



Roj: **STSJ AR 68/2018 - ECLI:ES:TSJAR:2018:68**

Id Cendoj: **50297340012018100031**

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

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **01/02/2018**

Nº de Recurso: **14/2018**

Nº de Resolución: **41/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **CESAR ARTURO TOMAS FANJUL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ARAGON SALA SOCIAL

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00041/2018

-

CALLE COSO Nº 1

Tfno: 976208361

Fax: 976208405

NIG: 50297 34 4 2018 0100014

Equipo/usuario: MBA

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000014 /2018

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000582 /2016

Sobre: **INCAPACIDAD PERMANENTE**

RECURRENTE/S D/ña I N S S

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Edmundo , T G S S

ABOGADO/A: , LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Rollo número 14/2018

Sentencia número 41/2018

M.

MAGISTRADOS ILMOS. Sres:

D. JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO

D. CÉSAR DE TOMÁS FANJUL



D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE

En Zaragoza, a uno de febrero de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres. indicados al margen y presidida por el primero de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 14 de 2018 (Autos núm. 582/2016), interpuesto por la parte demandada INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cinco de Zaragoza, de fecha catorce de noviembre de dos mil diecisiete ; siendo demandante D. Edmundo y codemandado TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre **incapacidad permanente** total. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. CÉSAR DE TOMÁS FANJUL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Edmundo , contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, sobre **incapacidad permanente** total, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado Social número 5 de Zaragoza, de fecha catorce de noviembre de dos mil diecisiete , siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"ESTIMANDO la demanda interpuesta por D. Edmundo contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro al actor afecto de **incapacidad permanente** total para su profesión habitual de **futbolista** profesional, derivada de enfermedad común, con derecho a una pensión vitalicia del 55% de su base reguladora de 2.431,86 euros, con fecha de efectos de 23-11-16, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y al INSS al efectivo abono de dicha pensión".

SEGUNDO .- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

"PRIMERO.- El actor D. Edmundo , nacido el NUM000 -1984 y afiliado al Régimen General de la Seguridad Social tiene como profesión habitual la de **futbolista** profesional.

SEGUNDO.- Comenzó su carrera profesional en las categorías inferiores del Real Zaragoza en la temporada 2004/2005, subiendo al primer equipo en el 2006/2007. En 2009/2010 fichó por el Deportivo Alavés, en 2012 entró a formar parte de la disciplina del Sabadell Fútbol Club, en 2013 fue contratado por el Real Oviedo donde jugó dos temporadas y finalmente el 5-8-15 fue contratado por el Club Deportivo Tudelano donde permaneció hasta el 31-5-16, fecha en la que quedó resuelta la relación laboral de mutuo acuerdo. En el acuerdo de resolución (folios 108 a 110) las partes hicieron constar que la causa derivaba de la ausencia de capacidad necesaria del actor para alcanzar el nivel mínimo exigido en el mundo profesional, debido a las dolencias que había venido sufriendo a lo largo de la temporada en la rodilla derecha.

TERCERO.- En fecha 7-1-16 el actor inició proceso de incapacidad temporal por contingencia común, con diagnóstico de lesión de menisco externo de rodilla, causando alta por mejoría en fecha 22-11-16.

El 22-4-16 presentó solicitud de **incapacidad permanente**, iniciándose el correspondiente expediente. En fecha 12-5-16 fue emitido dictamen por el EVI, dictándose por el INSS resolución denegatoria en fecha 16-5-16 considerando que las lesiones que padecía no eran definitivas, siendo susceptibles de tratamiento.

Interpuesta reclamación previa, fue desestimada, quedando agotada la vía previa administrativa.

CUARTO.- El actor fue intervenido quirúrgicamente en junio de 2003 por rotura de ligamento cruzado anterior, menisco interno y menisco externo de rodilla izquierda. Fue reintervenido en enero de 2004 por rerotura de LCA y reintervenido de menisco interno en enero de 2014.

En octubre de 2011 fue intervenido quirúrgicamente por rotura de LCA, rotura de menisco externo y menisco interno de rodilla derecha, realizándose ligamentoplastia y meniscectomía parcial externa e interna en dicha rodilla derecha.

En RM rodilla derecha de enero 2016: condromalacia grado IV en meseta tibial y cóndilo femoral externo y quiste parameniscal, úlcera condral de gran amplitud en el cartílago femoral externo.

En febrero de 2016 se le realizó infiltración con ácido hialurónico para alivio del dolor. Tras 10-15 días de reposo se le aconsejó reincorporarse gradualmente a los entrenamientos, haciéndolo los días 7, 9 y 10 de marzo de 2016, que empeoró la situación, momento en que se le recomendó el abandono definitivo de la actividad deportiva para no empeorar el estado de su rodilla derecha.



En la fecha de valoración del EVI, el actor presenta las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales: Rodilla derecha: derrame articular leve, atrofia muscular de cuádriceps respecto al contralateral. BA conservado con dolor en cara lateral a partir de 30º de flexión. Cajón anterior positivo y maniobra de Pivot Shift positiva. El cuadro clínico le limita para actividades que requieran de la estabilidad de las rodillas para el ejercicio de la misma. Limitado para deporte de alta competición.

Las opciones quirúrgicas y ortopédicas de las que podría beneficiarse para el desempeño de su actividad diaria normal, resultan incompatibles con la actividad deportiva de manera profesional que conllevaría grave riesgo de provocar el fracaso del tratamiento realizado.

QUINTO.- No se discute ni la base reguladora, 2.431,86 euros, ni la fecha de efectos de la IPT, 23-11-2016".

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada INSS, siendo impugnado dicho escrito por la parte demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-El actor de profesión **futbolista** profesional y de 32 años de edad, solicitó pensión de **incapacidad permanente** total, que fue denegada por resolución del INSS de fecha 16-5-2016, por considerar que las lesiones que padecía no eran definitivas, siendo susceptibles de tratamiento. Interpuesta demanda, fue estimada por la sentencia recurrida que declaró al actor afecto de **incapacidad permanente** total para su profesión habitual de **futbolista** profesional, derivada de enfermedad común, con derecho a una pensión vitalicia del 55% de la base reguladora de 2.431,86 euros y fecha de efectos de 23-11-2016.

Interpuesto recurso de suplicación por el INSS, fue impugnado por la parte actora.

SEGUNDO.- Por la parte recurrente, al amparo de lo dispuesto en el art. 193.b) de la LRJS, se postula la revisión de hechos probados, solicitando la introducción de un nuevo ordinal, en base a la documental obrante a los folios 131 a 133 de autos, proponiendo el siguiente texto:

"El actor figura de alta con el Grupo de Cotización nº 8 en la empresa Distribuidores Automáticos de Bebidas S.A: desde el 28-11-2016"

La jurisprudencia, entre otras muchas, SsTS de 20 y 22-3-2013, rs. 81 y 9/12, 19-12-2013, r. 37/13 y 29-4-14, r. 58/13, respecto a la revisión en casación de los Hechos Probados, con doctrina aplicable al recurso de suplicación, tiene declarado que los Hechos sólo pueden adicionarse, suprimirse o rectificarse si concurren las siguientes circunstancias: a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que haya sido negado u omitido en la resultancia fáctica recurrida; b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias divergentes o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas; c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola; d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, es decir, que la modificación haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso, devendría inútil la variación; y e) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

La adición pretendida por la recurrente carece de trascendencia para la modificación del fallo recurrido, toda vez que no se discute la profesión habitual del actor a efectos de **incapacidad permanente**, ni el ejercicio de una nueva profesión, acredita la existencia de capacidad laboral para el ejercicio de la que se ha considerado profesión habitual, que es la de **futbolista** profesional, con unos requerimientos físicos específicos no comunes. El motivo se desestima.

TERCERO.- La recurrente, al amparo de lo dispuesto en el art. 193.c) de la LRJS, denuncia la infracción de norma sustantiva, por aplicación indebida del art. 194.1º c) del la LGSS, argumentando que es difícil entender la contratación por la Club Tudelano el 5-8-2015 cuando las rodillas estaban con un cuadro secular idéntico al actual y por estimar que la causa real de esa limitación del actor para ser jugador profesional de fútbol es la edad del mismo, 32 años a la fecha del hecho causante.

El art. 194.4 de la LGSS (RD Leg. 8/2015), en la redacción aplicable en virtud de la disposición transitoria 26ª de esta norma, define la **incapacidad permanente** total para la profesión habitual como aquella que inhabilita al trabajador para realizar todas o al menos las fundamentales tareas de su profesión habitual sin impedirle el ejercicio de otra distinta. El carácter profesional de esta **incapacidad permanente** obliga a poner en relación dos términos: las limitaciones orgánicas y funcionales del trabajador y los requerimientos físicos y psíquicos de su profesión habitual, habiendo precisado el Tribunal Supremo que esta inhabilitación no se refiere exclusivamente a la imposibilidad física sino también a la aptitud para realizar las tareas esenciales



con un mínimo de capacidad y eficacia (sentencias del TS de 26-2-1979 y 22-12-1986 y auto de 5-12-2003, recurso 2935/2003).

No se cuestiona en el recurso que las lesiones que padece el actor impidan el desempeño de la profesión de **futbolista** profesional, como ha estimado probado la sentencia recurrida. Y respecto de la prestación de servicios profesionales en el último club de fútbol con el que suscribió contrato el 5 de agosto de 2015, debe de tenerse en cuenta que inició para dicho club la prestación de servicios y que no fue sino hasta el 7 de enero de 2016 cuando inició un periodo de incapacidad temporal, al que siguió el expediente de **incapacidad permanente**, por lo que, en modo alguno queda acreditado que el actor, al iniciar la última ración de **futbolista** profesional, estuviera ya impedido para el ejercicio debido de la misma.

Respecto de la alegación de que la causa real de la limitación del actor para ser **futbolista** profesional de fútbol es su edad, 32 años a la fecha del hecho causante, debe tenerse en cuenta que dicha cuestión, la relativa a que a partir de una determinada edad, 32 años, debe estimarse finalizada la vida profesional del **futbolista** por causa, no de su incapacidad física, sino de su edad, ha sido resuelta por la STS de fecha 20-12-2016 rec. 535/2015 al afirmar, recogiendo el informe del Ministerio Fiscal que "poniendo de manifiesto que carece de entidad jurídica la afirmación relativa a la edad del demandante **futbolista** profesional de 30 años de edad, unido a la afirmación que hace la sentencia recurrida de que se encuentra al final de su carrera, puesto que es sobradamente conocido que gran número de futbolistas alargan su vida profesional más allá de los 30 años con éxito. Asimismo refiere que el RD 1006/1985 de 26 de junio, que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales no establece especialidad alguna en relación con la edad de estos profesionales." Concluyendo que "ha de discreparse en la solución dada por la sentencia recurrida, en razón exclusivamente a la edad del actor de 30 años, presuponiendo finalizada su vida profesional activa, no por causa de la incapacidad física sino por su edad."

En el presente supuesto no establecida normativamente edad alguna de límite del ejercicio de la actividad de los deportistas profesionales, y siendo notorio que en el ejercicio del fútbol profesional existen jugadores profesionales del más alto nivel que superan la edad del actor de 32 años, debe de concluirse que su incapacidad viene motivada por la limitación producida por sus lesiones, que no se cuestiona, y no es derivada del cumplimiento de una edad determinada, por lo que el motivo se desestima.

En atención a lo expuesto, dictamos el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación nº 14/2018, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Zaragoza con fecha 14-11-2017 , autos 582/2016, que confirmamos. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que:

- Contra la misma pueden preparar recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por conducto de esta Sala de lo Social en el plazo de diez días desde la notificación de esta sentencia.
- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.
- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el recurso de casación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de 600 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

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