



Roj: **STSJ CAT 3659/2015 - ECLI: ES:TSJCAT:2015:3659**

Id Cendoj: **08019340012015102268**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **26/03/2015**

Nº de Recurso: **7596/2014**

Nº de Resolución: **2262/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FELIPE SOLER FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08019 - 44 - 4 - 2013 - 8003821**

AF

**Recurso de Suplicación: 7596/2014**

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO

ILMO. SR. ENRIQUE JIMÉNEZ ASENJO GÓMEZ

En Barcelona a 26 de marzo de 2015

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

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A núm. 2262/2015**

En el recurso de suplicación interpuesto por MUTUAL CYCLOPS frente a la Sentencia del Juzgado Social 13 Barcelona de fecha 30 de septiembre de 2014 dictada en el procedimiento nº 74/2013 y siendo recurridos D<sup>a</sup> Raquel , D. Eloy , COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE RONDA000 Nº NUM000 BARCELONA, INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL (INSS) y TRESORERIA GENERAL DE LA SEGURETAT SOCIAL. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. FELIPE SOLER FERRER.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 24 de enero de 2013 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Seguridad Social en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 2014 que contenía el siguiente Fallo:

"Que estimando la demanda formulada por DOÑA Raquel Y DON Eloy frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUAL CYCLOPS, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE RONDA000 , NÚMERO NUM000 (BARCELONA) sobre IMPUGNACIÓN DE CONTINGENCIA, reclamación de DECLARACIÓN DE PRESTACIÓN DE VIUDEDAD Y ORFANDAD DERIVADA DE



LA CONTINGENCIA DE **ACCIDENTE DE TRABAJO**, debo declarar y declaro que el fallecimiento del causante DON Millán en fecha 29-08-2012 lo fue como consecuencia de **accidente** laboral "In Itinere" y como consecuencia de esta declaración debo, así mismo, declarar el derecho de la actora DOÑA Raquel al abono de las prestaciones de viudedad y el derecho de su hijo DON Eloy al abono de la prestación de Orfandad derivadas de la contingencia de **Accidente de Trabajo**, condenando a la MUTUAL CYCLOPS al abono de las prestaciones conforme a la Base Reguladora de 1632,78 Euros/mes y efectos de fecha 30-08-2012 y al resto de las demandadas a estar y pasar por dichas declaraciones."

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO.- Que D. Millán , con DNI número NUM001 y afiliado al Régimen General de la Seguridad, esposo y padre de los actores, falleció el día 29-08-2012 (miércoles) por HEMORRAGIA ABDOMINAL MASIVA POR ESTALLIDO HEPÁTICO POR TRAUMATISMO DE TRAFICO; prestaba sus servicios para la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE RONDA000 , NÚMERO NUM000 (BARCELONA); quien tenía concertada la contingencia de **Accidentes de Trabajo** con Mutual CYCLOPS; conforme expediente administrativo y de conformidad por las partes.

SEGUNDO.- El fallecido trabajador prestaba sus servicios como conserje, con jornada de lunes a viernes de 09,00 a 13,00 horas y de 17,00 a 21,00 horas, en la citada COMUNIDAD DE PROPIETARIOS; se acredita conforme al Informe de la Inspección (folios 206 a 208), preceptivo por ser la reclamación en solicitud de declaración de **accidente de trabajo**, concluye lo siguiente: "Consta comunicado de **accidente de trabajo** con baja, en el que se describe: el trabajador D. Millán el día 29-09-2012 a las 21 horas, cuando finalizaba su jornada de **trabajo** y salía de la finca en la que prestaba servicios como Conserje, cruzaba la calle y fue atropellado por una moto, del que se derivó su fallecimiento. Del informe de investigación de **accidente** del trabajador Sr. Millán , efectuado por la empresa manifiesta los siguientes hechos: " A la salida de la comunidad de propietarios situada en RONDA000 NUM000 , donde estaba trabajando y al finalizar su jornada laboral, cruzo la calle General Mitre a la altura del número 197 y lo atropello una motocicleta provocándole la muerte. Concluye que conforme a la documentación aportada y atendida las manifestaciones del compareciente en representación de la empresa, se concluye que el **accidente de trabajo** sufrido por Don. Millán , tenía la calificación de **accidente de trabajo** in itinere."

TERCERO.- Por Resolución del INSS de fecha 12-11-12 se le reconoció a la esposa el derecho a percibir pensión de Viudedad derivada de Enfermedad Común del 52% de la Base Reguladora de 1127,41 Euros/mes, con efectos del 30-08-12; así mismo, solicitada pensión de Orfandad en fecha 12-11-2012 se reconoció a Eloy pensión de Orfandad derivada de enfermedad Común consistente en el percibo del 20% de la Base Reguladora de 1127,41 Euros/mes, con efectos del 30-08-12.

CUARTO.- Que solicitado al INSS por la viuda e hijo del causante la prestación de Viudedad y Orfandad derivada de la contingencia de **Accidente de Trabajo**, la Entidad remitió la solicitud a la Mutua que cubría la contingencia de **Accidentes de Trabajo** de la empresa donde prestaba sus servicios el trabajador fallecido; esta reclamación fue rechazada por la Mutual Cyclops al no encuadrar el fallecimiento del trabajador en el artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social por no tener consideración de **accidente** laboral y por tanto considerar que deriva de enfermedad común.

QUINTO.- Interpuesta Reclamación Previa ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social por la viuda en su nombre y su hijo y ante la Mutua en solicitud de que se reconozca que el **accidente** sufrido por su esposo y padre, respectivamente, derivada de **Accidente de trabajo** "in itinere", le fue denegada por dicho Instituto y por la Mutua.

SEXTO.- Que los actores solicitan se declare el derecho de la Viuda y de su hijo a percibir las pensiones de viudedad y orfandad derivadas de **accidente de trabajo** o subsidiariamente como **Accidente de Trabajo** "in itinere" y condene a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y al abono de las prestaciones económicas derivadas de aquella, según su respectiva responsabilidad.

SÉPTIMO.- Siendo la Base Reguladora de la prestación solicitada por la Contingencia de **Accidente de Trabajo** la de 1632,78 Euros/mes, hecho fijado en demanda no discutido por las partes.

OCTAVO.- Que se ha aportado por las partes el Informe del Médico Forense en el que se indica que se han procesado muestras de sangre para análisis toxicológica, siendo el resultado del valor de etanol en sangre de 1,98 gramos litro.

NOVENO.- Que conforme a los documentos aportados, se acreditan los siguientes hechos respecto del **accidente** de Tráfico según informe Guardia Urbana:



Atropellamiento por cruzar fuera del paso de los peatones; existiendo separaciones de carriles, con circulación fluida y oscuridad mediana, buena visibilidad.

Indica el informe que el **accidente** ocurrió en el cruce de Ronda General Mitre con la calle Rio Rosas; que la Ronda General Mitre consta de dos calzadas separadas por una andana central no transitible, el sentido de Calle Balmes a Pl Lesseps consta de tres carriles el primero de multiusos con prohibición de estacionar de 7 a 21 horas, estaba habilitado al momento del **accidente** para circulación de autobuses y taxis. La calle Rio Rosas consta de un solo carril sentido montaña a mar. El cruce está bien señalizado con semáforos. Al Besos lado del cruce y lugar de los hechos no hay regulado ni señalizado paso de peatones; La andana de separación de calzadas hay árboles (palmeras) y dos salidas de refrigeración de un parking.

El trabajador accidentado se indica que uno de los testigos, amigo del motorista accidentado, que iba con él y con el otro motorista, salió de la andana central y caminaba en sentido de montaña a mar por el lado de Besos, por donde no hay paso de peatones, al croquis folio 221 se aprecia que el trabajador cruzo en sentido diagonal la calle y fue atropellado en medio del cruce entre Ronda General Mitre y la Calle Rio Rosas, en uno de los tramos de Ronda General Mitre que tiene dos carriles y un carril Bus, estando el paso de peatones al otro lado de donde cruzo a unos 13,00 metros; se percibe que el trabajador no se percató de que el semáforo, donde estaban parados los motoristas, se puso en verde y cruzo en el momento en que se puso en verde; no veía los semáforos desde el lugar en que cruzaba.

**TERCERO.**- En fecha 9 de octubre de 2014 se dictó auto de aclaración de la anterior sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que estimando la demanda formulada por DOÑA Raquel Y DON Eloy frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUAL CYCLOPS, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE RONDA000 , NÚMERO NUM000 (BARCELONA) sobre IMPUGNACIÓN DE CONTINGENCIA, reclamación de DECLARACIÓN DE PRESTACIÓN DE VIUDEDAD Y ORFANDAD DERIVADA DE LA CONTINGENCIA DE **ACCIDENTE DE TRABAJO**, debo declarar y declaro que el fallecimiento del causante DON Millán en fecha 29-08-2012 lo fue como consecuencia de **accidente** laboral "In Itinere" y como consecuencia de esta declaración debo, así mismo, declarar el derecho de la actora DOÑA Raquel al abono de las prestaciones de viudedad y el derecho de su hijo DON Eloy al abono de la prestación de Orfandad derivadas de la contingencia de **Accidente de Trabajo**, condenando a la MUTUAL CYCLOPS a que abone a Raquel la indemnización a tanto alzado de 6 mensualidades y Eloy 1 mensualidad, en ambos casos de la base reguladora de 1.632,78 euros mensuales y efectos de fecha 30-08-2012 y al resto de las demandadas a estar y pasar por dichas declaraciones."

**CUARTO.**- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte codemandada MUTUAL CYCLOPS, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, la parte actora D<sup>a</sup> Raquel y D. Eloy impugnaron, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Frente a la sentencia estimatoria de la demanda origen de autos, que declara el **accidente de trabajo** ("in itinere") como contingencia determinante de las prestaciones por muerte y supervivencia, recurre en suplicación la Mutua codemandada, cuyo recurso, impugnado por la parte actora, consta de un primer motivo, de revisión fáctica, al correcto amparo del apdo. b) del art. 193 LRJS, por el que solicita la modificación de los hechos probados octavo y noveno de dicha resolución.

Con carácter previo señalará la Sala que la suplicación no constituye una segunda instancia ni una apelación que permita una revisión "ex novo" de las pruebas practicadas en el juicio sino, además y principalmente, que cualquier modificación o alteración en el relato de hechos declarados como acreditados por el juzgador «a quo» no sólo ha de resultar trascendente a efectos de la solución del litigio sino que, en todo caso, ha de apoyarse en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable el error de aquel juzgador cuya facultad de apreciación conjunta que respecto de los «elementos de convicción» -concepto más amplio que el de medios de prueba aportados a los autos- el art. 97.2 LPL le otorga, no puede verse contradicha ni desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada.

Dicho lo cual, se acepta la adición postulada para el hecho probado octavo, a fin de recoger la información toxicológica que obra en el informe del forense que practicó la autopsia al cadáver del causante. Por lo que se añade al mismo lo que sigue:

*"(...) El etanol es un depresor continuo del sistema nervioso central.*



Una vez absorbido, el 95% se metaboliza por oxidación y un 5% es eliminado sin modificar por diferentes órganos y aparatos. El riñón es uno de ellos por eso es posible encontrar alcohol en la orina.

0,9-2,5 g/l: Concentraciones que, en sangre, pueden producir los siguientes efectos:

- Inestabilidad emocional y decrecimiento de las inhibiciones.
- Pérdida del juicio crítico.
- Alteraciones de la memoria y comprensión.
- Decrecimiento de la respuesta sensorial.
- Incremento del tiempo de reacción. .
- Descoordinación muscular. "

Se acoge también la adición postulada para el hecho probado noveno, a fin y efecto de transcribir las conclusiones de la patrulla actuante sobre las causas del **accidente** de tráfico en que se vio envuelto el causante, al margen de que la opinión de la Guardia Urbana sobre dichas causas, por importante que sea, no vincule necesariamente a la Sala. De modo que se añade al citado ordinal lo que sigue:

"(...) La patrulla actuante después de realizar los **trabajos** de recogida de información, investigación y análisis de datos llega a la conclusión que la causa probable del **accidente** fue el cruzar el viandante sin tomar las debidas precauciones y fuera del paso de viandante regulado y señalizado (infracciones de los arts. 124.1 , 124.2 y 124.2 del Reglamento General de Conducción )."

**SEGUNDO.-** Se realiza en el siguiente motivo, al correcto amparo del apdo. c) del art. 193 LRJS , la censura jurídica de la sentencia recurrida, a la que se imputa infracción del art. 115.4.b) LGSS .

La **imprudencia temeraria** es una de las causas de exclusión de la protección social que el sistema de Seguridad Social dispensa a los **accidentes** de **trabajo** y por ese motivo, la jurisprudencia ha interpretado de manera restrictiva dicho concepto jurídico indeterminado. En este sentido, es doctrina reiterada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), la de que para apreciar la existencia de una **imprudencia temeraria** "es necesaria una conducta de gravedad excepcional, una conciencia clara del peligro y una exposición al riesgo, voluntaria y consciente" ( sentencia de 4 de marzo de 1.974 ), es decir, que el accidentado observe una conducta que, con claro menosprecio de la propia vida, acepte voluntaria y deliberadamente correr riesgos innecesarios y especialmente graves, ajenos a la conducta usual de las gentes, omitiendo las más elementales medidas de precaución en la ejecución del acto causal (en este sentido, sentencia de 10 de mayo de 1.988 ). Estas notas permiten diferenciarla de la **imprudencia** simple, en la que si bien no se agotan todos los actos necesarios para evitar un peligro, éste no se quiere o pretende sufrir, sino que se incurre en el mismo por una negligencia o descuido (por todas, sentencia de 11 de febrero de 1.976 ). Por tanto, la **imprudencia temeraria** excede la mera **imprudencia** grave o con infracción de reglamentos, de modo que, a los efectos que ahora interesan, las simples infracciones de normas de tráfico no deben calificarse automáticamente de **imprudencia temeraria** ( sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1.971 ), porque pueden cometerse por una serie variada de factores como el cansancio, la habitualidad del trayecto, las características físicas del lugar, etc. Por este motivo, siguiendo las orientaciones del Tribunal Supremo (sentencia de 31 de marzo de 1.999 ), para determinar si se ha cometido o no una **imprudencia temeraria** deben analizarse las circunstancias de hecho concurrentes en cada supuesto litigioso.

**TERCERO.-** En el presente caso no ofrece duda que la conducta del peatón fallecido fue imprudente, pues cruzó en diagonal la Ronda General Mitre de esta ciudad de forma sorpresiva y por zona no habilitada para ello, saliendo de la andana central no transitable, siendo atropellado por un motorista, que también resultó fallecido. Los hechos probados de la sentencia recurrida no refieren dato o circunstancia alguna de la que se pueda derivar una conducta negligente por parte del motorista, o, en otras palabras, una contribución causal del mismo a la producción del resultado. Según la resolución judicial, que asume en todo momento el informe de la Guardia Urbana de Barcelona, la causa del **accidente** fue el cruce antirreglamentario de la calzada por el peatón. Surge a continuación el problema de determinar si estamos ante una **imprudencia** simple o ante una **imprudencia temeraria**. Ya hemos dicho anteriormente que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha establecido reiteradamente que la infracción de reglas de circulación no califica por sí sola de **temeraria** la conducta del accidentado infractor, cuando no implica desprecio del riesgo de manera reflexiva y consciente. Examinando las circunstancias del **accidente** podemos decir que la **imprudencia** del peatón fue grave, pues saliendo de la andana central no transitable cruzó caminando en sentido diagonal una vía rápida de gran circulación, por lugar no destinado al efecto. Tal conducta, sin más, ya roza la temeridad, pues despreciando elementales normas de cautela el peatón generó de manera irreflexiva y consciente un grave riesgo para la circulación y para sí mismo. Pero se ha de valorar también que el peatón presentaba una tasa de alcohol en



sangre de 1,98 gramos/litro. Es cierto que el TS, en sentencia de 31-3-1999, tiene señalado que no puede establecerse con carácter general un determinado grado de alcoholemia como umbral objetivo que implique necesariamente **imprudencia temeraria** del trabajador, debiendo estudiarse caso por caso. También es cierto que con tasas de alcohol no demasiado elevadas para valorar el grado de intoxicación alcohólica hay que tener en cuenta parámetros complementarios de comparación, como estatura, peso, hábito y alimentos ingeridos. Pero no es menos cierto que con una tasa como la que presentaba el causante sería excepcional que pudiera tener sus facultades intactas. En el ámbito penal, en relación con el delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha señalado, en sentencia núm. 1133/2001 de 11 junio, "(...) *No obstante, los Tribunales entienden que a partir de determinada impregnación alcohólica en la sangre queda superado el límite penalmente permisible en cuanto cualquier persona vería disminuida su capacidad de percepción, reflejos y en definitiva sus facultades para la conducción, y así se han pronunciado cuando se superan 1,20 gramos de alcohol por 1.000 CC de sangre*". Aquí la tasa de alcohol es muy superior, por lo que de modo necesario implicaba una importante afectación de facultades, afectación evidenciada además por la propia conducta irreflexiva del fallecido. En consecuencia, las circunstancias concurrentes en el siniestro, junto al grado de afectación etílica del trabajador, lleva a la Sala a concluir que existió una clara **imprudencia temeraria** del mismo con ruptura del nexo causal, de manera que no puede sostenerse la existencia de **accidente de trabajo** en sentido técnico-jurídico, con estimación del recurso.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Mutual Cyclops contra la sentencia de 30-9-2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de esta ciudad en sus autos núm. 74/13, promovidos por D<sup>a</sup> Raquel y D. Eloy contra dicha entidad colaboradora, el INSS, la TGSS y la Comunidad de Propietarios de RONDA000 nº NUM000 de Barcelona, sobre determinación de contingencia de prestaciones de viudedad y orfandad, y en su consecuencia revocamos dicha resolución y, con desestimación de la demanda origen de autos absolvemos a los demandados de todos los pedimentos deducidos en su contra. Sin costas.

Devuélvase los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir, una vez firme esta resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

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

**Publicación.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.