nº 37 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Al perceptor de pensión de jubilación anticipada no se le puede reconocer una pensión por incapacidad permanente total (Comentario de la STS 158/2023, de 22 de febrero)

An early retirement pension recipient cannot be awarded a pension for total permanent disability (STS Comment 158/2023, of 22 February)

Juan Miguel Díaz Rodríguez *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad La Laguna (Tenerife)*
https://orcid.org/0000-0001-8271-2471

Cita Sugerida: DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M.: «Al perceptor de pensión de jubilación anticipada no se le puede reconocer una pensión por incapacidad permanente total (Comentario de la STS 158/2023, de 22 de febrero)». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 37 (2023): 119-134.

Resumen

La ley establece que a la persona que tiene cumplida la edad ordinaria de jubilación y, además, reúne los requisitos para obtener por ello la correspondiente pensión, no se le puede conceder una pensión por incapacidad permanente en el mismo régimen de Seguridad Social. Sin embargo, dado que no existe una regla explícita de incompatibilidad entre ambas pensiones como tal reconocidas y que la ley alude de forma expresa a la edad ordinaria de jubilación, se ha suscitado la posibilidad de que el sujeto que disfruta de una pensión por jubilación anticipada obtenga, también, prestaciones por incapacidad permanente. Esto conecta con el requisito del alta, o situación asimilada, que es premisa mayor de la acción protectora de tipo contributivo, incluidas las pensiones por incapacidad permanente, siendo determinante el grado de incapacidad.

Palabras clave

Pensiones; jubilación anticipada; incapacidad permanente; requisito del alta; incompatibilidad

Abstract

The law establishes that a person who has reached the ordinary retirement age and, in addition, meets the requirements to obtain the corresponding pension, cannot be granted a pension for permanent disability under the same Social Security scheme. However, given that there is no explicit rule of incompatibility between both pensions as such and that the law expressly refers to the ordinary retirement age, the possibility has arisen that the subject who enjoys an early retirement pension may also obtain permanent disability benefits. This connects with the requirement of discharge, or assimilated situation, which is the major premise of the protective action of a contributory type, including pensions for permanent disability, the degree of disability being decisive.

Keywords

Pensions; early retirement; permanent disability; discharge requirement; incompatibility

1. DATOS ESENCIALES (FÁCTICOS Y JURÍDICOS) DEL LITIGIO ENTABLADO

El demandante ha accedido a la jubilación anticipada el 1 de marzo de 2018. Hasta el día antes ha estado cotizando (en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos) al menos los treinta y cinco años que debía acreditar para obtener pensión por la mencionada jubilación anticipada. Sin embargo, unos meses más tarde solicita dicha persona el reconocimiento también de una pensión por incapacidad permanente, concretamente formuló la petición el 8 de agosto de 2018, recibiendo respuesta negativa del INSS debido a que la persona solicitante no se encuentra en situación de alta ni asimilada (resolución administrativa dictada el 17 de septiembre del mismo año). Esta es la esencia de una controversia jurídica que así se inició y que terminó llegando al Tribunal Supremo.

Fecha Recepción: 9/7/2023 - Fecha Revisión: 12/7/2023 - Fecha Aceptación: 10/10/2023
Pags. 119-134

El supuesto se enmarca, como acaba de señalarse, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, lo cual no implica particularidades de ningún tipo en la controversia generada. La acción protectora de la Seguridad Social en dicho régimen es, en materia de incapacidad temporal e incapacidad permanente, esencialmente igual a la dispuesta para los trabajadores asalariados y similares en el régimen general de la Seguridad Social, con algunas particularidades[1], vistos los artículos 305 y ss. de la Ley General de Seguridad Social (texto refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre[2], en adelante LGSS) y los 36 y ss. del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos[3].

La situación material de incapacidad permanente en que se encuentra el demandante no es discutida. Según se refleja en el informe médico fechado a 11 de septiembre de 2018 (reproducido con una amplitud desmedida en la sentencia que va a ser comentada), el trabajador (que hasta la jubilación anticipada ha sido maquinista minero y ayudante de perforista) está afectado por diversos problemas cardiacos como patología principal, acompañado esto de otras dolencias de tipo traumatológico.

1.1. Esencia del pleito y primer acercamiento al artículo 195 LGSS

Este sorprendente supuesto (persona que ya está jubilada y que desea añadir una pensión por incapacidad permanente) viene propiciado por el artículo 195 LGSS, que conviene ya ir citando sin perjuicio del análisis pormenorizado que del mismo se realizará en el siguiente epígrafe. Efectivamente, la mentada norma contiene una regla general harto conocida en materia de pensiones, regla cuya formulación expresa conduce a un inicial problema interpretativo. El citado artículo (será transcrito luego) no plasma una incompatibilidad entre prestaciones, tal que no se pueda ser sujeto beneficiario de las pensiones de incapacidad permanente (por contingencias comunes) y de jubilación en cualquier modalidad, sino que establece (art. 195.1) que si se tiene cumplida la edad ordinaria de jubilación (la edad prevista en el artículo 205.1.a, se alude expresamente) y se reúnen los requisitos para conseguir dicha pensión, no se reconocerá una pensión por incapacidad permanente (en contingencias comunes). En otras palabras, viene a "sugerirse" que, mediando contingencias comunes, se solicite no la pensión por incapacidad permanente sino la de jubilación (si la edad de la persona así lo permite y si se cumplen los requisitos para ello), es decir, "se encauza al sujeto protegido por el camino de la jubilación si acredita los requisitos, aunque también reuniera los de la incapacidad permanente"[4].

Evidentemente, las prestaciones económicas por incapacidad permanente y por jubilación son bien distintas, porque la situación protegida responde a circunstancias bien diferenciadas, por más que la ciudadanía pueda tener la idea de que en ambos casos existe un "retiro", o expresión similar, utilizándose a veces de forma impropia la expresión "jubilación por incapacidad" para referirse a quien es "retirado del mercado de trabajo" ("jubilado") por razones de incapacidad permanente. Quizás la confusión pueda venir precisamente propiciada por la propia legislación que, en el ámbito de las clases pasivas del Estado, se refiere a la "jubilación por incapacidad"[5]. En todo caso, huelga decir que el hecho causante de la incapacidad permanente es uno y el de la jubilación es otro.

Por otra parte (continuando con lo comentado sobre "sugerencia" de solicitar la pensión de jubilación en lugar de la de incapacidad permanente), la ley sí confirma una suerte de regla general de

[1] Como recuerda Poquet Catalá, R.: *Derecho de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, Murcia, Laborum, 2023, pp. 169 y 190.

[2] BOE de 31 de octubre de 2015 (núm. 261).

[3] BOE de 15 de septiembre de 1970 (núm. 221).

[4] Fernández Orrico, F.J.: en VV.AA. (Sempere Navarro, A.V. y Barrios Daudor, G.L., dirs.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Vol. IV. Régimen de la Seguridad Social II: Acción Protectora*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 396.

[5] En efecto, según lo ordenado en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (BOE núm. 126, de 27 de mayo).

incompatibilidad (aunque no refiriéndose a ella como tal) con lo dispuesto en el artículo 200.4 LGSS: la pensión por incapacidad permanente que en un momento dado esté disfrutándose pasa a denominarse pensión de jubilación de forma automática cuando el sujeto beneficiario cumple la edad de 67 años (no puede sumarse la pensión de jubilación a la que ya se venga percibiendo por incapacidad permanente y si solo se tiene derecho a prestación por esta última pasará a denominarse pensión de jubilación), así como, debe sobreentenderse, se produce dicho cambio de nomenclatura cuando una persona mayor de 67 años accede a la pensión por incapacidad permanente[6]. En suma, como ha destacado la mejor doctrina, es indudable que, de una u otra forma, las pensiones de incapacidad permanente y jubilación no pueden superponerse proviniendo del mismo régimen de Seguridad Social[7].

Sin embargo, en la interpretación del citado artículo 195.1 LGSS se plantea la siguiente disyuntiva (atendiendo de entrada a lo pedido por el demandante): la edad que impediría el reconocimiento de una pensión por incapacidad permanente ¿Es la edad literalmente nombrada en el artículo 195.1 LGSS, o sea, la edad ordinaria de jubilación, o debe entenderse que la regla consiste en que si una persona puede jubilarse o, incluso, ya se ha jubilado, no hay lugar para una pensión por incapacidad permanente (por contingencias comunes)? Desde luego, a favor de lo primero juega la literalidad de los términos legales, mientras que lo segundo contaría con el respaldo de la "lógica" a la que parecen responder en general las normas vigentes y que, como acaba de apuntarse de forma introductoria, consistiría en que las pensiones de incapacidad permanente y jubilación no pueden combinarse (en un mismo régimen, como ocurre en el supuesto de autos).

Pues bien, en cuanto al supuesto presentado al inicio, el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao estimó la demanda, en sentencia dictada el 10 de mayo de 2019 (procedimiento 1004/2018). Se resolvió que la situación de incapacidad permanente total que afectaba al demandante debe desembocar en el reconocimiento de la correspondiente pensión (75% de la base reguladora mensual, que estaba fijada en la cuantía de 2.897,04 euros, lo cual será luego recurrido en suplicación por la parte actora, sin éxito). El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) recurrieron en suplicación (recurso 1608/2019), pero la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco, en su sentencia 1766/2019, de 15 de octubre, desestimó ambos recursos, no alterándose por tanto lo que resolvió el Juzgado. Llegados a este punto, solo el INSS y la TGSS interpusieron recurso de casación para la unificación de doctrina (número 4500/2019), que dio lugar a que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) dictara la sentencia 158/2023, de 22 febrero, que será objeto de estudio en las páginas siguientes. Todas las resoluciones judiciales en ellas mencionadas pertenecen al orden social de la jurisdicción, lo cual queda ya desde ahora advertido y no se estará reiterando en cada caso.

1.2. Dos problemas jurídicos latentes: compatibilidad entre prestaciones y requisito de alta o situación asimilada

Antes de analizar de forma pormenorizada el artículo 195 LGSS, conviene llamar la atención sobre el problema jurídico dual al que ha sido inevitable hacer ya referencia. Como acaba de observarse, el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao parece centrarse en lo relativo a la edad, entendiendo que la edad que impide obtener una pensión de incapacidad permanente es la del artículo 205.1.a LGSS, aceptando en el supuesto de autos el reconocimiento de la pensión por incapacidad permanente dado que la jubilación que ya tenía el sujeto era la anticipada. Sin embargo, la Administración (de la Seguridad Social) opone un problema relacionado con el alta, o situación asimilada al alta, que considera un impedimento insalvable para conceder la pensión de incapacidad permanente.

[6] Fernández Orrico, F.J… ob. cit., p. 452.

[7] Blasco Lahoz, J.F. y López Gandía, J.: *Curso de Seguridad Social*, 14ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 444, sentando cinco reglas básicas en materia de incompatibilidades de la pensión de incapacidad permanente con "otras pensiones o subsidios", señalan como la tercera de ellas: "La pensión de incapacidad es incompatible con la de jubilación, pudiendo optarse entre una u otra en caso de concurrencia de ambas pensiones".

La dicción literal del citado artículo 195 (que será ahora analizado) es clara y, por tanto, viene a suponer que la persona que tiene la edad de jubilación (la edad ordinaria, ya que la norma se refiere de forma explícita al artículo 205.1.a, o sea, 67 años, que en la actualidad son 66 años y 4 meses por lo dispuesto en la disposición transitoria séptima LGSS) y que, además, cumple los requisitos para que se le reconozca una pensión por dicha jubilación, no puede conseguir también una pensión por incapacidad permanente, con lo que todo lo que no sea eso no es obstáculo; es decir, si el sujeto está jubilado pero de forma anticipada, hay vía libre (por lo que respecta al artículo 195 LGSS) para que, además, perciba una pensión por incapacidad permanente si efectivamente se encuentra en dicha situación y cumple los requisitos legales. Desde luego, que esto pueda ocurrir no parece muy ortodoxo por la ya recordada idea general de imposibilidad de disfrute conjunto de prestaciones por incapacidad permanente y por jubilación en un mismo régimen, pero a ello conduce inicialmente el tenor literal del artículo 195 LGSS.

Sin embargo, dejando a un lado la aceptabilidad o no de la confluencia en una misma persona de la pensión de jubilación y la de incapacidad permanente (en un mismo régimen de la Seguridad Social), que el artículo 195.1 parece permitir si se trata de la jubilación anticipada, se plantea en paralelo una cuestión técnica jurídica como es la de los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de prestaciones contributivas de la Seguridad Social en general y pensiones por incapacidad permanente en particular, dejando ahora totalmente de lado el asunto de la jubilación. Uno de esos requisitos es, como no podía ser de otra manera (en el nivel contributivo), el mencionado en el mismo artículo 195 y que lleva a mirar hacia el artículo 165 LGSS: el sujeto que aspire a convertirse en beneficiario de prestaciones de Seguridad Social, debe estar en situación de alta, o asimilada en los términos legalmente previstos de forma general y, en su caso, para la prestación en concreto de que se trate, en este caso la de incapacidad permanente.

Vista la esencia fáctica del pleito entablado y el dual problema jurídico subyacente, procede adentrarse en el mentado artículo 195 LGSS y demás normativa de referencia.

2. ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 195 LGSS Y NORMATIVA ADICIONAL

En un supuesto como el que protagoniza estas páginas deben tenerse en cuenta varias normas jurídicas, alguna ya citada en la anterior aproximación, que integran el marco normativo de referencia, aun no caracterizándose este por la mejor sistemática posible y apreciándose que la reforma emprendida por la Ley 24/1997 (luego será citada con detalle) en materia de incapacidad permanente no ha acabado como debía por falta de un adecuado desarrollo reglamentario, lo que genera inseguridad jurídica[8]. En efecto, en el Derecho de la Seguridad Social es habitual que la propia normativa deba contemplar diversas hipótesis en función del tipo de contingencia y de otras situaciones y realidades jurídicas en las que pudiera encontrarse la persona, algunas precisamente relacionadas con la Seguridad Social, lo cual exige un rigor y una coherencia entre normas legales y reglamentarias que a veces no existen. Esto es algo que se aprecia con claridad en el régimen jurídico a continuación analizado y que conducirá a varias propuestas de mejora legislativa en el cierre de este comentario, al hilo de las puntualizaciones que serán hechas enseguida y que no tienen una plasmación explícita idónea en la norma. En particular, como ya ha sido antes apuntado en el primer acercamiento al artículo 195 LGSS, la ausencia de un régimen jurídico claro y detallado sobre compatibilidades e incompatibilidades en general en el Derecho de la Seguridad Social se deja sentir, también, en materia de incapacidad permanente[9].

[8] VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Manual de Seguridad Social*, 18ª ed., Madrid, Tecnos, 2022, p. 287, se refieren a la "inseguridad sobre el sentido actual de esta prestación" que deriva, entre otros factores, "del carácter inacabado de la reforma".

[9] Ídem, p. 304: "La inexistencia en nuestro Sistema de Seguridad Social de un régimen de compatibilidad e incompatibilidad de las pensiones, mínimamente ordenado, completo y coherente, también se deja sentir, como no podía ser de otra manera, en las pensiones derivadas de la declaración de incapacidad permanente".

En el artículo 195 LGSS hay que estar a sus apartados primero y cuarto, que son transcritos a continuación (los apartados segundo y tercero se ocupan del período mínimo de cotización, que no será abordado en estas páginas por ajeno al pleito entablado):

"Artículo 195. Beneficiarios

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

En tales supuestos, el período mínimo de cotización exigible será, en todo caso, de quince años, distribuidos en la forma prevista en el último inciso del apartado 3.b)".

Centrando la atención, por tanto, en los elementos jurídicos a tener en cuenta por la persona que solicita en un momento dado una pensión por incapacidad permanente (partiendo de que se encuentra en dicha situación desde un punto de vista médico y de que, en consecuencia, ha sido evaluada como tal), los preceptos que acaban de ser literalmente reproducidos exigen varias puntualizaciones, ordenadas a continuación de forma telegráfica y provenientes todas de la literalidad normativa salvo una (subepígrafe 2.1.8):

2.1. Apartados 1 y 4 del artículo 195 LGSS. Diversas hipótesis

2.1.1. Toda pensión por incapacidad permanente exige cumplir el requisito del 165.1

La premisa mayor para percibir una pensión de incapacidad permanente en el nivel contributivo, como no puede ser de otra manera ya que ello es consustancial a dicho nivel, es la de estar dado de alta en el momento del hecho causante, o en situación asimilada al alta. Se trata de un punto de partida que se recuerda en el propio artículo 195.1, remitiéndose al 165.1 donde se fija la señalada premisa mayor. Sin perjuicio de que, en ocasiones esporádicas, sea necesario modular la aplicación de dicho artículo 165.1 y normativa de desarrollo, el requisito del alta, o situación a ella asimilada, no permite muchas flexibilidades y, al contrario, se presta a su comprobación de forma rigurosa (tanto por la propia naturaleza del requisito como por la necesidad de evitar el fraude[10]), dejando al margen supuestos patológicos en los que la falta de alta por ilegalidades empresariales pueda suplirse por otras vías. Las desprotecciones que la exigencia rigurosa de alta o situación asimilada pudiera originar tendrán que ser solucionadas por el legislador, en todo caso, no por la jurisprudencia[11].

[10] VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Manual de Seguridad Social... ob. cit.,* p. 288: "Por lo que hace al nivel contributivo, una cuestión especialmente presente en la ordenación de la prestación, se centra en la inquietud por controlar la actividad de la Administraciónde de Seguridad Social a la hora de constatar la existencia de los presupuestos sobre los que se articula la protección. Este aspecto lo comparte con la incapacidad temporal (…) y revela una permanente sospecha sobre el fraude".

[11] Cavas Martínez, F., en VV.AA. (Sempere Navarro, A.V. y Barrios Daudor, G.L., dirs.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Vol. IV. Régimen de la Seguridad Social II: Acción Protectora*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 110: "La exigencia de alta introduce una notable rigidez en el funcionamiento

2.1.2. Solo cuando se trata de enfermedad común se exige cotización previa

Al igual que sucede en el ámbito de la incapacidad temporal, en realidad no se exige cotización previa para ser sujeto beneficiario de pensión por incapacidad permanente, salvo si proviene de una enfermedad común. Eso sí, la hipótesis de que el detonante de la incapacidad sea una enfermedad común no es ni mucho menos minoritaria, ya que los problemas de salud no relacionados con el trabajo (en sentido médico causal, puesto que desde otras perspectivas incluso filosóficas todo está relacionado de una u otra forma) representan un conjunto amplio de patologías que persisten o se reformulan, a pesar de los constantes avances que la investigación en medicina viene permitiendo en las últimas décadas.

2.1.3. Entre incapacidad permanente y jubilación, esta tiene prioridad (en contingencias comunes)

Si quien pretenda obtener una pensión por incapacidad permanente (cumpliendo de entrada el requisito de alta o situación a ella asimilada, subepígrafe 2.1.1), tiene ya cumplida la edad ordinaria de jubilación (la edad ordinaria y no la anticipada, ya que el artículo 195.1 LGSS se refiere expresamente a la edad contemplada en el artículo 205.1.a LGSS y no, por tanto, a la considerada en artículos posteriores de la misma ley que regulan diversas hipótesis de jubilación anticipada[12]) y, además, puede efectivamente obtener una pensión de jubilación (es decir, reúne los requisitos para esta, como establece la ley, aunque no la haya solicitado[13]), no podrá obtener dicha pensión por incapacidad permanente y le será reconocida la pensión de jubilación (si la solicita, es obvio). Esta regla opera cuando la contingencia subyacente sea común (tanto accidente no laboral como enfermedad común). En coherencia con esto, el artículo 10.1, primer párrafo, del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre (de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible[14]), en términos similares pero con otro enfoque, quizás más clarificador, señala: "No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga sesenta y cinco o más años y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, excepto que el origen de la incapacidad permanente se deba a contingencias profesionales".

2.1.4. Elección de pensión por incapacidad permanente, descartando la jubilación (contingencias profesionales)

Lo anterior no ocurre cuando las contingencias son profesionales, como acaba de leerse en el último inciso del primer párrafo del artículo 10.1 RD 1132/2002 (presente de forma tácita en el artículo 195.1 LGSS). La ley quiere salvaguardar la mejor protección posible ante un daño para

de la acción protectora, lo que pueda dar lugar a problemas de desprotección, que el legislador ha tratado de solucionar a través de diversas vías".

[12] Blasco Lahoz, J.F. y López Gandía, J.: *Curso de Seguridad Social*… ob. cit., p. 424, así lo entienden, matizando que la edad por tanto de referencia es la de 67 años, o 65 si se tiene la cotización necesaria, no la de jubilación anticipada "no equivalente" [en referencia a la jubilación "anticipada" en caso de discapacidad prevista en el artículo 206.bis LGSS, que los autores consideran mal denominada (p. 425), puesto que el adelanto obedece a razones diferentes a las que están presentes en los artículos 207 y 208 LGSS y, entonces, más bien se trata de una edad de jubilación que, en caso de discapacidad, es equivalente a la edad ordinaria regulada en el art. 205.1.a LGSS]. En el mismo sentido, Roqueta Buj, R.: «Incapacidad permanente» (en VV.AA., Roqueta Buj, R. y García Ortega, J., dirs., *Derecho de la Seguridad Social*, 11ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022), p. 409.

[13] Roqueta Buj, R.: «Parte segunda. La incapacidad permanente», en Roqueta Buj, R. y Fernández Prats, C., *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La Ley, 2014, p. 492, así lo remarca, haciéndose eco del reparo doctrinal que ha sido opuesto a esta regla, ya que "se propician los tratamientos diferenciados entre los mayores de 67 años, pues, en función de que cumplan o no los requisitos para el acceso a la jubilación, serán protegidos por ésta o, por el contrario, por la prestación de IP" (p. 493).

[14] BOE de 27 de noviembre de 2002 (núm. 284).

la salud derivado del trabajo y, por tanto, le permite al sujeto optar por la pensión de incapacidad permanente y dejar a un lado la jubilación. Es decir, la persona que (recuérdese nuevamente: está dada de alta, o en situación asimilada) tiene la edad de jubilación (la edad ordinaria contemplada en el art. 205.1.a LGSS, no la de referencia para la jubilación anticipada) y, además, puede por ella convertirse en sujeto beneficiario de pensión, tendría la posibilidad de obtener, a pesar de ello, una pensión por incapacidad permanente (solo si las contingencias son profesionales). Se supone que esto le permite a la persona hacer sus cálculos y escoger la pensión cuya cuantía sea más alta[15]. El transcrito (en el subepígrafe anterior) artículo 10.1 RD 1132/2002 ofrece también aquí cobertura normativa reglamentaria, más clara además, si bien no se trata de que "se reconocerá" la pensión sino de que el sujeto potencialmente beneficiario de ambas (incapacidad permanente y jubilación) podrá elegir una u otra, al tratarse de contingencias profesionales. En este mismo sentido debe interpretarse el segundo párrafo del artículo 195.1 LGSS, del que no se desprende, como parece, que por contingencias profesionales sí podrán coexistir ambas prestaciones (incapacidad permanente y jubilación), sino que cuando medien contingencias profesionales es posible el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente aunque el sujeto tenga cumplida la edad ordinaria de jubilación y reúna los requisitos para cobrar pensión por ella (pero no habiéndola solicitado, es obvio).

2.1.5. Derecho a pensión por incapacidad permanente, si se tiene la edad ordinaria de jubilación pero no se cumplen los requisitos (ante todo tipo de contingencia)

Al hilo de las reglas anteriores, toda persona que, aun teniendo cumplida la edad ordinaria de jubilación, no esté en condiciones de que se le reconozca por ella una pensión al no cumplir los requisitos, podrá solicitar y obtener (si está en alta, o situación asimilada al alta, y tiene la cotización mínima previa en caso de tratarse de una enfermedad común) una pensión por incapacidad permanente. Esto es así tanto si las contingencias son profesionales como si son comunes y podría darse en diversos casos (no habituales, pero posibles) de lagunas o intermitencias que, por su entidad, conduzcan a una carrera de seguro insuficiente para la pensión de jubilación (pero válida para la pensión por incapacidad permanente, incluso si media una enfermedad común).

El artículo 10.2 del citado RD 1132/2002 recuerda que esto es así, desarrollando el segundo párrafo del artículo 195.1 LGSS, bien que incurriendo en una inexactitud que, por jerarquía normativa, debe considerarse solventada. Se establece en dicho precepto lo siguiente: "Tendrán derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, por contingencias comunes y en la cuantía prevista en el artículo siguiente, las personas que, reuniendo las condiciones exigidas, sean declaradas en tal situación cuando en la fecha del hecho causante tengan cumplidos sesenta y cinco años y no reúnan todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social". Probablemente el "legislador reglamentario" ha traído del artículo 195.1 LGSS la referencia a las contingencias comunes y la ha integrado en los apartados 1 y 2 del citado artículo 10, lo cual no procede en el caso del apartado 2, ya que (si se lee de forma literal y descontextualizada) se daría el absurdo de que, por contingencias profesionales, sí podría el sujeto elegir entre pensión por incapacidad permanente o por jubilación si tiene la edad para esta y cumple, además, los requisitos, pero si tiene la edad pero no reúne los requisitos para la jubilación se quedaría sin pensión por incapacidad permanente (que sí podría percibir si las contingencias fueran comunes). Recuérdese que el segundo párrafo del reiterado artículo 195 LGSS menciona las contingencias comunes como aquellas que, con

[15] Ballester Laguna, F. y Sirvent Hernández, N.: *Lecciones y Prácticas de Seguridad Social (adaptadas al EEES)*, 10ª ed., Madrid, Ediciones Cinca (Colección Universidad, nº 21), 2022, p. 108: "Por último, no se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de contingencias comunes cuando en el momento del hecho causante el beneficiario haya cumplido la edad ordinaria de jubilación y acredite los demás requisitos para acceder a la pensión de jubilación. Cosa que no ocurre en los supuestos de incapacidad permanente derivados de contingencias profesionales, en los que el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación no es un obstáculo para la declaración de la incapacidad permanente, pudiendo optar el trabajador entre la pensión de jubilación o la de incapacidad permanente".

la edad de jubilación y cumpliéndose los requisitos, no permiten el reconocimiento de prestación por incapacidad permanente (sí sería posible si son profesionales), pero si se tiene la edad de jubilación sin cumplir los requisitos (para la pensión de jubilación) podrá siempre, es evidente, obtenerse una prestación por incapacidad permanente (sea comunes o profesionales las contingencias).

2.1.6. Que se tenga derecho a solicitar pensión de jubilación anticipada, no es obstáculo para percibir una por incapacidad permanente

La edad que impide convertirse en sujeto beneficiario de pensión por incapacidad permanente es la mencionada de forma concisa en el artículo 195.1 LGSS, es decir, la edad ordinaria de jubilación (que es la fijada en el artículo 205.1.a, al que se remite el citado 195.1, como ha entendido la doctrina antes citada). Por tanto, si se cumplen los requisitos (alta o situación asimilada y, en su caso, cotización previa) para una prestación por incapacidad permanente, esta debe reconocerse a quien cumple, también, los requisitos para una pensión de jubilación anticipada (edad y cotización), sin haberla solicitado.

2.1.7. El percibo de pensión por jubilación anticipada imposibilita el reconocimiento de pensión por incapacidad permanente (regla general)

Si no solo ocurre lo comentado en el subepígrafe anterior, sino que la pensión por jubilación anticipada es efectivamente solicitada, es imposible que a esa persona se le reconozca también una pensión de incapacidad permanente, pero no por razones de incompatibilidad (expresas, aunque de forma tácita existe una regla general de no confluencia en una misma persona de pensiones de incapacidad permanente y jubilación, en un mismo régimen, como se expuso al principio), sino porque no se cumple el requisito inicial que, antes se ha dicho, opera como premisa mayor: estar en alta, o en situación asimilada al alta. Esto, que tiene la excepción apuntada a continuación, será luego comentado con mayor precisión normativa (epígrafe 2.2).

2.1.8. Excepción: la pensión por incapacidad permanente absoluta, o por gran invalidez, no exige alta ni situación asimilada al alta

En efecto, lo anterior tiene una excepción importante contemplada en el artículo 195.4 LGSS, antes transcrito, el cual es bastante claro. Para la incapacidad permanente en grado de absoluta o de gran invalidez que derive de contingencias comunes (si son profesionales querrá decir que se estaba trabajando y, entonces, se estaba en alta o situación asimilada) no es necesario cumplir el requisito de estar dado de alta o en situación asimilada. Por tanto, quien, como en la hipótesis planteada en el apartado anterior, sea sujeto beneficiario de pensión por jubilación anticipada puede, además, serlo de pensión por incapacidad permanente (si se trata de una absoluta, o de gran invalidez), siempre que cumpla, eso sí, el requisito de cotización previa que, importante, sería en estos casos de quince años (como "contrapartida"[16]), con arreglo a lo establecido en el segundo párrafo del transcrito artículo 195.4 LGSS. Sea o no ortodoxo y poniendo de manifiesto o no la necesidad de una modificación legislativa, a ello conduce de forma inexorable la literalidad de la normativa vigente; pudiendo oponerse que, como puede de ella inducirse, existe una suerte de norma (tácita) de no coincidencia en una misma persona de pensiones por incapacidad permanente y jubilación (en un mismo régimen), pero los preceptos señalados auspician, también, la idea contraria.

[16] Fernández Orrico, F.J. ob. cit., p. 400, refiriéndose a esta posibilidad de acceder a la pensión por incapacidad permanente en los grados de absoluta y de gran invalidez sin cumplir el requisito del alta o situación asimilada: "Sin embargo, y como contrapartida, ello sólo es posible endureciendo el período de carencia exigido, y así señala la LGSS que en tales supuestos (situaciones de no alta), el período mínimo de cotización exigible será, en todo caso, de quince años (carencia genérica), de los cuales tres (1/5 de los 15 años) deben estar comprendidos en los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante (carencia específica)".

2.2. El requisito general del alta previsto en el artículo 165.1 LGSS

Cuando el artículo 195.1 se refiere a la "condición general exigida en el artículo 165.1", está recordando que la LGSS contiene en dicha norma (el 165.1) un requisito harto conocido en los sistemas contributivos de Seguridad Social, no otro que el de que el sujeto causante esté afiliado así como dado de alta, o en situación asimilada, cuando sobreviene la contingencia o situación protegida. En otras palabras: cuando esto ocurre (cuando se produce el hecho desencadenante de la acción protectora), la ley condiciona el despliegue de dicha acción a que el sujeto se encuentre en activo[17], o en una situación que haga las veces de "prolongación" de ello. Como se sabe, el necesario desarrollo reglamentario de esta previsión legal se encuentra en el Real Decreto 84/1996 (de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social[18]), debiendo acudir concretamente a sus artículos 7 y 36. A modo de recordatorio breve: el artículo 7 gira en torno al hecho del inicio de una actividad (o situación conexa a ella)[19], de forma que debe ser dado de alta quien comienza un trabajo, dicho en términos elementales, mientras que el artículo 36 se ocupa de las situaciones asimiladas al alta que pueden darse de una u otra forma, a unos u otros efectos, consistiendo en una "prolongación"[20] del alta, aunque materialmente ha cesado la actividad que llevó al alta respecto de la que opera la asimilación, pero utilizándose la figura de la situación asimilada al alta para que la persona no quede excluida del sistema de Seguridad Social por una ausencia de alta real que no se deba a una inactividad laboral continuada[21]. Se trata, desde luego, de toda una ficción jurídica[22]. En el caso que ahora es objeto de análisis, la jubilación anticipada no aparece mencionada como situación asimilada al alta en ninguno de los apartados del citado artículo 36.

Por tanto, según la normativa vigente, la persona que es beneficiaria de una pensión por jubilación anticipada no cumple "la condición general exigida en el artículo 165.1" y que el artículo 195.1 recuerda que debe concurrir para obtener una pensión por incapacidad permanente, es decir, esa persona ni está dada de alta ni se encuentra en situación asimilada al alta, lo cual podría ser enervado (con el apoyo literal del artículo 195.4 LGSS) si se trata de una incapacidad permanente absoluta o de una gran invalidez, pero no cuando la incapacidad permanente es total. En suma, al margen de que sea ortodoxo o no combinar una pensión por jubilación (anticipada) con una pensión por incapacidad permanente, cuando esta es total es imposible.

---

[17] González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, 22ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 134, subrayando la "centralidad" del cumplimiento del requisito del alta, recuerdan que "el alta pone de manifiesto que el sujeto protegido, en el momento de sobrevenir la contingencia, se encontraba en activo".

[18] BOE de 27 de febrero de 1996 (núm. 50).

[19] Los actos de encuadramiento, entre ellos el alta, permiten que la Administración tenga constancia del inicio de una actividad. Como señalan, González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S.: *Introducción… ob. cit.*, p. 131, "la esencia e incluso la particularidad de los actos de encuadramiento es la misma: manifestar ante la Seguridad Social que alguien (el trabajador asalariado, el funcionario público, el autónomo) ha comenzado a desarrollar una de las actividades profesionales que obligan a contribuir económicamente al Sistema de Seguridad Social como anticipo de la respuesta protectora del Sistema cuando las contingencias se actualicen".

[20] Ídem, p. 135, refiriéndose a todos los supuestos recogidos en dicho artículo 36, señalan que "se trata de personas que estaban en alta y que, a efectos del sistema de la Seguridad Social, al encontrarse en alguna de las situaciones descritas, van a ser tratadas como si todavía estuvieran en alta, considerándolas en una especie de prolongación de ésta".

[21] Tarancón Pérez, E. y Romero Ródenas, Mª.J.: *Manual de prestaciones contributivas del régimen general de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo (Manuales Prácticos), 2021, p. 45: "El alta asimilada es una situación creada por el legislador que permite mantener al trabajador dentro del Sistema de la Seguridad Social en supuestos de suspensión o extinción del contrato de trabajo, en los que, lógicamente, no puede existir un alta real".

[22] Cavas Martínez, F… ob. cit., p. 110: "Estamos, por tanto, ante una ficción jurídica en la que el legislador proyecta hacia el futuro el efecto protector de un alta previa".

2.3. Pensión de jubilación anticipada y pensión por incapacidad permanente. Historia normativa y jurisprudencia anterior

Según se relata en la misma sentencia aquí comentada, aunque con la falta de claridad y/o desorden que habitualmente se aprecia en estas resoluciones, en el Derecho de la Seguridad Social tiene ya cierta antigüedad la norma prohibitiva del reconocimiento de pensión por incapacidad permanente cuando el sujeto tiene cumplida la edad de jubilación y, además, reúne los requisitos para percibir pensión por dicha jubilación. Efectivamente, el artículo 138 de la anterior Ley General de Seguridad Social de 1994 (texto refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio[23], en adelante LGSS-1994), del que es equivalente el actual 195 (que coincide literalmente con la versión última de dicho artículo 138), solo tenía inicialmente un párrafo y que era el actual primer párrafo del artículo 195, hasta que la Ley 24/1997 (de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social[24]) insertó un segundo párrafo cuyos términos eran los siguientes: "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". El objetivo perseguido con este cambio era el de asegurar la "centralidad de la protección de la vejez"[25] y, como puede observarse, se trataba de una regla aplicable inicialmente para todas las prestaciones de incapacidad permanente, es decir, "cualquiera que sea la contingencia que las origine", lo cual fue modificado poco tiempo después porque la picaresca que se pretendía evitar no había sido erradicada, sino reorientada[26]. El Real Decreto-Ley 16/2001 (de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible[27], a la postre Ley 35/2002, de 12 de julio[28]) introdujo un cambio consistente en restringir el radio de acción de la norma a las contingencias comunes, habiendo perdurado hasta hoy (en la actual LGSS) el precepto en esos términos, con algún insignificante retoque gramatical[29].

A partir de estos cambios normativos, el Tribunal Supremo (entiéndase siempre que su Sala de lo Social) concedió la pensión por incapacidad permanente a quien tenía la reconocida una pensión de jubilación pero anticipada, al no tener la edad ordinaria de jubilación que era la mencionada en la ley como impedimento (en el antiguo artículo 161.1.a LGSS-1994, actualmente artículo 205.1.a LGSS), dejando de lado la norma general tácita citada al inicio de estas páginas y consistente en que el legislador quiere evitar que, en un mismo régimen de Seguridad Social, se perciban simultáneamente pensiones de incapacidad permanente y jubilación. Se dictaron entonces sentencias como la de 22 de marzo de 2006 (recurso 5069/2004), o la de 13 de junio de 2007 (recurso 2282/2006) y, años más tarde, la de 21 de enero de 2015 (recurso 491/2014). Más reciente, apareció la STS 145/2022, de 12 julio 2022, (recurso de casación para la unificación de doctrina 1301/2019), en la que el Alto Tribunal mantenía el mencionado criterio, revocando (conviene destacar esto) la sentencia recurrida y que, revocando a su vez la del Juzgado, denegaba la pensión por incapacidad permanente al demandante, que ya venía percibiendo una pensión por jubilación anticipada (se trataba de la STSJ País Vasco 231/2019, de 29 enero, recurso de suplicación 56/2019). No deja de sorprender que en estas sentencias (las del TS) todo se centrara en el problema jurídico relativo a si la edad que es obstáculo para una pensión por

[23] BOE de 29 de junio de 1994 (núm. 154).

[24] BOE de 16 de julio de 1997 (núm. 169).

[25] Roqueta Buj, R.: «*Parte segunda. La incapacidad permanente… ob. cit.*, p. 486, refiriéndose al nuevo segundo párrafo que la Ley 24/1997 añadía al antiguo artículo 138.1 LGSS-1994, valoraba que "con esta regla se pretendía garantizar la centralidad de la protección de la vejez en el sistema de la Seguridad Social y evitar así la picaresca anterior".

[26] Ídem, p. 487.

[27] BOE de 31 de diciembre de 2001 (núm. 313).

[28] BOE de 13 de julio de 2002 (núm. 167).

[29] Roqueta Buj, R.: «*Parte segunda. La incapacidad permanente… ob. cit.*, p. 486 a 489, explica los pormenores de esta evolución normativa (Ley 24/1997 y RD-L 16/2001) y las vicisitudes fácticas que iban impulsado uno u otro cambio.

incapacidad permanente es la de jubilación ordinaria o cualquier edad de jubilación, dejando de lado otras consideraciones que no eran pueriles. Una pregunta que surge es la siguiente: ¿Quizás entendía el Tribunal que el único supuesto de denegación de pensión por incapacidad permanente relacionado con la jubilación era el de (en contingencias comunes) tener la edad (ordinaria) de jubilación y los requisitos cumplidos para pensión por ella, tal que en cualquier otro supuesto debía concederse la pensión por incapacidad permanente? Podría ser una explicación, pero el actual artículo 195 LGSS (el anterior 138 LGSS-1994) contiene varias reglas, no solo esa, algunas con valor constitutivo, como ha sido antes comentado. Otro enfoque posible puede que haya sido el de que la ley no está atendiendo a que se tenga efectivamente reconocida una pensión de jubilación (ordinaria o anticipada), sino a la circunstancia de tener una edad que es específicamente la de la jubilación ordinaria, pero esto se toparía con lo que acaba de comentarse: esa misma ley fija unos requisitos que inicialmente deberán concurrir para tomar en consideración una posible pensión por incapacidad permanente, tanto si entra en relación con la jubilación del sujeto como si no.

Como asunto tangencial, recuérdese que la jubilación anticipada por discapacidad había dado lugar a un criterio jurisprudencial que el Tribunal Supremo tuvo que modificar al hilo de lo resuelto por el Tribunal Constitucional al respecto. Se venía considerando que las personas jubiladas con anticipación pero por razones de discapacidad (art. 206.bis LGSS) se encontraban en la misma situación de quien se jubila de forma ordinaria o, dicho de otra manera, que la jubilación ordinaria para esas personas vendría a darse desde la edad a la que la ley permite adelantarla por razones de discapacidad, con lo que no podían acceder a prestaciones por incapacidad permanente en ningún caso al haber cumplido la edad que, en caso de discapacidad, es equivalente a la del artículo 205.1.a LGSS (entre otras, STS de 24 de junio de 2020, recurso de casación para la unificación de doctrina 1411/2018). Sin embargo, tras sentencias del Tribunal Constitucional como la 172/2021, de 7 de octubre (recurso de amparo 4119/2020), que consideraron esto discriminatorio, el Tribunal Supremo ha rectificado su doctrina y ha aceptado el reconocimiento de prestaciones por incapacidad permanente a personas con discapacidad que ya perciben pensiones de jubilación anticipada por la específica vía legal dispuesta para ello, entendiendo que no tienen cumplida la edad señalada en el artículo 205.1.a LGSS tal cual es este citado en el artículo 195.1 LGSS, segundo párrafo (entre otras, STS de 27 de abril de 2022, recurso de casación para la unificación de doctrina 184/2019).

3. EL TRIBUNAL SUPREMO MATIZA SU DOCTRINA (STS 158/2023)

Así las cosas, consolidado el criterio jurisprudencial que acaba de ser expuesto, ocurrió lo ya descrito en el epígrafe primero de este comentario. Un supuesto idéntico fue dirimido por el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao, que concedió la pensión de incapacidad permanente total al demandante (que ya estaba percibiendo pensión por jubilación anticipada), siendo recurrida la sentencia al TSJ País Vasco que, en esta ocasión, se plegó al criterio del Tribunal Supremo pronunciando la sentencia 1776/2019 (al contrario de lo que había hecho cuando dictó la sentencia 231/2019, que dio lugar a la STS 145/2022 antes comentada). Interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina, pronunció el Tribunal Supremo la sentencia 158/2023, de 22 de febrero y, curiosamente, esta vez se iba a dar la situación inversa tanto en el TSJ País Vasco (que en esta ocasión se había acomodado al criterio del TS) como en el Tribunal Supremo.

3.1. La sentencia recurrida

El TSJ País Vasco, que desestimó el recurso de suplicación planteado por la parte demandante (cuestionaba la base reguladora de la pensión), desestimó también el recurso interpuesto por la entidad gestora y, en suma, mantuvo lo resuelto por el Juzgado. Unos meses antes había hecho lo contrario (STSJ País Vasco 231/2019) y el Tribunal Supremo había corregido dicho pronunciamiento (STS 145/2022). El Tribunal vasco, en el fundamento jurídico tercero (segundo párrafo), no ofrece sino una escueta referencia a la (en estas páginas antes citada) STS de 21 de enero de 2015 y desatiende

cualquier motivación sobre el fallo adoptado. Concretamente afirma lo siguiente (con manifiesta incorrección gramatical), ante el argumento de que el sujeto jubilado de forma anticipada no está en alta ni en situación asimilada al alta: "solamente podemos indicar que el alto Tribunal no se cuestiona que en estos supuestos de jubilación anticipada que se produzca una situación de no alta o falta de asimilada al alta, otorgando el derecho a los pensionistas de estas prestaciones de vejez a acceder a la situación de Incapacidad Permanente; al ser esto así, difícilmente en tal situación y respecto a casos como el presente, podemos señalar algo nuevo".

Acudiendo a dicha STS 21 enero 2015 (ya que en ella se apoya el Tribunal vasco), se observa que en ella el debate se reduce a si quien está jubilado puede acceder a una pensión de incapacidad permanente. Así, en el Juzgado y en el TSJ País Vasco (lo resume así el TS, F.J.1º.1, segundo párrafo, al final) se había considerado que "la desestimación de la pretensión del actor se fundamenta en su situación de jubilado, considerando que no procedía valorar la posible incapacidad permanente". Sin embargo, el TS recuerda jurisprudencia anterior y, revocando ambas sentencias, señala (con suma brevedad): "Dicho cambio normativo" (se refiere al antes comentado sobre el segundo párrafo añadido al artículo 195.1 LGSS por la Ley 24/1997 y modificado por el RD-L 16/2001) "motivó en su día que se adoptara la doctrina que luce en la mencionada sentencia" (se refiere a la antes también mencionada de 22 de marzo de 2006) "dictada por el Pleno de esta Sala, concluyendo, en esencia, con la posibilidad de que los pensionistas de jubilación anticipada pudieran ser beneficiaros de prestaciones de incapacidad permanente". Es decir, el Tribunal Supremo se limitaba (en la citada sentencia de 2015) a apoyarse en ese nuevo párrafo que implica que lo que es óbice para acceder a la pensión por incapacidad permanente no es haberse jubilado (por cualquiera de las vías legales disponibles), sino tener la edad mencionada en la ley y que es la del art. 205.1.a LGSS y no otra porque así expresamente lo señala la ley, de forma que (cabe entrever que sea esa la argumentación del Tribunal) ese y sólo ese sería el obstáculo para conceder la pensión por incapacidad permanente.

En fin, se entiende entonces que el TSJ País Vasco, en la sentencia recurrida que dio lugar a la STS ahora comentada, se limitara a seguir ese criterio, ya que cuando no lo siguió en años anteriores la sentencia fue revocada (un caso más fue el antes comentado que desembocó en la STS 145/2022). Otra cosa es que no sean ortodoxas expresiones como que "difícilmente podemos señalar algo nuevo", si el TSJ País Vasco seguía convencido de que el criterio del TS no era correcto (como tampoco lo es el comentario vertido en la STS de 21 de enero de 2015 en aparente tono de reprimenda, al señalarse que el TSJ País Vasco "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" (cierto es que el TSJ, en esa sentencia que fue revocada por la STS de 2015, se limitó a señalar, en un escueto fundamento jurídico único, que no cabía pensión de incapacidad permanente para quien estaba ya jubilado, pudiendo haber ocurrido que la controversia haya llegado al TS, tanto en 2015 como ahora en la sentencia aquí comentada, en esos simples términos sin atender a otros aspectos técnicos jurídicos de la acción protectora de la Seguridad Social).

3.2. La sentencia de contraste

Acudiendo ahora a la sentencia de contraste (STSJ Cataluña 53/2007, de 8 de enero, recurso de suplicación 187/2006), se observa que sí aparece en ella una explicación mínimamente coherente con la normativa vigente, aun dentro de la brevedad, pero justificada en este caso ya que no es necesario profundizar más. Señala el TSJ Cataluña (F.J. 2º, segundo párrafo): "el recurrente no pide ser declarado afecto de una gran invalidez o de una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, únicos grados de incapacidad permanentes a los que se puede acceder desde una situación de no alta en la Seguridad Social, que es en la que está el recurrente desde el día 24 de marzo de 2.003, en que se jubiló anticipadamente, todo ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 138.3 de la Ley General de la Seguridad Social , razón por la que le es aplicable la doctrina judicial tradicional citada en la sentencia recurrida, y no la nueva doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de la Sala

de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2.006, RCUD 5069/2004 , que permite solicitar la situación de incapacidad permanente a quienes se hallan jubilados anticipadamente y no tengan cumplidos 65 años de edad, en interpretación del artículo 161.1.a) de la propia LGSS , ya que esta posibilidad, como queda dicho, queda circunscrita a los grandes inválidos e incapaces permanentes en grado de absoluto para todo el trabajo, a los que no se les exige el requisito de alta".

3.3. El Tribunal Supremo retorno a la senda legal: sin alta, o situación asimilada al alta, no puede reconocerse pensión por incapacidad permanente total (con o sin jubilación anticipada)

El Tribunal Supremo, en su STS 158/2023 que es objeto de este comentario, confirma que la línea correcta es la seguida en la sentencia de contraste. Así pues, estima el recurso de casación presentado por la entidad gestora, que consigue por fin, tras varios años de litigiosidad constante en esta materia, que se aplique como es debido la ley.

En proporción a la desmedida extensión de la sentencia (que dedica varias páginas a una transcripción literal de dictámenes médicos de la que podría perfectamente prescindirse), la argumentación del Tribunal es bastante escueta, pero clara, ya que la normativa no necesita sino los breves apuntes que son vertidos en la resolución, concretamente en su fundamento jurídico cuarto.

3.3.1. El alta, o situación asimilada, como requisito inicial imprescindible (F.J.4º, ap. 1)

En el apartado primero de este fundamento jurídico cuarto se sitúa, por fin, el problema del requisito del alta en el núcleo del litigio y, con una brevedad que es consustancial a la nitidez con que se expresan las normas de referencia, se recuerda que dicho requisito (alta o situación asimilada) debe cumplirse según exige el artículo 195.1 LGSS y en los términos previstos en el artículo 165.1 de la misma ley, lo cual va unido a que no cabe acogerse a la excepción contemplada en el 195.4 ya que está prevista solo para la incapacidad permanente absoluta y para la gran invalidez, ocurriendo que en el supuesto de autos la incapacidad permanente reconocida (evaluada como tal) es la total. En otras palabras (las utilizadas en las primeras páginas de este comentario), sin la premisa mayor que es encontrarse en situación de alta o asimilada, no cabe reconocer una prestación contributiva de la Seguridad Social.

3.3.2. Que el solicitante sea perceptor de pensión por jubilación anticipada es circunstancial (F.J.4º, ap. 2)

Dicho lo anterior, en el segundo y último apartado (del citado fundamento jurídico cuarto) se continúa con la misma linealidad inevitable, confirmando que el demandante no está dado de alta (no desarrolla ninguna actividad en términos que conduzcan a un alta según lo previsto en el antes citado RD 84/1996, atendiendo sobre todo a su artículo 7), ni se encuentra en situación asimilada al alta (visto lo establecido en el artículo 36 del mismo Real Decreto). Como se sabe (no lo manifiesta el Tribunal pero puede leerse entre líneas), el Derecho de la Seguridad Social conduce en muchos casos a supuestos que superan lo previsto en las normas jurídicas de referencia y cuya resolución requiere altas dosis de ponderación judicial, pero contiene algunos elementos normativos cuya interpretación y aplicación no puede sino efectuarse de forma mecánica, entre ellos los referidos en este caso. "En consecuencia", señala el Tribunal como cierre, "el demandante, que es beneficiario de una pensión de jubilación anticipada, no reúne los requisitos exigidos para devengar la pensión de incapacidad permanente total". Dicho de otra forma, dicha pensión no puede ser reconocida simplemente por falta de requisitos, siendo circunstancial el hecho de que sea beneficiario de una pensión de jubilación anticipada.

4. VALORACIÓN Y PROPUESTAS DE CAMBIO LEGISLATIVO

Esta matización de criterio por parte del Tribunal Supremo supone acomodarse a la normativa vigente, aunque con bastantes años de retraso. Una cosa es la casuística siempre inmensa que en materia de Seguridad Social ha llevado históricamente a los órganos judiciales a tomar decisiones complicadas, otra cosa es que el Derecho de la Seguridad Social no siempre conduce a situaciones de ese tipo y, al contrario, contiene a veces normas que por la estricta técnica legislativa utilizada y/o por la propia naturaleza de la materia regulada solo pueden ser interpretadas y aplicadas en el diáfano sentido marcado por esas normas. El actual artículo 195 LGSS (ya antes el 138 LGSS-1994), también desde una perspectiva panorámica de las reglas estructurales por las que se rige la acción protectora de la Seguridad Social en el nivel contributivo, solo puede auspiciar una solución como la que ha venido ahora a ofrecer el Tribunal Supremo en esta sentencia 158/2023, ya que no se trataba solo de interpretar el actual artículo 205.1.a LGSS sino de tomar en consideración otros aspectos constitutivos de dicha acción protectora. Así funciona, con los debidos puntos jurisprudenciales de equilibrio en los casos concretos que superan la generalidad y abstracción propia de las normas, el sistema jurídico europeo continental: unos sujetos crean Derecho y otros lo interpretan y aplican. Atrás quedan, eso sí, los pleitos ya cerrados conforme a un criterio realmente antijurídico, para satisfacción de quienes consiguieron en sede judicial una pensión por incapacidad permanente total que pudieron unir a la que ya estaban percibiendo por jubilación anticipada.

En todo caso, el análisis de un caso como este lleva a preguntarse si no sería conveniente reajustar las normas que han sido comentadas y/o introducir algún nuevo precepto, así como invita a plantearse algún cambio de mayor entidad. Sin perjuicio de otras modificaciones posibles, se ofrece a continuación de forma esquemática cinco de ellas, si bien en intrínseca conexión:

4.1. Edad y requisitos de jubilación anticipada y reconocimiento de prestaciones por incapacidad permanente (mejora del 195.1, 2º párrafo, LGSS)

Sin perjuicio de lo relativo a la posible incompatibilidad entre prestaciones (epígrafe 4.5), la norma consistente en que una pensión por incapacidad permanente no puede ser reconocida cuando el sujeto tiene la edad ordinaria de jubilación y, además, reúne los requisitos para ser sujeto beneficiario (aunque no la haya solicitado), podría mejorarse con la explicitación complementaria de que tener la edad y los requisitos para conseguir de forma anticipada la pensión de jubilación (sin que esta haya sido reconocida, que no es el supuesto resuelto por la STS 158/2023 aquí comentada) no es obstáculo para obtener prestaciones por incapacidad permanente (si se considera que es esa la política legislativa que debe mantenerse).

4.2. Elección entre jubilación ordinaria e incapacidad permanente, cuando las contingencias son profesionales (mejora del art. 195.1, 2º párrafo, LGSS)

También desde el mantenimiento de la línea actual y solo en aras de una mejor disposición normativa de lo regulado expresamente, evitando en mayor medida lo tácito, podría añadirse en el mismo precepto que el cumplimiento de la edad y los requisitos de la jubilación ordinaria no impedirá el reconocimiento de una prestación por incapacidad permanente cuando esta provenga de contingencias profesionales, debiendo el sujeto optar por una u otra. Se trata de algo que, en todo caso, figura bien explicitado en el artículo 10 RD 1132/2002, pero podría quedar plasmado, también, en el artículo 195.1 LGSS.

4.3. La pensión por incapacidad permanente total requiere, siempre, alta o situación asimilada al alta (ampliación del art. 195.4 LGSS)

Aunque no es tampoco el supuesto de autos pero poniendo este de relieve diversas deficiencias normativas, convendría (igualmente, si no hay alteraciones de política del Derecho en esta materia)

adicionar al primer párrafo del artículo 195.4 LGSS una puntualización encaminada a dejar claro que la pensión de incapacidad permanente en grado de total, por contingencias comunes, solo puede ser reconocida cuando el sujeto solicitante está dado de alta o se encuentra en situación asimilada al alta (al margen de que la persona disfrute ya o no de una jubilación anticipada y de que, entonces, no cumpla o sí el mencionado requisito de alta o situación asimilada).

4.4. La edad ordinaria de jubilación, sin reunir los requisitos para esta, no impide el reconocimiento de prestaciones por incapacidad permanente, en todo tipo de contingencias (corrección del art. 10.2 RD 1132/2002)

En coherencia con las anteriores propuestas, el artículo 10.2 del citado RD 1132/2002 debería ser retocado. Manteniendo el acertado apartado 1 del mismo artículo, que mejora lo dispuesto en el artículo 195.1 LGSS al señalar que, en efecto, la regla de no reconocimiento de pensión de incapacidad permanente por cumplimiento de edad y requisitos de jubilación de ordinaria no opera cuando las contingencias son profesionales (pudiendo mejorarse la técnica legislativa, como acaba de proponerse en el epígrafe 4.2), el apartado 2 del citado artículo 10 debería ir destinado a todo tipo de contingencias. Todo sujeto que, teniendo la edad ordinaria de jubilación, no reúna sin embargo los requisitos para hacerse con una pensión (de jubilación), tiene derecho a prestaciones por incapacidad permanente (si cumple los requisitos para ello, sean comunes o profesionales las contingencias, es obvio).

4.5. Incompatibilidades en materia de jubilación. Necesidad de un nuevo precepto en la LGSS

Como cierre de este comentario, es inevitable reflexionar sobre la antes aludida ausencia de una norma reguladora de forma monográfica de las incompatibilidades entre la pensión de jubilación y otras prestaciones (no entre pensión de jubilación y trabajo del sujeto beneficiario, lo cual conecta con otras cuestiones que exceden de lo aquí comentado). Manteniendo las cosas en su estado actual, parece conveniente insertar en el ordenamiento jurídico algún precepto que confirme la incompatibilidad (en un mismo régimen) entre pensión de jubilación efectivamente reconocida y pensión por incapacidad permanente. Cierto es que del segundo párrafo del artículo 195.1 LGSS y del artículo 200.4 de la misma ley ya se desprende dicha incompatibilidad, pero vistos los derroteros que toman algunos órganos judiciales no estaría de más articular de forma expresa una norma sobre dicho asunto. Quizás ha llegado el momento de mitigar, al menos en este terreno, la "desatención reguladora" que se ha venido dando en materia de incapacidad permanente[30].

Aparte de esto, un supuesto como el de autos en la sentencia que ha sido comentada (STS 158/2023), genera algunos interrogantes. Como se ha visto, la persona que está jubilada de forma anticipada (también si se trata de un "adelanto" de la jubilación por motivos de discapacidad, por la vía del artículo 206.bis LGSS), no puede obtener adicionalmente una pensión por incapacidad permanente total (ante contingencias tanto comunes como profesionales), no por razones de incompatibilidad sino porque esa persona no está dada de alta, ni se encuentra en situación asimilada al alta. En efecto, el artículo 195.4 LGSS (posibilidad de obtener pensión de incapacidad permanente aun no existiendo alta ni situación asimilada al alta, si se tienen quince años cotizados) solo opera cuando, siendo las contingencias comunes, los grados de incapacidad permanente son los de absoluta y de gran invalidez. Ahora bien ¿Es esto razonable? El citado artículo 195.4 no guarda relación inicial con la jubilación anticipada, sino que contempla la posibilidad de que, sin cumplir el requisito del alta o situación asimilada, se pueda conseguir el reconocimiento de la pensión por incapacidad permanente, pero ¿Es ortodoxo que ello pueda ocurrir incluso si el sujeto correspondiente es beneficiario de una pensión

[30] VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Manual de Seguridad Social*… ob. cit., p. 287, refiriéndose a la prestación por incapacidad permanente: "Aunque por mandato constitucional (art. 49 CE) y por tradición se ha hecho acreedora de una particular atención protectora, en los últimos años esta prestación ha sufrido una llamativa desatención reguladora".

por jubilación anticipada? Esta es una cuestión que merecería alguna reconsideración que, en su caso, debería proyectarse sobre la mentada norma general (expresa, no tácita por inducción) en materia de incompatibilidad entre jubilación y otras prestaciones como la pensión por incapacidad permanente, por ahora inexistente en el Derecho español de la Seguridad Social y que, como ha sido propuesto, debería insertarse en el ordenamiento jurídico español.

5. BIBLIOGRAFÍA

Ballester Laguna, F. y Sirvent Hernández, N.: *Lecciones y Prácticas de Seguridad Social (adaptadas al EEES)*, 10ª ed., Madrid, Ediciones Cinca (Colección Universidad, nº 21), 2022.

Blasco Lahoz, J.F. y López Gandía, J.: *Curso de Seguridad Social*, 14ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Cavas Martínez, F., en VV.AA. (Sempere Navarro, A.V. y Barrios Daudor, G.L., dirs.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Vol. IV. Régimen de la Seguridad Social II: Acción Protectora*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

Fernández Orrico, F.J.: en VV.AA. (Sempere Navarro, A.V. y Barrios Daudor, G.L., dirs.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Vol. IV. Régimen de la Seguridad Social II: Acción Protectora*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, 22ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Poquet Catalá, R.: *Derecho de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, Murcia, Laborum, 2023.

Roqueta Buj, R.: «Incapacidad permanente», en VV.AA. (Roqueta Buj, R. y García Ortega, J., dirs.), *Derecho de la Seguridad Social*, 11ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Roqueta Buj, R.: «Parte segunda. La incapacidad permanente», en Roqueta Buj, R. y Fernández Prats, C., *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La Ley, 2014.

Tarancón Pérez, E. y Romero Ródenas, Mª.J.: *Manual de prestaciones contributivas del régimen general de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo (Manuales Prácticos), 2021.

VV.AA. (Monereo Pérez, J.L., dir.): *Manual de Seguridad Social*, 18ª ed., Madrid, Tecnos, 2022.