



Roj: **STSJ AND 11697/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:11697**

Id Cendoj: **41091340012018102756**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **31/10/2018**

Nº de Recurso: **2867/2018**

Nº de Resolución: **3120/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **EMILIO PALOMO BALDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso Nº 2867/18 -B Sent. Núm. 3120/18

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**ILMOS. SRES.**

**DON. EMILIO PALOMO BALDA**

**DOÑA ANA MARÍA ORELLANA CANO**

**DOÑA EVA M<sup>a</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ**

En Sevilla, a 31 de octubre de 2018.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA N<sup>o</sup> 3120 /2018**

En el recurso de suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de los de Algeciras, autos nº176/16 ; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON EMILIO PALOMO BALDA

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : Según consta en autos, se presentó demanda por DOÑA Marta contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL , sobre Grado, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 15.01.18 por el Juzgado de referencia, en la que se estimó la demanda.

**SEGUNDO** : En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

" I.- La actora, Marta , con DNI: NUM000 , mayor de edad, está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, prestaba sus servicios profesionales como Auxiliar Ayuda a Domicilio, habiendo causado baja médica en fecha 29 de agosto de 2008. Por Resolución de 11 de marzo de 2009 la Dirección Provincial de Cádiz INSS dictó resolución en la que se reconocía a la demandante incapacidad permanente absoluta, fecha de efectos 23 de enero de 2009.

II.-Incoado expediente de revisión de incapacidad permanente a instancia de la actora, mediante escrito de solicitud, recayó resolución de la DP INSS Cádiz con fecha de salida 15 de mayo de 2015 por la que se mantenía la incapacidad permanente absoluta de la actora.



Emitido informe de síntesis en fecha 9 de marzo de 2015, por el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI en adelante), determinándose como diagnóstico principal: *"Trastorno depresivo recurrente, episodio actual moderado, con síntomas somáticos. Trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad tipo límite (Borderline) grado II de dependencia severa"*

Las limitaciones orgánicas y/o funcionales fijadas fueron : *"Limitación psíquica grado funcional 3/4 manual médico INSS por presentar marcada disminución de su capacidad funcional por trastorno depresivo recurrente, episodio actual moderado, con síntomas somáticos, trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad de tipo límite. Precisa tratamiento médico de mantenimiento de forma continuada con seguimiento especializado protocolizado. Existe alteración moderada - severa"*.

La Evaluación clínico - laboral dispone: *"Limitación para toda actividad laboral rentable en general o que implique algún esfuerzo físico. La paciente tiene reconocida grado II dependencia severa"*. (expediente administrativo)

**III.-** Incoado expediente de revisión de incapacidad permanente previa solicitud del actor, mediante escrito de solicitud de octubre de 2015, dictándose resolución DP INSS Cádiz por la que se resolvía denegar la revisión al no haber transcurrido el plazo fijado ni existir nuevas dolencias ni error de diagnóstico. (expediente administrativo)

**IV-** Presentada por la actora la oportuna reclamación previa el 16 de diciembre de 2015, solicitando que le sea reconocida una Gran Invalidez se dictó Resolución de la D.G. de Cádiz del INSS de 3 de marzo de 2016 desestimando la reclamación, *" ya que no han variado las causas que motivaron la resolución impugnada, ni haber sido desvirtuada la correcta aplicación de los fundamentos legales en que se basó"* (expediente administrativo).

**V-** Por resolución de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía de fecha 13 de julio de 2015 se acordó reconocer a Dña. Marta un grado II de dependencia moderada (expediente administrativo).

**VI.-** D. Constancio , esposo de la actora, le ha sido concedido la tarjeta de cuidador familiar con dedicación completa (expediente administrativo).

**TERCERO** : Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada , que fue impugnado por la parte demandante.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO. I.-** La sentencia del Juzgado de lo Social de Algeciras de 15 de enero de 2018 ha estimado la demanda interpuesta por la actora, nacida en 1974, en reconocimiento de una gran invalidez por agravación de las dolencias psíquicas por las que en el año 2009 fue declarada en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo por la contingencia de enfermedad común.

El órgano de instancia considera que el cuadro que presenta la asegurada le hace tributaria de ayuda externa para realizar las actividades básicas de la vida diaria, tales como vestirse, desvestirse, lavarse, ducharse, etc.

**II.-** La Letrada de la entidad gestora demandada se opone a dicho pronunciamiento formulando cinco motivos, cuatro de modificación del relato fáctico de la sentencia de instancia y, el restante, dedicado a la impugnación del derecho aplicado.

A) El motivo inicial persigue la ampliación del hecho probado primero de la sentencia para hacer constar el cuadro consignado en la resolución administrativa dictada en el año 2009, consistente en *"trastorno depresivo recurrente desde 2005 que no responde a tratamiento. Episodio actual grave sin síntomas psicóticos (F 33.2 de la CIE-10). Limitación psiquiátrica moderada por presentar trastorno depresivo recurrente desde 2005 que no responde a tratamiento con episodio actual grave sin síntomas psicóticos"*.

La adición, que se funda en el dictamen propuesta del EVI de 23 de julio de 2009, cuyo contenido aceptó la Dirección Provincial del INSS, merece favorable acogida pues siendo el objeto del presente proceso determinar si la calificación efectuada en un expediente de revisión del grado de incapacidad permanente se ajusta a derecho, constituye obligado punto de partida para su solución la toma en consideración de las dolencias y limitaciones que dieron lugar al reconocimiento inicial a fin de poder cotejarlas con las concurrentes en el momento del hecho causante de la variación y colegir si se ha producido el empeoramiento alegado.

B) En el siguiente motivo la recurrente solicita se dé nueva redacción al inciso contenido en el hecho probado segundo en el que se establece que el expediente administrativo de revisión se inició a instancia de la actora y que el informe médico de síntesis se emitió el 9 de marzo de 2015, siendo así, sostiene, que lo que resulta de los documentos que cita es que el procedimiento fue incoado de oficio y que lo que se emitió en la fecha indicada fue el informe médico de revisión, pretensión que debe rechazarse por su irrelevancia para alterar el



fallo de instancia Propone, además, que se incorpore parte del contenido de dicho informe y se haga referencia a otras actuaciones administrativas posteriores, petición que merece la misma repuesta desestimatoria por análoga razón salvo en lo que respecta, por su posible relevancia a los efectos indicados, del dato referido a la fecha a partir del cual podía instarse la revisión, el 15 de mayo de 2017.

C) Mediante el motivo tercero se trata de introducir en el ordinal correlativo las vicisitudes seguidas por la solicitud de revisión de la incapacidad permanente presentada, por la trabajadora, el 25 de septiembre de 2015, a lo que se ha de acceder pues así se desprende de la documentación invocada y su toma en consideración puede tener trascendencia decisoria a la vista del contenido del motivo orientado a la crítica jurídica de la sentencia. Dejaremos por tanto constancia de que contra la resolución desestimatoria de la revisión la demandante formuló escrito de reclamación previa que fue desestimada por acuerdo de 26 de febrero de 2016.

D) Por último, la Letrada recurrente insta la supresión de la afirmación que luce en el hecho probado quinto de la sentencia en referencia a que a la demandante le fue reconocido el grado II de dependencia moderada por Resolución de 13 de julio de 2015 y que en su lugar se diga que por resolución de 26 de mayo de 2014 se le reconoció el grado II de dependencia severa, así como que se recojan determinadas menciones contenidas en la misma, demanda que debe ser acogida en lo que respecta a la fecha de la resolución inicial y al tipo de dependencia por así resultar de los documentos designados en su apoyo, pero con la apostilla de que mediante resolución de 15 de junio de 2015 se designó a su esposo como persona cuidador no profesional con dedicación completa.

**SEGUNDO. I.-** En el motivo dedicado a la censura jurídica la recurrente denuncia la infracción del art. 137.6 y 143.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aplicable por razones cronológicas, siguiendo una triple línea de razonamiento.

**II.-** La primera y principal radica en la imposibilidad de proceder a la revisión del grado de incapacidad al no haber transcurrido en la fecha en que la actora la instó en la vía administrativa el plazo fijado por la entidad gestora en el expediente de revisión tramitado de oficio que acordó mantener su calificación como incapacitada permanente absoluta.

Este alegato debe ser rechazado de plano al no haber sido esgrimido en la instancia, como se desprende del visionado de la grabación de la vista, que en presente caso se justifica porque la sentencia no contiene referencia alguna al respecto, constituyendo por tanto una cuestión nueva cuya introducción en fase de recurso resulta incompatible con el carácter extraordinario de la suplicación cuya función es la de corregir los eventuales errores cometidos por el órgano a quo, finalidad revisora que se incumpliría de manera manifiesta si se admitiese que en este trámite se incorporasen, como fundamentales para el éxito de la oposición a la pretensión deducida por la contrapartes, temas que no fueron suscitados oportunamente en el proceso ni examinados en la resolución impugnada y la Sala "ad quem" entrase a resolver, "per saltum", una problemática sobre la que la Magistrada de instancia no pudo pronunciarse al no haberle sido sometida a su consideración quebrantando además el principio de preclusión.

**II.-** En una segunda línea discursiva y con base en las consideraciones que expone la recurrente aduce que la actora no está impedida para realizar los actos básicos de la vida diaria.

El artículo 137.6 de la Ley General de la Seguridad define la gran invalidez como "la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales necesite la ayuda de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, vestir o análogos". Supuesto en el que el ordenamiento jurídico incrementa la prestación de incapacidad permanente con la finalidad de que el asegurado pueda subvenir la necesidad de asistencia de una tercera persona para poder subsistir. La declaración de este grado de incapacidad y la necesidad de ayuda externa depende de cada caso concreto, pues más que de enfermedades se trata de enfermos.

A la hora de decidir si la situación de la demandante encuentra acomodo en este tipo legal es preciso tener en cuenta que la sentencia impugnada debe ser considerada como un todo, no sólo en su estructura formal sino en su global contenido, por lo que su premisa fáctica, en lo que atañe a la situación de la demandante en la fecha del hecho causante de la revisión, debe considerarse integrada tanto por el simple diagnóstico de sus patologías mentales recogido en el ordinal segundo de la relación de probanzas, que sería insuficiente para proceder a la valoración de su estado, como por la afirmación contenida en el fundamento jurídico quinto en el sentido de que precisa de la ayuda de una tercera persona para realizar las actividades básicas de la vida diaria, tales como vestirse, desvestirse, lavarse, ducharse, etc., aserto que tiene un indudable valor fáctico al encontrar respaldo tanto en el testimonio prestado por su esposo a presencia judicial como en la Resolución administrativa que le designó como persona cuidadora no profesional encargada de prestar cuidados a la ahora recurrida con una dedicación completa, cumpliéndose así la condición exigida por la sentencia de 12 de



julio de 2005, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para reconocer esa eficacia a las declaraciones de hecho incorporadas a los fundamentos de derecho.

Resta señalar que dada su configuración legal, la situación de gran invalidez no se circunscribe a los supuestos en los que el incapaz está imposibilitado físicamente para realizar los actos básicos de la vida cotidiana, comprendiendo aquellos otros, como el enjuiciado, en los que a pesar de conservar la capacidad física necesaria para consumarlos, es necesario instarle a su realización y ayudarle a llevarlos a cabo, o en los que, para evitar riesgos graves para su integridad, debe estar bajo el control y supervisión permanente de un tercero.

Hay que concluir por tanto que la demandante, en el período transcurrido desde que fue declarada afecta de una incapacidad permanente absoluta, ha sufrido un notable empeoramiento desde la única perspectiva relevante para la resolución del presente litigio que es la de la autonomía para la realización de las actividades elementales de la vida diaria, y que en su estado actual necesita de la ayuda de un tercero para su ejecución, por lo que al declararlo así la sentencia de instancia no incurrió en la infracción que se le achaca por lo que procede mantener el pronunciamiento al que llega.

**III.-** Finalmente y con carácter subsidiario la Letrada de la Seguridad Social sostiene que la fecha de efectos de la prestación reconocida no puede ser la fijada en la instancia sino el 27 de febrero de 2016, día siguiente a la emisión de la resolución desestimatoria de la reclamación previa formulada por la actora.

Esta pretensión debe tener éxito de conformidad con la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de 25 de octubre de 2016 (Rec. 2300/15), de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, según la cual la fecha a tener en cuenta, en orden a la determinación de los efectos de la revisión del grado de incapacidad permanente y consiguiente inicio del devengo de la pensión o complemento reconocido a consecuencia de la revisión, es el día siguiente a la fecha en que el Instituto Nacional de la Seguridad Social dicta la resolución que pone fin al procedimiento de revisión. Y siendo así que en el presente caso la resolución administrativa definitiva se emitió el 26 de febrero de 2016 los efectos de la revisión de grado deben fijarse en el día 27 de ese mismo mes y año.

**IV.-** La estimación parcial del recurso formulado por la entidad gestora de la prestación conlleva que no haya lugar a imponerle las costas causadas en este trámite ( art. 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Algeciras, de fecha 15 de enero de 2018, dictada en los autos nº n 176/2016 seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Marta frente a la entidad que ahora es parte recurrente y la Tesorería General de la Seguridad Social, y revocando en parte la misma declaramos que la fecha de efectos de la revisión es la de 27 de febrero de 2016, manteniendo sus restantes pronunciamientos.

No se efectúa condena en costas.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-**