

En la ciudad de Pamplona/Iruña a veintiuno de febrero de dos mil doce.

Visto el procedimiento número 787/2011 sobre incapacidad permanente iniciado en virtud de demanda interpuesta por Juan contra INSS y TGSS,

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que el día 23 de junio de 2011 la parte actora interpuso demanda ante el Juzgado Decano de Pamplona, turnada a éste el día 24 de junio de 2011, en los términos que figuran en la misma, la cual fue admitida a trámite, señalándose el acto del juicio oral para el día al que previa citación en legal forma compareció personalmente D. Juan, asistido del letrado Sr. Josu Imanol Reta Decoreau, compareciendo por el INSS y TGSS la letrada Sra. Goyén Urrutia; quienes hicieron las alegaciones que estimaron pertinentes, proponiéndose las pruebas que, una vez admitida por S.S<sup>a</sup>., se practicaron con arreglo a derecho y desarrollándose la sesión conforme refleja el Acta a tal efecto levantada por el/la Sr./Sra. Secretario/a del Juzgado.

SEGUNDO.- Que en la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales de procedimiento.

#### HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- D. Juan, nacido el día 24 de enero de 1979, con DNI ...K, se encuentra afiliado a la Seguridad Social con el número ...139 y en situación de asimilada a la del alta, por desempleo subsidiado, en el Régimen General.

SEGUNDO.- El actor solicitó prestaciones de incapacidad permanente en fecha 17 de febrero de 2011. Tramitado el correspondiente expediente administrativo, fue reconocido médicamente, emitiéndose dictamen por el EVI en fecha 16 de marzo de 2011, siendo dictada resolución por la dirección Provincial del INSS el 17 de marzo de 2011 en la que se resolvió denegarle la prestación solicitada por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral.

TERCERO.- Contra dicha decisión fue interpuesta la oportuna reclamación previa, que fue desestimada por resolución de 17 de mayo de 2011.

CUARTO.- La base reguladora para el cálculo de la prestación derivada de enfermedad común, de ser estimada la demanda, asciende a 2.590,25 euros mensuales y la fecha de efectos se fija desde el día 16 de marzo de 2011 sin perjuicio de las compensaciones y deducciones que procedan por haber percibido subsidio de IT o salarios en periodos concurrentes. Podrá instarse revisión por mejoría o agravación en el plazo de dos años (conformidad).

QUINTO.- 1.- La profesión habitual del actor es la de futbolista (portero) (conformidad).

2.- El demandante prestó sus servicios en el Club Atlético Osasuna, salvo en la temporada 2002/2003 que estuvo cedido en el Club Deportivo Ourense SAD y 2008/2009 y 2009/2010 en las que fue contratado por el Real Murcia SAD. Se retiró de la práctica del deporte profesional al finalizar la temporada 2009/2010, teniendo entonces 31 años de edad (no controvertido).

SEXTO.- 1.- El demandante causó baja médica por accidente de trabajo en el periodo final de su contrato con el Real Murcia SAD percibiendo prestación en pago directo de mutua Fremap hasta el 9 de septiembre de 2010 (conformidad y doc. 1 de la parte actora, folio 26).

2.- Del 13 de diciembre de 2010 hasta el 7 de febrero de 2011 permaneció de baja médica y percibió prestaciones de incapacidad temporal (desde la situación de desempleo) derivada de enfermedad común (conformidad, doc. 2 de la parte actora, folios 27 y 28 y expediente administrativo, folio 48).

SÉPTIMO.- La parte demandante padece:

Espondilolistesis asociada a espondilolisis grado 11 L5-81

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En cumplimiento de lo exigido en el art. 97,2 LPL, debe hacerse constar que los anteriores hechos son el resultado de la falta de controversia, así como del contenido del expediente administrativo que obra en autos sobre los números primero al quinto: el sexto ha sido conforme y se desprende también de la documental referenciada en su redactado y el séptimo del expediente administrativo, en especial del informe médico de síntesis y de la pericial practicada.

Solicita la parte actora ser declarado afecto de incapacidad permanente total para su profesión habitual de futbolista profesional (portero), con derecho a percibir la pensión correspondiente en la cuantía resultante de aplicar un 55% a la base reguladora de 2.590,25 € mensuales (por 14 pagas).

El INSS se opuso a la demanda al entender que las lesiones que padece no alcanzan un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral. Tras la prueba practicada, en fase de conclusiones indicó que, en cualquier caso, de ser invalidantes las dolencias -lo que negó- darían lugar a prestaciones derivadas de accidente de trabajo y no de enfermedad común. Ante la referida alegación, el letrado del demandante indicó que la cuestión de la contingencia no habla sido objeto de controversia hasta el momento, siendo la alegación un motivo de oposición prohibido en los arts., 72,1 y 142,2 LPL por incongruente con la fase administrativa.

SEGUNDO.- De conformidad con el art. 137,4 LGSS (en su redacción conservada en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria quinta bis), se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al

trabajador para la realización de todas o las más importantes tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

La incapacidad permanente configurada en la acción protectora de la Seguridad Social es de tipo profesional y por ello, para su debida calificación hay que partir de las lesiones que presenta el beneficiario y ponerlas en relación con su actividad laboral para comprobar las dificultades que provocan en la ejecución de las tareas específicas de su profesión y proceder así a declarar el grado de total cuando inhabilite para desarrollar todas o las más importantes tareas de su profesión habitual, con un mínimo de capacidad o eficacia y con rendimiento económico aprovechable y sin que se trate de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia.

TERCERO.- Como es sabido, a la parte actora le corresponde acreditar los hechos constitutivos de su pretensión. En el caso particular, que reúne los requisitos exigidos legalmente para acceder a la prestación solicitada de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común (alta o situación asimilada, carencia, carácter invalidante de las dolencias en relación a la profesión de referencia y que las dolencias y limitaciones que le generan son derivadas de la contingencia común postulada).

Pues bien, en el presente caso la parte no ha acreditado de manera suficiente ni las limitaciones que le genera la enfermedad que padece (que ha sido reconocida por la entidad gestora en los términos recogidos en el hecho probado séptimo) en cuanto al grado de incapacidad postulado ni el origen o contingencia de la misma.

Respecto de lo primero, ha de indicarse que la prueba que ha presentado consiste casi exclusivamente en informe pericial de parte al que se incorporan determinadas imágenes escaneadas de Rx y de Resonancia Magnética. No consta en las referidas imágenes, por ejemplo, la fecha de la radiografía lumbar ni existe constancia del informe de unidad de diagnóstico por la imagen respecto de la resonancia (de 3 de febrero de 2010). El informe pericial se ha presentado, en definitiva, como la única prueba para acreditar los hechos que se contienen en los ordinales segundo a quinto de su demanda, pues ningún otro informe médico (de la sanidad pública o privada) se ha aportado a los autos. No hay, así, prueba alguna sobre la realidad del suceso traumático acaecido en sesión de entrenamiento y que de manera genérica se fecha "hace aproximadamente cinco años" y que se identifica como debut de la enfermedad, ni de la frecuencia e intensidad de los dolores posteriores, ni de quién le prescribió y en qué medida y tiempo tratamiento conservador, ni de la realidad de que "después de los entrenamientos y partidos" debía observar "reposo hasta el punto de prácticamente no poder salir de casa". No hay tampoco informe médico alguno que acredite que se le realizaron las infiltraciones de corticoides aludidas en el hecho tercero de la demanda y en el informe pericial y que -señalan- se le practicaron en Murcia.

No consta tampoco en qué medida el perito trató directamente al actor (si es que

lo hizo) y en qué periodos. De haber sido así, habría sido propuesto como testigo-perito y no como simple perito. En cualquier caso, ni de la redacción del informe pericial ni de su exposición en el acto del juicio se desprende tal conclusión, por lo que los hechos médicos incorporados a su informe debieron extraerse de una historia clínica de la que no se aporta la más mínima noticia ni referencia.

En definitiva, tal ausencia probatoria priva al juzgador de la posibilidad de valorar la pericial practicada. Como se indica en los arts. 336 LEC los dictámenes periciales “irán acompañados, en su caso, de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia”. Esto es lógico, pues la pericia no es prueba en si misma sobre hechos, sino instrumento para ilustrar al juzgador sobre la debida valoración de los mismos (o de otras circunstancias relevantes) en base a los conocimientos científicos, prácticos o técnicos poseídos por quien la práctica (art. 335 LEC). En definitiva, la pericial médica no es prueba plena de convicción sobre las dolencias, origen, evolución, tratamientos, etc. En el caso concreto, pues, para acreditar tales extremos el demandante debió aportar las pruebas de diagnóstico sobre sus dolencias e informes médicos existentes, Al no haberlo hecho así, no pueden tenerse por acreditados los hechos postulados en la demanda ni es posible entrar a valorar, ex art. 348 LEC, la pericial practicada.

Lo anterior es, si cabe, más necesario en el caso presente. Como es sabido, la vida profesional de los deportistas es corta e intensa en cuanto a esfuerzos, rendimiento y exigencia física, Pues bien, como se señaló, por ejemplo, en STSJ de Baleares de 12 de septiembre de 2006 el “deterioro y desgaste inherentes a los extremos esfuerzos del deporte de elite, con menoscabos físicos que se manifiestan lentamente y que se potencian con las inevitables pequeñas lesiones, no constituyen el objeto propio a proteger como invalidez permanente; en caso contrario, se llegaría a la rechazable conclusión (...) de que la actividad laboral de los deportistas profesionales habría de concluir generalmente con declaración de discapacidad”. Para evitar tal conclusión y, en definitiva, cumplir con la carga de la prueba que te compete sobre los hechos constitutivos de su pretensión (art. 217,2 LEC) debió el demandante aportar documentación médica suficiente sobre sus limitaciones y sobre que las mismas no son una consecuencia lógica del ejercicio del deporte al más alto nivel de exigencia durante años. Y al no haberlo hecho así, no puede tenerse por acreditado que sus dolencias tengan entidad incapacitante para el ejercicio de su profesión de deportista profesional.

CUARTO.- Como se ha indicado en el anterior fundamento, tampoco la parte ha probado de manera suficiente que las dolencias que padece se derivan de enfermedad común.

La cuestión, aunque haya sido puesta de manifiesto por el INSS en fase de conclusiones y no conste como motivo de oposición en la resolución impugnada es posible abordarla ahora sin tacha de incongruencia con la fase administrativa, Conclusión que deriva de la doctrina contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994 -recurso 2946/93-; 30 de octubre de 1995 -Recurso 997195-, y 2 de febrero de 1996 -Recurso 1498/95-), dictadas en

procesos de Seguridad Social en los que no se habla alegado por la entidad gestora, al resolver el expediente administrativo, la inexistencia de uno de los requisitos necesarios para dar nacimiento a la prestación que el actor reclamaba en el proceso; inexistencia que, sin embargo, puso de manifiesto dicha Entidad al contestar la demanda, aparte de que su realidad resultaba ya acreditada en el mencionado expediente administrativo.

En los tres supuestos, el TS entendió que no se había llegado a quebrantar la congruencia entre la vía administrativa y la judicial, porque ninguna indefensión causaba al demandante la alegación, ya en el juicio, de un hecho del que había perfecta constancia en el expediente. La primera de las reseñadas sentencias, votada en Sala General y con fundamentación más abundante y detallada que las otras dos (pues éstas últimas se limitan a seguir el criterio sentado por la más antigua, remitiéndose a la fundamentación "in extenso" de la misma), se ocupa y de distinguir las tres clases de hechos (impeditivos, extintivos y excluyentes) que la parte demandada puede alegar en su contestación y en su cuarto fundamento razona que "en el proceso de seguridad social se pide normalmente el reconocimiento del derecho a una prestación mediante una acción declarativa de condena, que es lo mismo que se ha solicitado en el procedimiento administrativo.

El actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección...) y la entidad gestora tiene la carga de probar los hechos impeditivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alejado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impeditivos y extintivos. La razón está, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho. Pero en cuanto a los otros hechos el juez debe apreciarlos cuando se prueben aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado o aunque éste no comparezca en juicio para oponerse". Idéntica doctrina se contiene en la STS de 23 enero 2001, y en la de la sala de lo social del TSJ de Navarra de 30 de abril de 2002, AS 200211956.

En el supuesto presente, el motivo de oposición esgrimido por la entidad gestora (que se trata de dolencias derivadas de accidente de trabajo y, por tanto, de las que no es responsable en cuanto a la prestación de invalidez que generen) es un hecho impeditivo y, como se ha recordado, esta categoría de hechos pueden ser apreciados judicialmente en cuanto su existencia se desprenda de la prueba, Por eso, su apreciación nunca puede producir indefensión al demandante. Es más, basta la lectura de la demanda para reparar en que los hechos descritos sobre el origen de la enfermedad del demandante se subsumen en lo que la Ley General de la Seguridad Social conceptúa como accidente de trabajo (art. 115). Así, se afirma en el hecho tercero que la enfermedad apareció de forma súbita en una "sesión de entrenamiento de multisaltos de gemelos" de forma que "notó al caer

severo dolor y sensación de inmovilización en la zona lumbar” y que se fue agravando de forma progresiva en la medida en que se realizaban las tareas propias de su profesión de futbolista-portero, sobre todo “en el último año, cada vez que se tiraba al suelo” en los entrenamientos y partidos. La cuestión es relevante en tanto que, como se sabe, el abono de la prestación derivada de enfermedad común es responsabilidad del INSS y en caso de accidente de trabajo, de la mutua.

En definitiva, la parte actora no ha acreditado de forma suficiente el carácter invalidante de sus dolencias ni que las Mismas procedan de enfermedad común. Debe, pues desestimarse la demanda.

QUINTO.- En cumplimiento de ello se advierte a las partes que la presente Resolución no es firme y que contra ella se puede interponer recurso de suplicación, con los requisitos que en el fallo se señalan, según se desprende del art. 191 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Que, desestimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Juan frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común, debo absolver y absuelvo a la entidad gestora demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Notifíquese a las partes la Sentencia dictada, con la advertencia de que contra la misma, cabe interponer recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que se anunciará en el plazo de cinco días hábiles siguientes a su notificación, bastando para ello la manifestación de la parte, de su Abogado, Graduado Social Colegiado o de su representante al notificarle aquélla. También podrán hacerlo estas personas por comparecencia o por escrito en el indicado plazo. En el momento del anuncio deberá asimismo la parte recurrente, designar Letrado o Graduado Social Colegiado que le dirija el Recurso.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.  
Luis Gabriel Martínez Rocamora.