



Roj: **STS 4493/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4493**

Id Cendoj: **28079140012018101001**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2018**

Nº de Recurso: **2654/2016**

Nº de Resolución: **1033/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 1615/2016,**
STS 4493/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2654/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1033/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Sebastian Moralo Gallego

D.^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 10 de diciembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Jose Luis Velázquez Sánchez en nombre y representación de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria en Las Palmas de fecha 29 de abril de 2016 dictada en el recurso de suplicación número 121/2016 formulado por Dña. Elsa frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Las Palmas de Gran Canaria autos nº 885/2013 de fecha 1 de julio de 2015 dictada en virtud de demanda formulada por Dña. Elsa frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Yeray Cristo Suarez Hernández sobre prestaciones de incapacidad temporal.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el Instituto Nacional de la Seguridad Social representado por el letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 1 de julio de 2015, el Juzgado de lo Social número 3 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda

interpuesta por Dña Elsa , contra el Instituto Nacional de la Seguridad social, la Mutua Fremap y la empresa Yeray Cristo Suárez Hernández, sobre PRESTACIONES; debo absolver y absuelvo a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra, los cuales son expresamente desestimados".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina:

"PRIMERO: La actora con D.N.I. n° NUM000 , venía prestando servicios para la empresa Yeray Cristo Suárez Hernández, con la categoría profesional de dependiente, afiliada a la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social, con el número de afiliación NUM001 y teniendo cubiertas las contingencias profesionales con la Mutua demandada.

SEGUNDO.- Con fecha 18.06.2012, la actora inició un proceso de IT.

TERCERO.- Con fecha 07.07.2012, la actora fue despedida por la mercantil demandada, siendo declarado el despido nulo por sentencia del Juzgado de lo Social n° 6 de L.P.G.C., de fecha 23.11.2012, procediendo la empresa a su reincorporación. CUARTO.- Con fecha 07.07.2012, tras ser despedida pasa a pago directo por prestaciones de incapacidad temporal. QUINTO.- Con fecha 28.06.2012, la actora se sometió en la Unidad de Reproducción Humana del Hospital Universitario Materno Infantil a un tratamiento de captación ovocitaria. Inició un proceso de incapacidad temporal por embarazo de alto riesgo tras fecundación in vitro, en el parte de baja se expresa como diagnóstico por "esterilidad femenina de origen no especificado."

SEXTO.- La base reguladora para una contingencia profesional asciende a la cantidad de 37,93 €/día.

SÉPTIMO. - En el periodo comprendido entre el 18.06.2012 y el 06.02.2013, la actora estuvo en situación de IT, por riesgo en el embarazo. OCTAVO.- El INSS abonó a la actora la cantidad de 179,28 €.

NOVENO.- Con fecha 05.05.2015, la Mutua demandada dicta resolución prestación derivada de riesgo en el embarazo.

DÉCIMO.- Se agotó la vía previa."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la letrada María del Mar Sánchez Reyes en nombre y representación de Elsa , dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) sentencia con fecha 29 de abril de 2016 , en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMAR el recurso de suplicación interpuesto por Da. Elsa frente a la sentencia n° 212/15, dictada el 1 de julio de 2015 por el Juzgado de lo Social n° 3 de Las Palmas de Gran canarias en los autos 885/2013, que revocamos y en su lugar, estimamos la demanda interpuesta por la misma frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA FREMAP Y YERAY CRISTO SUAREZ HERNÁNDEZ, y en consecuencia revocamos la Resolución de la MUTUA FREMAP de fecha 5 de mayo de 2015 condenando a la citada Entidad Colaboradora de la Seguridad Social a abonar a la actora las prestaciones por riesgo durante el embarazo durante el periodo comprendido entre el 18 de junio de 2012 y el 6 de febrero de 2013, a tenor de una base reguladora de 37'93 euros/día y con los descuentos referidos en el Fundamento de derecho tercero de esta sentencia, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia de la Mutua y absolviendo de todos los pedimentos de la demanda al demandado YERAY CRISTO SUAREZ HERNÁNDEZ."

CUARTO.- El letrado D. José Luis Velázquez Sánchez, en nombre y representación de FREMAP Mutua Colaboradora con la Seguridad social n° 61 mediante escrito presentado el 22 de julio de 2016 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 28/5/2013 (recurso n° 860/2013). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 134 del TRLGSS por su interpretación errónea, el art. 26.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales y el art. 31 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo .

QUINTO. - Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y evacuado el trámite de impugnación, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la procedencia del recurso. E instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de noviembre de 2018 en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La trabajadora, con categoría profesional de dependiente, inició situación de incapacidad temporal el 18 de junio de 2012 durante el cual se sometió a un tratamiento de captación ovocitaria iniciando por



esta razón el 16 de junio del mismo año situación de incapacidad temporal por embarazo de alto riesgo tras fecundación in vitro en cuyo parte de baja figura como causa "esterilidad femenina de origen no especificado" abonando el INSS las correspondientes prestaciones entre el 18 de junio de 2012 y el 6 de febrero de 2013. El 5 de mayo de 2015 la Mutua Fremap dictó resolución denegando la prestación derivada de riesgo en el embarazo que fue impugnada en la vía jurisdiccional, desestimando la demanda el Juzgado de lo Social. En suplicación se estimó el recurso de la demandante dejando sin efecto la resolución de Fremap y se condena a dicha entidad a abonar a la actora las prestaciones de riesgo durante el embarazo por el período comprendido entre el 18 de junio de 2012 y el 6 de febrero de 2013.

Razona la sentencia que un puesto de trabajo que exige bipedestación y deambulación prolongadas ya constituye en sí una situación de riesgo para el embarazo a lo que debe añadirse que el suyo es de alto riesgo dada la situación clínica que le precede.

Recorre la Mutua demandada en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 28 de mayo de 2013 por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco .

La sentencia de comparación estima el recurso de la Mutua demandada y revoca la sentencia que había reconocido el derecho a la prestación de riesgo durante el embarazo.

La trabajadora, que se había sometido a un tratamiento de fertilidad sufriendo en la séptima semana interrupción del embarazo gemelar, inició proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común el 17 de abril de 2012, hasta el 25 de noviembre de 2012. Solicitada la prestación la mutua lo denegó por no considerar que la patología que presentaba pudiera ser valorada como riesgo durante el embarazo o lactancia natural. El Juzgado de lo Social estimó la demanda reconociendo el derecho.

La sentencia referencial tiene en cuenta que a raíz de la interrupción del embarazo gemelar se creaba una situación de riesgo de aborto siendo ésta una situación que por sí constituye incompatibilidad con su trabajo de limpiadora, razón por la cual el pase a la situación de incapacidad temporal se habría producido siempre en cualquier circunstancia laboral por lo que el trabajo a desempeñar sería indiferente.

Añaden que tampoco gozan de relevancia los términos empleados en el informe que acompaña a una ecografía, "embarazo de riesgo laboral" emitido por un facultativo.

Termina afirmando que pese a todo la demandante no reúne los requisitos para generar el subsidio de riesgo durante el embarazo.

Entre ambas resoluciones se aprecia el preceptivo requisito de la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la LJS.

SEGUNDO.- La entidad colaboradora alega la infracción del artículo 134 de la LGSS , el artículo 26.3 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y el artículo 31 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo .

La cuestión sometida a debate es la de una reclamación de prestación por riesgo en el embarazo cuando la solicitante, dependiente de profesión, que estuvo en incapacidad temporal desde el 18-6-2012 por causas que se desconocen, estando en esa situación se somete el 28-6-2012 a un tratamiento de captación ovocitaria, iniciando un proceso de incapacidad temporal por embarazo de alto riesgo tras fecundación in vitro, con diagnóstico en el parte de baja de "esterilidad femenina de origen no especificado" que la entidad colaboradora considera un supuesto de incapacidad temporal con origen en el propio embarazo. Así éste vendría a ser una situación distinta a aquella en la que un embarazo, está expuesto a riesgos específicos derivado de los agentes externos, presentes en el puesto de trabajo que no puede ser modificado en su desempeño o sustituido por otro.

El artículo 26 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre incluye en la evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 del mismo texto legal , en general, y para el caso particular de la protección de la maternidad, la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico.

Se encadena la noción de riesgo por lo tanto a dos hechos, en primer lugar la existencia de un embarazo que no presenta anomalías específicas salvo las molestias habituales que no comprometen su resultado y en segundo lugar a que esa situación de evolución natural pueda verse afectada por la incidencia de elementos ajenos al embarazo pero intrínsecos al puesto de trabajo de las que solo quepa alejar a la embarazada o al feto modificando el desempeño o excluyéndolo de modo absoluto mediante un cambio de puesto.



Si bien es cierto que en el caso sometido a nuestra consideración el embarazo de la trabajadora supone en si mismo una circunstancia de riesgo para la accionante y el feto incompatible en forma hipotética con cualquier actividad laboral pues ello incluiría desplazamientos diarios desde su domicilio con sujeción a horario y disciplina, considera la Sala que en el caso de la demandante, su profesión de dependiente, actividad que conlleva la bipedestación prolongada, unido a la falta de constancia de una oferta de cambio de puesto, implican la presencia de un riesgo cierto aún cuando a lo largo de la gestación las iniciales dificultades de adaptación tras la implantación artificial, hubieran sido superadas, razón por la cual el recurso deberá ser desestimado al no apreciar en la instancia la infracción denunciada.

Por lo expuesto oído el Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, con imposición de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Jose Luis Velázquez Sánchez en nombre y representación de FREMAP, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 61, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria en Las Palmas de fecha 29 de abril de 2016 dictada en el recurso de suplicación número 121/2016 , cuya firmeza declaramos. Con imposición de costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LJS.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.