

RECURSO N°: Suplicación / E_Suplicación
1613/2016
N.I.G. P.V. 48.04.4-15/008055
N.I.G. CGPJ 48044.44.2-0150/008055

SENTENCIA N°: 1851/2016

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a veintisiete de septiembre de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. Don JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, Don FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y Don EMILIO PALOMO BALDA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Doña [REDACTED] contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de los de Bilbao, de fecha 20 de abril de 2016, dictada en autos 792/2015, en proceso sobre **DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA** y entablado por **MUTUALIA, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL NÚMERO 2**, frente a doña [REDACTED], el **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUALIA, OSAKIDETZA SERVICIO VASCO DE SALUD** y la **TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don JUAN CARLOS ITURRI GARATE, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO.- , trabaja para OSAKIDETZA que tiene aseguradas las contingencias profesionales con MUTUALIA, en la categoría profesional de psicóloga. La base reguladora diaria de la prestación asciende a 120,20 euros.

SEGUNDO.- El 26.6.15 al salir del trabajo en los quince minutos de descanso para tomar un café se cae al suelo y se golpea el codo izquierdo.

Acude a la Mutua que considera que la baja no deriva de accidente de trabajo si no de enfermedad común. La trabajadora acude al médico de cabecera que le pauta la baja con efectos a 26.6.15 y con alta a fecha 3.8.15

TERCERO.- El artículo 27 del acuerdo regulador de condiciones de Osakidetza, prevé un descanso de 15 minutos en jornadas superiores a seis horas, descanso que será considerado como tiempo de trabajo. Los trabajadores/as aprovechan ese tiempo para salir y tomar un café o hacer otras gestiones personales.

CUARTO.- Por resolución del INSS de 3.8.15, de determinación de contingencia a instancias de la trabajadora se declara la contingencia de accidente de trabajo. Intentada reclamación previa la misma fue desestimada.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice: "*ESTIMAR la demanda presentada por MUTUALIA frente al INSS, TGSS, OSAKIDETZA y 4) declarando la situación de IT de la demandante del 26.6.15 a 3.8.15 , ambos incluidos, bajo la contingencia de accidente no laboral, condenando a las demandadas a pasar por esta declaración.*"

TERCERO.- Frente a dicha resolución se formalizó, en tiempo y forma, recurso de suplicación por L , el cuál fue impugnado por la mutua Mutualia, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social número 2, también en tiempo y forma.

CUARTO.- En fecha 22 de julio de 2016 se recibieron las actuaciones en esta Sala, dictándose providencia el día 28 de julio, acordándose -entre otros extremos- que se deliberara y se decidiera el recurso el día 13 de septiembre de 2016.

Lo que se ha llevado a cabo, dictándose sentencia seguidamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña [redacted] plantea recurso de suplicación contra la sentencia (y autos de aclaración y rectificación de la misma) que estima la demanda que en su día planteó Mutualia, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social número 2 y declara que la situación de incapacidad temporal que la señora De [redacted] sufrió entre el 26 de junio y el 13 de noviembre de 2015 obedece a accidente no laboral, revocando así lo decidido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, que consideró obediente a contingencia de accidente de trabajo la caída que la citada señora sufrió en la primera de las dos fechas indicadas anteriormente y en las que se produjo lesiones que afectaron a su extremidad superior izquierda.

La Magistrada autora de la sentencia recurrida considera que estamos en presencia de un accidente no laboral, pero no ante un accidente de trabajo. Como quiera que sólo recurre tal sentencia dicha demandante, de lo que se trata es de valorar si se debe o no etiquetar como derivado de accidente de trabajo la patología generada en el codo izquierdo de la demandante, al caer al suelo cuando salió del centro de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud en Durango, lugar donde trabaja, para disfrutar del cuarto de hora que, como tiempo de descanso equiparable a tiempo de trabajo, tenía derecho conforme el Acuerdo Regulador de condiciones de tal Servicio, tiempo que tenía planeado invertir en tomar un café en un establecimiento cercano, según ha referido en el curso del procedimiento tal persona.

La Magistrada niega que sea un caso en el que el evento se produzca con ocasión o consecuencia del trabajo y que al caso le sea aplicable la presunción de laboralidad del antiguo artículo 115, número 3 de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), cuyo contenido equivale al actual artículo 156 de la vigente Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

Entiende que no es consecuencia o consecuencia del trabajo, pues la caída se produce en un periodo de descanso que considera ajeno al trabajo y que no opera tal presunción “iuris tantum” porque considera que la equiparación fijada en aquel Acuerdo no rige en esta materia de Seguridad Social y que tampoco el hecho causante se produce en lugar de trabajo. Considera que el caso de autos es igual al que se resolvió en la sentencia de esta Sala de fecha 6 de octubre de 2015 (recurso 1525/2015) que confirmó otra del propio Juzgado, pues entiende que allí se decide supuesto similar al de autos de

otra persona que trabaja para Osakidetza y que sufrió el accidente también en tal pausa. También cita en similar sentido, otro precedente de esta Sala: la sentencia de 29 de octubre de 2013 (recurso 1781/2013).

La recurrente presenta un escrito de formalización del recurso en el que, no manifestando discrepancia con los hechos declarados probados de la sentencia, enfoca el recurso por la vía del apartado c del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre) y citando el meritado artículo 115, aduce también la infracción del artículo 27 de aquel Acuerdo Regulador, de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 8 de marzo de 2016 y 10 de diciembre de 2014 (recursos 644/2015 y 3138/2013) y del artículo de la Directiva 2008/88/CE del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea de 4 de noviembre de 2003.

Tal recurso es impugnado por la mutua Mutualia, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social número 2, manifestando oposición a tal recurso, considerando que las sentencias del Tribunal Supremo que se citan, si bien se refieren a accidente de trabajo, no se refieren a casos como el de autos, a diferencia de los citados por la Juzgadora en la sentencia recurrida e incluso en alguno otra de esta Sala, como la de 17 de enero de 2012 (recurso 2670/2011) o de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 28 de noviembre de 2014 (recurso 2263/2014) y la del de Extremadura, de 16 de diciembre de 2008 (recurso 537/2008).

SEGUNDO.- Tiene razón la parte impugnante cuando afirma que esas dos sentencias del Tribunal Supremo no se refieren a casos como el presente, pues se refieren a enfermedades producidas en circunstancias relacionadas con el trabajo, pero no desde luego producidas al salir del centro de trabajo y en el tiempo destinado a disfrutar de la aludida interrupción para descanso.

En todo caso, si que es jurisprudencia que explica adecuadamente el ámbito, extensión y carácter de la presunción de laboralidad y en tal sentido la asumimos.

Nuestra conclusión es que si que se ha de considerar que no concurren los elementos necesarios para que opere tal presunción, pero si que debe reputarse que el accidente se produjo con ocasión del trabajo, criterio que se fija una vez reexaminadas las diversas resoluciones previas de este Tribunal y Sala y que en algunos extremos son contradictorias entre sí. El que seguidamente se expone, se pretende mantener con vocación de futuro, a salvo rectificación vía recurso, cambio normativo o nueva reconsideración del tema con explicación de las razones que a ello llevasen.

1. - En primer lugar, explicamos porqué la mayoría de esta Sala entiende que no cabe aplicar la presunción de laboralidad.

Consideramos concurrente el factor temporal, pero no el geográfico previstos en la norma. A estos efectos, recordar que el mencionado apartado tercero del actual artículo 156 de la Ley General de la Seguridad Social (antiguo artículo 115, número 3) impone que han de confluír ambos factores simultáneamente para que opere la presunción. Por tanto, sólo concurriendo uno de ellos, no cabe considerar tal punto 3.

- 1.- 1.- En cuanto al elemento temporal necesario para la operatividad de la presunción legal “iuris tantum”.

Hemos de partir de que el Acuerdo regulador de condiciones del personal de Osakidetza- Servicio Vasco de Salud tal descanso expresamente se equipara a tiempo de trabajo (artículo 27, número 5). El mismo es aprobado por vía reglamentaria, dado el ámbito subjetivo de aplicación (artículo 2 del Decreto 235/2007, de 18 de diciembre). El mismo es el aplicable a la señora De Miguel BURGUEÑO.

Por lo que hace a los trabajadores por cuenta ajena, la posibilidad de tal equiparación está expresamente prevista en el artículo 34, número 4 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) y la misma cabe sea realizada vía convenio colectivo vía contrato de trabajo. Además, se ha de añadir que tal descanso no se considera que sea supuesto en el que el contrato de trabajo esté suspendido (artículo 45 de tal Ley).

En el ámbito de la jurisprudencia, debe destacarse que el Tribunal Supremo ha considerado que cuando el accidente acaece durante la pausa para comer del trabajador en obra de construcción, aún y no regularse convencionalmente tal tiempo como equiparable al tiempo de trabajo, si que es un caso en el que concurre tal presupuesto temporal (sentencia de 9 de mayo de 2006, recurso 2932/2004) y ha llegado a tal conclusión también en el caso en que el suceso acontece cuando el camionero está tomando un café en el camino de trabajo, durante el tiempo reglamentariamente fijado como de descanso entre periodos de conducción (sentencia de 19 de julio de 2010, recurso 2698/2009). E incluso en los episodios patológicos producidos en tripulantes de buques en el mar, ha considerado la laboralidad del evento aunque el evento generador de la patología se produjese en un tiempo en el que no se estuviese trabajando, dada la disponibilidad horaria impuesta en estos casos (por todas, sentencia de 6 de julio de 2015, recurso 2990/2013).

De hecho, aunque no entra al fondo por no apreciar contradicción, en sentido favorable a la operatividad de la presunción, dicha Sala Cuarta convalida una sentencia que aprecia concurrente el factor temporal cuando la equiparación del descanso al tiempo de trabajo opera por razón de que así lo dispone el convenio colectivo aplicable o el contrato laboral del accidentado (sentencia de 14 de noviembre de 2006, recurso 853/2005). En efecto, aunque no aprecia contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, advierte que la primera no se discute que sea tiempo de trabajo aquel en el que

cafetería al hacer la pausa impuesta por la normativa de tráfico de vehículos de motor). Es la sentencia de 19 de julio de 2010 ya citada. Pero entendemos que tal caso presenta especiales contornos, dado que el trabajo en aquel caso era el propio transporte -como acontece en los eventos producidos en buques- y debe considerarse así mismo que el mismo se produce en un camión. Precisamente ello hace ver la singularidad de aquel caso concreto, el cuál presenta singularidades que no permiten aplicar su criterio a la generalidad y en concreto, no cabe predicar una equiparación al caso que examinamos.

2.- Ya hemos dicho que si que consideramos que la calificación profesional viene determinada porque el hecho que genera la patología se produce con ocasión del trabajo.

La sentencia de tal Sala de fecha 23 de junio de 2015 (recurso 944/2014) es buen ejemplo de que cabe considerar la contingencia profesional, aún y no operar la presunción del número 3 del precepto sustantivo de referencia, por aplicación directa del número 1 del mismo. En tal sentencia se explica la sistemática de la diversa regulación contenida en el antiguo artículo 115, siendo traspolación del mismo el actual artículo 156 de la Ley General de la Seguridad Social.

En cuanto, a su punto 1, que es en el que ahora nos centramos, la misma jurisprudencia ha calificado de “apodíptica” la conclusión de que debe calificarse como derivada de accidente de trabajo cuando la patología presente alguna conexión con la ejecución del trabajo, bastando que haya cierto grado de concurrencia causal al evento, relación con el trabajo que siempre imprescindible, pero sin que sea necesario que el trabajo sea la causa mayor, próxima o exclusiva de la patología, siendo bastante que tal causa sea menor, remota o concausa, incluso puede ser coadyuvante. En tal sentido, se recopilan tales criterios en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2016 (recurso 363/2016).

Abundando en lo anterior, la ya citada sentencia de 23 de junio de 2015 de dicha Sala Cuarta equipara la causalidad estricta con la expresión “por consecuencia” que utiliza la norma y la mas amplia o abierta concausalidad con la de “con ocasión” también utilizada en la Ley. Además, matiza esta última expresión, indicando que mas que a una causa propiamente dicha, evoca a la concurrencia de una condición “sine qua non” por la que se produce el accidente. De ahí enlaza con la llamada teoría de la “ocasionalidad relevante”, caracterizada por una circunstancia negativa y otra positiva. La primera es que los elementos generadores del accidente no son específicos o inherentes al trabajo y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida del trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido el evento.

Pues bien, es en éste ámbito en el que se enmarcan los hechos. La demandante ni siquiera reside en Durango según se deduce de leer la demanda. La caída se produce en Durango y cerca del centro donde presta su actividad profesional para Osakidetza, ya fuera del mismo y cuando la demandante sale por un muy breve periodo de tiempo (quince minutos) para disfrutar de un tiempo de descanso en las inmediaciones del centro, tiempo de descanso que prevén las normativa europea y que la propia regulación de su

actividad profesional equipara expresamente al tiempo efectivo de trabajo.

Y es que debe ser considerada también una exégesis normativa (artículo 3, punto 1 del Código Civil) adecuada a la realidad social, tal y como efectivamente postula la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2006 precisamente en esta materia. En tal sentido, la realidad evidencia que es ordinario o habitual este tipo de breve salida en jornadas que superan las seis horas de trabajo continuado para disfrutar de este tipo de descansos. Por ello, no cabe considerar que estemos ante una salida desvinculada con el trabajo que hasta instantes antes se ha realizado, sino que, por el contrario, entendemos concurrentes tanto el elemento negativo como el positivo mencionados como para poder afirmar que el evento lesivo se produjo con ocasión del trabajo, siendo el mismo concausa, mas o menos próxima y en todo caso coadyuvante de la patología generatriz del proceso de incapacidad temporal que tratamos. Abundando en lo anterior, recordar que la jurisprudencia explica que se ha de considerar no sólo el trabajo en sentido estricto, sino también las actividades normales de la vida del trabajo.

TERCERO.- Seguidamente nos referimos a los precedentes propios y previos, algunos de ellos citados por las partes.

La mas cercana en el tiempo, es la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2015 (recurso 1961/2015) en el que se consideró patología profesional la caída producida al salir del centro de trabajo, pero en su puerta, del empleado de una Diputación Foral para disfrutar de aquel breve descanso y en un supuesto en el que la equiparación del mismo al tiempo de trabajo también se preveía en otro Acuerdo Regulador de Condiciones. En tal sentencia se asume la concurrencia tanto el elemento temporal (al regularse en normativa convencional la equiparación a tiempo de trabajo del tiempo de descanso indicado) como el geográfico, al producirse el hecho justo en la puerta del centro de trabajo. En tal sentencia es en razón de que se entiende la concurrencia de esos dos elementos, se concluye en la operatividad de tal presunción.

La sentencia de esta Sala de 6 de octubre de 2015 (recurso 1525/2015) se refiere a otra persona que también trabaja en Osakidetza y que la caída también se produce en el tiempo de descanso meritado, pero en aquel supuesto la caída se produce ya en la calle, no en la salida del trabajo. Se produce ya en la calle y al chocar con un bolardo. Es caso ciertamente parecido al de autos. Sin embargo la contradicción con el caso anterior ha determinado la reconsideración de las cuestiones ya examinadas, como se ha pretendido explicar. La esencial diferencia radica en que consideramos que en el caso si se da la conexión que impone el artículo 156, número 1 de la Ley General de la Seguridad Social, aparte de que entendemos concurrente el factor temporal que determina la aplicabilidad de la presunción del punto 3 y que consideramos que la equiparación a tiempo de trabajo del citado descanso también opera a estos efectos.

La otra sentencia que se cita en la resolución objeto de examen en este recurso es la de esta Sala de fecha 6 de octubre de 2013. Creemos que se refiere a un caso mas claro en el que accidente (en ese caso atropello) se produce ya en la calle y en lugar alejado del puesto de trabajo y cuando se vuelve de disfrutar tal descanso. Otra que cita la mutua impugnante, la de 17 de enero de 2012 (recurso 2670/2011) de esta Sala también se refiere a un caso en que el evento se produce ya en la calle y no justo a la salida del trabajo para disfrutar del descanso. Lo mismo ocurre con la sentencia astur que tal mutua impugnante también cita como argumento de autoridad. En esta última, expresamente se resalta que el hecho se produce en la “calle” para hacer ver que no opera la presunción de laboralidad. Nos remitimos a lo ya dicho en el párrafo anterior.

Mención aparte merece la sentencia extremeña que también cita la mutua impugnante con la misma finalidad que las anteriores: en ella se declara la contingencia de accidente de trabajo y no enfermedad común, aún y cuando el evento se produce en la calle y no en el centro de trabajo y cuando el operario de la construcción se dirige a almorzar fuera del mismo. Además, se ha de decir que, aunque no es su “ratio decidendi”, en ella si se asume que la equiparación convencional del tiempo del bocadillo con la jornada de trabajo permitiría entender concurrente el elemento temporal que impone la operatividad de la presunción.

CUARTO. En atención a lo dicho, el recurso debe ser estimado, lo que conlleva la desestimación de la demanda que la mutua presentó y sin que proceda pronunciamiento condenatorio de especie alguna, pues tal parte obtuvo sentencia a parcialmente su favor ante el Juzgado, siguiendo así la doctrina jurisprudencial que interpretaba el artículo 233, número 1 de la Ley de Procedimiento Laboral, norma de contenido idéntico al actual artículo 235, número 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social (sentencias de la Sala Cuarta de 21 de enero de 2002 y 17 de julio de 1996, recursos 176/2001 y 98/1996).

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **estimamos** el recurso de suplicación formulado en nombre de doña María contra la sentencia de fecha veinte de abril de dos mil dieciséis, rectificadora y aclarada por autos de fecha veinticinco y trece de mayo de dos mil dieciséis, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Bilbao en los autos 792/2015 seguidos ante el mismo y en los que también son partes Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, Mutua, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social número 2, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

En su consecuencia, **revocamos** la misma y desestimamos la demanda que tal mutua planteó contra el resto de partes de este proceso.

Cada parte deberá abonar las costas del recurso que hayan sido causadas a su instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá **acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1613/16.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1613/16.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

