

El Supremo rectifica la doctrina del criterio objetivo por el de individualización diferenciada para el reconocimiento de la situación de gran invalidez

Se plantea en el presente recurso si la actora, que trabaja como agente vendedor del cupón de la ONCE, teniendo una agudeza visual, según la escala Wecker, de 1/10 en el OD y 1/8 en OI, y un campo visual reducido en un 15% en ambos ojos, es acreedora de la situación de gran invalidez -GI-. Declara el Tribunal que, si bien la jurisprudencia tiene establecido que una ceguera como la de la recurrente implica reconocer la situación de GI, la misma ha de ser rectificadora.

Señala que la LGSS de 2015 identifica la incapacidad permanente, en el grado de GI, con la necesidad de asistencia de otra persona para atender los actos más esenciales de la vida, cualquiera que sea la incapacidad permanente que haya sido reconocida. Afirmar que la sola presencia de una determinada dolencia no permite, por sí misma, reconocer que la persona que la presenta no pueda atender los actos más esenciales de su vida, pues un cuadro de padecimientos puede tener distinto alcance en los sujetos a los que afecta, por lo que no es aceptable que, para la GI, la enfermedad, como la de la actora, sea objetivada sin atender a su situación real. En consecuencia y, en aplicación de la nueva doctrina, el Tribunal no reconoce a la recurrente la situación de GI, ya que, aunque su ceguera se califica de ceguera virtual, no precisa de la ayuda de tercera persona.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia 199/2023, de 16 de marzo de 2023

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 3980/2019

Ponente Excmo. Sr. MARIA LUZ GARCIA PAREDES

En Madrid, a 16 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Borja David Vila Tesorero, en nombre y representación de D.^a Graciela, contra la sentencia dictada el 9 de septiembre de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 366/2019, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de los de Madrid, de fecha 18 de enero de 2019, recaída en autos núm. 1089/2018, seguidos a instancia de D.^a Graciela frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, sobre seguridad social.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, el letrado de la Seguridad Social en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de enero de 2019, el Juzgado de lo Social n.º 18 de los de Madrid, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO. - Dña. Graciela, afiliada a la Seguridad Social con n.º NUM000, fecha de nacimiento NUM001/1968 y profesión agente vendedor cupón. En fecha 07/06/1977 tenía agudeza visual según escala de Weckce 1/10. Está de alta en la ONCE desde 01/07/1987 (folio 44)

SEGUNDO.- Fue examinado por la Comisión de Evaluación de Incapacidad y se emitió dictamen médico en fecha 18/06/2018, se deniega la Incapacidad Permanente por resolución de 16/07/2018 (folio 22)

TERCERO. - En la fecha del dictamen del médico evaluador la parte actora padecía las siguientes lesiones: Ceguera completa al menos desde 1993.

CUARTO. -En noviembre de 2012 se practicó intervención quirúrgica, consistente en evisceración del ojo derecho con evolución favorable y diagnóstico traumatismo perforante en ojo derecho. En junio 2016, ingresó por estallido ocular en ojo izquierdo, y se practicó intervención en evisceración ojo izquierdo (folio 40 y 41)

QUINTO.- Tiene calificación de minusvalía del 86% por ceguera en 1993 (folio 30 vuelta)

SEXTO.- Si prospera la acción, la base reguladora es 1.812,32 euros y el complemento 1.076 euros y la fecha de efectos la del cese en el trabajo.

SEPTIMO. - Consta expediente administrativo.

OCTAVO. - Han comparecido la parte actora y el INSS y la TGSS".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Estimando en parte la demanda presentada por Dña. Graciela frente a INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), se declara a la actora en INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA con derecho al percibo del 100% de la base reguladora de 1.812,32 euros y efectos, la fecha de cese en el trabajo, siendo responsable del pago el INSS y la TGSS".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 9 de septiembre de 2019, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL y por Dña. Graciela, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 18 de los de MADRID, de fecha DIECIOCHO DE ENERO DE DOS MIL DIECINUEVE, en virtud de demanda formulada por DÑA. Graciela contra INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERÍA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL en reclamación de SEGURIDAD SOCIAL (INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA), debemos confirmar y confirmamos la sentencia de instancia".

TERCERO.- Por la representación de D.ª Graciela, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 19 de septiembre de 2017 (RSU 1611/2017).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 28 de febrero de 2020, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

La Entidad Gestora, como parte recurrida, ha impugnado el recurso alegando la inexistencia de contradicción partiendo de la doctrina de la Sala sobre la dificultad que existe en los procesos de valoración de la incapacidad para entender concurrente la identidad del art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), por lo que, a su entender, en el presente recurso se evidencia que las

deficiencias visuales de los respectivos demandantes difieren. En otro caso, tampoco existe una infracción normativa, según la parte recurrida, por las razones que expone.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado por falta de contradicción y, en otro caso, procedería su estimación. A tal efecto, entiende que en la sentencia recurrida se deja constancia de que la parte actora no precisa de la asistencia de tercera persona lo que no recoge la sentencia de contraste. En otro caso, manifiesta que desde los criterios objetivos que se han marcado por la Sala, tal y como refiere la sentencia de contraste, el recurso debería estimarse

SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de diciembre de 2022. Dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, la Sala estimó que procedía su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto se suspende dicho señalamiento, trasladando el mismo para el día 15 de marzo de 2023, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la parte actora es acreedora de la situación de gran invalidez.

La parte demandante ha formulado dicho recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, de 9 de septiembre de 2019, rec. 366/2019, que desestima los interpuestos por las dos partes, confirmando la emitida por el Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid, de 18 de enero de 2019, en los autos 1089/2018, que había estimado en parte la demanda, declarando al demandante afecto de incapacidad permanente absoluta, rechazando la existencia de gran invalidez.

Según recoge la sentencia recurrida, la demandante tiene la profesión de agente vendedor de cupón. En junio de 1977 tenía una agudeza visual, según la escala de Wecker, de 1/10 en OD y 1/8 en OI, teniendo un campo visual reducido en un 15% en ambos ojos. Se afilió a la ONCE el 28 de enero de 1978. Presenta ceguera completa desde mayo de 1993. La actora solicitó la incapacidad permanente el 22 de mayo de 2018 y estaba de alta en la empresa en la fecha del juicio. El juzgado de instancia estimó parcialmente la demanda y reconoció una incapacidad permanente absoluta. Ambas partes recurrieron en suplicación, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) para que se desestimase la demanda, y la actora para obtener el reconocimiento del grado de gran invalidez.

En lo que ahora interesa, la Sala de suplicación desestima el recurso de la demandante porque, habiendo adicionado como probado que "La actora trabaja en la C/Narvárez y vive en la C/DIRECCION000, NUM002 de Madrid. Su trabajo está a tres manzanas de su casa. Tiene un quiosco. Va sola al trabajo andando. Vive sola, recibe bastante ayuda de su familia, tiene una persona que le cocina, le hace la compra. Ella calienta la comida, come sola, se baña, se vista sola. Precisa ayuda para combinar la ropa. Sale sola por los alrededores de su domicilio", y partiendo de la doctrina de esta Sala, recogida en la STS de 8 de marzo de 2018, rcud 1442/2016, considera que en el caso y pese a que la situación de la demandante se califica de ceguera virtual, no precisa de la ayuda de tercera persona porque come sola, se baña sola y se viste sola.

En el recurso de unificación de doctrina se formula el punto de contradicción expuesto anteriormente para el que se identifica como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de 19 de septiembre de 2017, rec. 1611/2017.

La sentencia referencial desestima el recurso del INSS y confirma la gran invalidez reconocida en la instancia a la demandante. Esta, nacida en 1965, figuraba afiliada al Régimen General de la Seguridad

Social por su profesión de vendedora de cupón desde 1987. Las dolencias padecidas según el informe médico de síntesis, de 14 de septiembre de 2016, consistían en retinosis pigmentaria, agudeza visual en OD de percepción de luz y en OI amaurosis, incontinencia fecal en estudio. La tesis del INSS en suplicación fue que cuando la actora comenzó a prestar servicios para la ONCE su agudeza visual era de 0,1 en ambos ojos, y aunque en 2008 había disminuido continuó sin embargo su actividad laboral durante un dilatado lapso. El criterio de la sentencia de contraste es que en 1987 la visión de la actora no constituía una gran invalidez en ese momento pues con corrección sus valores eran equiparables a 0,1 pero no inferiores, estaba justo en el límite. Pero en 2008, cuando ya llevaba 21 años trabajando se objetiva un empeoramiento y entonces puede considerarse ciega, lo que supone una agravación de las dolencias posterior a la afiliación y sin que el dato de la continuidad laboral sea decisivo en el proceso pues solo indica una voluntad de incardinarse en el mercado de trabajo.

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

En efecto, en ambos casos estamos ante una situación de ceguera que las dos sentencias califican de ceguera legal (virtual ceguera), y ante esta misma situación la sentencia recurrida deniega la gran invalidez mientras que la de contraste la reconoce.

Es cierto que en la sentencia recurrida se atiende a la concreta situación que se ha declarado probada en orden a constatar la situación de necesidad de ayuda de tercera persona que justifique la situación de gran invalidez y no desde las dolencias objetivadas pero ello no interfiere, como más adelante se indicará, para apreciar que los pronunciamientos son contradictorios en el extremo que aquí se cuestiona y que no afecta a la existencia de una agravación de las dolencias desde su afiliación y alta en el sistema de la Seguridad Social.

SEGUNDO. - La parte recurrente ha formulado un motivo de infracción normativa en el que identifica como preceptos legales objeto del mismo el art. 193 y 194 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), argumentando que la sentencia recurrida incurre en la infracción de aquellos preceptos porque, constando que la ceguera legal no es anterior a la afiliación al sistema sino posterior, ha de partirse del criterio objetivo de las dolencias visuales que padece para entender que existe la gran invalidez, tal y como ha venido resolviendo la doctrina de esta Sala.

La cuestión suscitada en el recurso ha tenido clara respuesta de la Sala, en sentencias en las que, incluso, se invocaba la misma sentencia de contraste. Así, nos encontramos con la STS de 6 de octubre de 2022, rcud 1654/2019, que, recordando la doctrina en la materia, reitera que el concepto de ceguera legal se identifica con una visión inferior en ambos ojos a 0,1 (equivalente a 1/10 en la escala de Wecker) en la práctica ello significa una ceguera. Y esta situación se ha objetivado como estado de la persona que requiere la colaboración de un tercero para la realización de actividades esenciales en la vida, lo que implica reconocer la situación de gran invalidez. Y en igual sentido, la mas reciente de 22 de noviembre de 2022, rcud 3121/2019.

Ahora bien, esa doctrina que califica de gran invalidez la ceguera total o pérdida de visión a ella equiparable debe ser revisada por las razones que pasamos a exponer.

1. Régimen jurídico de la situación de gran invalidez.

El régimen jurídico en el que se encuadra la situación de gran invalidez a considerar parte de la Ley de Seguridad Social, de 21 de abril de 1966 en la que ya se regulaba las situaciones de invalidez permanente, recogiendo en su art. 135.6 la situación de gran invalidez (GI), que fue también reproducida en el art. 12.4 de la Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, diciendo que "se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afectado de incapacidad permanente absoluta y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la

asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos".

Junto a ello, y en cuanto a su configuración, debemos recordar que el art. 12 del Real Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, al igual que el art. 18 de la Orden de 15 de abril de 1969, indicaban que el derecho económico del grado de GI consistía en una prestación equivalente a la establecida a la incapacidad permanente absoluta (IPA), "incrementándose la pensión en un 50 por ciento destinado a remunerar a la persona que atiende al inválido" que podía ser sustituido, a petición de beneficiario, por un alojamiento y cuidado del inválido, a cargo de una entidad gestora o mutua patronal.

Este concepto de GI se ha venido manteniendo en posteriores normas (LGSS 1974 y LGSS 1994), si bien, a partir de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, dicho grado no se vinculaba a una IPA (se dice que "La gran invalidez no implica necesariamente la incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo"),

La Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social modificó el sistema de grados de incapacidad permanente, disponiendo que ese nuevo régimen quedaba pendiente de desarrollo reglamentario, y entretanto se seguiría aplicando la legislación anterior.

La LGSS 2015 describe los grados de incapacidad permanente en el art. 194, disponiendo en su apartado 3 que " La lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social" razón por la cual, sin que desde que se indicará en 1997 la necesidad de un desarrollo reglamentario en la materia y en este momento no se haya producido, la redacción del art. 194 es la que desarrolla su Disposición Transitoria vigésima sexta, que, en definitiva, viene a ser una reproducción de lo que se recogía en la LGSS de 1994.

En relación con su contenido económico, la inicial cuantificación vinculada a la IPA fue suprimida por Ley 40/2007, que establece otro sistema de cálculo del complemento de la pensión a la que se anuda la necesidad de una persona a la que se destina dicho complemento. Igualmente, dicha ley suprimió la posibilidad de sustituir el complemento por un régimen de alojamiento y cuidado en régimen de internado. Su régimen es el que se ha venido manteniendo y mantiene el art. 196.4 de la LGSS, en el que se dispone lo siguiente: "Si el trabajador fuese calificado de gran inválido, tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atiende. El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45 por ciento de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. En ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por ciento de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador"

Dado el carácter orientador que se le ha dado al Reglamento de Accidente de Trabajo, debemos referirnos al mismo. En efecto, el Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación de Accidentes del Trabajo y Reglamento para su aplicación, describía las incapacidades que podían generar indemnización por accidente de trabajo, contemplando un suplemento para la correspondiente a la IPA, si por dicha situación se necesita la asistencia de otra persona. Así, en el capítulo IV, el art. 41. C) calificaba de IPA con "la pérdida de visión de ambos ojos, entendida como anulación del órgano o pérdida total de la fuerza visual", y el art. 42 disponía que "el

operario afecto de incapacidad permanente absoluta se calificara como "Gran Inválido", cuando, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, desplazarse o análogos), necesite la asistencia de otra persona"

Es cierto que Decreto 1328/1963, de 5 de junio, sobre calificación de "Gran Invalidez" de los trabajadores que pierdan la visión en ambos ojos en accidente de trabajo, introdujo una modificación en aquel Reglamento por la que, partiendo de que la consideración de los invidentes como grandes inválidos era dudosa, consideró que debía precisarse de forma afirmativa tal situación de GI en tanto que "a partir de que es calificada su incapacidad necesita de la ayuda de otra persona para los actos más esenciales de la vida, aconsejando por otro lado la severidad extrema de la lesión un trato a favor que es el que el aumento de la renta viene a conseguir" y añade "Todo ello sin perjuicio de que en los casos en que se consiga la readaptación y autosuficiencia del invidente sea revisable la calificación de "Gran Invalidez" otorgado en principio"

2. Jurisprudencia en la materia.

El concepto de GI y, en concreto, el acto esencial para la vida, se ha venido definiendo por esta sala, como indican recientes sentencias que toman la doctrina tradicional "como aquel que resulta imprescindible para la satisfacción de una necesidad primaria ineludible, para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellas actividades indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia y, estimando que, aunque no basta la mera dificultad en la realización del acto, no se requiere que la necesidad de ayuda sea continuada"

"Que basta la imposibilidad del inválido para realizar por sí mismo uno sólo de los "actos más esenciales de la vida" y la correlativa necesidad de ayuda externa, como para que proceda la calificación de GI, siquiera se señale que no basta la mera dificultad en la realización del acto, aunque tampoco es preciso que la necesidad de ayuda sea constante

" - Que "no debe excluir tal calificación de GI la circunstancia de quienes, a pesar de acreditar tal situación, especialmente por percibir algún tipo de estímulo luminoso, puedan en el caso personal y concreto, en base a factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación, con lo que, además, se evita cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en tal situación" (SSTS 03/03/14 - rcd 1246/13 -; y 10/02/15 -rcud 1764/14 -

Esta sala, ha venido sosteniendo desde 1973, que la ceguera absoluta o ceguera total (así como otras situaciones de pérdida de la visión que, sin implicar una absoluta anulación de la misma, son funcionalmente equiparables a aquélla), exige naturalmente la colaboración de tercera persona para las actividades esenciales de la vida por lo que constituye una situación de GI. Esa doctrina se amparaba, como refiere alguna de las sentencias que se dictaron, como la STS 121/1980, de 18 de octubre, en lo que se consideraba como situación personal provocada por la dolencia en sí misma, apoyada en el criterio orientador que establecía el " Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de Junio de 1.956, en cuyo artículo 41 c) las calificó de incapacidad absoluta, si bien posteriormente, y a la vista de las consecuencias que de la misma se derivan, el Decreto de 5 de Junio de 1963, dispuso la situación de gran invalidez para quienes padecen ceguera absoluta y si bien es cierto que los referidos preceptos no fueron recogidos en la Ley de Seguridad Social vigente, indudablemente han de ser tenidos en cuenta como orientadores é indicativos para aplicar lo dispuesto en los artículos 135 - 53 y 6º, en los que se definen la incapacidad absoluta y la gran invalidez, que a su vez se definen también en los números 3 y 4 del artículo 12 de la Orden de 15 de Abril de 1.969".

En esos tiempos, también esta Sala llegó a recoger la conocida frase de que no hay enfermedades sino enfermos, para con ello exponer y alejarse de la objetivación de dolencias, al margen de las circunstancias que presenta el individuo, acudiendo al criterio de individualización diferenciada diciendo la STS 433/1980, de 3 de marzo " Que es la medicina, y en su nombre los más caracterizados estudiosos de la misma, quienes afirman que no hay enfermedades sino enfermos, o lo que es lo mismo, que cada enfermedad necesita de distinta medida de tratamiento en cada individuo que la sufre, y a su vez, que son distintas las situaciones residuales apreciadas en cada una de las personas que sufren o han sufrido la misma enfermedad; tesis correcta y que, no obstante, parece intentársela contradecir en la realidad desde el doble punto de vista a que se ha hecho referencia, [...], con la publicación de normas absolutamente objetivadas, dadas para la aplicación, individualmente indiferenciada, de unas mismas consecuencias jurídicas a cuantos las padecen o han padecido, sin necesidad de examinar los particulares efectos que en cada persona han producido, posiciones extremas que han necesitado de obligada corrección, [...], minorizando primero la extrema objetivación, con normas cual las contenidas en el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de Junio de 1.956, cuándo a la vez que se enuncian concretos supuestos de enfermedades o mutilaciones a los que la Ley atribuye adelantado grado de invalidez, también se fija éste por el resultado que aquellas producen en la capacidad laboral futura de quien las sufre o ha sufrido, normativa que sirvió a modo de puente de paso para la más amplia individualización en la Ley de Seguridad Social, en la que solo son tenidos en cuenta los efectos maléficos de la enfermedad en cada concreta persona, informe ellos ha de decidirse si sufre o no invalidez permanente, y en su caso, grado en que la padece". En igual sentido, la STS 18 de diciembre de 1996 (rcud 371/1996), y de 5 de mayo de 1999 (rcud 3709/1988) recordó que "estamos ante situaciones individuales, que no permiten generalizaciones y extensiones, en donde es muy difícil que exista contradicción, porque su valoración y la necesidad de ayuda de terceras personas, como exige el art. 137.6 de la LGSS, para declararla, depende de cada caso, pues más que de enfermedades estamos ante enfermos"

A pesar de esta última doctrina, el criterio de objetividad se mantuvo en relación con la ceguera, como con rotundidad afirma la STS de 15 de enero de 2002, rcud. 2327/2002, aunque como obiter dicta, entendiendo que la que allí valoraba era otra distinta y, por tanto, subjetivable, aunque en otras resoluciones se eludió la aplicación de un criterio de objetividad para otras dolencias, como sucedió en la STS de 11 de abril de 1995, rcud 2420/1994, en la que no apreció identidad en un caso en el que se denegó la gran invalidez a un trabajador, nacido en 1949, afectado de síndrome de Down con coeficiente intelectual de 41, que estuvo trabajando desde 1981 como peón y con déficit visual (conserva un diez por ciento de agudeza de visión), cuando pretendía en 1991 obtener aquel grado aplicando la doctrina de la objetividad de la ceguera casi absoluta, atendidas a su dolencias (debemos tener en consideración que hasta la Ley 35/2002, de 12 de julio, no se incorporó a la LGSS el párrafo segundo al apartado 1 del art. 136 de la LGSS de 1994, sobre la calificación de la incapacidad permanente en el caso de trabajadores discapacitados)..

Más recientemente, la STS de 3 de marzo de 2014, rec.1246/2013, recopila la doctrina que en la materia que nos ocupa existía hasta ese momento, ya por la vía de la casación ordinaria, o por la de unificación de doctrina. En ella, se resuelve el caso de una monitora de comedor-patio, nacida en 1948, que estuvo trabajando hasta enero de 2012, siéndole reconocida en marzo una situación de incapacidad permanente por dolencias visuales por las que se le califica en GI. En dicha sentencia se hace mención de otras precedentes en las que se venía a sostener el citado grado de incapacidad por el solo hecho de presentar dolencias de ceguera total o con cercana incidencia en la visión como aquella. Son pronunciamientos que afectaban a trabajadores que tras una vida profesional relevante y, a una edad más o menos avanzada, presentaban las dolencias visuales que se calificaron como acreditativas de la necesidad de ayuda de tercera persona (STS de 19 de febrero de 1979, trabajador agrícola por cuenta ajena, nacido en 1919 que en 1974 interesa la incapacidad permanente; la STS de 11 de febrero de 1986, se refiere a un Perito Industrial, nacido en 1928 que la dolencia le sobrevino a

los 54 años de edad; la STS de 28 de junio de 1986, afecta a una trabajadora, nacida en 1925 que en 1984 interesa la GI por retinopatía diabética que ha provocado la ceguera; la STS de 15 de septiembre de 1986, declara la GI de un agente de ventas de automóviles que a los cincuenta años le sobreviene la dolencia que lleva a dicho grado de incapacidad; la STS de 7 de noviembre de 1986, se refiere a un mozo de parking, nacido en 1926 y que en 1983 inicia proceso de ILT que deriva en la invalidez, al presentar dolencia de retinopatía diabética que provocó AV de 0,2 en los dos ojos y en hechos probados se declaró la necesidad de ayuda para ir de un lugar a otro, vestirse y comer; la STS de 22 de diciembre de 1986 se refiere a un profesional de la siderometalurgia (fundidor) nacido en 1935 que estuvo trabajando hasta 1982 hasta que se le presenta la dolencia visual que no le permite ver bultos ni precisar siquiera dónde se encuentran, para poder asirse a ellos, caso de apuros, como tampoco aprehender los objetos que precisa para comer y beber, es una persona necesitada de otra que le ayuda a fin de atender necesidades; la STS de 23 de junio de 1987 reconoce la GI a un trabajador agrícola, nacido en 1930, que quiere revisar, en 1985, su incapacidad permanente total por agravación, declarándose probado que precisa de la ayuda de otra persona; la STS de 21 de septiembre de 1987, resuelve otorgando la GI a una operaria en empresa de la metalurgia, nacida en 1940 que en 1982 interesa dicho grado, rechazando la Sala por intrascendente introducir que la trabajadora precisaba la ayuda constante de un lazarrillo porque atiende al Decreto 1328/1963; en la STS de 13 de octubre de 1987 se reconoce la GI para un trabajador de la limpieza, nacido en 1935 que fue perdiendo visión progresivamente a partir de 1985, tras un proceso de ILT que se inició en 1984, declarándose probado que precisa de la compañía de una persona para sus desplazamientos; la STS de 18 de marzo de 1988 se refiere a una trabajadora, nacida en 1954, que trabajaba como especialista en el sector del papel, que en 1983 se le resuelve el expediente de invalidez por retinopatía diabética que ha provocado una ceguera; la STS de 23 de marzo de 1988 reconoce la GI a quien, nacido en 1922 y teniendo desde 1984 una IPA reconocida, pide revisión en 1985 por agravación, declarándose probado que no puede salir solo a la calle; la STS de 13 de marzo de 1989, sobre un trabajador nacido en 1925 y de profesión viajante, que en 1984 es calificado como incapacitado para todo trabajo, se le reconoce en vía judicial la GI, especialmente, porque se ha declarado en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, con valor fáctico, que necesitaba para el desplazamiento de la asistencia de otra persona; en la STS de 12 de junio de 1990, es cuando se perfila el nivel de visión que permite calificar que esa situación requiere la ayuda de tercera persona, en un caso en el que un profesoro mercantil, nacido en 1932, en 1987 se declara afecto de una dolencia visual que debe calificarse de GI).

La doctrina de la Sala, a partir de aquella sentencia de 2014, se ha venido manteniendo constante. Así, tenemos, entre otras, la STS de 10 de febrero de 2015, rcud 1764/2014, que reconoce la GI a un mecánico, nacido en 1947, que en 2005 tiene una situación de ceguera profunda.

La STS 308/2016, de 20 de abril (rcud. 2977/2014) merece especial atención porque en ella se reconoce la GI a un trabajador autónomo, comercial, nacido en 1953 que en 2011 pretende dicho grado. La Sala reconoce que los hechos probados ponían de manifiesto que el demandante podía atender los actos esenciales de la vida ("El actor vive solo, cocinándose cosas sencillas y llamando para hacer la compra, la cual le es llevada a su domicilio. De igual modo, el actor dispone de una persona que realiza la limpieza del domicilio. El actor realiza su propio aseo personal, siendo que en sus desplazamientos emplea taxis o autobús. El actor presenta dificultades para desplazarse a lugares desconocidos, siendo normalmente acompañado para memorizar el trayecto. En cuanto a la medicación, la misma es adquirida por el actor, y tras serle identificado cada fármaco, se la administra por sí mismo") y que esa sería la solución subjetiva que derivaría de la LGSS pero, sigue diciendo, "tampoco podemos desconocer una serie de criterios -legales y jurisprudenciales- que claramente nos llevan a la opuesta conclusión de que en el reconocimiento de la GI ha de atenderse prioritariamente a los parámetros objetivos de disfunción y no a los subjetivos que singularmente pudieran concurrir". Criterios legales que identifica, una vez más, con el Reglamento de Accidente de Trabajo y la reforma

operada por el Decreto de 1963. Como criterios jurisprudenciales, toma la reiterada doctrina de la Sala que, referida a la ceguera total, venía siendo aplicada y, además criterios más generales, sobre la habilidades adaptativas adquiridas para atender algunos de los actos esenciales sin ayuda de terceros, razonando lo siguiente: " A mayor abundamiento, si el éxito en el aprendizaje para la realización de actividades cotidianas y vitales por parte de los discapacitados a la postre se pudiese traducir - conforme a la solución "subjetiva" que rechazamos- en la privación del complemento previsto para la de GI en el art. 139.4 LGSS [art. 196.4 TRLGSS/2015], no parece dudoso que el consiguiente efecto desmotivador supondría un obstáculo para la deseable reinserción social y laboral del discapacitado, y esta rechazable consecuencia nos induce también a excluir una interpretación que no sólo resulta se nos presentaría opuesta -por lo dicho- a los principios informadores de toda la normativa en materia de discapacidad [Ley 13/1982, de 7/Abril; Ley 51/2003, de 2/ Diciembre; Ley 49/2007, de 26/Diciembre; Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13/Diciembre/2006 por la ONU y ratificada por España el 03/12/07; DF Segunda de la Ley 26/2011, de 1/Agosto; y RD- Legislativo 1/2013, de 29/Noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social], sino que incluso también Resultaría contraria -por aquella indeseable desmotivación- a los principios de protección y atención a los disminuidos físicos sensoriales y psíquicos recogidos en el art. 49 CE". Y termina acogiendo el criterio de la instancia para indicar que las patologías "le hacen precisar la ayuda de otra persona para las actividades cotidianas de la vida diaria por su pérdida de visión, especialmente los referidos a desplazamientos y administración de la medicación, necesidad ésta que, a pesar, de no ser permanente ni para todos los actos esenciales de la vida, en todo caso persiste y le coloca en situación de Gran Invalidez".

Criterio que es reproducido en la STS 827/2019, de 4 de diciembre (rcud. 2737/2017), en la que se resuelve un supuesto de una persona nacida en 1951, que ya en 1989 se reconoció en IPA, afiliándose en la ONCE en 1990 y solicitando en 2015 la revisión por agravación. Y en igual sentido, la STS 400/2020, de 22 de mayo (rcud. 192/2018) en un caso de una trabajadora, nacida en 1976, que trabajaba como diseñadora gráfica, que en 2015 interesa la revisión por agravación de la IPA que, desde 2011 y por dolencias visuales, tenía reconocida. Y la STS 411/2021, de 19 de abril (rcud 5046/2018, referida a una trabajadora nacida en 1966, de profesión limpiadora hasta que en 2008 pasa a la ONCE, vendiendo cupones, solicitando en 2016 la GI. Así como la STS 787/2021, de 14 de julio de 2021 (rcud 1551/2019). O la STS 346/2022, de 19 de abril (rcud 2159/2019), que también reconoce la GI a un trabajador nacido en 1978, que desde los 9 años de edad ya presentaba dolencias visuales, pasando a estar afiliado a la ONCE, en la que es agente vendedor de cupones en la ONCE y, al cabo de 22 años, en 2017, reclama aquel grado de incapacidad permanente.

Otro grupo de sentencias, que afectaban a agentes vendedores de la ONCE, vinieron a negar la situación de incapacidad permanente, en grado de gran invalidez, en supuestos en los que la situación objetivada estaba presente antes de la afiliación al sistema de la Seguridad Social -ese requisito fue introducido en la reforma operada en el año 2002, como ya hemos referido anteriormente- (STS 675/2016, de 19 de julio (rcud 3970/2014), STS 408/2018, de 17 de abril (rcud. 970/2018), STS 737/2018, de 10 de julio (rcud. 4313/2017) y STS 804/2020, de 25 de septiembre de 2020 (rcud. 4716/2018). Debe resaltarse, entre otras posteriores, las SSTS 806/2020 y 813/2020, de Pleno, de 29 de septiembre (rcuds.1098/2018 y 1090/2018, respectivamente), en las que sigue la misma doctrina pero se hace eco de toda la que hemos señalado anteriormente, en relación con el criterio objetivo en la determinación de la gran invalidez en situaciones de ceguera en los niveles de afectación que ha determinado la Sala. La STS 362/2022, de 26 de abril, (rcud 902/2019), así como la STS 844/2022, de 25 de octubre (rcud 1260/2019) y STS 930/2022, de 23 de noviembre (rcud 3121/2019) reiteran ese criterio.

3. Rectificación de doctrina

La objetivación de la dolencia como impeditiva de atender los actos esenciales de la vida, fue adoptada partiendo de un criterio legal que entendemos que no pretendía dar carácter absoluto a la ceguera como situación legal de gran invalidez.

En efecto, el propio Decreto de 1963 no excluía la posibilidad de que esa situación de gran invalidez pudiera no darse cuando la readaptación y autosuficiencia del invidente pudiera dejar de precisar esa asistencia de otra persona. Esto es, no acudía al criterio de la mejoría en las dolencias sino a lo esencial de lo que constituye la situación de gran invalidez, como es poder atender los actos más esenciales de la vida que puede venir dada con el paso del tiempo, incluso antes de entrar en el sistema de la Seguridad Social si las dolencias ya existían con anterioridad.

Y en ello resulta irrelevante lo que las diferentes OOMM, desde la de 11 de enero de 1969 hasta la de 1975, dijera en orden a ese complemento de renta por gran invalidez de ciegos, como normativa a la que también han atendido otras sentencias de esta sala, ya que tan solo indicaban que era subvencionado por el Fondo Nacional de Protección al Trabajo a favor del Instituto Nacional de Previsión para cubrir las cantidades que por tal concepto hubiera satisfecho (art. 93 y 94 de la OM de 25 de enero de 1975 -BOE de 3 de febrero de 1975-). Esto es, aborda un criterio financiero que no de conceptualización del grado de incapacidad permanente que nos ocupa.

Por tanto, el marco legal en el que se encuentra la incapacidad permanente, en el grado de GI, es el que regula la LGSS de 2015 en la que se identifica aquel grado con la necesidad de asistencia de otra persona para atender los actos más esenciales de la vida, cualquiera que sea la incapacidad permanente que le haya sido reconocida -parcial, total o absoluta-.

Por otro lado, y aunque es cierto que la jurisprudencia atendía al cuadro de dolencias, los supuestos en los que se declaró la GI respondían a un perfil de afectados que, según se podía obtener de los hechos probados, habían mantenido una vida profesional sin presencia de la dolencia y que, en una edad más o menos avanzada, la enfermedad les impide atender actividades esenciales. Esto es, personas que de repente se han visto desprovistas del sentido de la vista y carecen de todo conocimiento y capacidad para adaptar su entorno personal, familiar y social a la nueva situación.

La presencia de una enfermedad, ya sea la ceguera total u otra situación en las que confluyan dolencias relevantes sobre el sujeto -físicas o psíquicas- ya sea acreedoras de una incapacidad permanente en cualquiera de los otros grados, debe ir acompañada de una acreditación de que la persona no está en condiciones de atender los actos más esenciales de la vida. Se debe atender a las circunstancias específicas que pongan de manifiesto que, para atender las diferentes facetas que comprende los actos más esenciales de la vida, se precisa la asistencia de una persona, ya que, aunque estemos ante una misma dolencia, ello no implica que los sujetos que la presentan se desenvuelvan de igual forma en ese ámbito personal.

El que la gran invalidez o la incapacidad permanente absoluta sea compatible con un trabajo adecuado con el estado del incapacitado, o la valoración de las cotizaciones que con él se hayan efectuado, que en ocasiones se ha barajado por nuestra doctrina de la objetivación, es una circunstancia ajena e irrelevante en el presente debate en el sentido de que aquí no se está cuestionando si la actividad laboral impide reconocer una IPA o GI ya que ésta última también puede estar presente en quien está declarado en incapacidad permanente total para su profesión habitual, y ello no le impide estar prestando servicios con otra profesión.

La sola presencia de una determinada dolencia no permite, por sí misma, reconocer que la persona que la presenta no pueda atender los actos más esenciales de la vida ya que, en las incapacidad laborales de la LGSS no está todavía reglamentado el régimen de la incapacidad permanente bajo ese sistema de listado de enfermedades, al que se refiere aquella norma, por lo que siendo evidente que un cuadro de padecimientos puede tener distinto alcance en los sujetos a los que afecta, atendidas a

determinadas circunstancias que le puedan rodear, como es la edad, el momento en el que la dolencia se presenta, situación anterior y posterior, etc. no es aceptable que, para la GI, la enfermedad, como la que aquí se presenta, sea objetivada sin atender a la situación real del sujeto.

Excluir el criterio de objetividad en la valoración del grado de incapacidad, en este caso para la gran invalidez, no elimina la doctrina de la Sala sobre el alcance de lo que se entiende por actos más esenciales de la vida que precisen y necesiten la asistencia de otra persona, sino que se retorna al criterio general para todas las situaciones de incapacidad permanente -en cualquiera de sus otros grados- sea cual sea el padecimiento que se presente, sin discriminar unas de otras por su naturaleza.

En efecto, lo que no es asumible es que una situación de incapacidad permanente que está atendiendo a la necesidad de que una persona asista a quién está impedido para desenvolverse en "las más esenciales actividades de la vida", solo valore la enfermedad que presenta cuando su marco jurídico no es ese. Del mismo modo que el legislador desvinculó este grado de la situación de incapacidad permanente absoluta, de forma que basta con que esté afecto de una incapacidad permanente, bien podía haber extendido aquella calificación a determinadas dolencias, como en su momento se realizó en accidente de trabajo para la ceguera total. Seguimos a la espera de una reglamentación en materia de incapacidades permanentes, por lo que objetivar una determinada dolencia para identificarla como grado de incapacidad permanente sin más requiere de la oportuna regulación que así lo disponga.

Tampoco entendemos que la valoración de la gran invalidez, acudiendo a los criterios subjetivos de cada uno de los afectados por la ceguera total en ambos ojos o situaciones que se encuentren por debajo de la agudeza visual que esta Sala ha fijado, venga a ser desmotivador y obstaculizador de la reinserción social y laboral del discapacitado. La legislación estatal en materia de derechos de las personas con discapacidad, inspirada y respetuosa con la normativa internacional, como la recogida en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, define la inclusión social, dotándolo de un contenido en el que nada tiene que ver el que se califique a un discapacitado como persona que necesita la asistencia de una persona para las actividades más esenciales de su vida. Y ello, sin poder atender, como esta Sala ha venido señalando, al marco jurídico que existe en orden al reconocimiento y calificación del grado de discapacidad, cuyas reglas o criterios de valoración específicos no pueden ser tenidos en consideración en la determinación de las incapacidades laborales. No se incurre en desprotección ni desatención a los discapacitados ciegos totales por el solo hecho de que la gran invalidez que se pretenda se analice desde el propio concepto jurídico que la define y que no atiende a criterios objetivos, ya que no se les priva del derecho sino que éste no sea automático sino sea calificado, al igual que otras personas discapacitadas que puedan presentar otro determinado cuadro de dolencias y limitaciones funcionales, ya físicas, sensoriales o psíquicas, se les exige que ponga de manifiesto que precisan de la asistencia de una persona para atender las más esenciales actividades de la vida, y que va a ser remunerada con ese incremento de la pensión de incapacidad permanente que conlleva el reconocimiento de la gran invalidez.

4. Aplicación de la nueva doctrina al caso que se resuelve.

Lo anteriormente razonado nos lleva a sostener que es la sentencia recurrida la que ha resuelto conforme a derecho, al constar acreditado que la parte demandante puede atender los actos más esenciales de la vida, según refieren los hechos probados.

TERCERO. - Por lo expuesto, oído el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que el recurso debe ser desestimado y que la sentencia recurrida debe ser confirmada, sin imposición de costas, a tenor del art. 235 de la LRJS.

FALLO

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

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Borja David Vila Tesorero, en nombre y representación de D.ª Graciela.

2.- Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida dictada el 9 de septiembre de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 366/2019.

3.- Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.