



Roj: **STSJ AND 6126/2019 - ECLI: ES:TSJAND:2019:6126**

Id Cendoj: **29067340012019100958**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **29/05/2019**

Nº de Recurso: **2311/2018**

Nº de Resolución: **991/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAUL PAEZ ESCAMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

### **SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN**

### **MALAGA**

N.I.G.: 2906744S20170013032

Negociado: **RM**

**Recurso: Recursos de Suplicación 2311/2018**

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 6 DE MALAGA

Procedimiento origen: Seguridad Social en materia prestacional 995/2017

Recurrente: Noemi

Representante: JUAN CARLOS OLIVARES JURADO

Recurrido: TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, FREMAP, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL 61, ASOCIACION SOCIOLABORAL TALLER DE AR y INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Representante: ANTONIO CESAR OJALVO RAMIREZS.J. DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE MALAGA

**Sentencia Nº 991/19**

**ILTMO. SR. D. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE**

**ILTMO. SR. D. RAMÓN GÓMEZ RUIZ,**

**ILTMO. SR. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ**

En la ciudad de MALAGA a veintinueve de mayo de dos mil diecinueve

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, , compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente:

### **SENTENCIA**

En el Recursos de Suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Noemi contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 6 DE MALAGA, ha sido ponente el lltmo. Sr. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Que según consta en autos se presentó demanda por D<sup>a</sup> Noemi sobre Seguridad Social en materia prestacional siendo demandado TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, FREMAP, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL 61, ASOCIACION SOCIOLABORAL TALLER DE AR y INSTITUTO



NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 25 de Junio de 2018 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

**SEGUNDO** .- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

**PRIMERO**.- La demandante con DNI nº NUM000 afilada a la seguridad social con el nº NUM001 , ha prestado servicios para la entidad ASOCIACION SOCIOLABORAL TALLERES AR, . con la categoría de costurera y dependienta , empresa que tenía concertadas las contingencias profesionales con la Mutua Fremap.

**SEGUNDO**.- A las 17.38 horas del día 28/06/2017 la actora acude al servicio de urgencias del hospital Parque San Antonio de Málaga por "caída casual en la calle hoy por la tarde con diagnóstico Fractura metafisiana de radio.

(documento nº1 de la Mutua)

**TERCERO**.- En fecha 28.06.2017 la actora inicia un proceso de incapacidad temporal calificado como accidente no laboral , con diagnóstico: " fractura cerrada radio neom".

**CUARTO**.- En fecha 30.06.2017 la actora presenta escrito ante la Mutua solicitando asistencia sanitaria.

(se da por reproducido el contenido integro del documento nº 2 de la Mutua)

**QUINTO**.- En fecha 04/07/2017 la demandante formula solicitud ante el INSS de determinación de contingencia del referido proceso de IT Tramitado expediente administrativo de determinación de contingencia, en fecha 21/07/2017 se extiende dictamen propuesta por el EVI en el que propone que la contingencia de la que deriva el proceso de IT iniciado por el trabajador en fecha 28.06.2017 sea considerado accidente no laboral.

**SEXTO**.- En fecha 24.07.2017 se dicta resolución por el INSS en la que se declara que el proceso de incapacidad padecido por la actora , iniciado el 28.06.2017 es derivado de accidente no laboral.

**SEPTIMO**.- La actora prestaba servicios para la entidad Asociación Sociolaboral Talleres AR en virtud de un contrato de trabajo indefinido suscrito en fecha 16.05.2017 , a tiempo completo finalizando dicha relación laboral el 31.12.2017 .

El domicilio de la empresa que consta en el contrato de trabajo es Calle Naranja nº 22 de Ronda .

**OCTAVO**.- El horario de la demandante en su empresa es de lunes a viernes de 8.45 a 13.30 horas y de 17.30 a 20.30 horas.(con la excepción de los viernes por la tarde) .

Al momento del accidente la demandante prestaba servicios en el centro de trabajo sito en Málaga, Calle Pinzón)

(documento nº 5 de la parte actora y testifical)

**TERCERO** .- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó, siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- La sentencia de instancia ha desestimado la demanda en la que se reclama por la demandante D<sup>a</sup> Noemi que se declare que el procedimiento de incapacidad temporal seguido por la misma desde el 28.06.2017 es derivado de la contingencia de accidente de trabajo.

Y frente a dicha sentencia se interpone recurso de suplicación por la parte actora en el que como primer motivo, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, petitiona la revisión fáctica de los hechos probados de la sentencia de instancia, y ello a fin de modificar el contenido del hecho 2º y adicionar dos nuevos hechos probados 9º y 10º.

**SEGUNDO**.- La doctrina jurisprudencial es inequívoca ( STS 05.10.2010 , 10.12.2009 y 05.11.2008 entre otras muchas) respecto del error en la apreciación de la prueba, señalando que "...para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico; b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos; d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia...".



Y lo cierto es que aplicando la doctrina indicada al caso de autos hemos de entender que la revisión fáctica instada habrá de ser íntegramente rechazada, y ello preferentemente por los siguientes condicionantes:

1.- por lo que atañe a la modificación del hecho segundo, cuando la certeza de los datos que novedosamente tratan de adicionarse -atinentes a circunstancias concomitantes a la caída padecida por la demandante- no puede extraerse -mucho menos de manera directa e indubitada- del documento que cita, a menos evidentemente que acudiéramos a meras elucubraciones y/o conjeturas, lo que claramente nos está vedado. Junto a lo citado, el documento invocado por la demandante -solicitud de asistencia sanitaria dirigida a la Mutua- no viene sino a recoger unas manifestaciones efectuadas por la propia demandante, cuya certeza la sentencia recurrida recalca no aparece refrendada por otra diligencia probatoria; y por último, difícilmente puede ampararse ahora la certeza de tal dato en pruebas de índole testifical, irrevisables por la presente vía de recurso.

2.- en relación al nuevo hecho 9º, el dato que trata de adicionar -atinente a la base de cotización de la demandante previa al accidente- ni aparece siquiera citado en su demanda, no constando contienda alguna sobre el mismo ni mucho menos que la determinación del importe de la base reguladora de la prestación fuera una cuestión examinada y resuelta en la sentencia ahora recurrida.

3.- y finalmente, por lo que atañe al nuevo hecho 10º, los datos que se tratan de adicionar -relativos a la distancia del centro de trabajo con el domicilio de la demandante y el lugar en que fue a comer el día del accidente- carecen por completo de relevancia a los efectos modificativos del fallo judicial aquí impugnado, como en adelante se verá.

**TERCERO.-** Y tras lo anterior, por la actora se formula un último motivo de recurso, formalmente articulado al amparo del artículo 193.c) de la Ley de la Jurisdicción Social, a través del cual viene a denunciar incurrir la sentencia recurrida en infracción del artículo 156.2.a) de la Ley General de la Seguridad Social, con arreglo al cual sostiene que el accidente sufrido por la misma ha de reputarse *in itinere*, y con ello de etiología eminentemente laboral.

Para resolver la controversia jurídica que ahora nos ocupa se hace necesario destacar diversos extremos que resultan de los inalterados hechos probados de la sentencia de instancia, y así: 1.- que la demandante presta servicios laborales para la demandada en un centro de trabajo sito en la localidad de Málaga, en la que igualmente tiene su residencia habitual; 2.- que su jornada diaria es partida, desplegando funciones en horario de mañana desde las 08:45 a las 13:30 y por la tarde de 17:30 a 20:30; 3.- y que dispone por ello de 4 horas completas al medio día para comer. Dicho lo anterior, no obra en autos prueba alguna de la que siquiera inferir que la demandante de manera ordinaria o habitual no acuda a su propio domicilio a comer, máxime cuando el espacio de tiempo de que dispone al medio día es claramente dilatado y extenso; y junto a ello, tampoco consta acreditada en las actuaciones circunstancia especial alguna de la que extraer que el día de su caída no le fuera racionalmente posible acudir a su domicilio a comer, desprendiéndose más bien de los datos de autos que el hecho de comer ese mismo día con compañeros de trabajo en un establecimiento de restauración fue debido a su exclusiva voluntad e interés particular, sin vinculación laboral alguna.

**CUARTO.-** En relación a accidentes acaecidos en tiempo de comida, y por ende no de trabajo efectivo, existe un cuerpo consolidado de doctrina judicial de la que es clara muestra la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 09.05.2006 la que, ante un supuesto de siniestro acontecido en el período de descanso para la comida vino a dictaminar que *"... es necesario en este caso tener en cuenta el criterio hermenéutico de la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, criterio al que también se refiere el artículo 3.1 del Código civil, así como a los usos y costumbres sociales que el artículo 3.1 d) del Estatuto de los Trabajadores considera fuente de la relación laboral. Conforme a ese criterio informador cabe afirmar que el accidente al que nos venimos refiriendo sobrevino durante la jornada de trabajo, porque en supuestos como el presente es práctica generalizada que los trabajadores dedicados a la construcción realicen sus comidas de medio día en el propio centro de trabajo, por las dificultades que entraña la satisfacción de esta necesidad en su domicilio y el coste adicional que supondría comer en un establecimiento público. Es regla general de experiencia y canon comúnmente aceptado de conducta que en situaciones como la aquí contemplada, los trabajadores realicen su comida de medio día en el centro de trabajo y en la pausa que el mismo permita, sin que con ello quede absolutamente desvinculada la lesión del trabajo realizado. Por lo demás, sería un contrasentido negar la calificación como profesional al accidente ocurrido en estas circunstancias y reconocerla al sufrido por el trabajador en la trayectoria de su domicilio al centro de trabajo, también en tiempo intermedio de inactividad laboral para alimentarse, originado por causas absolutamente desconectadas del funcionamiento de la empresa..."*

Como es claramente de ver, dicha doctrina no es extrapolable al caso de autos, en el que bajo ningún concepto cabe extraer que por razones de dificultades de tiempo, desplazamiento y/o espaciales fuera dificultoso para la aquí demandante acudir a su propio domicilio a medio día para realizar la correspondiente comida, cuando



su centro de trabajo está sito en su misma localidad de residencia y dispone íntegramente de 4 horas para ello. Consecuentemente, en el caso de autos la demandante decidió por su particular voluntad e interés -y no se dude, de manera completamente lícita y legítima- realizar un día concreto la comida con otros compañeros de trabajo en un establecimiento, sobreviniendo la caída casual de la que derivó el inicio del proceso de incapacidad temporal que siguió a la salida del mismo, y con ello, por causas y factores completamente ajenos a su actividad laboral.

**QUINTO.-** Sostiene la demandante que dicha caída ha de reputarse como de accidente de trabajo *in itinere* cuando la misma acaeció al tiempo de regresar a su puesto de trabajo, si bien con tal planteamiento obvia lo que al efecto tiene establecido la jurisprudencia en la materia, como así la contenida en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 14.02.2017, al tiempo de recalcar que el accidente *in itinere* es el sobrevenido en el trayecto entre el domicilio del trabajador y su lugar de trabajo, y no desde otro lugar diferente en que se encontraba el trabajador por causas y razones ajenas a sus cometidos laborales. La sentencia citada, al efecto viene a resaltar que la particular noción del accidente *in itinere* "... se construye, al menos en su origen, a partir de dos puntos geográficos: el lugar de trabajo y el domicilio de quien desarrolla su actividad asalariada; la construcción sirve para subsumir en la categoría de accidente laboral a todo siniestro acaecido durante el trayecto que discurre entre ambos lugares ...", añadiendo a lo anterior que para calificar un accidente como laboral *in itinere* se requiere "... que se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa (elemento geográfico) ...".

Y por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 15.04.2013, en relación a un accidente padecido por un trabajador en el trayecto a una visita médica, aun autorizada por la empresa, denegó el carácter laboral a la contingencia de la prestación derivada del mismo indicando al efecto que "... la noción de accidente "in itinere" se construye a partir de dos términos (el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador) y de la conexión entre ellos a través del trayecto...", por lo que el mismo "... exige, como requisitos ineludibles, el que el camino de ida y regreso al trabajo carezca de interrupción voluntaria y se lleve a cabo siempre por el itinerario usual...".

Y ante ello, del mismo modo que acontece en el caso que aquí a nosotros nos ocupa, ya se trate de una gestión tributaria, ya de una visita médica, ya de una comida con compañeros, en cualquiera de tales supuestos nos encontramos ante una gestión puramente personal del trabajador, ante una diligencia de carácter privado, sin relación alguna con el trabajo, por lo que la caída o accidente acaecido en el ir o venir del mismo no puede ostentar la calificación de accidente laboral *in itinere* pretendida.

No concurriendo por todo lo citado la vulneración normativa denunciada procede, en consecuencia, con desestimación del recurso de suplicación, la confirmación de la sentencia recurrida.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación formulado por D<sup>a</sup> Noemi y confirmamos la sentencia del Juzgado de lo Social número Seis de Málaga de fecha 25.06.2018, dictada en sus autos nº 995/2017 promovidos por la indicada parte recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la Mutua FREMAP y la entidad ASOCIACION SOCIOLABORAL TALLER DE AR.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, frente a esta sentencia, cabe recurso de casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que, transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

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.