

BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

Sentencia 1665/2015, de 15 de septiembre de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 1432/2015

SUMARIO:

Accidente *in itinere*. Responsabilidad empresarial por falta de alta y cotización. Anticipación del pago de la prestación por el INSS y la TGSS. *Trabajador al que su empresario le propone, el día en que ocurrió el accidente, que le acompañara a un coto de caza con el fin de recoger las piezas que fueran abatiendo los partícipes en la cacería, siendo, a su vez, imprescindible ese desplazamiento para volver luego a su domicilio. Con ocasión de la cacería se produjo el hecho traumático en el que el trabajador recibió disparos de la escopeta de un tercero, participante en la misma, a consecuencia del cual fue declarado gran inválido. El acompañamiento del trabajador al empresario al coto de caza no rompe el principio de causalidad a los efectos de considerar existente un accidente *in itinere*. Voto particular. Se produjo la ruptura del nexo laboral al aceptar la propuesta del empleador de acompañarle a la granja donde iban a cazar.*

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 115.2 a) y 3, 137.6 y 139.4.

Decreto 907/1966 (TALSS), arts. 94 y 95.

PONENTE:

Don José Luis Asenjo Pinilla.

RECURSO DE SUPPLICACION Nº : 1432/2015

N.I.G. P.V. 01.02.4-13/003069

N.I.G. CGPJ 01.023.44.2-0130/003069

SENTENCIA Nº: 1665/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 15 de septiembre de 2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/a Ilmos/a. Sres/a. D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, Presidente en Funciones, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y Dª ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA , Magistrados/a, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por D. Torcuato , contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Uno de los de Vitoria- Gasteiz, de 21 de abril de 2014 , dictada en proceso sobre Incapacidad Permanente (AEL), y entablado por el hoy también recurrente , frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, D. Pedro Francisco , D. Bernabe , CONSTRUCCIONES MARIAKA S.L., MANTENIMIENTOS RUCOR, S.L., PROMOCIONES, CONSTRUCCIONES FLORENCIO CORCHERO, S.L. y MUTUA UNIVERSAL.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA , 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:

1º.-) "El actor Don Torcuato , prestó servicios desde el día 1 de abril de 2007 al mes de agosto de 2007 para el codemandado Don Pedro Francisco , con la categoría profesional de peón y con salario fijado en Convenio de aplicación el de la Construcción de Álava.

2º.-) Don Pedro Francisco a fecha 3 de agosto de 2007 es el administrador único de las empresas PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES FLORENCIO CORCHERO SL, y FLORENCIO CORCHERO SL, teniendo cubiertas la primera de ellas las contingencias profesionales con la Mutua UNIVERSAL MUGENAT.

Don Pedro Francisco es el administrador único de MANTENIMIENTOS RUCOR SL Y CONSTRUCCIONES MARIAKA SL, constituyéndose la primera en el año 2009, y careciendo la segunda de actividad desde el año 1998.

3º.-) Don Pedro Francisco a fecha 3 de agosto de 2007 estaba dado de alta en el régimen general de trabajadores autónomos, y tenía cubiertas las contingencias comunes y profesionales con el INSS.

4º.-) La prestación de servicios se llevaba a cabo por el demandante en un chalet sito en la localidad de Añastro (Treviño) en la CALLE000 nº NUM000 .

5º.-) Don Pedro Francisco no dio de alta en la Seguridad Social al demandante, no constando que en el periodo de 1 de abril de 2007 al 3 de agosto de 2007 ningún trabajador dado de alta ni por el Sr. Pedro Francisco ni por ninguna de las empresas de las que es administrador único salvo PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES FLORENCIO CORCHERO SL en la que sólo consta una trabajadora dada de alta.

6º.-) La licencia para el chalet sito en la localidad de Añastro CALLE000 nº NUM000 fue solicitada por la esposa de Pedro Francisco , Doña Juliana y se le concedió por el Ayuntamiento de Añastro el 27 de diciembre de 2006, la licencia de primera ocupación se le concedió el 11 de marzo de 2010.

7º.-) La esposa de Don Pedro Francisco , Doña Juliana interesó el 28 de febrero de 2005 licencia de obras para construir dos viviendas en las parcelas NUM001 y NUM002 del polígono NUM003 de Añastro, aprobando el Ayuntamiento de Añastro el cambio de titularidad de la licencia en favor de PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES FLORENCIO CORCHERO SL en fecha 10 de mayo de 2005, la licencia de ocupación de estas dos viviendas se otorgó por el Ayuntamiento el 22 de febrero de 2006.

8º.-) El ayuntamiento de Añastro concedió licencia de obra a Pedro Francisco en enero de 2006 (resolución nº 8/06) para recepcionar las obras de urbanización de la parcela nº NUM004 del pol de la localidad de Añastro. Por resolución nº 17/06 se le concede licencia de obras a Pedro Francisco para la obtención de licencia de primera ocupación para las cuatro viviendas sitas en las parcelas NUM005 , NUM006 , NUM007 , NUM008 del polígono NUM003 de la localidad de Añastro.

9º.-) El ayuntamiento de Añastro concedió licencia a Doña Juliana para construcción de una vivienda unifamiliar sita en la parcela NUM009 del polígono NUM003 de la localidad de Añastro, acordando el ayuntamiento cambio de titularidad de la concesión en favor de Pedro Francisco por resolución nº 341/07.

10º.-) La descripción dada por el demandante de la distribución de la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM000 (folio 97 de las actuaciones) coincide con la descripción de la vivienda, proyectada y realizada, habiéndose realizado unos cambios en la distribución interior de la planta baja al ejecutar cambio de situación de la cocina y del garaje, así como la creación de un cuarto de calderas con acceso desde el patio, cambios que se hacen constar en la resolución de 11 de marzo de 2010 sobre concesión de licencia de primera ocupación.

11º.-) Durante el tiempo de prestación de servicios el demandante residía en la localidad de Miranda de Ebro (Burgos), y se trasladaba al centro de trabajo, y volvía a su domicilio en una furgoneta de color blanco con otro trabajador que también prestaba servicios en el chalet sito en la localidad de Añastro CALLE000 nº NUM000 como albañil, del que se desconocen sus datos y que era el que conducía la furgoneta, careciendo el demandante de carnet de conducir y de vehículo.

12º.-) Entre la localidad de Miranda de Ebro y Burgos no existía en el año 2007 transporte público mediante autobuses o tren.

13º.-) La vivienda sita en la CALLE000 nº NUM000 tiene como vecinos más próximos dos viviendas en las que residían dos matrimonios conformados por el Sr. Felicísimo , la Sra Otilia , la Sra María Esther , y el Sr. Manuel , cuyas viviendas están situadas justo al lado de la situada en CALLE000 nº NUM000 .

14º.-) El actor iniciaba su jornada laboral por la mañana permaneciendo en la vivienda durante la comida, y acabando su jornada laboral por la tarde.

15º.-) El día 3 de agosto de 2007 el demandante estuvo trabajando en el chalet sito en la CALLE000 nº NUM000 , realizando tareas de limpieza y al finalizar Pedro Francisco le propuso que le acompañara a cazar junto a su hijo, Bernabe , y su yerno, aceptando el demandante la propuesta, dirigiéndose todos ellos a una granja cinegética denominado DIRECCION000 sito en la localidad de Berantevilla (Álava).

16º.-) El demandante, Pedro Francisco , y Bernabe participaron en la cacería durante 1 hora y media aproximadamente, y sobre las 21 horas Bernabe efectuó un disparo alcanzando al demandante que estaba procediendo a cobrar las piezas abatidas por Pedro Francisco .

17º.-) De los hechos se instruyó atestado por parte de la Ertzaintza obrante en las actuaciones dándose su contenido por reproducido a efectos de su incorporación a los hechos probados.

18º.-) Don Torcuato interpuso denuncia en fecha 1 de octubre de 2007 contra Don Pedro Francisco y su hijo Don Bernabe ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria obrando en los folios 814 a 817 copia de la denuncia dándose su contenido por reproducido a efectos de su incorporación a los hechos probados.

19º.-) En fecha 28 de marzo de 2011 se dictó sentencia firme por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz (juicio de faltas 764/2007) obrante copia de la misma en los folios 47 a 50 en la que se condena a Don Bernabe como autos de una falta de imprudencia leve con resultado de lesiones a la pena de treinta días de multa a razón de una cuota diaria de 6 euros, y a la privación al derecho a la tenencia y porte de armas durante 6 meses. Se procede a la absolución de Pedro Francisco de la falta que le venía siendo imputada.

En dicha sentencia se declaran como probados en su hecho primero que "El día 3 de agosto de 2007 sobre las 21:00 horas Bernabe tomaba parte en una cacería en la Granja Cinegética DIRECCION000 sita en la localidad de Berantevilla (Álava) cuando efectuó un disparo sin observar la debida diligencia alcanzando a Torcuato que estaba procediendo a cobrar las piezas abatidas por el padre de Bernabe , Pedro Francisco .

En el hecho probado segundo se indica que "Como consecuencia del disparo Torcuato de 29 años de edad sufrió las siguientes lesiones:

Heridas perforantes en ambos globos oculares.

Heridas por perdigones en región facial, región torácica y extremidad superior derecha.

Afecciones que precisaron para su curación una primera asistencia facultativa más tratamiento médico, precisando un tiempo de estabilización lesional de 651 días en sanar, permaneciendo durante todos ellos incapacitado para el desarrollo de sus ocupaciones habituales siendo 33 de ellos de hospitalización, restándole como secuelas ceguera, algia cervico dorsal postraumática leve con múltiples cuerpos extraños metálicos y trastorno depresivo reactivo y por estrés postraumático síndrome postraumático cervical en grado leve, algia postraumática lumbar en grado muy leve y perjuicio estético mínimo consistente en cicatriz de 2 centímetros escasamente perceptible en labio superior.

20º.-) Don Torcuato interpuso demanda en fecha 26 de octubre de 2011 contra Don Bernabe reclamando la cantidad de 215.788,47 euros como pendiente del quantum indemnizatorio como consecuencia de las lesiones sufridas por el accidente de caza sufrido el 3 de agosto de 2007, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vitoria-Gasteiz que en fecha 5 de junio de 2012 dictó sentencia estimando la demanda interpuesta. Interpuesto recurso de apelación por Don Bernabe en fecha 30 de octubre de 2012 se dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto.

Obra copia de dichas sentencias en las actuaciones.

21º.-) Don Torcuato interpuso denuncia ante la Inspección de Trabajo llevándose a cabo informe por delegación de Burgos iniciada el 21 de enero de 2008 obrando el informe en las actuaciones dándose su contenido por reproducido a efectos de su incorporación a los hechos probados en el que concluye que no se ha podido comprobar la existencia de relación laboral entre Torcuato y Pedro Francisco por lo que no se practican otras actuaciones.

22º.-) Por el demandante se presenta el 17 de mayo de 2010 papeleta de conciliación frente Pedro Francisco , Promociones y Construcciones Florencio Corchero SL, y Florencio Corchero SL sobre derecho y cantidad, presentándose demanda frente a los anteriores cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social nº 2 de Vitoria-Gasteiz autos nº 372/11 en la que solicita que se declare que Don Torcuato prestó sus servicios en los meses comprendidos entre abril y agosto de 2007 para las entidades codemandadas, que se declare que el accidente ocurrido el día 3 de agosto de 2007 tiene la calificación de accidente de trabajo, y que además se le indemnice por el importe total de 367.819,41 euros.

23º.-) El demandante presentó escrito desistiendo expresamente de la demanda presentada dictándose decreto en fecha 23 de noviembre de 2011 teniéndole por desistido y declarando finalizado el proceso.

24º.-) Con fecha 31 de julio de 2012 Don Torcuato presentó solicitud de prestación de gran invalidez por accidente de trabajo, acordándose por el INSS solicitar informe a la Inspección de Trabajo que en fecha 21 de febrero de 2013 emitió informe obrante a los folios 85 a 88 del expediente administrativo cuyo contenido se da por reproducido

a efectos de su incorporación a los hechos probados en el que se concluye que no se ha podido determinar de manera fehaciente y precisa que existiera una relación laboral entre Don Torcuato y Don Pedro Francisco .

25º.-) Obra en las actuaciones informe de valoración médica de fecha 23 de mayo de 2013 folios 78 a 80 dándose su contenido por reproducido a efectos de su incorporación a los hechos probados en el que concluye como deficiencias más significativas: ceguera legal secundaria a traumatismo perforante en ambos ojos por arma de fuego. Limitaciones orgánicas y funcionales: patología visual que condiciona limitaciones para el desarrollo de una actividad laboral rentable normalizada.

26º.-) En fecha 28 de mayo de 2013 se emite dictamen por el EVI obrante al folio 77 del expediente se le califica como incapacitado permanente en grado de gran invalidez.

27º.-) Por resolución del INSS de fecha 30 de mayo de 2013 se deniega la prestación de incapacidad permanente por no haber estado incluido en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social y no haber aportado prueba en contrario, al no tener la condición de trabajador por cuenta ajena.

28º.-) Interpuesta reclamación previa es desestimada por resolución del INSS de fecha 12-07-2013.

29º.-) La base reguladora de la IPA es de 1592,63 euros, y el complemento de la base reguladora de la prestación solicitada sería de 906,92 euros, y la fecha de efectos el 28 de mayo de 2013.

30º.-) Se ha agotado la vía administrativa previa, dándose por reproducido el expediente tramitado".

Segundo.

La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

"Que debo desestimar la demanda interpuesta por Don Torcuato , contra Don Pedro Francisco , PROMOCIONES Y CONSTRUCCIONES FLORENCIO CORCHERO SL, y FLORENCIO CORCHERO SL, Mutua UNIVERSAL MUGENAT, MANTENIMIENTOS RUCOR SL Y CONSTRUCCIONES MARIAKA SL, Don Bernabe , INSS, y TGSS, declarando que el demandante no tiene derecho a la prestación de gran invalidez subsidiariamente absoluta, subsidiariamente total por accidente de trabajo".

Tercero.

Como quiera que la parte actora discrepa de dicha resolución, procedió a anunciar y, posteriormente, a formalizar, el pertinente Recurso de Suplicación. Ha sido impugnado por la Mutua Universal, Mutua Colaboradora de la Seguridad Social, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, por Pedro Francisco , Promociones y Construcciones Florencio Corchero SL, Construcciones Mariaka SL y Mantenimientos Rucor SL, estos cuatro de manera conjunta, y, finalmente, por Bernabe .

Cuarto.

Las presentes actuaciones tuvieron entrada el 21 de julio de 2015 en esta Sala.

Quinto.

La Magistrada Sra. Biurrun Mancisidor, encontrándose de permiso oficial en la jornada de la deliberación y fallo del Recurso, ha sido sustituida por el Magistrado Sr. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El Sr. Torcuato solicitaba en la demanda origen de las actuaciones en curso y presentada el 23 de agosto de 2013, que había trabajado para los cinco últimos impugnantes de 1 de abril a agosto de 2007, que se declarase que el accidente sufrido el 3 de agosto de ese año debía considerarse como de trabajo y finalmente que se le reconociese afecto a una gran invalidez, subsidiariamente a una incapacidad permanente absoluta o también supletoriamente a una permanente total, con las consecuencias legales y económicas inherentes a la declaración que definitivamente se asumiera.

La sentencia de 21 de abril de 2015 y del Juzgado de referencia, desestimó su reivindicación. Todo ello en base a los hechos que desglosábamos en nuestros antecedentes fácticos; así como en los fundamentos de derecho que se consignan en dicha resolución y que se tienen por reproducidos.

Segundo.

El primer motivo de Suplicación toma como base el art. 193.b), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Tiene como objetivo modificar el décimo quinto hecho probado de las presentes actuaciones. Cita a tales efectos los documentos incluidos en los folios 85 y 86, 47 a 50, 51 a 61, 62 a 66, 859 y 860, y documento num. 49, del Tomo III; respectivamente nominados y de las actuaciones en curso. El redactado que propone es el que sigue:

"El día 3 de Agosto de 2007, el demandante estuvo trabajando en el chalet sito en la CALLE000 núm. NUM000 , realizando tareas de limpieza y al finalizar Pedro Francisco le dijo que tenía que acompañarle a cazar junto a su hijo, Bernabe , y su yerno, ordenándole la recogida de piezas, no teniendo más remedio el demandante que ir con ellos para poder regresar a su casa sita en Miranda de Ebro, dirigiéndose todos ellos a una granja cinegética denominado DIRECCION000 sito en la localidad de Berantevilla (Alava)".

Dicha propuesta no puede aceptarse y por varias causas. A saber:

- Como señala la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) en la sentencia de 22-9-2014, rec. 314/2013 , continuadora de otras en sentido similar, para que la denuncia del error en la apreciación de la prueba pueda ser estimada, es necesario que concurren, entre otros, el requisito de que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige que los alegados tengan concluyente poder de convicción o decisivo valor probatorio y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto a esta Sala el error de la Magistrada de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda, y todo ello en concordancia al art. 97.2, de la LRJS .

En ese orden de cosas, ninguno de los documentos relacionados sostiene esa versión de manera inequívoca y con el fin de mostrar el error en que haya podido incurrir la Juzgadora al examinarlos. Por supuesto sin incluir en esta consideración cuando lo que recogen son meras manifestaciones y/o alegatos subjetivos de esa parte y que solo tienen esa naturaleza, sin más trascendencia en el presente litigio.

- En cualquier caso y acudiendo de nuevo al TS en la resolución de 23-9-2014, rec. 231/2013, la revisión fáctica no puede fundarse, salvo en supuestos de error palmario, en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba correspondía a la Magistrada y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquella por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente ¿ resoluciones del TS de 11-11-2009, rec. 38/2008 y 26-1-2010, rec. 96/2009.

A tal efecto, no solo incorpora el contenido de la mayoría de ellos al relato fáctico y sería el caso de los cuatro primeros grupos, lo que de por sí demuestra de manera inequívoca su toma en consideración; sino que también se hace eco de los mismos cuando los analiza jurídicamente y de manera pormenorizada en su cuarto fundamento de derecho.

-No obstante, podría haber sido sugerente desde una perspectiva fáctica y sin perjuicio de su incidencia jurídica final, el que se hubiera intentado la incorporación de una doble afirmación que con esa naturaleza introduce la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, concretamente en el folio 66, cual que el actor no solo: "¿no era cazador sino que desconocía las normas de la actividad de caza¿". Sin embargo, todo queda en el terreno especulativo, pues no las solicitan en la modificación ahora analizada.

-Finalmente destacar otra cuestión y aunque solo afecte a una de sus peticiones, concretamente cuando indica "¿no teniendo más remedio el demandante que ir con ellos¿", dado el posible carácter predeterminante del fallo. Acudiendo de nuevo a la precitada sentencia del TS, recordaremos que no caben en el relato fáctico, siendo así que dichas calificaciones jurídicas tienen exclusiva y adecuada ubicación en la fundamentación jurídica.

Tercero.

El segundo motivo de Suplicación lo sustenta en el apartado c), del art. 191 y de la LRJS ; mención normativa errónea que achacaremos a un error de transcripción y aunque también lo reproduzca en el siguiente, y en el que también lo damos convalidado, ya desde ahora.

El Sr. Torcuato estima que la sentencia objeto de debate infringe el art. 115.1.c), aunque la referencia al num. 1 es también equivocada, del TRGSS; puesto en relación con la jurisprudencia del TS de la que cita varios ejemplos.

Argumenta que estamos en presencia de un accidente de trabajo de los considerados en misión. Previamente muestra sus discrepancias con que la resolución de instancia haya puesto obstáculos procesales a debatir esa cuestión al entender que era novedosa y causaba indefensión a los codemandados. Sorteado a su juicio dicho obstáculo, sigue destacando que el actor era trabajador al servicio de D. Pedro Francisco , que el día en que ocurrió el accidente le fue ordenado que le acompañara a un coto de caza y con el fin de recoger las piezas que fueran abatiendo los partícipes en la cacería, es decir para seguir trabajando y aunque fuera en una

tarea distinta a la habitual; a su vez, continua, también era imprescindible ese desplazamiento para volver luego a su domicilio en Miranda de Ebro.

El obstáculo procedimental que denuncia no fue decisivo en instancia, ya que pese a que efectivamente se declarase la situación de indefensión que esa alegato en conclusiones les generaba al resto de intervinientes, acto seguido se analizó esa petición, aunque fuera a modo de "obiter dicta" , y para rechazarla igualmente.

No obstante, como es el propio actor el que vuelve sobre este tema, estimamos que el suplico de su demanda era suficiente para poder también debatir sobre esa modalidad, por calificarle de alguna manera, de la categoría más genérica que constituye el accidente de trabajo. Así, reivindicaba su existencia sin más especificaciones en el apartado B), y sin que el Juzgado, ni tampoco las partes, le exigieran una mayor delimitación con posterioridad. Tampoco puede entenderse como desproporcionado y ajeno al núcleo del debate, el que tras practicar la prueba que se declaró pertinente, surgieran los datos de hecho necesarios y que, siempre de acuerdo a su tesis, avalaran también esa alternativa; visto lo cual no es óbice que tal solicitud se efectuara en conclusiones y siempre recordando que fue el que inicialmente las realizó y las partes podían contestar a esa "nueva" petición. Sin perjuicio de lo anterior, los rasgos que delimitan un accidente en misión, respecto al denominado en "in itinere", son bastante tenues, de tal manera que los requisitos existentes para obtener una calificación de esa naturaleza, guardan cierta similitud en la práctica; aunque solo en el primero de los supuestos se aplique la presunción del art. 115.3, del TRGSS. En consecuencia, no se produce modificación sustancial alguna en la demanda y que generara indefensión de contrario; más si tenemos en cuenta que por negar se impugnó hasta la propia existencia de una relación laboral previa, lo cual introducía un factor de litigiosidad que luego se demostró como erróneo.

Volviendo por tanto al debate que ahora hemos de solventar, es conveniente partir de la sentencia del TS de 18-12-1996, rec. 2343/1996 , donde se establece que: "... Las referencias en el artículo 84.3 LGSS-1974 (hoy 115.3 LGSS -1994) al tiempo de trabajo y al lugar de trabajo van dirigidas, la primera al tiempo de trabajo efectivo sin restricción o reserva al horario ordinario o normal de actividad, y la segunda al lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual¿.". Recordemos también y entre otras varias, la de 16-9-2013, rec. 2695/2012 y la más reciente de 24-2-2014, rec. 1452/2013.

Atendiendo a esa jurisprudencia, desde el punto de vista fáctico no sería impedimento para obtener esa calificación que el accidente desencadenante de la situación física del trabajador, se produjera a las 21 horas ¿hecho probado décimo sexto- del 3 de agosto de 2007, y fuera de lo que era su jornada habitual de trabajo, pues esta finalizaba por "la tarde" ¿ordinal décimo cuarto-. Sin embargo, lo que no se ha demostrado es que la recogida de las piezas abatidas en el coto de caza donde estaban ¿hecho probado décimo sexto-, obedeciera a una encomienda de la empresa, o sea de D. Pedro Francisco , pues con independencia de la escasa cualificación de esa tarea e incluso las reminiscencias que pueda tener de tiempos que creíamos superados, a lo que tampoco sería ajena la situación laboral del actor y su condición de extranjero, no se ha producido una prueba de suficiente entidad para llegar a esa conclusión. Y siempre partiendo de que el lugar del accidente no era en el que regularmente trabajaba, lo que no es obstáculo ¿ TS sentencia de 16-9-13 , ya citada-, ni que ese tipo de labores tampoco fueran las habituales ¿ ordinales primero, cuarto, undécimo, décimo quinto y décimo sexto-.

La expresión "le propuso" que figura en el décimo quinto hecho probado no es baladí dentro del contexto general de la sentencia de instancia, ya que pretende destacar que el Sr. Torcuato podía haber rechazado esa propuesta si no era de su interés. Es cierto que bien pudiera ser que la situación no fuera tan aséptica como la que acabamos de relacionar, vistas sus circunstancias profesionales, pero tratándose el presente de un recurso extraordinario no podemos traspasar ciertos límites y siempre sin olvidar la importancia que ha de concedérsele al principio de inmediación en esta jurisdicción ¿ art. 74.1, de la LRJS -, y que la argumentación desarrollada por la Juzgadora de instancia está elaborada y fundamentada con suficiencia.

Cuarto.

El último motivo de Suplicación y con idéntico amparo procedimental, denuncia la infracción del art. 115.1.a), en realidad 2.a), del TRGSS, así como de la jurisprudencia del TS.

Esta petición la articula con carácter supletorio a la anterior, tal como inicialmente reseña. Destaca con esa finalidad que no se ha roto el nexo causal para desvincular lo acontecido de un accidente de trabajo. En ese sentido recuerda que no disponía de permiso de conducir, tampoco de vehículo, ni existía transporte público hasta su lugar de residencia; asimismo que era la empresa quien le llevaba y traía del trabajo. Partiendo de esas circunstancias indica que ese día el encargado de volverle a su domicilio, se desvió a otro lugar y sin que él tuviera posibilidad de opción, de tal manera que tuvo que acompañarles al coto de caza. Igualmente, tampoco puede considerarse un desvío de lo que era su desplazamiento habitual de Añastro a Miranda de Ebro. Finalmente, insiste de nuevo que cumplía órdenes de su empleador y que en su desarrollo nada tenían de lúdicas.

Como reconoce la sentencia del TS de 18-1-2011, rec. 3558/2009 , el accidente en in itinere, fue: "¿una creación jurisprudencial recogida posteriormente por el legislador en el Texto Articulado Primero de la Ley General de la Seguridad Social, y es la manifestación típica del accidente impropio, que actualmente se consagra con

carácter autónomo en el artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, con la misma redacción del artículo 84.3 del texto de 1974, que suprimía la referencia a la "conurrencia de las condiciones que reglamentariamente se determinen" que establecía el texto inicial anteriormente citado, accidente impropio, en cuanto no deriva directamente de la ejecución del contenido de la relación de trabajo, sino de las circunstancias concurrentes, cual es el desplazamiento que derivan de la necesidad de hacer efectiva esa obligación sinalagmática, en forma tal que si esta no hubiera existido, no se hubiera producido la necesidad del desplazamiento y en consecuencia el accidente". Asimismo nos recuerda que la calificación de esa clase de accidentes: "¿sólo procede con respecto a los accidentes en sentido estricto?".

Sentadas estas bases entendemos que el accidente ocurrido en agosto de 2007, podemos calificarlo como tal, vistas las específicas circunstancias que concurren en este supuesto y a valorar de manera individualizada como la mayoría de esta clase de accidentes. Destacaremos y en orden a ratificar que no se produce una ruptura del principio de causalidad, lo que sigue:

-Se produjo un hecho traumático y ajeno al Sr. Torcuato, que tiene origen en el disparo de una escopeta por un tercero.

-No era el protagonista de la cacería, ya que no cazaba. Su labor era meramente residual por calificarla de alguna manera, recordemos la recogida de las piezas previamente abatidas por los que disparaban e iban armados a tal efecto ¿hecho probado décimo sexto-. Es decir, no se producía una separación clara con su previa dependencia y reconocida como laboral por la resolución de instancia.

-Para reforzar lo anterior, recordemos que los partícipes en esa cacería y a la par promotores, guardaban una relación directa y/o muy cercana, según los casos, con tal relación. Así, eran su empleador, su hijo Bernabe, autor del disparo, y su yerno ¿ordinales décimo quinto y décimo sexto-. Incluso, eran las piezas cazadas por D. Pedro Francisco, o sea por su empleador, las que recogía en el momento del suceso ¿hecho probado décimo sexto-.

-Consecuencia directa de tal disparo fueron las dolencias y limitaciones funcionales que nadie discute como ciertas ¿ordinal vigésimo quinto-, y sobre las que volveremos en el siguiente fundamento de derecho. Existe pues una relación causa-efecto.

-Si bien no siguió el camino que presumimos habitual en su trayecto de vuelta al trabajo, Añastro a Miranda de Ebro, pues no se concreta el seguido en el relato fáctico ¿hecho probado undécimo-, la distancia kilométrica a priori era muy similar que al que pasa por Añastro/Berantevilla/Miranda de Ebro, cerca de 20 km por carretera en ambos casos. No se altera sustancialmente el recorrido, ni por ende la posibilidad de un mayor riesgo que el que asumía diariamente en sus desplazamientos al trabajo.

-El actor no tenía vehículo propio, tampoco disponía de carné de conducir, ni existía transporte público ¿ordinales undécimo y duodécimo-. Visto lo cual, dependía exclusivamente del empresario o familiares para la vuelta a casa.

Quinto.

Determinada cual es la contingencia origen de sus padecimientos, es decir que estamos en presencia de un accidente de trabajo, habrá que determinar acto seguido si está afecto a una incapacidad permanente.

Entendemos que esta cuestión no debe ser litigiosa, ya que el INSS decidió que sus lesiones y limitaciones funcionales eran constitutivas de una gran incapacidad ¿hechos probados vigésimo quinto y vigésimo sexto-; en los términos que establece el art. 137.6, puesto en relación con la disposición transitoria quinta bis, en ambos casos del TRGSS. Cuestión distinta es que se le denegara la correspondiente prestación, por "no tener la condición de trabajador por cuenta ajena" ¿ordinales vigésimo séptimo y vigésimo octavo-. Pero tal evento ha sido resuelto también por la presente sentencia y al declarar su condición de trabajador por cuenta ajena de D. Pedro Francisco, conforme reseña el hecho probado primero, entre otros, y, sobre todo, el cuarto fundamento de derecho de instancia, y sin que el mencionado haya recurrido tal decisión, de tal manera que ha devenido firme e inatacable en ese aspecto.

Ese reconocimiento conlleva, asimismo, que tengamos que consignar sus consecuencias legales y económicas. A tal efecto nos remitiremos al vigésimo noveno hecho probado, que reseña la base reguladora y complemento a la pensión también previsto legalmente para la gran incapacidad ¿art. 139.4, del TRGSS-. Parámetros que no han sido impugnados por los litigantes, como tampoco la fecha de efectos de la prestación. Visto lo cual han de ser considerados inmutables, y en los términos que concretaremos en la parte dispositiva de esta sentencia.

Sexto.

La última cuestión que resta por solventar sería quien/es debe/n ser declarado/s responsable/s del abono de la pensión y complemento respectivo.

Pese a la existencia de relación laboral, no consta que fuera dado de alta, ni, en consecuencia, se ingresara cuota alguna en el Régimen General de la Seguridad Social, por quien se declaró judicialmente que era su empleador; D. Pedro Francisco, insistimos. Llegados a este punto destaquemos que si bien el trabajador en su momento codemandó a las mercantiles Promociones y Construcciones Florencio Corchero SL, Construcciones Mariaka SL, Mantenimientos Rucor SL, y a Bernabe, nada reivindica frente a ellas en el presente Recurso; de ahí que automáticamente queden excluidas de cualquier condena

Consecuencia de lo anterior, a su empresario le sería exigible el pago de las prestaciones que acabamos de relacionar en el fundamento de derecho que precede. Así lo avalaría la jurisprudencia del TS en la sentencia de 9-4-2001, rec. 3860/1999. Indica que: "¿ se distinguen dos tipos de prestaciones: las que tienen reconocido un régimen completo de automaticidad y aquellas en las que ese régimen está limitado o condicionado, de forma que se aplica para los supuestos en que el trabajador se encuentra en alta, aunque existan descubiertos en materia de cotización, pero no cuando el trabajador no está en alta en el momento en que se actualiza la contingencia determinante. Esto es lo que sucede en el presente caso. En efecto, aunque el número 3 del artículo 95 de la Ley Articulada de la Seguridad Social prevé la extensión a «las pensiones y subsidios de invalidez y supervivencia» del beneficio del anticipo establecido para la jubilación en el número 2 del artículo citado, esta previsión está limitada a los trabajadores en alta y el actor no lo estaba en el momento en que se causó la prestación. Tampoco puede aplicarse la regla del artículo 94.5 de la Ley Articulada de la Seguridad Social que extiende al accidente no laboral el beneficio de garantía previsto en el número 4 para las contingencias profesionales¿". Para continuar resaltando que ese mismo criterio, ha: "¿ de seguirse en relación con las de incapacidad permanente por no existir diferencias en el tratamiento legal y en virtud del principio de unidad de doctrina¿".

Jurisprudencia y aunque sea respecto a la incapacidad temporal, que ratifican las posteriores resoluciones de 17-3-2006, rec. 832/2005 y 16-12-2009, rec. 4356/08.

No obstante al tratarse un accidente de trabajo la contingencia de origen y de acuerdo al art. 94.4, de la LGSS de 1966, esos pagos habrán de anticiparse por el INSS y la TGSS.

Excluimos, por tanto, a Mutua Universal de similar responsabilidad, pues su condición de partícipe en este litigio arranca que tenía esa condición respecto a alguna de las tres mercantiles antes relacionadas, Promociones y Construcciones Florencio Corchero SL en concreto, y la referida ha sido excluida de cualquier responsabilidad en este procedimiento.

Séptimo.

La estimación del Recurso carece de incidencia desde la perspectiva del pago de las costas que hayan podido generarse en la presente instancia; en cuanto que no serán exigibles a ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el Recurso de Suplicación formulado por D. Torcuato, contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. Uno de los de Vitoria-Gasteiz, de 21 de abril de 2015, dictada en el procedimiento 755/2013; la cual debemos también revocar y le declaramos afecto una gran incapacidad, por la contingencia de accidente de trabajo, con derecho a una pensión vitalicia del 100%, de una base reguladora mensual de 1.592,63 euros, incrementada con un complemento de 906,92 euros, también mensuales; condenando en consecuencia a D. Pedro Francisco a estar y pasar por estas declaraciones, así como a abonarle la correspondiente prestación con efectos de 28 de mayo de 2013; no obstante, habrá de ser anticipada y sin perjuicio de sus posteriores acciones de resarcimiento por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social; absolviendo por el contrario a Promociones y Construcciones Florencio Corchero SL, Construcciones Mariaka SL y Mantenimientos Rucor SL, Bernabe y a la Mutua Universal, Mutua Colaboradora de la Seguridad Social, de las pretensiones deducidas en su contra. Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes litigantes 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 juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACION.- 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 fé.

VOTO PARTICULAR que emite la ILMA. SRA. MAGISTRADA D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA a la sentencia de esta Sala dictada en el Recurso 1432/2015, al amparo de lo previsto en el artículo 260 de la LOPJ

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de la Comunidad Autónoma del País Vasco finalmente aprobada

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de instancia, tras reconocer que existía una relación laboral entre el actor y Don Pedro Francisco , desestima la demanda en la que se interesaba con carácter principal el reconocimiento de la gran invalidez, subsidiariamente incapacidad permanente absoluta y, en su caso, incapacidad permanente total, por la contingencia de accidente laboral.

El Juzgado descarta que la situación en la que quedó el trabajador, con las limitaciones funcionales derivadas de la ceguera que le restan, derive de accidente de trabajo descartando que constituyera un accidente laboral "in itinere" , tampoco un accidente en misión,

La decisión mayoritaria de la sección de este Tribunal en la que me integro, revoca la sentencia concluyendo que el demandante ¿vinculado a Don Pedro Francisco a través de una relación laboral, tal y como apreció el Juzgado- sufrió un accidente laboral "in itinere" , causante de la situación en la que se halla, que es la propia de un gran inválido, defendiendo a través de este Voto Particular la inexistencia de un accidente laboral ni en misión ni "in itinere" .

Segundo.

El Tribunal Supremo a propósito del accidente en misión, en sentencia de 16 de mayo de 2013, rec. 2965/2012 , recuerda que "El accidente "en misión" ha sido una figura de loable creación jurisprudencial como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que partiéndose de que se producía un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa, a través de dicha figura se ampliaba la presunción de laboralidad a todo el tiempo en que el trabajador desplazado, en consideración a la prestación de sus servicios, aparecía sometido a las decisiones de la empresa (incluso sobre su alojamiento, medios de transporte, etc.), de tal modo que el deber de seguridad, que es una de las causas de la responsabilidad empresarial, abarcaba todo el desarrollo del desplazamiento y de la concreta prestación de los servicios, destacándose que el "lugar de trabajo" a estos efectos es todo "lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual".." .

Afirma la Sala Cuarta que "La misión integra dos elementos conectados ambos con la prestación de servicios del trabajador: 1º) el desplazamiento para cumplir la misión y 2º) la realización del trabajo en que consiste la misión. La protección del desplazamiento presenta cierta similitud con la del accidente in itinere, en la medida en que el desplazamiento se protege en cuanto que puede ser determinante de la lesión ..." , matizando que "En cuanto al accidente que se produce en la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, su régimen es el normal del art. 115.1 LGSS . Pero no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral.." .

Estoy de acuerdo con el sentir mayoritario plasmado en sentencia cuando afirma que el trabajador no sufrió un accidente en misión, desde el momento en que al no acogerse la revisión de hechos probados -decisión que igualmente comparto- falta el sustrato fáctico para ello porque el demandante sufrió el accidente (disparo de escopeta de caza), cuando estaba recogiendo las piezas abatidas en el coto de caza al que se habían trasladado, sin que conste que estuviera cumpliendo instrucciones o algún tipo de orden o encomienda de Don Pedro Francisco como empleador.

La sentencia, en su hecho probado decimoquinto, señala que el actor "estuvo realizando tareas de limpieza (en el chalet en cuya obra trabajaba), y al finalizar Pedro Francisco le propuso que le acompañara a cazar junto a su hijo, Bernabe , y su yerno, aceptando el demandante la propuesta, dirigiéndose todos ellos a una granja cinegética ¿" ; ordinal del que se desprende no solo que el actor había concluido su trabajo, también que el

empresario "le propuso" acompañarles a cazar, expresión que, como indica la decisión mayoritaria, permite inferir que el actor pudo rechazar perfectamente tal propuesta.

Y si no es posible apreciar el accidente en misión, tampoco el accidente laboral "in itinere". La Sala Cuarta en sentencia de 15 de abril de 2013, rcud 1847/2012, al analizar el art.115.2 a) LGSS, a la luz de la doctrina de la Sala, recuerda que es una figura que se sustenta en la idea de que "el desplazamiento viene impuesto por la obligación de acudir al trabajo" (STS de 29 de marzo de 2007 -rcud. 210/2006 -), construyéndose a partir de dos términos (el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador) y de la conexión entre ellos a través del trayecto" (STS de 29 de septiembre de 1997 - rcud. 2685/1996 -).

Continúa el alto Tribunal afirmando como requisitos ineludibles del "accidente laboral in itinere, que el que el camino de ida y regreso al trabajo carezca de interrupción voluntaria y se lleve a cabo siempre por el itinerario usual" (STS de 20 de junio de 2002 -rcud. 2297/2001 -). En esa línea la STS de 29 de septiembre de 1997 (rcud. 2685/1996), establece que "lo esencial no es salir del domicilio o volver al domicilio, aunque esto sea lo más corriente y ordinario, lo esencial es ir al lugar del trabajo o volver del lugar del trabajo", y en STS de 19 de enero de 2005, rcud 6543/2003, se concluye que no cabe extender el concepto a desplazamientos que no guardan relación directa con el trabajo,

En este supuesto, el trabajador, una vez concluida la actividad laboral, aceptó la propuesta de la empresa de trasladarse a una granja donde iban a cazar, de manera que el desplazamiento a ese lugar donde sufrió tan desgraciado y grave percance, fue voluntario del trabajador y ajeno al vínculo laboral como de hecho se afirma por la decisión mayoritaria para descartar el accidente en misión.

La conexión entre el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador se rompió, y no cabe restaurarla vinculándolo a la necesidad de que le trasladaran a su domicilio al no disponer de vehículo, ni de medio de transporte para regresar, por falta de todo soporte fáctico que conecte esa aceptación de la propuesta del Sr. Pedro Francisco para ir a la granja -fuera de la jornada laboral- con la vuelta a casa del trabajador. Es más, en el hecho probado undécimo de la sentencia figura que "el demandante residía en la localidad de Miranda de Ebro (Burgos), y se trasladaba al centro de trabajo, y volvía a su domicilio en una furgoneta de color blanco con otro trabajador que también prestaba servicios en el chalet sito en la localidad de Añastro CALLE000 nº NUM000 como albañil, del que se desconocen sus datos y que era el que conducía la furgoneta, careciendo el demandante de carnet de conducir y de vehículo..", no existiendo en la resolución judicial más datos sobre cómo se desplazaba el trabajador al trabajo y volvía a su domicilio, por lo que no se desprende siquiera que habitualmente regresara con el empresario a su domicilio, pero en todo caso (ha de insistirse), lo determinante para no apreciar accidente laboral "in itinere" es que se produjo la ruptura del nexo laboral al aceptar la propuesta del empleador de acompañarles a la granja donde iban a cazar.

En consecuencia, considero que debió confirmarse la sentencia recurrida que concluyó que la terrible situación en la que ha quedado el demandante, no deriva ni de un accidente laboral en misión, ni de un accidente laboral "in itinere", y este es el sentido de mi voto particular que pronuncio mando y firmo.

Publicación.- Leído y publicado fue el anterior VOTO PARTICULAR de la Ilma. Sra. Doña ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA que lo suscribe, junto con la sentencia, todo ello en el día de la fecha, en la Sala de Audiencia 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- 66-1432-15.

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 4699-0000-66-1432-15.

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 regimen 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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.