se le indica que las dolencias no se han visto agravadas desde 1972 y que desde la posterior situación en activo accedió a la jubilación ordinaria por tener la discapacidad superior al 65%, con cita de jurisprudencia.

La sentencia del Juzgado de lo Social desestimó la demanda por falta de acción. A tal efecto, asume la excepción planteada por el INSS, según la cual no puede ser objeto de revisión la incapacidad permanente absoluta al estar en situación de jubilación ordinaria por discapacidad. Según el juzgador de instancia, el demandante podía jubilarse cinco años y medio antes de la fecha ordinaria de jubilación, adelantando así su jubilación, incluso a un momento anterior a ese que le correspondía, como advierte por el hecho de que no alcanzará el 100% de la base reguladora. En esa situación, cuando pidió la revisión de la incapacidad permanente que tenía reconocida no era posible al ser jubilado.

### 2.- Debate en la suplicación.

La parte actora interpone el recurso de suplicación planteando cuatro motivos, dictándose sentencia por la Sala de lo Social del TSJ en sentido desestimatorio.

La Sala de lo Social considera que la sentencia de instancia ha resuelto conforme a derecho porque, primero, fija la normativa a considerar partiendo de que la solicitud de revisión de grado se presenta el 26 de septiembre de 2016, lo que ubica la norma en el texto de la LGSS de 2015 (RD Legislativo 8/2015) y, concretamente, en los arts. 200.2, 205.1 a) y Disposición Transitoria 4ª, considerando relevante la redacción del art. 206 para reiterar con ellos el criterio que venía adoptando la Sala en otros previos pronunciamientos, según el cual la redacción del art. 206 en su apartado 3 y en relación con el Real Decreto 1539/2003, permite concluir en el sentido de que el caso del demandante no es posible reconocer la revisión del grado de invalidez cuando ya está en situación de jubilación porque, aunque su edad de jubilación por discapacidad debería anticiparse en 1.559 días (cuatro años y 98 días). Si esto es así, y la edad ordinaria que le hubiera correspondido sin discapacidad sería la de 65 años y cuatro meses, ello implica que su jubilación por discapacidad le correspondía a los 61 años y 22 días, lo que nos lleva al día 24 de junio de 2014 (como fecha límite de su jubilación por discapacidad) y dado que la revisión de la incapacidad la pidió con posterioridad, no puede serle reconocida. Para el caso de que la solución pudiera ser otra, la Sala resuelve también el resto de motivos.

## **TERCERO. -Obstáculo procesal para entrar a examinar la existencia o no de contradicción.**

Antes de entrar a resolver sobre el requisito de contradicción que se recoge en el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), debemos hacer referencia al obstáculo procesal que se ha indicado por el Ministerio Fiscal al emitir su informe, al entender que no es posible conocer del recurso cuando la sentencia del juzgado de instancia ha apreciado la falta de acción para, sin entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada, desestimar la demanda, sin que tal excepción haya sido objeto del recurso de suplicación ni del que ahora estamos conociendo.

Como viene diciendo esta Sala, la excepción de falta de acción no tiene un estatuto procesal definido al ser aplicada o analizada para cuestiones muy diversas, ya relacionadas con la falta de jurisdicción, falta de legitimación activa, inadecuación de procedimiento o con la falta de fundamento de la pretensión.

Y esto es lo que ha sucedido en el caso de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que ha identificado la falta de acción con la falta de fundamento de la pretensión o, lo que es lo mismo, ha desestimado la demanda.

Así se advierte cuando su razonamiento para justificar el fallo de falta de acción, se refiere a la cuestión que es traída al recurso que nos ocupa. Esto es, niega que exista acción porque el demandante no puede obtener



la incapacidad permanente, en gran invalidez, por estar jubilado. Y ello fue objeto del recurso de suplicación y ahora del de unificación de doctrina, con lo cual, el que en el fallo de la sentencia del juzgado se haga referencia a que no se entra a conocer del fondo de la cuestión, lo que está queriendo decir es que no puede entrar a valorar sobre si el demandante tiene las limitaciones funcionales necesarias para ser reconocido en gran invalidez ni, tampoco, para conocer de las cuantías de las prestaciones que le corresponderían en caso de estar en aquella situación.

#### **CUARTO.-Examen de la contradicción**

##### 1.- Doctrina general en materia de contradicción.

El art. 219.1 de LRJS, para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

##### 2.- Sentencia de contraste

La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, resuelve también una reclamación en la que el demandante pide la gran invalidez desde la situación de jubilación por discapacidad.

Los hechos probados de dicha resolución judicial refieren que el demandante, nacido el NUM001 de 1953, tenía reconocida un 86% de minusvalía. El actor obtuvo, con efectos del 29 de septiembre de 2015, resolución del INSS en la que le reconocía la situación de incapacidad permanente absoluta. El 10 de diciembre de 2015 se presenta reclamación previa que es desestimada por resolución del INSS.

El trabajador se jubiló, según sus alegaciones vertidas en suplicación, el 30 de marzo de 2011, aplicándose un coeficiente reductor del 0,50 por año cotizado. La sentencia desestima la demanda en la que se reclama la gran invalidez, con una determinada base reguladora. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda.

El demandante interpuso recurso de suplicación en el que insistía en su "derecho a ser revisado sobre su situación de incapacidad permanente", y que su base reguladora debe calcularse conforme a la situación existente al momento del cese. Añade que al no tener los 65 años de edad puede solicitar el reconocimiento de la incapacidad permanente y que su situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad no debe entorpecer la solicitud de incapacidad permanente en gran invalidez que reclama. El INSS se opuso al recurso alegando que el demandante, desde 1992 presenta las dolencias que justifican la IPA y determinó la minusvalía del 86% que le permitió acceder anticipadamente a su jubilación, pero niega que pueda obtener la gran invalidez porque a la fecha del hecho causante ya está jubilado, además de no alcanzar las dolencias aquella situación invalidante.

La Sala de suplicación partiendo de esas alegaciones de las partes, en orden al grado de incapacidad que se reclama y la incidencia que pudiera tener la jubilación, aplica la doctrina recogida en la STS de 21 de enero de 2015, rcud 491/2014 y dice que "el hecho de que el actor accediera a la jubilación anticipadamente no impide el reconocimiento de una incapacidad", por lo que declarada al demandante afecto de gran invalidez.

##### 3.- Sentencias con pronunciamientos contradictorios

Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios.

En efecto, en ambos casos los demandantes estaban en situación de jubilación por discapacidad. Igualmente, en ambos supuestos y desde esa situación de jubilación, se presenta demanda interesando el reconocimiento de una gran invalidez. En ambos procesos, la Entidad Gestora se opone a que pueda ser estimada la pretensión al estar el demandante jubilado al momento del hecho causante de la gran invalidez que reclama. Las sentencias llegan a pronunciamientos contradictorios en tanto que la sentencia recurrida niega al demandante aquella declaración mientras que en la de contraste le reconoce la situación de gran invalidez.

Es cierto que en la sentencia de contraste parece que la entidad gestora reconoció la incapacidad permanente absoluta cuando el demandante ya era perceptor de la jubilación anticipada y que los efectos económicos de esa IPA se ubican en una determinada fecha posterior también a la jubilación anticipada y que esa circunstancia no concurre en la recurrida. Ahora bien, siendo ello cierto, también lo es que el demandante



reclama un grado superior de invalidez y que ese mayor grado no solo le es denegado por no tener las dolencias el nivel de afectación que la gran invalidez requiere sino, también, por estar jubilado al momento del hecho causante de la misma y al respecto la sentencia de contraste emite un determinado razonamiento. Y es en esta oposición en la que debemos apreciar la identidad porque en la sentencia recurrida, al igual que en la de contraste, el demandante igualmente pide la revisión de la IPA cuando ya está jubilado.

Poner el acento para la falta de identidad en que en la sentencia de contraste la entidad gestora reconoció al demandante la incapacidad permanente absoluta cuando ya era jubilado y, por tanto, no se cuestiona el derecho, no se correspondería con el debate que las partes y los respectivos órganos judiciales analizaron en aquel caso.

#### QUINTO. - Motivo de infracción de norma sustantivas

##### 1.- Preceptos legales denunciados como infringidos.

Como se ha indicado anteriormente, la parte recurrente denuncia como normas infringidas los siguientes preceptos legales: el art. 195 .1, párrafo último y 205.1 a) , 138,1 y 161 .1 a) de la LGSS.

Según dicha parte, la sentencia recurrida incurre en la infracción de aquellos preceptos por cuanto que la imposibilidad de reconocer la incapacidad permanente derivada de contingencias comunes lo es cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el art. 205.1 a) y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social. Esa edad es la de 67 años o 65 años, según el caso. Y siendo ello así, es esta última edad la que debe tomarse en consideración.

##### 2.- Normativa a considerar

Como señala la sentencia recurrida, la legislación que ha de tomarse es la vigente al momento del hecho causante de la prestación de que se trate. En este caso se está reclamando en 2016 una gran invalidez, en revisión de la IPA con lo cual ha de estarse a las normas vigentes entonces y que pasamos a recoger.

El art. 195. 1, párrafo segundo de la LGSS, al definir el concepto de beneficiario de la prestación de invalidez permanente, excluye a quien, en la fecha del hecho causante, "tenga la edad prevista en el art. 205.1.a) de esta Ley y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social".

El art. 196.5, en relación con la cuantía de las prestaciones de invalidez, dispone que "En los casos en que el trabajador, **con sesenta y siete o más años** acceda a la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, **por no reunir los requisitos** para el reconocimiento del derecho a pensión de jubilación, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación. Cuando la incapacidad permanente derive de enfermedad común, se considerará como base reguladora el resultado de aplicar únicamente lo establecido en la norma a) del apartado 1 del artículo 197"

El art. 200.2, en relación con la resolución administrativa que reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, dispone que en ella se hará "constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante profesional, en tanto que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 205.1.a), para acceder al derecho a la pensión de jubilación".

El art. 205.1 a) recoge las condiciones que deben reunirse para tener derecho a la pensión de jubilación, fijando entre ellas la de "Haber cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten..".

El art. 206, al regular la jubilación en caso de discapacidad, en su apartado 2 rebaja la edad mínima de acceso a la pensión del art. 205.1.a), en los términos que establezca el RD, cuando la discapacidad sea igual o superior al 65%. En el apartado 3 dispone que "Los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el artículo 210.2, y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada".

El art. 3 del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento, nos dice que "La edad mínima de jubilación de las personas afectadas, en un grado igual o superior al 45 por ciento, por una discapacidad de las enumeradas en el artículo 2 será, excepcionalmente, la de cincuenta y seis años". Igualmente, la Disposición adicional primera que dispone lo siguiente: "Los trabajadores que reúnan las condiciones exigidas para acogerse a lo establecido en este real decreto y en el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores



de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía, podrán optar por la aplicación del que les resulte más favorable"

Finalmente, el art. 3 y Disposición Adicional Única del Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía, en los que se viene a fijar la edad de jubilación de quienes presentan una discapacidad igual o superior al 65% (calculada aplicando un coeficiente del 0,25 o 0,50 -cuando además necesite el concurso de otra persona para actos esenciales de la vida ordinaria-, así como las reglas de acceso a la jubilación anticipada, respectivamente.

### 3.- Doctrina precedente de la Sala.

La Sala se ha pronunciado en diferentes sentencias en temas que pudieran entenderse que guardan conexión con el que se nos ha presentado.

Así, tenemos aquella antigua doctrina en la que se planteó si se podía reconocer una incapacidad permanente desde la situación de jubilación, llegando esta Sala a tomar como elementos que daban solución al caso tanto el hecho causante de la prestación que se reclamaba, entendiendo por tal no solo la emisión del Dictamen de los órganos calificadores sino, también y cuando así se constate, cuando quedaban consolidadas las dolencias como definitivas e irreversibles, así como la fecha de la jubilación y la de solicitud de la invalidez ( STS de 22 de junio de 1999, rcud 3431/1998, doctrina bajo un régimen legal anterior a la Ley 24/1997)

Otras sentencias posteriores y en relación con la jubilación anticipada, incluso con la vigencia ya del 138.1 LGSS, en el texto que le dio la Ley 24/1997, vinieron a negar el derecho de acceso a la incapacidad permanente desde aquella situación, como la STS de 27 de julio de 2005, rcud 6733/2003, en la que se entendió que la jubilación ordinaria y la anticipada, a esos efectos, deben entenderse igualados.

La anterior doctrina se mantuvo hasta la STS de 22 de marzo de 2006, rcud 5069/2004 -jubilado anticipada a los 60 años-, que vino a enfocar el debate, no desde la incompatibilidad sino atendiendo al contenido del art. 138.1 de la LGSS plasmando como criterio doctrinal el que aquel precepto era limitativo de derechos de forma que no puede extenderse esa limitación a otros supuestos, por lo que se entendió que el alcance de la situación de jubilación anticipada, identificando como momento final para ser beneficiario de pensión de incapacidad permanente, era el de cumplimiento de la edad de 65 años, si que se pudiera entender incluido en él a quienes no hayan alcanzado aquella edad.

Esa doctrina fue recogida en otras resoluciones posteriores ( SSTS de 13 de junio de 2007, rcud 2282/2006 -jubilación a los 61 años de edad-, y 21 de enero de 2015, rcud 491/2014, ésta bajo la normativa que incremento la edad ordinaria de jubilación, Ley 27/2011).

Esta doctrina no está tratando específicamente los supuestos de jubilación anticipada por discapacidad como los resueltos en las sentencias contrastadas.

La sentencia recurrida así lo pone de manifiesto y ese criterio diferenciador es esencial para solventar el supuesto porque, como bien refiere dicha sentencia y veremos más adelante, quienes se jubilan al amparo del art. 206.2 de la LGSS pueden también obtener una anticipación de su edad ordinaria de jubilación, conforme a lo establecido en los arts. 207 y 208 de la LGSS.

Sabemos que el art. 161.2. párrafo segundo de la LGSS de 1994, en lo que se refiere a la jubilación por discapacidad de quienes presenten una minusvalía igual o superior al 65%, fue introducida por la Ley 35/2002, de 12 de julio, al que le siguió el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, que hemos recogido anteriormente y al que nos referiremos más adelante. Posteriormente el colectivo de discapacitados vio ampliada la protección por jubilación, incluyendo a quienes presentaban una discapacidad igual o superior al 45%, según reforma introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, al añadir el art. 161 bis, a la que siguió el RD 1851/2009. Todas estas normas estaban en vigor cuando la Sala emitió aquellos pronunciamientos, pero esa doctrina no analiza ni se refiere a esta específica jubilación que merece un tratamiento concreto, como ahora justificaremos.

Por tanto, debemos decir que hasta el momento esta Sala no se ha pronunciado sobre el alcance que debe otorgarse a la situación de quienes estando en situación de jubilación por discapacidad igual o superior al 65% pretenden acceder a la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

### 4.- Jubilación por discapacidad igual o superior al 65% y acceso desde esa situación a la incapacidad permanente en gran invalidez.

A la vista del marco normativo expuesto en esta resolución, no cabe sino entender que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida por las razones que pasamos a exponer.



En efecto, del acceso a la prestación de incapacidad permanente se excluye a quien a la fecha del hecho causante ha alcanzado la edad ordinaria de jubilación, prevista en el art. 205.1 a) y reúna los requisitos para su reconocimiento.

Esta referencia a la edad de jubilación que se hace en los arts. 195, 196 y 200 de la LGSS, al igual que en otros preceptos de la LGSS para otras cuestiones, debe ser interpretada en atención al variado régimen jurídico que rodea a la protección de dicha contingencia.

En efecto, la protección de la contingencia de jubilación que contiene el régimen jurídico del Sistema de la Seguridad Social no es único sino que en él se regulan diferentes modalidades que atienden a diversas circunstancias, ya personales o profesionales. Así, en el régimen contributivo, junto a la regla que podría calificarse de general, en la que se contempla la jubilación ordinaria, figuran otras que imponen otras condiciones de acceso.

Las diversas modalidades de jubilación tienen elementos comunes que, a su vez, se configuran de formas diferentes. Estos elementos comunes pero diferenciados vienen identificados con la edad de acceso a la protección, periodos de cotización y cuantía de la pensión.

El elemento configurador de la protección por jubilación que aquí interesa es el de la edad de acceso a la misma. Como hemos dicho, la edad general de jubilación es la de 67 años o 65, según se alcancen determinados periodos cotizados. Esta edad, o la que corresponda según el régimen transitorio ( Disposición Transitoria 7ª de la LGSS), puede verse alterada configurando otra modalidad de protección de la contingencia. Así, tenemos los supuestos en que la edad ordinaria pasa a ser otra diferente en razón de la actividad profesional o de la situación física del trabajador. La primera es la contemplada en el art. 206.1 y Disposición Adicional 20ª de la LGSS y la segunda es la que aquí se está debatiendo, conocida como jubilación por discapacidad, del art. 206.2 de la LGSS. Junto a ellas existen otras modalidades en las que la contingencia puede retrotraerse -con ello se accede en un momento anterior al general- ante determinadas causas que se vinculan a circunstancias diferentes a las anteriormente mencionadas, relacionadas con la vigencia del contrato de trabajo, y que incidirá en el coste de la protección (son las recogidas en el art. 207, 208, 215 y Disposición Transitoria 4ª y 5ª de la LGSS). Con ello queremos poner de manifiesto que la jubilación ordinaria no solo es la que establece el art. 205 sino que, junto a ella, hay otras que merecen igual calificativo al constituirse como jubilaciones propias y autónomas, como son las del art. 206 de la LGSS y sin coste en la protección.

En efecto, la LGSS al referirse a la edad de jubilación a lo largo de su articulado lo hace teniendo como elemento de referencia la que se fija en el art. 205.1 a), como edad ordinaria de jubilación (en otros casos se identifica como edad de jubilación forzosa, incluso teórica). A su vez, también establece como edad de jubilación una distinta a aquella haciendo a tal efecto uso de la técnica de sustitución por remisión, bajo las expresiones "rebaja" o reducción de la edad común -caso del art. 206 y de la Disposición Adicional 20ª-. A parte de ello y sin hacer uso de esa técnica de remisión, y como hemos dicho anteriormente, lo que establece es una retroacción de la contingencia permitiendo que aparezca antes del tiempo ordinario, diciendo que se podrá generar a "una edad inferior en x años a la legal" -casos del art. 207 y 208 de la LGSS-.

Pues bien, la expresión rebaja o reducción de la edad ordinaria de jubilación no puede entenderse en otro sentido que en el de sustituir el número de años de la general o ordinaria por otra que, en definitiva, también viene a constituirse como edad ordinaria de jubilación establecido para los supuestos expresamente contemplados. Por ello, aunque la denominación de esa jubilación vaya acompañada en el texto legal del término "anticipada", esa edad no deja ser una edad ordinaria para el colectivo al que se le aplica.

Distintos son los otros supuestos en los que la edad ordinaria de jubilación se puede retrotraer o adelantar por concretas circunstancias que afectan a la vigencia del contrato y no sustituye a la ordinaria -general o especial-.

Tal conclusión la vemos con nitidez si acudimos al Real Decreto 1539/2003, recogido anteriormente. En dicha norma, relativa a la discapacidad igual o superior al 65%, se dice que la edad ordinaria de jubilación, establecida entonces en los 65 años, "podrá ser reducida" en el caso de trabajadores minusválidos que acrediten un determinado grado de minusvalía. Y se justifica la reducción de la edad por el mayor esfuerzo o penosidad que pueda ocasionar la actividad profesional al trabajador discapacitado", y porque, en relación con la discapacidad igual o superior al 45% y según el posterior Real Decreto 1851/2009, además, "en la exigencia de que en las personas con discapacidad con respecto a las que se establezca la anticipación de la edad de jubilación concurren evidencias de reducción de su esperanza de vida".

En el citado RD de 2003 ya se indica que el acceso a la jubilación de dicho colectivo lo es sin reducción de la cuantía de la pensión y si bien opta por el fijar la edad en atención a coeficientes reductores, esa alternativa se adoptó frente a otra cual era la de establecer una "edad de acceso ordinario a la jubilación antes de los 65 años de edad", criterio este último que es el que, por cierto, ha seguido el Real Decreto de 2009, tal y como en





él se indica al decir que "Ello hace que en este supuesto se haya estimado más adecuado el establecimiento de una edad fija de acceso a la jubilación anticipada en lugar de la fijación de coeficientes reductores de la edad de jubilación".

Siguiendo con el RD de 2003, también es conveniente destacar que, junto a la reducción de la edad de jubilación, en los términos que expresa su art. 3, también regula el acceso a la "jubilación anticipada", de forma que, las personas bajo el ámbito de aplicación de aquel RD no solo tienen una específica edad de jubilación, sino que pueden beneficiarse de las reglas de la jubilación anticipada entonces existentes, como bien indica la sentencia recurrida. Esto es, pueden causar la pensión de jubilación cuando alcancen su edad ordinaria -siempre inferior a los 67 años de edad- y también pueden, anticipar la contingencia a un momento anterior acudiendo a las previsiones del art. 207 y 208.

5.- Alcance de aquella interpretación sobre el art. 200.2 de la LGSS:

Lo anteriormente expuesto, en fin, permite interpretar el art. 200.2 de la LGSS en el sentido de que la prestación de incapacidad permanente, en tanto que en ella entre en juego como requisito para su reconocimiento el no ostentar la edad de jubilación ordinaria, no podrá reconocerse cuando se haya alcanzado la edad ordinaria del art. 205.1 a) ni cuando se alcance la que como tal tengan establecida colectivos específicos, en donde el número de años de edad del art. 205.1 a) se ve sustituido por el allí establecido.

La remisión que hace el citado precepto al art. 205.1 a) no lo es a un simple guarismo, sino que dicho número, referido a la edad de una persona, se vincula también a una contingencia; esto es, la edad lo es en tanto exista la posibilidad de generar la pensión de jubilación, de forma que, sin dicha posibilidad, la edad de 67 años (o la que corresponda) no impediría el reconocimiento de la incapacidad permanente, tal y como dispone el ya citado art. 196.5 de la LGSS.

6.- Acomodación de la doctrina con la fijada en sentencias precedentes de esta Sala

Ya hemos dicho que el caso que aquí se está resolviendo no guarda relación ni similitud con los supuestos en los que esta Sala se ha pronunciado anteriormente.

El art. 161 de la LGSS de 1994, bajo el título de beneficiarios, contemplaba en su apartado 1 a) el requisito de la edad, mientras que, ya en su apartado 2 o, posteriormente, en el art. 161 bis, bajo el título de jubilación anticipada, indicaba que "la edad mínima a que se refiere el apartado a) anterior (o la letra a) del apartado 1 del artículo anterior) podrá ser rebajada...". Similares términos se recogen ahora en el art. 205.1 a) y el art. 206.2 de la LGSS 2015.

Sin embargo, el art. 143, sobre el que realmente giraba aquella doctrina, inicialmente limitaba la declaración o revisión de una incapacidad permanente si el incapacitado había cumplido la edad mínima establecida para la pensión de jubilación, lo que fue modificado por Ley 42/1994 al introducir ya la referencia a la edad mínima establecida en el art. 162 para la edad de jubilación, redacción que permitió a la Sala no excluir las jubilaciones anticipadas diciendo que "la regla general que proclama es que quien tiene derecho a obtener la pensión de jubilación, no puede acceder a la de invalidez permanente. La diferencia entre este precepto y esa jurisprudencia se reduce únicamente al momento a partir del cual esa imposibilidad produce sus efectos, pues la doctrina mencionada, como se vió, admitió que la obtención de una prestación de jubilación anticipada la hacía efectiva, mientras que el art. 138-1 no habla para nada de este concreto supuesto y fija el citado momento en el cumplimiento de los 65 años".

Pues bien, aunque el actual art. 200.2 de la LGSS 2015 viene a mantener la misma redacción que recogía el texto que le precedió, lo cierto es que esa doctrina, al indicar que la edad es la que fija ese apartado 205.1 a), debemos decir que ese apartado está afectado expresamente por otros preceptos que vienen a sustituir el número de años por otros y, en esos casos como el que aquí nos ocupa, aquella doctrina de la Sala no es posible aplicarla.

**SEXTO.** - Lo anteriormente razonado, oído el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que la doctrina correcta se contiene en la sentencia recurrida, que debe ser confirmada, sin imposición de costas.

## FALLO

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

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Rafael Goiría González, en nombre y representación de D. Emilio .



2.- Confirmar la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2017, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 2124/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Donostia/San Sebastián, de fecha 31 de mayo de 2017 recaída en autos nº 77/20174, seguidos a instancia de D. Emilio , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social sobre revisión de grado de invalidez permanente.

3.- Sin imposición de costas

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

Así se acuerda y firma.

### Voto particular

que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga en la sentencia dictada en el recurso **1062/2018**, al que se adhiere la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa María Virolés Piñol.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso **1062/2018**.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

**PRIMERO.- 1.-**Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo del fallo de la misma que, de haberse resuelto como se postula en este voto particular, hubiera alterado el sentido del fallo. Mi discrepancia se fundamenta en los razonamientos que a continuación se expondrán.

La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina es si tienen derecho a que les sea reconocida una situación de incapacidad permanente -en este supuesto gran invalidez- los trabajadores que acceden a la jubilación anticipada, en virtud de lo establecido en el artículo 206.2 de la LGSS, ya que tienen reconocida una discapacidad, no habiendo alcanzado la edad ordinaria de jubilación,

**SEGUNDO.-** El artículo 195.1, último párrafo de la LGSS, establece: "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 artículo 205.1.a) y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social".

Por su parte el artículo 205 de la LGSS dispone: "1. Tendrán derecho a la pensión de jubilación regulada en este capítulo, las personas incluidas en el Régimen General que, además de la general exigida en el artículo 165.1, reúnan las siguientes condiciones:

a) Haber cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.

Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a ellos las fracciones de los mismos".

**3.-** La interpretación de tales preceptos, contemplando la posibilidad de acceder al reconocimiento de una situación de incapacidad permanente cuando el interesado se encuentra en situación de jubilación anticipada y no haya cumplido aún la edad ordinaria de jubilación, ha sido resuelto por esta Sala Cuarta en sentencia de 21 de enero de 2015, recurso 491/2014, en la que se contiene el siguiente razonamiento:

"1. El primero de los motivos de casación aborda la cuestión del acceso al reconocimiento de la situación de incapacidad permanente desde la condición de jubilado, al tratarse de jubilación anticipada...

TERCERO .- 1. Como poníamos de relieve en la STS/4ª de 22 de marzo de 2006 (rcud. 5069/2004), que sirve de contraste, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, modificó el art. 138.1 LGSS, añadiendo un segundo párrafo cuya literalidad era la siguiente: " No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, cualquiera que sea la contingencia que las origine, 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 todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social ".

A raíz del RDL 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible y de la posterior ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, el texto -hoy vigente- quedó redactado del siguiente modo: " 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 ".

2. Dicho cambio normativo motivó en su día que se adoptara la doctrina que luce en la mencionada sentencia, dictada por el Pleno de esta Sala, concluyendo, en esencia, con la posibilidad de que los pensionistas de jubilación anticipada pudieran ser beneficiarios de prestaciones de incapacidad permanente.

Así lo reiterábamos en la STS/4ª de 13 junio 2007 (rcud. 2282/2006 ) y debemos hacerlo una vez más en este caso, ya que el sustrato legal actual, reguladora del presente supuesto, se mantiene idéntico. Por ello ha de seguir primando la remisión que el citado párrafo segundo del art. 138.1 LGSS hace al art. 161.1 a) del mismo texto legal , aun cuando, tras la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, esto suponga ahora un incremento de la edad ordinaria de jubilación y haya de acudir, asimismo, a lo dispuesto en la Disp. Trans. 4ª.4 LGSS.

3. La sentencia recurrida obvio la aplicación de nuestra doctrina y no hizo hincapié en el dato de que el actor no había alcanzado la edad ordinaria de jubilación, por ello el recurso debe ser estimado en este extremo.

En consecuencia, hemos de casar y anular la sentencia de suplicación y, resolviendo el debate suscitado en esa alzada, debemos estimar el recurso de dicha clase formulado por el demandante, rechazando así que la pretensión del reconocimiento de la situación de incapacidad permanente haya de denegarse por razón de la condición de beneficiario de jubilación anticipada del demandante.

4. La solución así alcanzada pone de relieve la falta de pronunciamiento en la instancia respecto del núcleo esencial de la pretensión y de los demás aspectos relacionadas, en su caso, con la prestación que habría de derivarse de la apreciación de la situación de incapacidad del actor. Ello nos conduce a acordar la devolución de las actuaciones al Juzgado de origen, para que dicte nueva sentencia en la que se dé respuesta a todas esas cuestiones, tal y como también propone el Ministerio Fiscal en su informe"

4.-A la vista de la anterior doctrina y por las razones que, a continuación se expondrán, debió estimarse el recurso.

Primera: La interpretación literal del precepto, primer canon hermenéutico, a tenor del artículo 3.1 del Código Civil - Artículo 195 LGSS "Beneficiarios. 1...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 artículo 205.1.a) y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social" Artículo 205. "Beneficiarios.1...a) Haber cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias"- nos permite concluir que no se reconoce el derecho a prestaciones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, si concurren dos requisitos: a) Que el beneficiario reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. b) Que tenga cumplidos 67 años de edad o 65 años si acredita determinado periodo de cotización. Luego, si el beneficiario es menor de esta edad -67 o 65 años- puede acceder a la prestación de incapacidad, si reúne los requisitos para dicho acceso.

El precepto no establece ninguna otra limitación para el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente ya que no prohíbe el acceso a dichas prestaciones desde la situación de jubilación, siempre que la edad sea inferior a la señalada.

Segunda. Los antecedentes legislativos de la norma.

El artículo 138.1 del RD Legislativo 1/1994, de 2 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social presentaba la siguiente redacción:

Artículo 138. "Beneficiarios. Tendrán derecho a las prestaciones por invalidez permanente las personas incluidas en el Régimen General que sean declaradas en tal situación y que, además de reunir la condición general exigida en el apartado 1 del artículo 124, hubieran cubierto el período mínimo de cotización que se determina en el apartado 2 de este artículo, salvo que aquélla sea debida a accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún período previo de cotización. "

El artículo 161. del RD Legislativo 1/1994, de 2 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social presentaba la siguiente redacción:

Artículo 161." Beneficiarios.1. Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas incluidas en este Régimen General que, además de la general exigida en el apartado 1 del artículo 124, reúnan las siguientes condiciones:

a) Haber cumplido sesenta y cinco años de edad".



La Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social establece:

Artículo 8. "Pensiones de incapacidad permanente...Tres. Se añade un segundo párrafo en el apartado 1 del artículo 138 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en los siguientes términos:

"No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, cualquiera que sea la contingencia que las origine, 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 todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social."

Cuatro. Se añade un nuevo apartado 4 en el artículo 143 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, en los siguientes términos:

"4. 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."

La regulación anterior a la actual, a partir de la reforma operada por la Ley 24/1997, no permite acceder a las prestaciones de incapacidad permanente cuando concurren los siguientes requisitos: : a) Que el beneficiario reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación b) Que el beneficiario en la fecha del hecho causante tenga cumplidos 65 años de edad.

La redacción es similar a la actual diferenciándose únicamente en la edad exigida ya que en la regulación vigente es de 67 años o 65 si se cumplen determinados requisitos.

Tercera. La realidad social en la que han de ser aplicadas las normas.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 35/2002, de 12 de julio de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, que reguló la jubilación anticipada, dando cumplimiento al Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social suscrito el 19 de abril de 2001 por el Gobierno, la Confederación de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, la jubilación anticipada es hoy en día una de las situaciones en las que se encuentran un gran número de pensionistas, con una tendencia marcada a aumentar.

Por lo tanto, siendo una realidad indiscutida el gran número de trabajadores que se encuentran en esta situación, cuando la norma -actual artículo 195.1 de la LGSS- estableció las limitaciones para el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente, lo hizo remitiendo a una concreta edad -67 o 65 años- consciente de que existía un importante número de pensionistas de jubilación anticipada que no tenían dicha edad y, por lo tanto, podían solicitar, en su caso, prestaciones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común.

Cuarta: La aparición del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD Legislativo de 30 de octubre, por el que se integran, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio y todas las disposiciones legales relacionadas que enumera, se limitó al regular en el artículo 195 el contenido del artículo 138, a sustituir la remisión que este último efectuaba al apartado 1 a) del artículo 161 LGSS -edad mínima para acceder a la jubilación en su modalidad contributiva- por la remisión al artículo 205.1 -a) edad mínima para acceder a la jubilación en su modalidad contributiva

No introdujo ninguna referencia a los preceptos que regulan la jubilación anticipada, a pesar de que el legislador era consciente de las diversas modalidades de jubilación anticipada, pues no en vano había procedido a sustituir el artículo 161 bis que regulaba la jubilación anticipada por los artículos 206 -jubilación anticipada por razón de actividad o en caso de discapacidad-, 207 -jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador- y 208 -jubilación anticipada por voluntad del interesado.

Quinta: La interpretación jurisprudencial del precepto a partir de la sentencia de Pleno de 22 de marzo de 2006, recurso 5069/2004, seguida, de la de 13 de junio de 2007, recurso 2282/2006 y 21 de enero de 2015, recurso 491/2014.

La última de las sentencias citadas contiene el siguiente pronunciamiento:

"3. La sentencia recurrida obvió la aplicación de nuestra doctrina y no hizo hincapié en el dato de que el actor no había alcanzado la edad ordinaria de jubilación, por ello el recurso debe ser estimado en este extremo.

En consecuencia, hemos de casar y anular la sentencia de suplicación y, resolviendo el debate suscitado en esa alzada, debemos estimar el recurso de dicha clase formulado por el demandante, rechazando así que la



pretensión del reconocimiento de la situación de incapacidad permanente haya de denegarse por razón de la condición de beneficiario de jubilación anticipada del demandante".

Sexta: De denegarse la posibilidad de acceder a las prestaciones de incapacidad permanente, por haber accedido a la jubilación anticipada por tener reconocida una situación de discapacidad, a tenor del artículo 161 bis 1 de la LGSS, actualmente artículo 206.2 LGSS, y reconocérsela a jubilados anticipados por circunstancia distinta de la discapacidad, cuando la norma que disciplina el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente, artículo 195.1 LGSS no establece distinción alguna respecto a las distintas modalidades de jubilación anticipada, y sin que exista ninguna razón objetiva que justifique tal interpretación, se estaría incurriendo en una discriminación por discapacidad proscrita por la Constitución, el artículo 4.2 c) y 17.1 del ET

Séptima: No se opone a la anterior conclusión,, que los asuntos resueltos por las sentencias de esta Sala de 21 de junio de 2015, recurso 491/2014; 13 de junio de 2007, recurso 2282/2006 y 22 de marzo de 2006, recurso 5069/2004, contemplen supuestos en los que la jubilación anticipada se produce en situación de pérdida de empleo y en el supuesto sometido a la consideración de la Sala la jubilación anticipada se reconoce por causa de discapacidad, al amparo del artículo 206.2 de la LGSS, pues las sentencias citadas no contienen alusión alguna a que procede solicitar la incapacidad desde la situación de jubilación anticipada únicamente en el supuesto de que derive de pérdida de empleo y no en otros casos.

En efecto la primera de las sentencias citadas textualmente establece:

"El primero de los motivos de casación aborda la cuestión del acceso al reconocimiento de la situación de incapacidad permanente desde la condición de jubilado, al tratarse de jubilación anticipada debemos estimar el recurso de dicha clase formulado por el demandante, rechazando así que la pretensión del reconocimiento de la situación de incapacidad permanente haya de denegarse por razón de la condición de beneficiario de jubilación anticipada del demandante."

Tan rotunda afirmación no permite efectuar distinción alguna respecto al motivo por el que el trabajador ha accedido a la jubilación anticipada, a efectos de poder interesar el reconocimiento de una incapacidad permanente desde dicha situación, siempre que no haya alcanzado la edad ordinaria de jubilación.

**TERCERO.-** La recurrente se encuentra jubilada anticipadamente y no ha cumplido aún la edad de jubilación establecida en el artículo 205.1 a) de la LGSS, por lo que tiene derecho a acceder la declaración de incapacidad permanente desde la situación de jubilación anticipada.

El artículo 195.1, párrafo segundo de la LGSS, dispone 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 artículo 205.1 a) LGSS -haber cumplido 67 años o 65 años cuando se acrediten 38 años y seis meses de cotización- y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. En definitiva, no procede reconocer el derecho a la prestación de incapacidad permanente cuando en el beneficiario concurren dos requisitos: tener la edad ordinaria de jubilación y reunir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. En el asunto examinado la actora cumple el segundo requisito, pero no el primero, por lo que no procede vedar el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente, si acredita dicha situación y reúne los demás requisitos exigibles.

**CUARTO.** Por todo lo razonado, entiendo que la sentencia debió estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Letrado D. Rafael Goiria González, actuando en representación de D. Emilio, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 21 de noviembre de 2017, recurso de suplicación número 2124/2017, que resolvió el interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL y de la TESORERÍA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de San Sebastián el 31 de mayo de 2017, autos número 77/2017, seguidos a instancia de D. Emilio contra INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL sobre INCAPACIDAD PERMANENTE, GRAN INVALIDEZ.

Debió casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL y de la TESORERÍA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL declarando la firmeza de la sentencia de instancia.

Madrid, 29 de junio de 2020