

Tribunal Superior de Justicia

de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 352/2016 de 29
abril

[AS\2016\1409](#)



PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO: procede su reconocimiento a dependienta al considerarse una situación objetiva de riesgo la bipedestación y deambulación prolongadas en su puesto de trabajo, estando diagnosticada de embarazo de alto riesgo, consecuencia de haberse sometido a una fecundación in vitro para conseguir su estado de gestación, siendo así que dichas técnicas aumentan el riesgo de sufrir un aborto espontáneo.

ECLI: ECLI:ES:TSJICAN:2016:1615

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación 121/2016

Ponente: Ilmo. Sr. D. Gloria Poyatos Matas

El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por la beneficiaria contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 01-07-2015, dictada en autos promovidos por la recurrente frente a INSS, Mutua Fremap y Eduardo, sobre prestaciones por riesgo durante el embarazo, y en consecuencia revoca la Resolución de la MUTUA FREMAP de fecha 5-05-2015 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 procedentes, 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 Eduardo.

?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 32 50 06

Fax.: 928 32 50 36

Sección: [LAU \(RCL 1994, 3272\)](#)

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000121/2016

NIG: 3501644420130008819

Materia: Prestaciones

Resolución: Sentencia 000352/2016

Proc. origen: Seguridad Social en materia prestacional Nº proc. origen: 0000885/2013-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Abogado:

Recurrente Carmela DOMINGO TARAJO MESA

Recurrido Eduardo

Recurrido MUTUA FREMAP

Recurrido INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En Las Palmas de Gran Canaria, a 29 de abril de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000121/2016, interpuesto por Dña. Carmela , frente a Sentencia 000212/2015 del Juzgado de lo Social Nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000885/2013-00 en reclamación de Prestaciones siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D^a. Carmela , frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Mutua Fremap y la empresa Eduardo .

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados , se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- La actora con D.N.I. nº NUM000 , venía prestando servicios para la empresa Yeray Cristo Suárez Hernández, con la categoría profesional de dependienta, afiliada a la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social, con el número de afiliación 35/1013319717 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 nº 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 Infntil 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.

SEPTIMO.- 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 denegando la prestación derivada de riesgo en el embarazo.

DECIMO.- Se agotó la vía previa."

TERCERO.- En el fallo de la sentencia de la instancia , literalmente se recoge :

"Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Doña Carmela , 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."

CUARTO.- Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por D^a Carmela , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO

La actora, D^a. Carmela , interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 212/15, dictada el 1 de julio de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos 885/2013, en la que se desestima la demanda interpuesta por la misma frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Mutua Fremap y la empresa Yeray Cristo Suárez Hernández.

La parte actora solicitó el abono de las prestaciones derivadas por riesgo durante el embarazo, acreditando el embarazo de la actora, tras un tratamiento de fecundación in vitro, por estar diagnosticada de infertilidad femenina, lo cual convierte su estado de gravidez en un embarazo de alto riesgo, incompatible con la una prestación de servicios que deambulación o bipedestación, como lo es la categoría profesional de la demandante de dependienta.

La sentencia recurrida desestimó la demanda por aplicación de la excepción recogida en el [art. 31 del RD 295/2009 \(RCL 2009, 590\)](#) que regula las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo , que dispone expresamente:

". De conformidad con lo establecido en el apartado anterior, no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado"

Al entender la juzgadora que: " .queda acreditado que la actora tiene un embarazo de riesgo por la propia naturaleza del mismo, no pudiendo encajar en esta vía de protección la situación derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado por la trabajadora embarazada. Si la trabajadora no puede, por su estado, prestar servicios y esta imposibilidad, nada tiene que ver con el trabajo que desarrolla, como es el caso, deberá solicitar la baja por incapacidad temporal, o en su caso, si lo desea , comenzar el disfrute del permiso de maternidad; por tanto, en virtud de lo anteriormente expuesto , solo resta la desestimación de la demanda" (sic- Fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida)

Frente a la sentencia desestimatoria de la demanda, la actora plantea recurso de suplicación, que será objeto de análisis a continuación.

El recurso ha sido impugnado por MUTUA FREMAP y por el INSS, que también analizaremos a continuación.

SEGUNDO

La recurrente denuncia, mediante un único motivo, la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, señalando como normas, infringidas los arts. 134 y 135 de la [LGSS \(RCL 1994, 1825\)](#) , que regulan específicamente la situación protegida y la prestación económica, en materia de "riesgo durante el embarazo".

El art. 134 de la [LGSS \(RCL 1994, 1825\)](#) , describe la situación protegida (riesgo durante el embarazo), como : ". el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo, por otro compatible con su estado, en los términos de lo previsto en el [art. 26.3º](#) de la [LPRL \(RCL 1995, 3053\)](#) , dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

La prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales"

Y el art. 135 de la [LGSS \(RCL 1994, 1825\)](#) , regula cuantía y devengo de las prestaciones derivadas de la situación protegida (riesgo durante el embarazo), y reitera el carácter profesional que se le dará a esta situación, asemejándola a la IT derivada de contingencias profesionales, con algunas peculiaridades.

Por su parte el [art. 26](#) de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos laborales ([LPRL \(RCL 1995, 3053\)](#)), bajo el título "protección de la maternidad", preceptúa , los siguiente:

"Artículo 26 Protección de la maternidad

1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender 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. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

3. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores , durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.."

La actora reivindica en su recurso de suplicación, una interpretación de los citados preceptos que no excluya el supuesto específico de la actora que, de acuerdo con el redactado de hechos probados, se trata de un caso de embarazo de alto riesgo, tras haberse sometido la demandante a

tratamiento de fecundación in vitro, por padecer una esterilidad femenina de origen no especificado y que en definitiva le imposibilita prestar servicios como dependiente, al exigir tal profesión bipedestación prolongada y desplazamientos. Se destaca también en el recurso, que la existencia del riesgo en este caso, deriva de la ausencia de evaluación de riesgos del puesto de trabajo de la actora (que nunca se hizo), por lo que difícilmente puede prevenirse un riesgo no evaluado.

Por su parte de la Mutua colaboradora con la Seguridad Social codemandada se impugna el recurso, solicitando su desestimación y destacando que la imposibilidad de prestar servicios de la actora deriva de su estado de embarazo de alto riesgo pero nada tiene que ver con el trabajo que realiza, y añade que por parte de la MUTUA FREMAP ya se efectuó una previa valoración médica que dio lugar a la denegación de la certificación médica solicitada pues las dolencias o circunstancias de la gestación no se hallaban influidas por el trabajo y también se le denegó por no haber aportado la correspondiente documentación y subsanación de los defectos de la misma.

El INSS en su escrito de impugnación del recurso, solicita igualmente su íntegra desestimación, al no hallarse la actora dentro del concepto de lo que la norma jurídica prevé, como supuesto de riesgo que haya de protegerse legalmente, reiterando la fundamentación jurídica de la sentencia de la instancia.

Tal y como se recogió en la [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 349/2012 de 18 de octubre \(AS 2013, 28\)](#) y otras posteriores de distintas Salas, conviene recordar aquí el origen, situación protegida y dinámica de la prestación denominada por Riesgo durante el embarazo, pues no debe olvidarse que la misma se desgajó como una prestación autónoma y específica para las mujeres, de la "incapacidad Temporal" común, donde históricamente se incluían tales situaciones de incompatibilidad entre el embarazo biológico de las mujeres y la prestación de sus funciones laborales habituales, con el consecuente perjuicio de percibir una prestación inferior al salario y con la menor protección que tienen las prestaciones derivadas de riesgos comunes.

La prestación de protección de riesgo durante el embarazo fue introducida en el Capítulo IV ter por el art. 14 de la ya antigua [Ley 39/99 \(RCL 1999, 2800\)](#) de 5 de noviembre de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con un desarrollo reglamentario que se encontraba expreso en el ya derogado, por el actual y último [RD 295/09 de 6 de marzo \(RCL 2009, 590\)](#), arts 31 a 48, en su DD Única, que supera el [R.D. 1251/01 de 16 de noviembre \(RCL 2001, 2768\)](#), que mantenía una sistemática y una estructura tradicional en el ordenamiento jurídico de las prestaciones económicas de Seguridad Social, que siempre ha partido de la regulación prevista en la normativa vigente para la situación de incapacidad temporal, con necesarias particularidades de adaptación, que regula con detalle el procedimiento y actuaciones precisas para el reconocimiento del derecho al subsidio, la normativa reglamentaria citada y que ahora, tras la vigencia y reforma mediante la Disposición Adicional Décimo octava de la [L.O. 3/07 \(RCL 2007, 586\)](#), y su desarrollo por [RD 295/09 de 6 de marzo \(RCL 2009, 590\)](#), supone el retoque de los arts. 134 y 135 que curiosamente conforman un nuevo capítulo IV quáter, pues el anterior capítulo IV ter lo integra la novedosa prestación de paternidad.

En el mismo sentido, y para el Mutualismo Administrativo, el [RD 2/2010 \(RCL 2010, 103\)](#) de 8 de enero modificó el [RD 375/03 de 28 de marzo \(RCL 2003, 1013\)](#), en materia de IT y de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural.

Como es bien sabido la percepción de la trabajadora embarazada, al margen de antecedentes históricos propios en la regulación de la OIT (Convenio 103, entre otros) y del Derecho Comunitario ([Directiva 92/85 \(LCEur 1992, 3598\)](#) de 19 de octubre, [Directiva 79/7](#) y [Directiva 2006/54 \(LCEur 2006, 1696\)](#)), parte de un bien jurídico protegido que no es sólo la integridad física de la mujer trabajadora, sino que en función del embarazo y posible maternidad y/o lactancia de un hijo, éste se convierte en sujeto protegido como derecho a la salud del feto o del recién nacido a través de la propia salud de la madre.

De ahí que a la consecuencia propia del ordenamiento jurídico laboral referente a la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, del art. 485º [ET \(RCL 1995, 997\)](#) (también retocado por la Disposición Adicional 11ª de esta [L.O. 3/07 \(RCL 2007, 586\)](#)), se une la prestación de la

Seguridad Social por riesgo durante el embarazo, que se corresponde con dicha suspensión contractual, con la finalidad de otorgar una renta de sustitución del salario dejado de percibir por la trabajadora.

El devengo prestacional de la situación protegida ("Riesgo durante el embarazo") surge, cuando la trabajadora en estado de gravidez se halla incapacitada temporalmente y por razón del mismo para asumir las tareas propias de su categoría profesional, y ante la imposibilidad del traslado a puesto de trabajo compatible. Y es que aunque el hecho de trabajar durante el embarazo no suponga la asunción automática de un riesgo para la salud de la madre o del feto, y sin perjuicio de los predicables riesgos propios potenciales e intrínsecos, no es menos cierto que tal especial estado físico de embarazo permite hablar de cierta vulnerabilidad a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pueden ser ineludibles en el ámbito laboral.

En suma, el objetivo es que la mujer trabajadora embarazada no incremente su riesgo propio común o el del feto, por ocasión o consecuencia de la actividad laboral, donde no se requiere que se actualice un daño efectivo sino basta con que se objetive un riesgo específico relacionado con el embarazo.

Con todo, las modificaciones más reseñables en la regulación de la situación de riesgo durante el embarazo en el régimen jurídico prestacional de la Seguridad Social, afectaron tanto a su configuración o naturaleza jurídica como a la cuantía, y sobre todo a la gestión de la misma, con vigencia según el apartado 2º de la Disposición Transitoria 7ª de estas modificaciones incorporadas únicamente a las suspensiones contractuales producidas a partir del 24 de marzo de 2007.

Por lo tanto, se mantiene la regulación de la situación protegida, además de desarrollada por los arts 31 a 48 del [RD 295/09 de 6 de marzo \(RCL 2009, 590\)](#), que según el art. 134 [LGSS \(RCL 1994, 1825\)](#) se corresponde con el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado en los términos previstos en el art. 26.3 de la [LPRL \(RCL 1995, 3053\)](#), dicho cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados.

Tal situación debe certificarse por los servicios médicos de la Entidad Gestora o de la colaboradora, además del servicio de salud, con evaluación de los procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente y el riesgo para la seguridad y la salud o su posible repercusión, delimitando claramente las situaciones de riesgo o patologías que no estando relacionadas directamente con esos agentes, procedimientos o condiciones del puesto de trabajo que se desempeña, no tengan la preferencia de esta prestación económica y que en todo caso serán situaciones determinantes de la incapacidad temporal común con régimen jurídico diferenciado (art 31.2 [RD 295/09 de 6 de marzo \(RCL 2009, 590\)](#)).

Tal es así que el [RD 295/09 de 6 de marzo \(RCL 2009, 590\)](#), modificó el [RD 39/97 de 17 de enero \(RCL 1997, 208\)](#), por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Pero la verdadera modificación legislativa fue la referida a la naturaleza de la prestación, pues de ser considerada una pauta que partía de la normativa propia de la incapacidad temporal por contingencia común (a pesar de la crítica doctrinal), de acuerdo con la nueva especificación que contiene el apartado 2º del art. 134 [LGSS \(RCL 1994, 1825\)](#), la prestación de riesgo durante el embarazo pasa a tener la naturaleza de contingencia profesional. Quiere con ello decirse que tal calificación de su origen como profesional, además de como luego veremos el traslado de su gestión a las Mutuas, introduce en su régimen jurídico una pauta que exigía un desarrollo reglamentario de adaptación a sus específicas particularidades, retocando (y derogando) el R.D. 1251/01 antes citado, y que tuvo lugar a través del [RD 295/09 de 6 de marzo \(RCL 2009, 590\)](#) que regula actualmente las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo, con aplicación no sólo del principio de alta de pleno derecho y automaticidad de las prestaciones ante incumplimientos empresariales con anticipo prestacional de la entidad responsable, sino también la no exigencia de carencia genérica ni específica.

En el presente caso, se parte de un hecho probado incuestionable que es el incapacidad para

trabajar de la actora por ser su embarazo de alto riesgo, por causa de su infertilidad de origen no específico, que llevó a la actora a utilizar técnicas de fecundación externas para lograr su embarazo, y que por tanto, aumentan el riesgo de aborto espontáneo.

En la sentencia recurrida, no se cuestiona ni el estado de gravidez de la actora ni su incapacidad temporal para prestar servicios como dependienta, lo que se cuestiona, al albur de la excepción recogida en el [art. 31](#) del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, es que el diagnóstico de embarazo de alto riesgo, que deriva de la propia naturaleza del feto, no está relacionado con agentes, procedimientos o condiciones del puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora.

El art. 31 del citado [RD 295/09 de 6 de marzo \(RCL 2009, 590\)](#), regula las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo recoge literalmente lo siguiente: " 1-A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo ésta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el [artículo 26.2](#) y [3](#) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Cuando las circunstancias a que se refiere el mencionado artículo 26, afectasen a una funcionaria integrada en el Régimen General e incluida en el ámbito de aplicación del [Estatuto Básico del Empleado Público \(RCL 2007, 768\)](#), se considerará situación protegida el permiso por riesgo durante el embarazo, a efectos de la prestación económica de la Seguridad Social, regulada en esta sección.

2. De conformidad con lo establecido en el apartado anterior, no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado."

Pero la solución al caso que nos ocupa no puede ser matemática ni formal, sino que es obligado efectuar un análisis del caso concreto, sin olvidar el tipo de situación protegida que se proyecta hacia un colectivo históricamente discriminado (el de las mujeres) pues biológicamente, sólo ellas pueden verse afectadas por la imposibilidad de prestar servicios por razón del embarazo .

Sobre la materia, debe destacarse que hay sentencias con soluciones diversas dependiendo de la Sala, pero puede aseverarse que durante los últimos años, se han dictado algunas resoluciones que vienen a interpretar de forma personalizada y no formalista, la aplicación de los preceptos transcritos, y siempre con una necesaria perspectiva de género que se hace necesaria por aplicación transversal del principio de igualdad, dado el importante impacto de género de la prestación analizada.

Ello queda perfectamente recogido en trabajos doctrinales en los que se analiza específicamente el "embarazo de alto riesgo", específicamente en el artículo titulado "La protección del estado de la maternidad en el Derecho Social: en especial sobre la situación de riesgo durante el embarazo" de la Doctora y Profesora D^a Estefanía Rodríguez Santos. Universidad Pablo de Olavide. Publicado en la Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 8/2012 parte Observatorio de Riesgos Laborales. Editorial Aranzadi., donde expresamente se recoge :

"El fenómeno biológico de la maternidad constituye una situación merecedora de una especial tutela por parte del Derecho Social, que alcanza distintos ámbitos, el jurídico-laboral, el de la prevención de riesgos laborales y el de la Seguridad Social, entre los cuales existen directas conexiones normativas. El reforzamiento de esta particular protección responde a que determinadas condiciones de trabajo suponen un riesgo específico para la futura madre y/o para el futuro hijo, afectando de forma distinta a la salud de la mujer respecto de los trabajadores ordinarios. (.)

La dificultad de la delimitación de la contingencia protegida en los embarazos de alto riesgo: la concurrencia de riesgos genéricos y específicos

El [art. 26](#) LPRL establece una secuencia de medidas que se dirigen a proteger la situación fisiológica de la mujer embarazada, traducándose en obligaciones que el empresario debe adoptar respecto a la protección de la maternidad y que se concretan en la evaluación de riesgos, la adopción de medidas preventivas, la movilidad funcional y la suspensión del contrato de trabajo. La elección precisa de estas medidas dependerá de la magnitud de los riesgos, de las circunstancias personales de la trabajadora y de la propia capacidad de organización de la empresa, y su aplicación va a depender de los resultados de la evaluación de riesgos, que como prescribe el [art. 15](#) LPRL , obliga al empresario a evitar los riesgos, evaluar los riesgos inevitables y a adaptar el trabajo a la persona.

La evaluación de riesgos consiste en analizar los potenciales riesgos que pueden afectar a los trabajadores como consecuencia de las condiciones laborales ambientales en la que se desarrolla la actividad en el centro de trabajo. Dicha operación debe tener en cuenta las actuaciones que deban desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de riesgos específicos ([art. 16.2](#) LPRL), lo que supone que debe considerar la exposición de los trabajadores a riesgos particulares derivados de las circunstancias de salud específicas que concurren y que se acumulan a los riesgos derivados de la propia actividad laboral. Ello determina que cuando el empresario declara la suspensión del contrato por riesgo del embarazo ha considerado la concurrencia de factores clínicos, laborales y organizacionales. De manera que en los casos de maternidad, inicialmente debe proceder a adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora embarazada, entendiendo que si además concurre alguna circunstancia particular de la concreta trabajadora, deberá tenerla en cuenta, limitando las opciones de adaptación o cambio de puesto que sea compatible con su estado «específico». En caso de no existir un puesto compatible y exento de riesgo, puede el empresario suspender el contrato de trabajo como consecuencia de dicho riesgo y la trabajadora podrá solicitar la prestación de riesgo durante el embarazo.

En el ámbito de la protección de la Seguridad Social, debe tenerse en cuenta que a diferencia de la incapacidad temporal, en la que se protege una situación real de deterioro de la salud que impide realizar sus tareas a la trabajadora, en la situación de riesgo durante el embarazo el objeto de protección es el propio riesgo, o lo que es lo mismo, la evitación de un posible daño en la salud y seguridad de la gestante o del feto.

Es por ello que el motivo que justifica la suspensión de la relación laboral por riesgo durante el embarazo es la existencia de una incompatibilidad entre el estado de gestación de la trabajadora y las funciones que realiza, razón por la que sólo se contempla jurídicamente esta situación cuando no cabe otra fórmula posible para que siga prestando servicios en la empresa que no sean perjudiciales para su seguridad y salud (un cambio de puesto locacional dentro del centro y con mantenimiento de funciones, si es posible, y, en su defecto, una movilidad funcional en los términos del [art. 39 del ET \(RCL 1995. 997\)](#)).

Asimismo, no todas las potenciales patologías vinculadas al embarazo son encuadrables en la situación jurídica de riesgo durante el embarazo, sino únicamente aquellos supuestos en los que concurre un posible «riesgo profesional» que afecte a la trabajadora o al feto y siempre que no se pueda proceder a una adaptación del puesto de trabajo en los términos establecidos por el [art. 26](#) LPRL . Como establece el [art. 31.2](#) RD. 295/2009, de 6 de marzo , "no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado" (.)

En este sentido, no cabe reconocer la situación de riesgo durante el embarazo y la prestación que acompaña cuando existe un riesgo clínico de padecer una alteración de la salud derivada directamente del embarazo o de sus complicaciones («riesgo genérico»), siendo reconducida esta situación a la suspensión por incapacidad temporal por contingencias comunes.

No obstante, en ciertas ocasiones, riesgo específico laboral y riesgo genérico clínico pueden coincidir, como ocurre en los supuestos de los embarazos de alto riesgo, entendiéndose aquellos casos en los que por incidir durante la gestación determinadas circunstancias sociales, médicas, obstétricas o de otra índole, se acompañan de una morbilidad y mortalidad perinatal superior a la de

la población en general

La [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 29 de febrero de 2012 \(AS 2012, 1332\)](#) , plantea concretamente esta cuestión, interpretando el Tribunal la norma, a nuestro entender, en función de las particularidades del caso. Dicho pronunciamiento despierta especial interés por cuanto no sólo trata el tema desde la perspectiva de la concurrencia de situaciones suspensivas del contrato de trabajo (incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo) y la posible prioridad de una sobre la otra, sino que indaga en una cuestión más de fondo, la de la propia delimitación de la situación de riesgo como una de las condiciones para el reconocimiento de la prestación y las dificultades de acceso dependiendo de la perspectiva desde la que es contemplada.

Ciertamente la redacción del [art. 31.2](#) RD. 295/2009 es susceptible de interpretaciones varias que abren el debate en relación con los embarazos de alto riesgo, en los que la propia constitución de la trabajadora o las características determinadas del embarazo requieren de una atención especial. La existencia de factores clínicos, como los sociodemográficos, antecedentes reproductivos y médicos y las propias complicaciones del embarazo actual, puede desembocar en una patología que determine la imposibilidad real de la mujer para trabajar; no obstante, en otros casos, lo que se aconseja es el reposo absoluto durante un período de tiempo como medida de prevención, período que debe determinarse según las circunstancias concurrentes.

En el primer supuesto se declara a la trabajadora en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, con derecho a la prestación que corresponde. En cambio, en el segundo supuesto, a diferencia del anterior, nos encontramos ante un riesgo, pues no existe una incapacidad real de trabajar, pudiendo tratarse de un riesgo derivado del propio embarazo y sus concretas circunstancias, o en el que además se vean implicados factores ambientales del puesto de trabajo. Uno de los supuestos más comunes de alto riesgo en el embarazo es «la amenaza de aborto». Desde la perspectiva laboral, para determinar cuál es la prestación que corresponde en estos casos debe valorarse la predominancia del factor clínico y el factor profesional, analizando los requerimientos del puesto de trabajo, la situación clínica y los riesgos que pueden ser asumidos. No obstante, hay que decir que generalmente se suele declarar a la trabajadora en situación de incapacidad temporal, adoptando una actitud de prevención a la repetición de dichos factores.

Expuesto lo anterior, procede, por tanto, dilucidar en el caso enjuiciado, si la situación de la trabajadora es efectivamente derivada de contingencias comunes como sostiene la Mutua, o si estamos ante una contingencia de carácter profesional como es el riesgo derivado del embarazo.

El estado inicial de la trabajadora desde el punto de vista médico es diagnosticado como «amenaza de aborto», como consta en el parte médico de baja por IT (con antecedentes de dos abortos previos), situación en la que permanece hasta el inicio de la maternidad, al no reconocer la Mutua la prestación de riesgo durante el embarazo. Es cierto que las tareas que están asignadas al puesto de la trabajadora (descargas y levantamiento de cargas con pescados, colocación y exposición de mercancías, despacho, limpieza y las condiciones de trabajo son en contacto habitual con agua y humedad) son incompatibles con la actual situación de la trabajadora, y dependiendo de la semana de gestación, también lo serían con las que podría realizar cualquier trabajadora embarazada, aunque no existiese riesgo de aborto. Sin embargo, en estas circunstancias en las que coinciden factores de riesgo clínico y de riesgo profesional, se debe tener en cuenta la situación específica de la trabajadora y no generalizar utilizando un estándar como el referido por la Mutua, las «Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y la incapacidad temporal durante el embarazo elaborados por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia», informe de carácter científico, sin consecuencias legales, que sitúa la posibilidad de riesgo en semanas muy posteriores de gestación a las que cumplía la trabajadora. Como establece el Tribunal «se tratan de pautas generales que no valen para el caso concreto de la actora dados sus antecedentes personales, lo que hacen que deban extremarse y anticiparse en el tiempo las precauciones preventivas (esto es, no levantar pesos, no estar de pie, etc.) de la recurrente pero no sólo como mujer gestante, sino también como trabajadora gestante debiendo la empresa evitarle ese riesgo con mayor anticipación que la genéricamente prevista» .

La sentencia señala que «la contingencia correcta es la de riesgo derivado del embarazo ya que

las tareas que realiza en su profesión habitual le obligan a levantar pesos, realizar esfuerzos físicos, y tener una bipedestación mantenida que la actora debe evitar ante su estado de embarazo, habiendo declarado la empresa, el 15 de mayo de 2008, la imposibilidad de adaptar su puesto de trabajo y paso de la trabajadora recurrente a la situación de suspensión de contrato de trabajo» .

El Tribunal se suma así a la corriente doctrinal de los últimos pronunciamientos judiciales, como la [sentencia del TSJ de Extremadura de 30 de diciembre de 2009 \(AS 2010, 764\)](#) , que en un supuesto similar se pronuncia en el sentido de «que no se puede pretender aplicar reglas de tipo matemático o automáticas a esta situación de tal forma que se considere IT por enfermedad común hasta las 18, la 20 o la 22 semana según los casos y a partir de ahí como de riesgo durante el embarazo puesto que no concurren dos bajas laborales diferentes, sino que en estos casos al riesgo preexistente se suma el derivado de su actividad profesional que absorbe al primero» .

O de la [sentencia del TSJ de Asturias de 8 de enero de 2010 \(AS 2010, 1966\)](#) , que señala que "no cabe invocar como causa genérica de denegación de la prestación aquí reclamada la previa situación de baja de la trabajadora por contingencias comunes, pues esté en activo o de baja por incapacidad temporal, siempre que la actividad laboral constituya o haya constituido un riesgo para la salud de la madre o del feto se habrá generado el derecho a esta prestación» .

En sentido similar, [STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de marzo de 2010 \(AS 2010, 764\)](#) . . En el supuesto enjuiciado, se trataba también de un supuesto diagnosticado de amenaza de aborto de una trabajadora oficial de peluquería, cuyo puesto de trabajo requería de bipedestación durante toda la jornada sin que existiera un puesto de trabajo alternativo.

Siguiendo la misma línea de argumentación, la [STSJ de Galicia de 26 de abril de 2012 \(AS 2012, 1725\)](#) en relación con otro supuesto de embarazo de alto riesgo. La sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia se confirma en la idea de reconocer la prestación de riesgo durante el embarazo si existe objetivamente un riesgo profesional para la trabajadora embarazada o para el feto, de modo que el hecho de que la baja se produjera por incapacidad temporal por contingencias comunes, por concurrir además un factor clínico (amenaza de aborto), no es suficiente para denegar dicha prestación. Se puede deducir del contenido de la sentencia que cuando se hace referencia a riesgo objetivo debe entenderse en el sentido de que sería suficiente para considerar la situación de riesgo durante el embarazo una razonable probabilidad de que las condiciones de trabajo pudieran perjudicar la salud de la trabajadora en el caso de que estuviese trabajando, debiendo valorar a estos efectos sus específicas circunstancias: las derivadas de su puesto de trabajo conectándolas con las características subjetivas de la concreta trabajadora.

Como sostienen algunos autores, el empresario debe garantizar la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas, no sólo en las situaciones de un riesgo real, sino también en aquellas otras situaciones en las que sólo existen indicios de que dicho riesgo pueda producirse. Son de esta opinión, MELLA MÉNDEZ, L.: «Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social» Aranzadi Social núm. 21, 2000. En similares términos se pronuncia GORELLI FERNÁNDEZ, J. La protección por maternidad. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. O RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. «El riesgo durante el embarazo como objeto de protección por el sistema de Seguridad Social. Justicia Social. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2002."

En base a lo expuesto, debemos hacer una interpretación integradora de la previsión contenida en el [art. 31](#) del RD 295/09 de 6 de marzo , cuya excepción prevista en el apartado 2º, ha servido de base a la magistrada "ad quo" para desterrar el caso de la actora del acceso a las prestaciones por riesgo durante el embarazo que gozan de una protección notablemente mejor y superior, en términos económicos, que las prestaciones derivadas de Incapacidad Temporal común, a las que remite la sentencia analizada.

Pues bien, para llegar a una solución justa debe interpretarse el citado precepto de conformidad con la normativa europea ([Directiva 92/85 de 19 de octubre \(LCEur 1992, 3598\)](#) , [Directiva 79/7 \(LCEur 1979, 7\)](#) y [Directiva 2006/54 \(LCEur 2006, 1696\)](#)), a la que debe plegarse el derecho interno, en virtud del principio de subsidiariedad, así como en lo previsto en la [L.O. 3/07 \(RCL 2007, 586\)](#) , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que tiene un carácter transversal y cuya aplicación

vincula a todos los poderes, incluido el judicial en el desempeño de su actividad jurisdiccional .

Como se ha expuesto la génesis de la regulación de las prestaciones derivadas por riesgo durante el embarazo, deriva de la necesidad de dar protección a una situación de necesidad en la que sólo las mujeres pueden verse afectadas, pero no cualquier protección sino una protección con las mejores garantías de cumplimiento y que no suponga para ellas una pérdida de poder adquisitivo, un perjuicio o pérdida de oportunidades, pues ello redundaría directamente en el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres , al quedar vinculado a un hecho biológico indisoluble con la condición de ser mujer. Por ello, se elevó la protección de tales situaciones a riesgo profesional, delegando en las Entidades colaboradoras de la Seguridad Social la gestión de este tipo de prestaciones.

La imposibilidad de prestar servicios laborales como dependienta de la actora, deriva de un riesgo objetivo vinculado a su estado de gestación (embarazo de alto riesgo). Dicho riesgo, podría suponer un daño irreparable para el feto (aborto espontáneo), motivo por el cual no puede tildarse de causa externa ,ajena o no relacionada con las condiciones del puesto de trabajo. Se trata de un diagnóstico, directamente relacionado con el feto que es propiamente la esencia del estado de gravedad de la mujer, que proyectado sobre las funciones de la actora (dependienta) que exigen bipedestación o deambulación prolongada, podría poner en peligro la vida del "nasciturus" y/o la madre.

En base a lo expuesto, y haciéndose una interpretación integradora de la excepción prevista en el art., 31.2º del [RD 295/09 de 6 de marzo \(RCL 2009, 590\)](#) , esta Sala entiende que una situación de embarazo de riesgo, que deriva del diagnóstico " esterilidad femenina de origen desconocido" , tras someterse la trabajadora a un tratamiento de fecundación in vitro para lograr su estado de gestación , no puede en modo alguno quedar excluido de las prestaciones por riesgo durante el embarazo, pues es claramente un ejemplo paradigmático de la situación de necesidad que se pretende proteger mediante las citadas prestaciones, al derivar directamente por razón del estado de embarazo de la actora, que nunca se hubiese visto impedida para trabajar de no ser por su estado de gestación. Es evidente que si la trabajadora se ve impedida para la prestación de servicios general, por considerar la situación de riesgo durante el embarazo, una razonable probabilidad de que las condiciones de trabajo pudieran perjudicar la salud de la trabajadora o del feto , con mayor motivo estará impedida para la prestación de sus funciones como dependienta, que exigen deambulación y bipedestación. En definitiva, que en el caso particular de la actora, su embarazo de alto riesgo no puede desvincularse de las condiciones de trabajo de su puesto, para el que también existiría una incompatibilidad por razón de su estado de gestación.

No pueden neutralizar las anteriores manifestaciones los fundamentos jurídicos recogidos en sus respectivos escritos de impugnación de recurso, por parte de la MUTUA FREMAP o el INSS, que se sustentan en el contenido de la sentencia recurrida (fundamentos jurídicos), ni tampoco puede estimarse, que la trabajadora no subsanó los defectos formales en la aportación de documentos requeridos por la MUTUA para la tramitación de las prestaciones reclamadas, al tratarse de documentos, que en su mayoría corresponde certificar a la empresa, y constando en el expediente de la Entidad colaboradora, los informes médicos del Servicio Canario de Salud del embarazo y parto de la trabajadora (docs. num 76 a 87 de la prueba documental mutua), pues a la fecha de solicitud de las prestaciones, la actora ya había dado a luz.

TERCERO

En consecuencia, el recurso debe ser estimado en su totalidad, con revocación de la sentencia de la Instancia, reconociéndose el derecho de la actora a percibir las prestaciones por riesgo durante el embarazo correspondientes al periodo comprendido entre el 18 de junio de 2012 y el 6 de febrero de 2013, con aplicación de una base reguladora de 37'93 euros/día , si bien con descuento de las prestaciones por IT que fueron percibidas por la actora del INSS durante el mismo periodo , ascendentes a 5.669'81 euros, según manifiesta la demandante en su escrito de aclaración de demanda presentado ante el juzgado en fecha 10 de abril de 2014, y mediante el cual se modificó el "petitum" ciñendo su reclamación económica a la cantidad de 3.205'81 euros, una vez descontadas las prestaciones por IT percibidas durante el periodo reclamado. Y la condena debe recaer sobre la Entidad colaboradora codemandada (MUTUA FREMAP), que tiene encomendada la gestión y pago

de la prestación reclamada, de acuerdo con lo preceptuado en el art.135 de la [LGSS \(RCL 1994, 1825\)](#) , ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia de la citada Entidad colaboradora de la Seguridad Social.

CUARTO

De conformidad con lo previsto en el art. 235 de la [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#) , sin costas.

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

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Carmela frente a la sentencia nº 212/15, dictada el 1 de julio de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 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 Eduardo , 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 Eduardo .

Notifíquese la Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/0121/16 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

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

DILIGENCIA.- En Las Palmas de Gran Canaria, a .