



Roj: **STS 2953/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2953**

Id Cendoj: **28079140012022100573**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2022**

Nº de Recurso: **1301/2019**

Nº de Resolución: **645/2022**

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

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Bilbao, núm. 10, 17-10-2018,**
STSJ PV 359/2019,
STS 2953/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 645/2022

Fecha de sentencia: 12/07/2022

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 1301/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/07/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO SOCIAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

Transcrito por: MGC

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1301/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 645/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D. Ángel Blasco Pellicer

D.^a María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 12 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Sacramento, representada y asistida por el letrado D. Serapio Martín Hernández, contra la sentencia dictada el 29 de enero de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 59/2019, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Bilbao, de fecha 17 de octubre de 2018, autos núm. 179/2018, que resolvió la demanda sobre **Incapacidad Permanente** interpuesta por Sacramento, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de octubre de 2018 el Juzgado de lo Social núm. 10 de Bilbao dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

1º.- La actora D^{ña}. Sacramento, nacida el NUM000 /1956, figura afiliada al Régimen General de la Seguridad Social con no NUM001, habiendo prestado servicios como analista informática, siendo las funciones de programación y configuración de programas informáticos.

2º.- La demandante instó procedimiento de **incapacidad permanente** en fecha 25/10/2017. En virtud de Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de fecha 21/11/2017, y previo dictamen del E.V.I. de fecha 14/11/2017 - dictamen propuesta-, se declaró que la actora no tenía derecho a la **incapacidad** por cuanto no alcanzan las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral. Asimismo, no hallarse en alta o en situación asimilada al alta. Interpuesta reclamación previa, la misma fue desestimada.

3º.- La base reguladora para la **incapacidad permanente** postulada en computo mensual asciende a 2.530,74 euros, siendo los efectos la de 25/10/2017.

4º.- La actora padece la siguiente patología: Otosclerosis. Artrosis cervical y ambos hombros (Cervicobraquialgia). Trastorno adaptativo con somatización fibromiálgica.

Las anteriores patologías la producen el siguiente menoscabo funcional:

<<AP: alergia, HTA, HLP, Sdr raynauld, sdr depresivo de larga data, sinusitis, otosclerosis bilateral (estapedectomía bilateral y paracentesis con secuela de hipoacusia moderada, molestias gastrointestinales, hemicranealgias con inf. de neuro neg. (cervicobraquialgia) síntomas parkinosimo reactivo a efect. sec. de medicación. Dolores osteoarticulares en control con trauma, reuma, u.dolor, med. privada (dr franco) diag **fibromialgia** en tto con infiltraciones de lidocaina, analgesia, relajantes, ansiolíticos, etc.

RMN: artrosis C4a C7 con estenosis de canal y foraminal sin efectos compresivos. Bloqueos subescapularx12. No quirúrgico. S TC con EMG compatible. Derivada a psiquiatría desde u dolor por escasa eficacia.

Expl: dolores erráticos generalizados correspondientes a diag. de **fibromialgia**. en tto analgésico y actualmente derivada a psicoterapia para su control. Presenta clínica compatible con efec. sec. al exceso medicación e interacciones.>>

Según informe del servicio neurología del CS de Algorta de 13/08/2018 se destaca:

<<Paciente en seguimiento en consulta de neurología por algias de hemicuerpo derecho, acompañada de cierta rigidez, atribuida a toma de diversos antidopaminérgicos ya retirados. Estudio con RM cerebrocervical sin hallazgos que justifiquen la clínica. Blink reflex normal. Está en tto con opioides, en seguimiento por unidad de dolor.

Dolor en toda la parte derecha, a cuchillo desde 2009.

Tiene rigidez de EEDD y bradinnesia por dolor. No temblor. Marcha normal. Hipomimia facial. Desesperada por dolores. Ineficacia de los tratamientos pautados.

Probamos inicio de azilect 1 mg en desayuno>>

Según informe de la Unidad de dolor del H. de Basurto de 24/09/2018: copiar 3



<<Ha estado en tratamiento en la unidad del dolor del IMQ desde el 2011 por el cuadro de **fibromialgia** y artrosis de hombro con bloqueos del nervio supraescapular en 12 ocasiones, con bloqueo intrarticular del hombro (tricompartimental) y con infusiones intravenosas de lidocaína y medicación yurrelax, novritol, lyrica y orfidal. Mejoras variables y temporales de sus dolores, también ha hecho rehabilitación con escasos resultados. Dolor de intenso a insoportable en hombro derecho espalda y toda la ESDerecha con hormigueos hasta los dedos de la mano EVA 8 continuo. Aumentan con la movilización del brazo y al hacer su actividad normal que es la movilización con el ratón del ordenador.

Se inicia tratamiento con TENS, Lyrica (que no toleró) y Paracetamol. Realizadas infiltraciones de puntos gatillo región cervical y hombro derecho con poca efectividad por lo que se inicia tratamiento con cymbalta 30 que tampoco tolera. Realizados también bloqueo nervioso supraescapular derecho con Ropivacaína y corticoide, sin mejoría por lo que se descarta la Radiofrecuencia. Realizadas a su vez 5 sesiones de iontoforesis sin mejoría.

Ante el agotamiento de los diversos tratamientos se realiza un trial de opioides mayores con transtec 35 cada 3 días y medio. Mejoría analgésica con el transtec pero intolerancia por sus efectos adversos: Mareos, vómitos y pérdida de Memoria. Posteriormente en tratamiento con Targin y finalmente con Tapentadol sin clara mejoría. Esta en grupo de Psiquiatría para apoyo Psicológico de su enfermedad. Se inicia tratamiento con parches de Versatis y se realiza nueva infiltración de puntos gatillo a nivel de trapecio derecho sin ninguna mejoría. Por nuestra parte en el momento actual existe un agotamiento terapéutico. No podemos recomendar dosis mayores de Tapentadol por los mareos y tendencia al sueño que le provocan dosis bajas. (actualmente con 50mg 1-0,5-1) de medicación.

Vista por neurólogo que indicaba realización de bloqueo de nervio occipital menor derecho para tratar dolor cervical derecho: Se infiltra nervio occipital menor derecho con 2ml de ropivacaina al 2% y dexametasona 4mg con control ecográfico. Sin incidentes, evaluada el 05/05/2017 no se observa ninguna mejoría con el bloqueo.

Evaluada el 19/2/2018 donde no se ve mejoría del dolor con respecto a la consulta anterior. El parche de lidocaina 2% le irrita la piel por lo que cambiamos por crema EMLA.

Evaluada nuevamente 24/09/2018 sin mejoría por lo que se decide realización de infusión iv de Lidocaina.>>

5º.- La actora tuvo como antecedentes un procedimiento de **incapacidad permanente** que concluyo con sentencia del juzgado de lo social nº 2, sentencia de fecha 17/11/2017, que denegó la **incapacidad permanente total**. Recurrida en suplicación por sentencia del TSJ de la CA del País Vasco, se desestimó la misma. Se dan por reproducidas las mismas al obrar en la prueba documental.

6º.- La actora le fue extinguida el contrato de trabajo con la mercantil BIDE ONERA S.Coop., en fecha 31/03/2013. Pasando a percibir prestación por desempleo hasta el 23/01/2016. Seguidamente continuo con el subsidio de desempleo hasta el 23/01/2016; pasando a percibir subsidio de desempleo de mayores de **55 años** hasta el 29/10/2017. Posteriormente renta activa de inserción hasta el 30/10/2017; y desde el 30/10/2017 mediante convenio especial con la Seguridad Social.

7º.- La demandante con fecha 30/10/2017 instó prestación de jubilación siendo reconocida con fecha 2/11/2017 y efectos al 31/10/2017 conforme a una base reguladora de 2.540,79 generando un porcentaje de prestación del 72%.

La actora tenía cotizados 37 **años** y 102 días.

8º.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social asume el riesgo de la protección derivada de enfermedad, al estar al corriente en el pago de las cotizaciones."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda formulada por DÑA. Sacramento frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro que la actora se encuentra afecta al grado de **incapacidad permanente total** para su profesión habitual de analista informática derivada de enfermedad común y en su consecuencia debo condenar y condeno al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y al abono al actor de una pensión vitalicia mensual consistente en el **55%** mas un 20% de la base reguladora 2.530,74 euros con efecto al 25/10/2017, así como las mejoras y revalorizaciones que en derecho procedan".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 29 de enero de 2019, en la que consta el siguiente fallo:



"Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social frente a la sentencia de 17 de Octubre de 2018 (autos 179/18) dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Vizcaya en procedimiento instado por Sacramento contra el recurrente y la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos revocar la resolución impugnada, desestimando la demanda originadora de las actuaciones".

TERCERO.- Por la representación de D^a. Sacramento se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 21 de enero de 2015 (R. 491/2014).

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

Por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la parte recurrida, Instituto Nacional de la Seguridad Social, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar la procedencia del recurso y se case y anule la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de julio de 2022, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se suscita en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si una pensionista de jubilación anticipada puede ser causante de pensión por **incapacidad permanente total** derivada de enfermedad común, habiendo formulado dicha solicitud antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación.

2.- La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, estimó la demanda y declaró a la actora afecta de una **incapacidad permanente total** para su profesión habitual. La sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 29 de enero de 2019 (R. 59/2019), estimó el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y, revocando la sentencia de instancia, desestimó la demanda de la actora.

Consta que la actora, analista informática, nacida en 1956, instó el reconocimiento de la situación de **incapacidad permanente total** por enfermedad común para su profesión habitual, lo que fue reconocido por la sentencia de instancia con efectos desde la fecha de la misma. Sin embargo, la Sala de suplicación considera que la fecha de efectos, en su caso, debería situarse en la del informe del EVI, el 16 de noviembre de 2017, teniendo en cuenta que la declaración no ha sido precedida de una situación de **incapacidad** temporal ni constan acreditados hechos que permitan fijar una fecha anterior. No obstante, el 2 de noviembre de 2017, el INSS reconoció a la actora pensión de jubilación con efectos de 31 de octubre de 2017 (contando con 61 **años**); de este modo, entiende el Tribunal Superior que la demandante ya se encontraba jubilada cuando pudo haber comenzado a lucrar la pensión de **incapacidad permanente total**, esto es, ya no se encontraba en alta el 16 de noviembre de 2016.

3.- La actora ha interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina en el que denuncia infracción de los actuales artículos 195.1, párrafo segundo y 201.5.1.a) LGSS y, especialmente, de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia que aporta de contraste y en otras sentencias de esta Sala (SSTS de 22 de marzo de 2006, R. 5069/2004; de 13 de junio de 2007, R. 2282/2006 y de 21 de enero de 2015, R. 491/2014).

El recurso ha sido impugnado por el INSS e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerarlo procedente.

SEGUNDO.- 1.- Para acreditar la contradicción, la recurrente aporta, como sentencia de contraste la dictada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2015 (R. 491/2014). En tal supuesto el demandante solicitó en el año 2006 ser declarado en situación de **incapacidad permanente**, lo que le fue denegado. El 1 de agosto de 2009 se jubiló anticipadamente, pasando a percibir la correspondiente pensión. Tras solicitar nuevamente la declaración de **incapacidad permanente** en el año 2011, lo reiteró por tercera vez en fecha 22 de noviembre de 2012, dando origen a las presentes actuaciones. La sentencia del Tribunal Superior confirmó la dictada por el Juzgado de lo Social, desestimatoria de la demanda sobre reconocimiento de la situación de **incapacidad permanente** absoluta derivada de enfermedad común; en ambas resoluciones la desestimación se fundamentó en su situación de jubilado, considerando que no procedía valorar la posible



incapacidad permanente. Sin embargo, esta Sala, con remisión a su sentencia de Pleno de 22 de marzo de 2006 (Rcud. 5069/2004), que tiene en cuenta la nueva redacción dada al art. 138.1 LGSS-94 (hoy 195 LGSS-15) por el RD-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible y de la posterior Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, segundo párrafo, y que adopta la doctrina que acoge la posibilidad de que los pensionistas de jubilación anticipada pudieran ser beneficiarios de prestaciones de **incapacidad permanente**; criterio que debe seguir manteniéndose, aunque tras la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, se haya producido un incremento de la edad ordinaria de jubilación; y como la sentencia recurrida obvió la aplicación de dicha doctrina y no hizo hincapié en el dato de que el actor no había alcanzado la edad ordinaria de jubilación, estimó el recurso en este extremo.

2.- A juicio de la Sala, la contradicción entre ambas sentencias resulta evidente ya que, en ambos supuestos, se cuestiona si la exclusión de los pensionistas de jubilación que la ley hace a la hora de determinar los requisitos para el acceso a la **incapacidad permanente** afecta, también, a los que son de jubilación anticipada como entiende la recurrida; o, por el contrario, ha de limitarse tal exclusión a los que hubieran alcanzado la edad ordinaria de jubilación, tal como establece la sentencia de contraste. Se cumplen, por tanto, las exigencias del artículo 219 LRJS.

TERCERO.- 1.- El recurso debe ser estimado ya que la buena doctrina se encuentra en la sentencia de contraste que reitera la línea jurisprudencial seguida por la Sala en diversas sentencias a que se ha hecho referencia, sin que existan razones para cambiarla, ya que responde plenamente a las previsiones legales. En efecto, tanto, el artículo 138.1 LGSS-94, como el actual artículo 195.1, párrafo segundo LGSS, viene a disponer que no se reconocerá el derecho a las prestaciones de **incapacidad permanente** derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el artículo 205.1.a) LGSS y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. Esta previsión normativa está en la base de la doctrina de esta Sala que fijó el pleno en su STS de 22 de marzo de 2006, Rcud. 5069/2004) según la que los pensionistas de jubilación anticipada que no hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación pueden ser beneficiarios de prestaciones de **incapacidad permanente**. Doctrina que se reiteró en la STS de 13 de junio de 2007, Rcud. 2282/2006 y en la sentencia aquí aportada como referencial en un supuesto en el que, como el que examinamos, se habían incrementado normativamente la edad ordinaria de jubilación.

2.- Dado que la sentencia recurrida obvió la aplicación de nuestra doctrina ya que únicamente tuvo en cuenta la situación de jubilación de la trabajadora, sin especificar que se trataba de una jubilación anticipada y que la actora no había alcanzado la edad ordinaria de jubilación, procede la estimación del recurso.

CUARTO.- Por lo expuesto, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso y la consiguiente casación y anulación de la sentencia recurrida, para resolver el debate en suplicación desestimando el de tal clase y declarando la firmeza de la sentencia dictada por el Juzgado de instancia. Sin costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS.

FALLO

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 D^a. Sacramento , representada y asistida por el letrado D. Serapio Martín Hernández.

2.- Casar y anular la sentencia dictada el 29 de enero de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 59/2019.

3.- Resolver el debate en suplicación desestimando el de tal clase y en, consecuencia, declarar la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Bilbao, de fecha 17 de octubre de 2018, autos núm. 179/2018, que resolvió la demanda sobre **Incapacidad Permanente** interpuesta por Sacramento , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

4.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.