



Roj: **STSJ AND 12242/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:12242**

Id Cendoj: **29067340012017101570**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2017**

Nº de Recurso: **1373/2017**

Nº de Resolución: **2046/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **RAUL PAEZ ESCAMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN 29001 Málaga

AVDA. MANUEL AGUSTIN HEREDIA Nº 16 -2º

N.I.G.: 2906744S20150010354

Negociado: **RM**

Recurso: Recursos de Suplicación 1373/2017

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº2 DE MALAGA

Procedimiento origen: Procedimiento Ordinario 789/2015

Recurrente: Pilar

Representante: PEDRO ANTONIO LOPEZ JIMENEZ

Recurrido: TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Tomasa , María Esther , INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y Melchor

Representante: FRANCISCO JESUS HURTADO HERRERAS.J. DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE MALAGA

Sentencia Nº 2046/17

ILTMO. Sr. D. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. Sr. D. RAMÓN GÓMEZ RUIZ,

ILTMO. Sr. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ

En la ciudad de MÁLAGA a trece de diciembre de dos mil diecisiete

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

SENTENCIA

En el Recursos de Suplicación interpuesto por Pilar contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº2 DE MALAGA, ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que según consta en autos se presentó demanda por Pilar sobre Procedimiento Ordinario siendo demandado TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Tomasa , María Esther , INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y Melchor habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 31 de Marzo de 2017 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.



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

PRIMERO.- D^a. Pilar , con NIE nº NUM001 , y nacionalidad Paraguaya, comenzó a prestar servicios para los codemandados en el domicilio de los padres (Victorino y Elisenda), sito en AVENIDA001 nº NUM002 , NUM003 NUM004 del Rincón de la Victoria, ejerciendo funciones de empleada de hogar/cuidadora, mediante contratación verbal y a jornada completa (interna) percibiendo una retribución mensual de 850 €, incluido el prorrateo de gratificaciones extraordinarias. La actora descansaba un día a la semana (los domingos).

SEGUNDO.- El 25/09/2012 la actora firmó con D. Melchor contrato de duración determinada del servicio del hogar familiar del tenor que obra a los folios 139-140 de los autos.

TERCERO.- El 07/07/2013 la actora fue declarada en situación de IT, por contingencias comunes, con el diagnóstico de "hemorragia intracerebral" (f. 146 y ss y 338 y ss).

Tal episodio le sobrevino en la mañana de ese mismo día y encontrándose en su puesto de trabajo (domicilio de los padres de los demandados) (f. 164 y ss.).

El Servicio de neurología de la Sanidad Pública que viene tratando a la actora, manifestó que el diagnóstico secundario del ictus sufrido por la actora, era el de "Hipertensión arterial" (f. 164-166).

La actora seguía tratamiento habitual para la hipertensión consistente en enalapril y hierro, ya que igualmente padecía una anemia ferropénica (f. 164).

CUARTO.- El 24/10/2014, la actora presentó denuncia ante la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social del tenor que obra a los folios 81 vuelto y 82 de los autos, que se dan por reproducidos.

El 08/04/2015 se contestó dicha denuncia remitiendo a la actora a presentar demanda ante el Juzgado de lo Social al no constar alta en Seguridad Social ni autorización para trabajar de la hoy actora (f. 82 vuelto).

QUINTO.- El 01/10/2013 la actora formuló denuncia ante el Puesto de Fuengirola contra los hoy demandados por la comisión de un delito contra el derecho de los trabajadores (f. 135 y ss)

SEXTO.- Consecuencia de ello el Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Málaga incoó diligencias previas nº 8713/2013 (f. 173 y ss).

SEPTIMO.- Tras la práctica de las diligencias oportunas y la evaluación de informe por el Ministerio Fiscal (f. 292 y ss.), dicho Juzgado dictó auto de sobreseimiento provisional y archivo, el 14/01/2016 (f. 299-300).

El fundamento jurídico único de dicho auto era del siguiente tenor literal: *En el supuesto de autos resulta que se trata de una trabajadora con una relación contractual realizada de mutuo acuerdo que finalmente no fue dada de alta en el Régimen de la Seguridad Social, sin que este incumplimiento por si solo determine el plus de gravedad necesario para la integración de la reseñada infracción, teniendo en cuenta que además tal y como acertadamente apunta el Ministerio Fiscal en su informe, al tiempo de la celebración del correspondiente contrato de trabajo, la trabajadora denunciante no tenía en su poder todavía los certificados de penales y nacimiento necesarios para que la empleadora denunciada pudiera darla de alta en el significado régimen.*

OCTAVO.- En el mes de marzo de 2013, la actora acudió a consulta médica alegando que la semana previa había presentado episodio de epistaxis, estando en tratamiento para controlar la tensión arterial (f. 511-512).

NOVENO.- En fecha 24/06/2014 el Instituto de Medicina Legal de Málaga emitió informe de declaración de sanidad de la actora, indicando que la misma había estado incapacitada para sus ocupaciones habituales 200 días (f. 531-532).

DECIMO.- El 11-06-2013 falleció D. Melchor .

Su esposa, D^a Tomasa padece:

En 2012 cuando ingresa por fractura de fémur episodio de desorientación, ideas delirantes y alucinaciones visuales, mejoró al alta, pero desde entonces mayor deterioro residual, se pauta Haloperidol pero se interrumpe con mala tolerancia, por lo que interrumpen a los 2-3 meses.

A inicios de 2013 empeoramiento de conducta y más dificultad para hablar alucinaciones, se aumenta medicación, con mayor decaimiento y más dificultad para expresarse verbalmente.

A partir de Julio comienza a expresarse mejor, mejora de conducta, más tranquila, sigue con alucinaciones pero con menor agitación, desorientada incluso en domicilio, confunde a familiares, con fluctaciones. Temblores en manos fluctuante desde hace 2-3 años. Limitación previa de movilidad atribuidos problemas osteoartrotríticos, desde fractura 2012, camina trayectos cortos con andador. Incontinencia urinaria desde el año previo (f. 247).



DECIMO PRIMERO.- Con fecha 06/07/2015 la actora formuló solicitud de abono de subsidio de IT por accidente de trabajo (f. 22-23). Solicitud que fue denegada el 22/09/2015, interponiendo la actora la preceptiva reclamación previa (f. 86 y ss), desestimada de forma expresa por resolución de 12/11/2015 (f. 93)

DECIMO SEGUNDO.- La base reguladora de subsidio reclamado ascendía a 790, 65 euros.

DECIMO TERCERO.- El 05/10/2015 tuvo entrada en el Juzgado Decano la demanda que dio origen a las presentes actuaciones, interesando el dictado de sentencia por la que se declare a D^a Pilar en situación de Incapacidad Temporal derivada de la contingencia de accidente de trabajo con efectos de fecha del mismo, es decir, el 7 de julio de 2003 hasta el 30 de enero de 2014, con derecho a las prestaciones sanitarias y económicas derivadas de dicha situación, declarando responsables directos a D^a María Esther y D. Melchor , así como al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, que deberán de anticipar tales prestaciones sin perjuicio de su derecho al reintegro. Condenando a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones y a satisfacer las referidas prestaciones en los términos señalados.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha desestimado la demanda en la que se reclamaba por la demandante D^a Pilar que se declarara que la contingencia del proceso de incapacidad temporal que había seguido desde el 07.07.2013 al 30.01.2014 era derivada de accidente de trabajo.

Y frente a dicha sentencia se interpone recurso de suplicación por la trabajadora demandante en el que como primer motivo, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, petitiona la revisión fáctica de los hechos probados de la sentencia de instancia, así la modificación del contenido de los hechos probados primero y tercero, para que pasen a tener el contenido obrante en la redacción alternativa propuesta.

Pero lo cierto es que a la vista de las alegaciones articuladas por la parte recurrente pocas dudas podemos albergar en relación a que tal pretensión revisora ha de ser rechazada, cuando la certeza de la redacción alternativa propuesta no se basa sino en meras valoraciones subjetivas que extrae la parte recurrente de una parte sesgada de la prueba documental aportada. Y no bastante con ello, en gran medida la recurrente presta particular interés para sustentar el motivo en declaraciones y/o manifestaciones evacuadas por los intervinientes en previas diligencias policiales y judiciales, lo que ostenta un más que discutible carácter documental al encontrarnos más bien ante una prueba testifical documentada.

SEGUNDO.- Y tras ello, y a través de un último motivo de recurso destinado al examen crítico de las normas, articulado con adecuado amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley de la Jurisdicción Social, se denuncia por la recurrente incurrir la sentencia en un cúmulo variado de infracciones normativas.

En esencia, en todos ellos la recurrente viene a mostrar su contrariedad con la aplicación efectuada en la sentencia recurrida del contenido del artículo 115 del Estatuto de los Trabajadores , sosteniendo que con arreglo al mismo la contingencia del proceso de incapacidad temporal que siguió ha de considerarse como derivada de accidente de trabajo, cuando el suceso lesivo del que derivó tal proceso acaeció entre tanto la actora se encontraba en su lugar y tiempo de trabajo. Y lo cierto es que, aplicando al singular caso que se nos plantea la más reciente doctrina jurisprudencial en la materia, hemos de compartir la censura jurídica articulada por la recurrente y con ello entender que, en aplicación de la presunción del artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 , las lesiones detonantes del proceso de baja acaecieron entre tanto la demandante se encontraba en su lugar y tiempo de trabajo, por lo que el proceso de incapacidad seguido ha de entenderse derivado de accidente de trabajo.

Para ello hemos de partir recordando las singulares circunstancias que acontecieron en el suceso que nos ocupa: 1.- por un lado, el que la demandante prestaba servicios de empleada de hogar y cuidadora de los padres de los hoy demandados y de la codemandada D^a Tomasa , residiendo y cohabitando con ellos de manera permanente en el mismo domicilio; 2.- que la jornada de trabajo de la demandante estaba estipulada de modo genérico que fuera de lunes a sábado, con domingo de descanso; 3.- que el domingo 07.07.2013, a primera hora de la mañana, estando la demandante en el citado domicilio en que reside y trabaja, y sin que en tal momento estuviera desplegando actuación efectiva alguna de cuidado y atención de D^a Tomasa -que estaba entonces dormida en su cama- sufrió hemorragia intracerebral; 4.- por último, los servicios médicos de neurología que trataron a la actora manifestaron que la causa de tal ictus sufrido fue la hipertensión arterial que ya venía padeciendo y por la que venía siendo tratada con anterioridad.



Ante ello, la sentencia de instancia considera que aun cuando la actora se encontrara al tiempo del ictus en su lugar de trabajo -que coincide con el de residencia- no estaba en tiempo de trabajo ni desplegando actividad laboral efectiva alguna, de lo que deriva la falta de aplicación al caso de autos de la presunción del artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social y con ello de la catalogación pretendida de contingencia profesional del proceso de incapacidad temporal seguido, máxime cuando la dolencia detonante del ictus cerebral padecido era de etiología común y carecía de conexión directa con la actividad laboral desplegada.

TERCERO.- Frente a lo resuelto por la sentencia recurrida, las particulares circunstancias que concurren el supuesto de hecho planteado nos mueven a entender que la demandante, al contrario de lo indicado en la resolución recurrida, sí se encontraba en tiempo y lugar de trabajo al tiempo de acaecer el ictus anteriormente referido.

Y para ello hemos de partir resaltando las características especiales que median en la profesión de la demandante, así de empleada de hogar y cuidadora de dos personas de avanzada edad, y que además reside con ellas en su mismo domicilio, con lo que difícilmente pueden establecerse márgenes estancos hábiles para diferenciar sus tiempos de trabajo de los de descanso. La sentencia recurrida otorga una importancia -a nuestro parecer un tanto desmedida- a la organización estipulada de modo general de la actividad laboral de la actora, entendiendo con ello que por el mero hecho de haberse pactado que el domingo era el día de libranza de la cuidadora ésta podría racionalmente desentenderse por completo de los requerimientos o atenciones que precisaran las personas a las que cuidaba, lo que es absolutamente ilógico, cuando se encontrara con ellos en el mismo domicilio. Y ante ello tampoco cabe objetar el que D^a Vanesa -madre de los demandados- se encontrara en tal momento en su habitación durmiendo, cuando tal circunstancia a estos efectos ha de reputarse puramente casual y carente de incidencia significativa, toda vez que si en ese mismo instante hubiera estado despierta y reclamando algún tipo de cuidado o atención de la demandante la situación sería exactamente la misma. Por lo demás, no es ocioso resaltar el que la actividad profesional concertada de la demandante no era solo la de cuidadora de personas mayores, sino al mismo tiempo y al unísono la de empleada de hogar, con las tareas de limpieza y organización del hogar que las mismas conllevan, y que no es dable imaginar pudiera dejar por completo de realizarlas por el mero hecho de que el día en particular fuera domingo.

Y expuesto lo anterior lo cierto es que el presente caso, aún con sus evidentes diferencias, guarda notoria relación con el asunto resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo de 19.07.2014 -recurso 2352/2013 -, en la que se resolvió que era accidente de trabajo el sucedido a un marinero de altura que, encontrándose a bordo del buque en el que prestaba sus servicios, y viendo una película durante su tiempo de descanso, resbaló y cayó al suelo, sufriendo fractura de húmero. Tal y como acontecía en aquellos autos, la situación de la aquí trabajadora no es equiparable a la de un trabajador "en misión", cuando tal y como recalca tal sentencia "*... la noción de accidente en misión ha sido aceptada por la doctrina de esta Sala como una modalidad específica de accidente de trabajo, en la que se produce un desplazamiento del trabajador para realizar una actividad encomendada por la empresa...*", siendo que la trabajadora aquí demandante en el momento de sufrir el accidente se encontraba en la vivienda en que reside y trabaja, que por ello constituye su centro de trabajo y al propio tiempo su domicilio, y no desplazada en ningún otro lugar.

Junto a lo anterior, y por lo que al tiempo de trabajo se refiere, la sentencia del Tribunal Supremo que examinamos viene a indicar en relación a tales trabajadores que trabajan y residen en el buque que "*... aun cuando lógica y legalmente disfruten de períodos de descanso, están no obstante sujetos a una permanente disponibilidad, dependiendo de las contingencias -a veces imprevisibles- que pueden surgir...*", situación ésta plenamente extrapolable a la de la cuidadora hoy demandante, que estando en el domicilio citado carece de todo sentido el siquiera imaginar que dejara de procurar las atenciones y cuidados que -aún con carácter extraordinario- precisaran las personas mayores a las que asistía por el mero hecho de ser domingo. Y de tal modo, del mismo modo que acontece con el examinado trabajo en el mar, en el supuesto que examinamos de cuidadora de personas mayores que cohabita con las mismas se presenta como singularidad "*...la distinción entre los conceptos de tiempo de trabajo y jornada efectiva de éste, limitada la última y sin limitación aquél, al existir la posibilidad de que en cualquier momento haya de ser prestada la efectiva actividad laboral ...*".

CUARTO.- Sobre la base de lo anteriormente expuesto, hemos de concluir afirmando que en el caso de autos el evento lesivo padecido por la demandante se produjo en el lugar y en tiempo de trabajo, o como mínimo "*... en unas condiciones que guardan una íntima conexión con el trabajo...*" - sentencia del Tribunal Supremo de 24.02.2014 -, así como que no se ha desvirtuado por los demandados la presunción de laboralidad establecida en el artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, motivo éste por el que procede declarar que la contingencia del proceso de incapacidad temporal seguido por la demandante es derivado de accidente de trabajo.



Consecuencia de lo anterior es que, no exigiéndose el requisito de estar en situación de alta o asimilada, así como tampoco período previo de cotización alguno para las prestaciones derivadas de accidente de trabajo - ex artículos 124.4 y 125.3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 -, la demandante ha de ostentar derecho al percibo de las prestaciones económicas correspondientes al proceso de incapacidad temporal seguido desde el 07.07.2013 al 30.01.2014, sobre la base reguladora mensual declarada en la sentencia de 790, 65 euros mensuales.

Por lo que a la responsabilidad de su abono se refiere, constando el venir la demandante prestando sus servicios laborales para los demandados entre tanto éstos últimos se habían desentendido por completo del cumplimiento de sus obligaciones de alta y cotización, habrá de recaer la responsabilidad en cuanto al abono de las prestaciones de incapacidad temporal correspondientes frente al empresario incumplidor, a quien erige como responsable principal, sin perjuicio del anticipo de las mismas a la beneficiaria por la entidad gestora y de la responsabilidad subsidiaria, para el caso de insolvencia del empresario, del INSS y la TGSS.

Consecuencia de todo lo anterior, concurriendo la infracción normativa denunciada en autos procede, con estimación del recurso articulado, la íntegra revocación de la sentencia de instancia, para estimar en su integridad la demanda rectora de las presentes actuaciones, en los términos y con los efectos que acto seguido se dirán.

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

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso de suplicación promovido por D^a Pilar contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Málaga de fecha 31.03.2017, en sus autos nº 789/2015 seguidos a instancias de la indicada recurrente contra el INSS, la TGSS, D^a Tomasa, D^a María Esther y D. Melchor y en consecuencia debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la sentencia recurrida declarando que el proceso de incapacidad temporal seguido por la actora desde el 07.07.2013 al 30.01.2014 es derivado de la contingencia de accidente de trabajo, y en consecuencia declaramos el derecho que ostenta la trabajadora demandante al percibo de las prestaciones económicas correspondientes a tal situación sobre una base reguladora mensual de 790, 65 euros, **CONDENANDO** principalmente al abono de dichas cantidades, con las revalorizaciones y mejoras que legalmente procedan, a los demandados D^a Tomasa, D^a María Esther y D. Melchor, sin perjuicio del anticipo de dicha prestación a la beneficiaria por la entidad gestora demandada y de la responsabilidad subsidiaria, para el caso de insolvencia de los empresarios codemandados, del INSS y la TGSS.

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

Adviértase a los empresarios demandados que en caso de recurrir habrán de consignar la suma de 600 euros, y la cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad. También podrán constituir aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, con entidad de crédito respecto de aquella condena. Tal consignación podrá efectuarse:

- 1.- en caso de ingresos en efectivo, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala de lo Social - cuenta nº 2928-0000-66-número de procedimiento (0000/00)-;
- 2.- y para el caso de ingresos por transferencia, habrá de tener lugar en la cuenta abierta por esta Sala en el Banco Santander con el número ES5500493569920005001274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico), o IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 (para ingresos por transferencia en formato papel). Para éste último caso de ingreso por transferencia, habrá de hacer constar, en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga; y en el campo reservado al concepto, la cuenta número 2928-0000-66-número de procedimiento (0000/00)-.

Junto a lo citado, los demandados habrán de ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social correspondiente el capital coste de la pensión o el importe de la prestación declarada en el fallo, con objeto de abonarla al beneficiario durante la sustanciación del recurso, presentando ante esta Sala el oportuno resguardo.



Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ