



Roj: **STSJ CAT 9463/2022 - ECLI:ES:TSJCAT:2022:9463**

Id Cendoj: **08019340012022105727**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **03/11/2022**

Nº de Recurso: **2961/2022**

Nº de Resolución: **5768/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FELIX VICENTE AZON VILAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Barcelona, núm. 32, 12-11-2021 (proc. 716/2020),
STSJ CAT 9463/2022**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2020 - 8037520

AR

Recurso de Suplicación: 2961/2022

ILMO. SR. AMADOR GARCIA ROS

ILMO. SR. FÉLIX V. AZÓN VILAS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

En Barcelona a 3 de noviembre de 2022

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 5768/2022

En el recurso de suplicación interpuesto por FREMAP frente a la Sentencia del Juzgado Social 32 Barcelona de fecha 12 de noviembre de 2021 dictada en el procedimiento Demandas nº 716/2020 y siendo recurridos INSTITUT NACIONAL DE LA SEGURETAT SOCIAL (INSS), TRESORERIA GENERAL DE LA SEGURETAT SOCIAL (TGSS) y María Consuelo , ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Félix V. Azón Vilas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Incapacidad temporal, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 12 de noviembre de 2021 que contenía el siguiente Fallo:



"Que desestimo la demanda interpuesta por MUTUA FREMAP, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y doña María Consuelo, absolviendo a los codemandados de las pretensiones en su contra deducidas."

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

"PRIMERO.- La codemandada, doña María Consuelo, se encuentra afiliada a la Seguridad Social en el Régimen Especial de Trabajadores/as Autónomos/as por ser socia única, administradora y prestar servicios para CUBIC REFORM, S.L., empresa dedicada a pequeñas reformas de albañilería.

La trabajadora autónoma codemandada, el día 19/09/2019, tenía concertada la cobertura de la contingencia de accidente de con MUTUA FREMAP. (Hecho pacífico entre las partes; folios 144 a 154)

SEGUNDO.- El indicado 19/09/2019, por la tarde, la codemandada acababa de realizar una visita de una obra ubicada en la calle Marqués de Sentmenat, nº 63 de Barcelona. Tomó su motocicleta y fue hasta la Avenida Josep Tarradellas al comercio de un proveedor ceramista para devolverle una muestra. Tras ello tomó de nuevo su motocicleta para dirigirse ya a su domicilio sito en la CALLE000, nº NUM000, de Barcelona, tomando como vía de circulación la Avenida Diagonal. Tras parar para atender una llamada, cuando de nuevo quiso retomar la marcha a la altura de la calle Casanovas, tropezó la motocicleta con un saliente del bordillo y el vehículo cayó al suelo atrapándole el pie izquierdo. Con ayuda levantó la motocicleta y tras comprobar que podía seguir circulando se fue hasta su domicilio.

Al día siguiente, a la vista del dolor en el pie, acudió a un centro asistencial de la Mutua actora explicando lo sucedido y rellenando la solicitud de asistencia que obra al folio 12 que se da por reproducido. Por parte del servicio médico se le extendió un parte de incapacidad temporal por accidente de trabajo, diagnosticándosele un esguince en el tobillo. De dicho proceso obtuvo el alta el 15/10/2019. (Folios 12, 13 y 161; relato de la codemandada).

TERCERO.- Cursada por la Mutua actora el 14/11/2019 una solicitud de determinación de contingencia; por resolución del INSS de fecha 31/08/2020 se determinó que derivaban del accidente de trabajo *in itinere* sufrido el 19/08/2019. Frente a ella dedujo la Mutua actora la demanda directora de las actuaciones en fecha 23/09/2020. (Folios 8 a 16)

CUARTO.- En el seno del procedimiento de determinación de contingencia señalado

en el ordinal anterior el SGAM emitió informe cuyo contenido se da por reproducido. (Folio 17)"

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado, impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Contenido y objeto del recurso.

Se articula el recurso por la representación de FREMAP, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL 61, contra la sentencia del Juzgado de lo Social sobre la base de tres motivos: en el primero, formulado al amparo de la letra a) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), y se alega infracción del artículo 97 de la misma norma en relación con los artículos 24 de nuestra constitución y 217.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), por entender que la sentencia recurrida no contiene motivación suficiente; en el segundo, formulado al amparo de la letra b) del mismo artículo, se pretende la revisión de los hechos declarados probados; y en el tercero, al amparo de la letra c) de la misma norma, se alega infracción del artículo 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS). Pretende la revocación de la sentencia y la consiguiente estimación de la demanda origen del proceso.

El recurso ha sido impugnado por la representación de María Consuelo al entender que la sentencia ha valorado correctamente la prueba practicada y aplicado adecuadamente el derecho. Han sido parte en el proceso el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la empresa BARNOSELL PI ELENA y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La demanda origen del presente procedimiento pretendía la declaración de que el proceso de incapacidad temporal iniciado el 20 de septiembre de 2019 por María Consuelo deriva de contingencias comunes.



La sentencia ahora recurrida entiende que no han quedado suficientemente acreditados hechos ni aportados argumentos jurídicos que puedan sustentar la pretensión razón por la que desestima la demanda.

SEGUNDO: Sobre la nulidad de la sentencia.

El *recurso* propone la nulidad de la sentencia básicamente porque entiende que la valoración de la prueba ha sido manifiestamente inadecuada en tanto que los hechos que se declaran probados no habrían obtenido tal resultado en el proceso, i.e., no habrían quedado probados y simplemente son los que propone la parte demandada. Entiende que la carga de la prueba de " *los hechos que supuestamente constituyen el accidente de trabajo*" corresponde a la parte demandada o, como mínimo, debería haber aportado indicios en tal sentido. Cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1991 que a su modo de ver establece que la imposición de una carga probatoria indebida a una de las partes vulneraría la tutela judicial efectiva: eso sería lo que ocurre en el presente caso en el que, de hecho, se exigiría a la Mutua demandante, ahora recurrente, una prueba diabólica, razonando que "*... cabe considerar lo anterior, en el sentido de apreciar que esta parte no puede acreditar de ninguna forma que no sea cierto el relato de los hechos que ofrece la actora. Esta parte, ante hechos que comportan la razonable sospecha de que pueden no ser ciertos, exige a quien si puede acreditar tales hechos, prueba al respecto...*"; entiende que es la parte demandada la que debe probar sus pretensiones en base a su mayor facilidad probatoria, 217.1 LEC. Añade que "*... a pesar de que el accidente ocurre, según la demandada, a las 19:45 horas del día 19, no consta asistencia médica alguna hasta el día siguiente a las 9:21 horas de la mañana, cuando acude a los servicios médicos de la Mutua demandante y es diagnosticada de esguince en el tobillo y contusión en un dedo del pie. No consta tampoco, la existencia de ningún atestado de la Guardia Urbana, siendo igualmente que las 19:45 horas, no son, tampoco, una hora muy habitual de trabajo para una persona que es Jefe de Obra, en tanto que el sector de la construcción trabaja habitualmente aprovechando la luz del día, hasta las 18 horas, por lo general ... Por lo expuesto, cabe concluir en que la Juzgadora de instancia, hace uso del recurso de acudir al relato de parte para construir el núcleo central de su sentencia, dando la vuelta a la doctrina que invocamos y por tanto, exigiendo a esta parte la aportación de una autentica prueba diabólica puesto que en el fondo viene a exigírsenos que acreditemos un hecho negativo, cual es el de que la demandada no sufrió ningún accidente laboral, siendo, como hemos visto, que las normas sobre la carga de la prueba, exigen que sea quien esgrime un hecho constitutivo quien deba aportar la prueba sobre el mismo, siendo la única excepción admisible en derecho que la demandada, en este caso, no pudiese aportar tal prueba por resultarle ello imposible o de difícil demostración. Y este, como sostenemos, no es el caso*".

El escrito de *impugnación* se opone y básicamente viene a señalar que no se trata de que no se haya valorado adecuadamente la prueba, o se haya exigido una prueba diabólica, sino que sencillamente la sentencia alcanza unas conclusiones que no agradan a la parte. Recuerda que la demandada es empresaria autónoma de la construcción y por tanto los horarios durante los que trabaja no son los mismos que los que utilizan los operarios que trabajan en las obras de construcción.

En la *Sala entendemos* que no existen motivos suficientes para declarar la nulidad de la sentencia, pues lo que está planteando el recurso en este primer motivo es pura y sencillamente su desacuerdo con la valoración de la prueba que realiza quien ha ejercido jurisdicción en la instancia, y ello no es motivo suficiente para tomar una decisión tan drástica como la que se propone, máxime cuando existen elementos probatorios suficientes como para que el propio recurso haya articulado después otro motivo al amparo del 193.b LRJS, y finalmente al amparo del 193.c LRJS. Se desestima este primer motivo.

TERCERO: Los Hechos declarados probados: Propuesta de modificación.

En cuanto a la pretendida modificación de hechos declarados probados (en adelante, HDP) que propone el recurso, debe en primer lugar razonarse que, con carácter general, el órgano que conoce del recurso extraordinario de suplicación no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, pues es a quien ha presidido el acto del juicio en la instancia a quien corresponde apreciar los elementos de convicción para establecer la verdad procesal intentando que la misma se acerque lo más posible a la verdad material. Ahora bien, tal principio debe ser matizado en el sentido de que el Tribunal "ad quem" está autorizado para revisar las conclusiones fácticas cuando los documentos o pericias citados por la parte recurrente pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en el que ha incurrido la sentencia recurrida, o la irracionalidad o arbitrariedad de sus conclusiones: De otra forma carecería de sentido la previsión del artículo 193.b) de la ley procesal.

Además, debe señalarse que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión y claridad cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.



2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación de la sentencia, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente en esta instancia pudiera resultar en otras superiores.

6º.- Que no se trate de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Criterios estos que han sido reafirmados por la reciente sentencia 90/2022 del Tribunal Supremo, de 1 de febrero, Recurso 2429/2019.

El recurso propone que se elimine el HDP 2º o subsidiariamente, de no ser así, se sustituya por la siguiente redacción:

"El día 20/09/2019 la demandada acudió a un centro asistencial de la mutua actora explicando que el día anterior a las 19:45 horas, siendo tiempo de trabajo, iba en moto, en Avenida Diagonal con Calle Casanovas, había un saliente en bordillo y se cayó, teniendo dolor en el pie izquierdo, rellenando la solicitud de asistencia que obra al folio 12 que se da por reproducido. Por parte del servicio médico se le extendió un parte de incapacidad temporal por accidente de trabajo, diagnosticándosele un esguince en el tobillo. De dicho proceso obtuvo el alta el 15/10/2019".

El recurso justifica tal propuesta en la inexistencia de prueba alguna en la que se sustente la sentencia y señala que el documento del folio 161 es posterior a la fecha del accidente; literalmente dice:

"El precitado hecho probado, como tal, se limita en esencia a plasmar la literalidad del relato de la codemandada (mejor dicho, del letrado de la codemandada, en tanto en cuanto ni siquiera se practicó en acto de juicio interrogatorio de parte), tal como la propia Magistrada a quo reconoce al determinar que fundamenta el meritado hecho en los folios 12, 13, 161 y el relato de la codemandada, y constando éste, a su vez, en el antecedente de hecho segundo de la Sentencia, construyéndose así el hecho probado no a partir de cualquier medio de prueba válido sino en base al mero relato de la parte demandada, existiendo total identidad entre ambos.

Además, concurre un error de apreciación de la Juzgadora en su consideración del folio 161 de las actuaciones, siendo que el mismo no guarda relación alguna con el hecho probado segundo, puesto que se trata de una factura de fecha 29/11/2019, esto es, de más de dos meses después de la fecha de los hechos, cuyo contenido no guarda ni puede guardar, por su propia naturaleza, relación alguna con la forma de producirse el accidente de tráfico."

El escrito de impugnación se opone y señala que " *Entiende esta parte que tampoco debe prosperar esta pretensión del recurrente, por cuanto que la modificación solicitada no se fundamenta en un documento o pericia y ni siquiera el texto propuesto esta respaldado por otras pruebas"*.

La sentencia en su fundamento de derecho segundo razona que ha alcanzado tal valoración porque " *la demanda actora solo cuestiona que el accidente se produjera en el trayecto desde el domicilio del cliente al domicilio de la trabajadora autónoma (hecho cuarto de la demanda), por lo que tengo por corroborada la existencia del accidente de tráfico, la mecánica comisiva del mismo, que la actora realizo esa visita al cliente en la dirección indicada, el lugar del accidente de tránsito, el lugar en el que se ubica su domicilio particular y que las lesiones derivadas de ese proceso (el esguince de tobillo) se produjo a resultas de dicho evento. Asimismo la existencia de esa parada en el domicilio de un proveedor (en la Avenida Josep Tarradellas) es algo que también tengo por acreditada a la vista de que la factura aportada acredita una relación comercial con el mismo y dado que esa devolución se produce en un domicilio próximo al de la obra del cliente, de manera que no es ilógico ni inusual que la trabajadora aprovechara tal cercanía para devolver la muestra (es prueba de una autoorganización propia del/de la trabajador/a autónomo/a)."*



En la Sala entendemos que debemos estimar la propuesta subsidiaria del recurso en la medida en que el documento en el que se fundamenta la sentencia (folio 161) no existía en el momento del accidente y el hecho de que exista una relación comercial con el cliente al que va dirigida la misma no acredita la visita de ese día. Por su parte los folios 12 y 13 son la "solicitud de asistencia por accidente de trabajo" que suscribe la propia demandante el 20-9-2019 y el parte de baja por incapacidad temporal que se le otorga en base al anterior. En tales condiciones lo único constatado son los hechos que relata el recurso en su propuesta subsidiaria pues todos ellos tienen soporte documental en el expediente administrativo.

Se estima el primer motivo de recurso y se acepta la propuesta subsidiaria.

CUARTO: La legislación aplicable al caso.

Por cuanto aquí interesa, el art. 156 LGSS ("concepto de accidente de trabajo", Título II "Régimen General de la Seguridad Social"), por cuanto aquí interesa, establece:

1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo:

a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.

3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

Por su parte el 316.2 LGSS ("cobertura de las contingencias profesionales", Título IV "Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos"), en la versión vigente en el momento de los hechos (Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo), establece:

2. Se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial. Se entenderá, a idénticos efectos, por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas, anexa al Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

También se entenderá como accidente de trabajo el sufrido al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional. A estos efectos se entenderá como lugar de la prestación el establecimiento en donde el trabajador autónomo ejerza habitualmente su actividad siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales.

QUINTO: Análisis del derecho aplicado por la sentencia. Recurso e impugnación.

La **sentencia**, razona (subrayado nuestro):

"SEGUNDO.- La Mutua actora pretende con su demanda la revocación de la resolución del I.N.S.S. dictada en el expediente de determinación de contingencia, postulando que el proceso de incapacidad temporal iniciado el 19/09/2019 no debe derivarse de accidente de trabajo sino de accidente no laboral. Para sostener su pretensión alega que no queda acreditado que la demandada sufriera ese accidente de tránsito cuando regresaba a su domicilio particular tras visitar a ese cliente.

[transcripción literal del art. 156.2 LGSS]

Pues bien, en el caso ahora examinado, no considero que la ruta tomada por la trabajadora para desplazarse desde el domicilio de ese proveedor al que le devolvió una muestra (sito en la Av. Josep Tarradellas y por ende muy próximo al domicilio de la reforma del cliente que acabada de visitar en la calle Marques de Sentmenat número 63, ambos de Barcelona), fuera, como alega la Mutua, inidónea para considerar que no cabe deducir que estuviera volviendo a su domicilio particular. De hecho, desde la Av. Josep Tarradellas habría dos alternativas posibles de ruta, una yendo a parar a la Plaza Francesc Macia` y luego tomar el sentido de circulación de la Diagonal en dirección a "Tarragona" para después tomar la Ronda General Mitre; y otra yendo también a la Plaza Francesc Macia` para tomar la Av. Diagonal en sentido inverso (hacia "Glo`ries") para luego subir por la calle Aribau hasta la Ronda General Mitre. De hecho, esta segunda es la que tomo y es algo más corta en distancia que la anterior. Por ello esta ruta sugiere que el trayecto tenía como finalidad volver a su casa.



Pero es más, aún considerando que la actora no hiciera esa parada en la Av. Josep Tarradellas para dejar la muestra, habría tenido esas dos mismas opciones de ruta desde la calle Marqués de Sentmenat y ambas son equivalentes, por lo que tampoco resultaría inidónea.

A mayor abundamiento cabe señalar que a buen seguro todo ello ya lo relato al médico que la atendió y que no apreciando ninguna desproporción o desajuste manifiesto en ese relato él mismo considero verosímil que se trataba del trayecto de vuelta después del trabajo.

Consecuentemente la demanda debe ser desestimada."

El escrito de **recurso** denuncia infracción de los artículos 156.2 LGSS, e insiste en que no hay prueba de la existencia del accidente, añadiendo que *"considera esta parte que no pueden considerarse presentes en este caso ninguno los requisitos jurisprudencialmente exigidos para la calificación de un accidente como "in itinere", con especial carencia de los requisitos teleológico, cronológico y geográfico"*.

El escrito de **impugnación** formula una oposición limitada al siguiente texto: *"Entiende esta parte que tampoco debe prosperar esta pretensión del recurrente por cuanto no puede entrarse a examinar ese motivo puesto que el apartado c) del art. 193 LRJS se refiere únicamente a la denuncia de infracciones de normas sustantivas o de jurisprudencia mientras que los preceptos alegados como infringidos versan sobre la valoración de pruebas concretas o de presunciones"*. Como se constata, la aportación al debate es escasa.

SEXTO: La posición de la Sala.

En primer lugar, y como elemento relevante de nuestra decisión, hemos de poner de manifiesto que, quedando perfectamente delimitado en los HDP -y sin discusión alguna al respecto- que la demandante está afiliada al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA) y no al Régimen General de la Seguridad Social (RG), tanto el INSS en su resolución administrativa, como la demanda, también la sentencia y el recurso e impugnación, no citan ni una sola vez ni hacen referencia al artículo 316 LGSS.

Resulta que para la Sala es el elemento central del debate.

Y ello porque el concepto de accidente de trabajo en el RETA es diferente del concepto en el RG, lo cual se comprueba con la simple lectura de los artículos que los regulan. Así mientras el 156 (RG) regula que se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra *con ocasión o por consecuencia del trabajo* -donde la ocasionalidad se configura, junto a la consecuencia directa, como una de las dos posibilidades determinantes del accidente-, el 316 señala que se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido *como consecuencia directa e inmediata del trabajo* que realiza por su propia cuenta, de donde es fácilmente deducible que el concepto de accidente de trabajo en el RETA es más restrictivo que en el RG, deducción que es evidente de la palabra *"inmediata"* que reduce considerablemente los supuestos en los que debe entenderse ocurrido tal hecho y además se excluye la *"ocasionalidad"*. Dicha previsión legislativa es lógica en la medida en que la realización del trabajo en el RG está mucho más controlada para quien pueda sufrir el accidente, al existir sujeción a las ordenes e instrucciones de la empresa y controlar ésta, en un primer momento, la concurrencia del hecho lesivo; por el contrario la persona afiliada al RETA realiza su actividad con un nivel infinitamente mayor -esencialmente distinto- de autonomía e iniciativa y no está sujeta a ningún tipo de instrucción o control de terceros, pudiendo tomar las decisiones que considere adecuadas para realizar un trabajo cuya única limitación es cumplir con el compromiso comercial o profesional adquirido ante el cliente -en su caso- y para el que tiene absoluta libertad de autoorganización. Lo descrito hace que la determinación de cuándo una persona afiliada al RETA sufre un accidente de trabajo es mucho más compleja y difusa, en tanto que es mucho más difícil determinar cuándo está realizando su actividad profesional y cuándo está en su vida personal ajena al trabajo, al carecer de los controles y el horario que soporta quien realiza su trabajo por cuenta ajena: ello tiene como consecuencia evidente que la carga de probar el accidente recae con mayor intensidad en el trabajador autónomo. Es ésta una de las razones por las que históricamente -en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regulaba el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos- el RETA ha carecido de protección por contingencias profesionales, que son instauradas por el Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

Además, una vez establecida la protección del accidente de trabajo en el RETA, la protección del *accidente in itinere* también es más restrictiva en el RETA que en el RG, pues inicialmente el artículo 3.3 del citado RD 1273/2003 establecía que *"no tendrán la consideración de accidentes de trabajo en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos: a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar del trabajo"*.



Es decir, inicialmente no se protege el accidente al ir o volver al trabajo para el RETA. Finalmente, la protección del accidente in itinere fue introducida en el RETA por la ley 6/2017, con vigencia del 26-10-2017, y cuya redacción ha permanecido invariable hasta la actualidad. No debemos olvidar que el origen del accidente in itinere es jurisprudencial -con elevación posterior a rango legal- y, en principio en el desplazamiento para ir o volver a trabajar no es "consecuencia" del trabajo, sino por "ocasión del trabajo". Ya hemos señalado arriba que en el RETA no existe la "ocasionalidad", sino que se requiere un nexo directo e inmediato. En otras palabras, el legislador ha decidido ampliar la protección del accidente de trabajo para el RETA, pero estableciendo algunos límites para el accidente in itinere, lo cual es perfectamente acorde con el ordenamiento jurídico; y otra cuestión es la conveniencia social de dicha decisión, valoración en la que no debemos entrar.

Todo ello se confirma -a nuestro modo de ver- cuando el artículo 317 LGSS regula el accidente de trabajo para los trabajadores autónomos económicamente dependientes (figura jurídica muy cercana al trabajo por cuenta ajena) e introduce, ahora sí, la "ocasionalidad" en el accidente de trabajo, pero mantiene las limitaciones para el accidente in itinere ("*... al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad...*").

Vemos pues que tanto la evolución histórica, como la literalidad de la norma impide trasladar y aplicar de manera absoluta y mecánica las previsiones existentes para el accidente de trabajo in itinere del RG a los supuestos similares en el RETA, y menos aún -por tanto- la interpretación jurisprudencial de ambos.

Al respecto conviene no olvidar que mientras el 156 habla de que se produce el accidente de trabajo in itinere al ir o al volver *del lugar de trabajo*, el párrafo segundo del 316.2 LGSS habla de *al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional*, y aclara este último concepto en el párrafo siguiente en los términos ya transcritos: lo cual tiene como consecuencia que en el RETA tan solo puede ser considerado accidente de trabajo in itinere aquel que se produzca durante el estricto y habitual desplazamiento desde el lugar afecto a la actividad económica (determinado por la normas de ámbito fiscal) hasta el domicilio habitual, si ambos no coinciden, sin que permita tal consideración cualquier variación de dicho trayecto, por razonable que pueda parecer; limitación lógica, pues lo contrario abre la puerta a una falta de control absoluta en la materia, en la medida que es complejo determinar si variar la ruta ordinaria para "visitar a un cliente" debe ser considerado trabajo o regreso al domicilio, al no ser el trayecto habitual. No olvidemos que también en el RG el usar de un recorrido no habitual o realizar paradas excesivas y no razonables en el trayecto, hace que desaparezca la consideración de accidente in itinere.

A la vista de todo lo anterior, y dado que según el propio relato de la demandada el día 19-9-2019 no habría realizado el recorrido habitual desde su lugar de prestación de la actividad hacia su domicilio, no cabe hablar de accidente in itinere. Menos aún al haberse estimado la modificación fáctica propuesta por el recurso.

Y es importante establecer que tendría consideración de accidente de trabajo -no in itinere- si éste se hubiera producido en el recorrido desde el lugar de la actividad hasta el domicilio del cliente, o en el trayecto inverso, pero no es aceptable la variación del recorrido de regreso al domicilio en los términos pretendidos por la demandada. Si hubiera regresado a su lugar de actividad, a su oficina, y de allí se hubiera desplazado a su domicilio sí estaríamos ante un accidente de trabajo in itinere, pero no con los hechos actuales.

Como cierre de nuestro razonamiento, nos hemos planteado también, si no nos podríamos encontrar ante un accidente de trabajo en sentido estricto ("puro y duro", valga la expresión), no accidente de trabajo in itinere, pero hemos descartado dicha posibilidad ante el simple hecho de que la propia beneficiaria reconoce de forma explícita que ya no estaba realizando trabajo, si no que el mismo había finalizado y estaba ya realizando una actividad personal, ajena al mismo, como es dirigirse a su domicilio.

Lo anterior implica que debe ser estimado el recurso y revocar la sentencia, y la resolución administrativa de origen, en el sentido de que la contingencia causante de la incapacidad temporal iniciada el 20-9-2019 no es un accidente de trabajo, sino una contingencia común.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar, como lo hacemos, el recurso interpuesto por FREMAP, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL 61, contra la sentencia del Juzgado de lo Social 32 de Barcelona, de fecha 12-11-2021, recaída en autos 716/2020, seguidos a instancia de la parte recurrente, contra María Consuelo, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la empresa BARNOSELL PI ELENA y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre determinación de contingencia, y en su consecuencia revocamos dicha sentencia y declaramos que la incapacidad temporal iniciada el 20-9-2019 tiene su origen en contingencia común.



Se decreta también la devolución del depósito constituido para recurrir y cantidad consignada -caso de existir- que, una vez sea firme la sentencia, serán devueltas a la parte recurrente.

No procede hacer pronunciamiento sobre las costas.

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

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

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