

No procede reconocer la pensión de incapacidad permanente total a un jubilado anticipadamente porque no está en situación de alta ni asimilada. Matiza la doctrina de las STS de 21 de enero de 2015, recurso 491/2014 y 12 de julio de 2022, recurso 1301/2019.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4500/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 158/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D.ª Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 22 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 15 de octubre de 2019, en recurso de suplicación nº 1608/2019, interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de mayo de 2019, dictada por el Juzgado de la Social número Dos de Bilbao, en autos nº 1004/2018, seguidos a instancia de D. Santos contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Santos, representado y asistido por el Letrado D. Ignacio Moreno Albendea.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de mayo de 2019, el Juzgado de lo Social número Dos de Bilbao, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por Segundo frente a INSS y TGSS debe declarar y declaro que el actor está afecto de Incapacidad Permanente Total con derecho al percibo de una prestación equivalente al 75% de su base reguladora mensual de 2.897,04 euros y con efectos económicos al 13 de septiembre de 2018, condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"PRIMERO: El demandante nacida el NUM000 de 1954 figura afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con número NUM001 maquinista minero y ayudante de perforista.

SEGUNDO: Con fecha de 1 de marzo de 2018 accede a la situación de jubilación anticipada, causando baja en el RETA el 28 de febrero de 2018.

TERCERO: Formulada solicitud de incapacidad permanente en fecha de 8 de agosto de 2018 se dicta resolución administrativa de 17 de septiembre de 2018 denegatoria por no estar en situación de alta ni asimilada al alta.

Frente a dicha resolución se interpuso reclamación previa en vía administrativa.

Se da por íntegramente reproducido el expediente administrativo.

CUARTO: El cuadro lesional que afecta al trabajador según informe médico de síntesis de 11 de septiembre de 2018 es el siguiente:

1. DIAGNÓSTICO PRINCIPAL: 07-INFARTO ANTIGUO DE MIOCARDIO

2. DIAGNÓSTICO

Infarto agudo de miocardio No Q, subendocárdico lateral inferior basal. EAC de 1 vaso (2a0M).

FA permanente con bloqueo BAV completo, resuelto, hombro derecho 09/05/18: Discreta artropatía degenerativa acromioclavicular y tenosinovitis del PB Rotura parcial del supraespinoso, cervicoartrosis

3. DATOS DEL RECONOCIMIENTO MÉDICO (Anamnesis, exploración, documentos aportados)

Solicitud de IP

Varón de 63 años de edad. Profesión: Refiere ser Maquinista minero de frente de Cantera y Ayte Perforista. (Autónomo). Aportado Certificado Unos 35a cotizados. Refiere que se JUBILÓ en Febrero. Pero refiere que solicita la IP porque tiene derecho a que se le valore ya que el si pudiera querría ir a trabajar.

ANTECEDENTES PERSONALES

- Ex-fumador desde hace 20 años.

- *dislipemia en tratamiento con estatinas.*
- *IQ: suprearrenalectomía izda por vía laparoscópica por hiperaldosteronismo primario (2004) - diagnosticado de hipertiroidismo por EGB , en tto con tirodril desde abril 2017*
- *diagnosticado de DM tipo 2 desde mayo 2017, en tto con ADO.*

Antecedentes cardiológicos:

Controlado en consulta de cardiología privada desde Abril de 2013 por ACFA preciso cardioversión eléctrica. en abril 2013 y en 2015. Intolerancia a Amiodarona por elevación de TSH que se corrige al suspender la medicación (jun/2016) .En Enero de 2017 : Nuevo episodio de ACFA con frecuencia controlada y mejor tolerancia clínica por lo que se decidió mantener control de la arritmia con medicación frenadora y anticoagulación con síndrome permanente.

---Denegatoria de IP 2017

--Diags: Infarto agudo de miocardio No Q, subendocárdico lateral inferior basal. EAC de 1 vaso (2aOM). FA permanente con bloqueo BAV completo, resuelto.

-Limitaciones: Cardiopatía isquémica con disfunción leve VI (FE 49% EN RMN 25/10/17),

-- TTO: CP con implante de Stent fármaco activo en OM2 (7/2017). FA permanente con bloqueo BAV completo. que requirió MP transvenoso (07/17)

- TTO actual: Tirodril 1-1-1 . Janumet 50/1000 1-0-1. Alipza 4 0-0-1 . Lobivon 5 1/2 -0-0. Adiro 100 0-1-0- Plavix 75 0-1-0 . Sintrom . Losartan 50 /H17 1-0-0 (reinicio el 31.10-17 por HTA)

PRUEBAS E INFORMES COMPLEMENTARIOS

HOLTER Agorto 2017: ACFA con FC media 86 y rango 40/ 128 lpm . No pausas.

ECOCARDIOGRAMA 31-10-2017: VI no dilatado, con ligera hipertrofia de rodilla septal (S 13 m-PP 7 mm-

DTD 54 mm- DTS 40 mm, FE 45%), acinesia posterior e inferior, hipocinesia apical y función global ligeramente deprimida. IM ligera. Patrón de llenado diastólico de relajación alargada. Aurícula izquierda moderadamente dilatada. IT moderada con PAP 70 mmHg.

RMN CARDIACA (25/10/17): conclusión: Cardiopatía isquémica con disfunción leve VI (FE 49%) por IAM subendocárdico lateral inferior basal y medio. Ventrículo derecho no dilatado con función sistólica segmentaria y global normal.

ERGOESPIROMETRÍA PREPROGRAMA: Conclusión:

- *Espirometría basal normal.*
- *Prueba de esfuerzo máxima limitada por cansancio general.*
- *Completa 9 min y 57 seg del protocolo de Bruce modificado en rampa alcanzando una FC de 109 lpm (69% del la FCMP) y un V02 pico de 17.3 ml/Kg/min (76% del predicho para una persona de sus características)*
- *Umbral anaeróbico a 96 lpm (11.5 ml/min/kg, 50% del V02 max predicho) Punto*

de compensación respiratoria a 103 lpm.

- *Capacidad aeróbica ligeramente disminuida por componente periférico con parámetros cardiovasculares submáximos normales.*

INFORME DE REHABILITACION CARDIACA H GALDAKANO 11/12/2017:

- *Pz de riesgo moderado para RHB cardiaca, tiene indicación de realizar los entrenamientos de forma supervisada en el gimnasio.*

Al realizar la valoración del entrenamiento de fuerza en el primer ejercicio tiene un aumento de TA llegando a 204/104, comentado con cardióloga se suspendemos valoración y se aumenta medicación losartan 1.0.1) se le llamara, para ver las tensiones que tiene y en 15 días si TA normalizara repetir valoración.

inf. Cardióloga privado Dr Casiano . de fecha 7/11/2017:

Pz controlado en consulta de cardiología desde Abril de 2013 por presentar un primer episodio de ACFA con respuesta ventricular rápida mal tolerada clínicamente por disconfort - disnea. Se realiza cardioversión eléctrica previo ETE pasando a R sinusal estable. Tratamiento con

Trangorex . Sintrom y Bisoprolol

- 2015: Recidiva den la arritmia (ACFA) rápida de nuevo con mala tolerancia clínica que precisa cardioversión eléctrica. Intolerancia a Amiodarona por elevación de TSH que se corrige al suspender la medicación.

- Enero de 2017: Nuevo episodio de ACFA con frecuencia controlada y mepor tolerancia clínica por lo que se decide mantener control de la arritmia con medicación frenadora y anticoagulación con sintrom permanente.

- Julio de 2017: Ingresado en H. Galdakao por:

IAM no Q , ACTP con implante de Stent farmacoactivo en OM2 ,Disfunción sistólica moderada de VI ACFA permanente. Hipertiroidismo

Sospecha de enfermedad de Lyme (garrapata) con serología de Borrelia negativo HOLTER gorto 2017: ACFA con FC media 86 y rango 40/ 128 lpm . No pausas. ECOCARDIOGRAMA (Oct 2017: VI no dilatado con ligera hipertrofia de rodilla septal, acinesia infero-posterior hipocinesia apical y función sistólica global moderadamente deprimida. DTD 54 FE: 45%.

Válvulas normofuncionantes AI dilatada (51mm). Dilatación moderada de AD. IT moderada con PAP 70mmHG RNM cardiaca.: VI dilatado (103-2) FE: 49% Hipocinesia lateral inferior - asal y media . VD no dilatado con función sistólica normal.

TTO: Tirodril 1-1-1 Janumet 50/1000 1-0-1. Alipza 4 0-0-1 . Lobivon 5 1/2 -0-.0. Adiro

11/09/18

--Aporta 19 hojas de informes (ver GDINSS) -Cardiología 20/07/18 Diags: ver arriba

DESARROLLO Y RESULTADOS:

- *Paciente de riesgo moderado que comenzó el programa de Rehabilitación cardiaca el día 19-2-2018 y finaliza el día 13-4-2018, acudiendo a entrenamientos 3 días a la semana.*

FEVI 50% por Simpson biplano con contraste.

Aurícula izquierda moderadamente dilatada. No valvulopatías significativas. Ventrículo derecho moderadamente dilatado con función sistólica conservada.

- *Ergoespirometría: Espirometría basal normal. Prueba de esfuerzo máxima limitada por disnea como síntoma limitante. Completa 11 min y 37 seg del protocolo de Bruce modificado en rampa alcanzando una FC de 123 lpm (78% del la FCMP) y un V02 pico de 19 ml/Kg/min (83% del predicho para una persona de sus características) Sin datos de isquemia. Umbral anaeróbico a 106 lpm. Punto de compensación respiratoria a 117 lpm. Clase ventilatoria 2, parámetros de eficiencia respiratoria ligeramente alterados*
- *-RHB cardíaca evolutivo que informa tb de referencias a dolor cervical y hombro derecho 13/04/18 Expl de hombro normal 16/04/18 rx cervical: Cervicoaartrosis C5-C6 , Hombros leves cambios degenerativos en acromio clavicular. Va a hacer RHB privada*
- *-ECO hombro derecho 09/05/18: Discreta artropatía degenerativa acromio clavicular y Teno sinovitis del PB Rotura parcial del supraespinoso*
- *-ORL privada 24/07/18 Acude desde 2012 por inestabilidad: Vértigo posicional paroxístico benigno de origen cervical. sulpiride remite el cuadro*
- *-Oftalmología privada 16/04/18 NO miopatía tiroidea Fondo de ojo izq normal y derecho maculopatía residual de su proceso isquémico*
- *-Consulta pendiente 13/12/18 cardiología Osakidetza*

EA: Refiere disnea de grandes esfuerzos (pone ejemplo de cuestas) Camina 45 minutos pero en llano. Tiene consulta en cardiología en Diciembre pero quiere adelantarla porque se le hinchan los pies. Omalgia derecha, suspendida la RHB y pendiente de valorar infiltración

Cervicalgia con sensación de mareo (inestabilidad)

Expi: PSICOPATOLÓGICO: Acude Sólo, consciente orientado eutimia, no alt cognitivas, no ideación delirante alucinatoria o de muerte

OSTEOARTICULAR:

Columna cervicodorsal: Cicatriz de IQ de nevus, No dolor a la palpación, movilidad completa, refiere dolor con lateralización izq

Columna lumbar: no dolor a la palpación, flexión lumbar 950 con DDS 0cm

Hombros: derecho: flexión anterior activa 1600 abducción 1700 lleva mano a hombro contra lat y a lumbosacras.

Movilidad de hombro izq y resto de articulaciones espontánea libre,. Marcha normal

CARDIOVASC: Edemas en ambos tobillos pies. Pulsiosimetría Sat 02: 97% a 85 lpm

4. TRATAMIENTO EFECTUADO, EVOLUCIÓN Y POSIBILIDADES TERAPEUTICAS

Medicamentoso, RHB, pendiente de valorar infiltración de hombro.

5. *CONCLUSIONES (Limitaciones orgánicas y/o funcionales)*

FE: 50% Sat 02: 97% Disnea de grandes esfuerzos

*Omalgia derecha con limitación de la movilidad activa menor del 50%, cervicalgia
Mareos*

Decisión EVI

QUINTO: La base reguladora mensual de la prestación postulada es de 2.897,04 euros.

La fecha de efectos económicos es de 13 de septiembre de 2018".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por las representaciones letradas del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social y de D. Santos, se formularon sendos recursos de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia en fecha 15 de octubre de 2019, en la que consta el siguiente fallo: "Se desestiman los recursos de suplicación interpuestos frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao de 10-5-2019, procedimiento 1004/18, por don Florencio , que se encuentra asistido del letrado don Ignacio Moreno Albendea y el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, que actúa en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, la que se confirma en su integridad, sin hacer pronunciamiento sobre costas; devuélvase la documental aportada a la parte actora".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 8 de enero de 2007 (recurso 187/2006).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso y habiendo sido impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar el recurso procedente, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 22 de febrero de 2023, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

1.- La controversia litigiosa radica en determinar si el actor, que es beneficiario de una pensión de jubilación anticipada, tiene derecho a que se le reconozca la pensión de incapacidad permanente total.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de octubre de 2019, recurso 1608/2019, confirmó la sentencia de instancia, que había estimado la pretensión del actor de que se le declarase afecto al grado de incapacidad permanente total.

2.- Contra la referida sentencia recurren en casación para la unificación de doctrina el INSS y la TGSS con un único motivo, en el que denuncian la infracción de los arts. 165, 166 y 195 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS). La parte recurrente alega que la pensión de jubilación anticipada exige como requisito estar en alta o en situación asimilada al alta y los trabajadores jubilados anticipadamente no se encuentran en situación de alta ni asimilada al alta. Se invoca como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 8 de enero de 2007, recurso 187/2006.

El actor presentó escrito de impugnación del recurso en el que sostiene que no concurre el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste y argumenta que la doctrina correcta está en la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal informó a favor de la estimación del recurso.

Florencio.- 1.- En primer lugar, debemos examinar el presupuesto procesal de contradicción exigido por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS).

La sentencia del TS de 21 de julio de 2021, recurso 4311/2018, resolvió un recurso de casación unificadora en el que se invocaba la misma sentencia de contraste, negando que concurriera el requisito de contradicción. Pero se trataba de una controversia litigiosa distinta de la enjuiciada en este pleito.

Aquella sentencia del TS de 21 de julio de 2021 resolvió el recurso de casación unificadora interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 3 de julio de 2018, recurso 1242/2018. Ese tribunal superior de justicia se limitó a examinar si las dolencias del actor eran tributarias, por su gravedad, de una pensión de incapacidad permanente total. Argumentó que su gravedad sí que justificaba el grado de incapacidad permanente solicitada y, sin examinar si era exigible el requisito de alta o situación asimilada al alta en la Seguridad Social, declaró en situación de incapacidad permanente parcial a un beneficiario de la pensión de jubilación anticipada.

En ese recurso se citaba la misma sentencia de contraste que en este: la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 8 de enero de 2007, recurso 187/2006. Esa sentencia confirmó la de instancia, que había denegado el acceso a cualquiera de los grados de incapacidad permanente solicitados (total o, subsidiariamente, parcial) por encontrarse el solicitante en situación de jubilación, aunque ésta sea anticipada.

La mentada sentencia del TS de 21 de julio de 2021 negó que concurriera el presupuesto procesal de contradicción porque *"en la sentencia recurrida -al contrario de lo que sucede en la de contraste-, no se debate ni cuestiona si por el hecho de encontrarse el actor en situación de jubilación anticipada no pueda serle reconocida la incapacidad permanente solicitada, por lo que en vía de recurso de casación para la unificación de doctrina, se*

plantea una cuestión nueva en tanto que el INSS y la TGSS consintieron el recurso de suplicación formulado por el demandante, no impugnándolo, ni formulando recurso de suplicación autónomo. En consecuencia, no concurren los requisitos de contradicción exigidos en el art. 219 LRJS."

2.- En el presente recurso, la sentencia recurrida sí que examina frontalmente la cuestión relativa a si el demandante, al estar percibiendo la pensión de jubilación anticipada, estaba en situación de alta o asimilada. En consecuencia, concurre el requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial:

- a) En ambos casos se trata de trabajadores que han accedido a la jubilación anticipada y que solicitan la declaración de incapacidad permanente total o subsidiariamente parcial para su profesión habitual antes de cumplir la edad de 65 años.
- b) En los dos supuestos el INSS deniega su solicitud por ser pensionistas de jubilación y no encontrarse en alta o en situación asimilada al alta.
- c) Las sentencias comparadas examinan si el beneficiario de la pensión de jubilación anticipada está en situación de alta o asimilada a efectos del reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente total o subsidiariamente parcial.
- d) Ambas sentencias llegan a soluciones contrarias. La sentencia recurrida declara la incapacidad permanente total. Por el contrario, la sentencia de contraste la deniega por entender que no estaba solicitando una incapacidad absoluta o una gran invalidez.

En mérito a hechos, fundamentos o pretensiones sustancialmente iguales se han dictado pronunciamientos contradictorios que deben ser unificados.

TERCERO.-

1.- El art. 165.1 de la LGSS dispone:

"Para causar derecho a las prestaciones del Régimen General, las personas incluidas en su campo de aplicación habrán de cumplir, además de los requisitos particulares exigidos para acceder a cada una de ellas, el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario."

2.- El art. 195.1 y 4 de la LGSS establece:

"1. Tendrán derecho a las prestaciones por incapacidad 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 artículo 165.1, hubieran cubierto el período mínimo de cotización que se determina en los apartados 2 y 3 de este artículo, salvo que aquella sea debida a accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún período previo de cotización."

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.

4. No obstante lo establecido en el apartado 1, las pensiones de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta"

3.- El art. 7.1 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (Real Decreto 84/1996, de 26 de enero) acuerda:

"Mediante el acto administrativo de alta, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona, que inicia una actividad o se encuentra en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social que proceda en función de la naturaleza de dicha actividad o situación, con los derechos y obligaciones correspondientes."

El art. 36 del citado Reglamento regula las situaciones asimiladas al alta, entre las que no se encuentra la jubilación anticipada.

4.- La sentencia del TS de 21 de enero de 2015, recurso 491/2014, rechazó que se denegara la pretensión de reconocimiento de la situación de incapacidad permanente por razón de la condición de beneficiario de jubilación anticipada del demandante.

Esta sala explicó que la Ley 24/1997 y el Real Decreto-ley 16/2001 modificaron el art. 138.1 de la LGSS de 1994, que quedó redactado con el contenido siguiente:

"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".

Ese cambio normativo hizo que la sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 22 de marzo de 2006, recurso 5069/2004, estableciera que los pensionistas de jubilación anticipada pudieran ser beneficiarios de prestaciones de incapacidad permanente. Posteriormente se reiteró esa doctrina en la sentencia del TS de 13 junio 2007, recurso 2282/2006.

5.- La sentencia del TS de 12 de julio de 2022, recurso 1301/2019, reprodujo la citada doctrina, revocó la sentencia recurrida y declaró la firmeza de la sentencia dictada por el juzgado de lo social, que había declarado a la actora en situación de incapacidad permanente total.

Esta sala argumentó que el art. 138.1 de la LGSS de 1994 y el art. 195.1, párrafo 2º de la vigente LGSS de 2015 establecen 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) de la LGSS y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. La aplicación de estos preceptos supone que los pensionistas de jubilación anticipada que no hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación pueden ser beneficiarios de prestaciones de incapacidad permanente.

Ninguna de las citadas sentencias examinó si era exigible el requisito de alta o situación asimilada para el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente total.

6.- Por su parte, las sentencias del TS de 27 de abril de 2022, recurso 184/2019 y 22 de noviembre de 2022, recurso 1563/2019, rectificaron la doctrina jurisprudencial en virtud de lo resuelto por las sentencias del TC 172/2021 y 191/2021. El TS reconoció el derecho a acceder a la pensión de gran invalidez (que no exige el requisito de alta o situación asimilada: art. 195.4 de la LGSS) cuando el solicitante percibe la pensión de jubilación anticipada por discapacidad sin haber cumplido los 65 años de edad. El TS argumentó:

"toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad. Se genera con ello una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad".

CUARTO.-

1.- En este recurso se cuestiona si el actor, que es beneficiario de una pensión de jubilación anticipada, reúne el requisito exigido para el devengo de la pensión de incapacidad permanente total consistente en que esté en situación de alta o asimilada cuando sobreviene la contingencia.

El art. 195.1 en relación con el art. 165.1 de la LGSS exige, respecto de la pensión de incapacidad permanente total, que el beneficiario esté en alta o en situación asimilada cuando sobreviene la contingencia.

Por el contrario, el art. 195.4 de la LGSS exceptúa de dicho requisito a las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

2.- El beneficiario de la pensión de jubilación anticipada:

- a) Ni se encuentra en situación de alta porque no desempeña ninguna actividad subsumible en el art. 7 y concordantes del Real Decreto 84/1996, que regulan

el alta en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social.

- b) Ni se encuentra en situación asimilada al alta porque la jubilación anticipada no está incluida entre las situaciones mencionadas en el art. 36.1 del Real Decreto 84/1996.

En consecuencia, el demandante, que es beneficiario de una pensión de jubilación anticipada, no reúne los requisitos exigidos para devengar la pensión de incapacidad permanente total.

3.- Por ello, de conformidad con el Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular en parte la sentencia recurrida y resolver el recurso de suplicación en el sentido de estimar el recurso de suplicación interpuesto por el INSS. Se confirma la sentencia recurrida en cuanto desestima el recurso de suplicación interpuesto por el actor. Se revoca la sentencia dictada por el juzgado de lo social, desestimando íntegramente la demanda. Sin condena al pago de costas (art. 235 de la LRJS).

F A L L O

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

- 1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.**
- 2. Casar y anular en parte la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de octubre de 2019, recurso 1608/2019.**
- 3. Resolver el recurso de suplicación en el sentido de estimar el recurso de tal clase interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Se confirma la sentencia recurrida respecto de la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por D. Santos.**
- 4. Revocar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Dos de Bilbao en fecha 10 de mayo de 2019, procedimiento 1004/2018. Desestimar la demanda interpuesta por D. Santos contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social. Desestimar la pretensión de que se declare al actor afecto de incapacidad permanente total. Sin condena al pago de costas.**

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

Así se acuerda y firma.