

Id Cendoj: 30030340012008100994
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Murcia
Sección: 1
Nº de Recurso: 954/2008
Nº de Resolución: 1066/2008
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: JOSE LUIS ALONSO SAURA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

MATERNIDAD

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 01066/2008

ROLLO Nº: RSU 954/2008

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MURCIA

En MURCIA, a nueve de diciembre del dos mil ocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Murcia formada por el Il'tmo. Sr. Presidente D. JOSE LUIS ALONSO SAURA, y los Il'tmos. Sres. Magistrados, D. RUBEN ANTONIO JIMENEZ FERNANDEZ y D. JOAQUIN ANGEL DE DOMINGO MARTINEZ, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente:

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por IBERMUTUAMUR, contra la sentencia número 132/08 del Juzgado de lo Social número Seis de Murcia, de fecha 26 de mayo del 2008, dictada en proceso número 844/07, sobre SEGURIDAD SOCIAL, y entablado por DOÑA Esther frente a PLASBEL PLASTICOS, S.A., IBERMUTUAMUR, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Actúa como Ponente el Il'tmo. Sr. Magistrado D. JOSE LUIS ALONSO SAURA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y en el que consta sentencia, en la que figura declarados los siguientes hechos probados: "Primero.- La actora D^a Esther , mayor de edad y con D.N.I. núm. NUM000 , viene prestando servicios como empaquetadora para la codemandada empresa PLASBEL PLÁSTICOS, S.A. desde 19-08-97. Dicha empresa tiene cubierto el subsidio por **riesgo** durante el **embarazo** con la también codemandada IBERMUTUAMUR; sin que conste informe de descubierto en el pago de cuotas. Segundo.- En fecha 30-05-07 la actora solicitó de IBERMUTUAMUR el subsidio por **riesgo** durante el **embarazo** ; siéndole denegado por acuerdo de 23-07-07, por considerarse que su estado puede ser susceptible de incapacidad temporal a determinar por

su médico de familia y ginecólogo, al entrar dentro de lo que se considera **embarazo de riesgo** . Posteriormente, por acuerdo de 24-10-07, IBERMUTUAMUR reconoció a la trabajadora la prestación por **riesgo** durante el **embarazo** a partir de 02-08-07 y en función de una base reguladora diaria de 39'71 €. Tercero.- Contra el anterior acuerdo, la trabajadora interpuso reclamación previa que fue desestimada por silencio. Cuarto.- Se han emitido por el Servicio Murciano de Salud informes de maternidad/ **riesgo** laboral **embarazo** de fechas 11-05-07 y 18-07-07, que se dan aquí por reproducidos y en los que, tras indicarse que la ahora demandante trabaja 8 horas de pié y en contacto con disolventes y pinturas, se le desaconseja coger objetos pesados y realizar jornadas nocturnas. Quinto.- En fecha 15-05-07, fue emitida declaración empresarial sobre situación de **riesgo** durante el **embarazo** en la que se indicaba que no existía otro puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora y se establecía el paso de la misma a la situación de suspensión del contrato de trabajo desde 11-05-07. Sexto.- La base reguladora del subsidio por **riesgo** durante el **embarazo** objeto de esta litis asciende a 39'71 € diarios y el periodo al que se contrae la misma es desde 11-05-07 hasta 01-08-07; hecho este que es pacíficamente admitido por las partes."; y el fallo fue del tenor literal siguiente: "Que debo desestimar y desestimo la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el I.N.S.S. frente a la demanda planteada en su contra por D^a Esther . Que estimando en parte la demanda planteada por D^a Esther , frente a IBERMUTUAMUR, la empresa PLASBEL PLÁSTICOS, S.A., el I.N.S.S., la T.G.S.S. y el S.M.S., debo declarar y declaro el derecho de la demandante al subsidio por **riesgo** durante el **embarazo** durante el periodo 11-05-07 hasta 01- 08-07, en función de una base reguladora diaria de 39'71 €; condenando a IBERMUTUAMUR a su abono y al resto de codemandados a estar y pasar por esta resolución; absolviéndolos del resto de pedimentos deducidos en su contra."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Letrado DOÑA MARIA DEL MAR CALABRIA PEREZ, en representación de la parte demandada IBERMUTUAMUR, con impugnación de contrario de DOÑA Esther , representada por D. ROBERTO ARTURO GARCIA MORENO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO.- La sentencia de fecha 26 de mayo del 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Murcia en los autos 844/08 , estimó la demanda deducida por Dña Esther contra el INSS, la TGSS, Ibermutuamur, y Plasbel Plásticos, S.A., declaro el derecho de la actora a percibir el subsidio por **riesgo** durante el **embarazo** por el periodo reclamado.

Disconforme con la sentencia, la Mutua Ibermutuamur interpone recurso de suplicación, al amparo del *apartado c del artículo 191 de la LPL* , solicitando la revocación de la sentencia, para que se dicte otra desestimatoria de la demanda.

La actora se muestra contraria al recurso, habiéndolo impugnado

FUNDAMENTO SEGUNDO.- La cuestión debatida en los presentes autos consiste en determinar si la trabajadora demandante tiene derecho a cobrar el, desde el día 11/5/07 al 01/08/07, el subsidio por **riesgo** durante el **embarazo** , que se define en el *artículo 134 de la LGSS* , partiendo de un hecho no discutido, como es el de que la empresa procedió a suspender el contrato de trabajo de aquella, a partir del 3/12/07, ante los términos del informe de maternidad **riesgo** laboral de la misma fecha, emitido por el Servicio Murciano de Salud y que la Mutua Ibermutuamur solo ha procedido a abonar dicho subsidio a partir del 02/08/07 y de que fue la Mutua demandada la que en virtud de resolución de fecha 18 de Enero del 2008,(folio 23) denegó el derecho a la prestación, comunicando a la trabajadora que contra dicha resolución podría interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional ante Ibermutuamur.

En el presente caso, la empresa demandada tenía concertado con la Mutua Ibermutuamur la cobertura de la prestación por incapacidad temporal, la cual se niega a pagar el subsidio, durante el periodo cuestionado.

De conformidad con los términos del *artículo 134 de la LGSS* , el subsidio por **riesgo** durante el **embarazo** tiene por objeto compensar la pérdida de ingresos que por el trabajo sufre la mujer cuyo contrato de trabajo queda suspendido por que desempeña un puesto incompatible con su estado de gestación, al existir **riesgo** para ella misma o el feto, y no es posible el cambio de puesto de trabajo. El citado precepto se remite al *artículo 26.3 de la L31/95* de prevención de **Riesgos** Laborales que establece tal posibilidad de suspensión, contemplada por el *artículo 45.1d del ET* , siendo determinante de la suspensión la constatación de la existencia de **riesgos** para la mujer embarazada o el feto por causa del desempeño de su puesto de trabajo, constatación que, de conformidad con los términos de *apartado 2 del artículo 26 de la L31/95* , a través de la certificación que emiten los Servicios Médicos del INSS o de las Mutua, con el informe del Servicio nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora.

En el presente caso, el conflicto se genera porque el informe del facultativo del Servicio Murciano de Salud que venía atendiendo a la trabajadora no coincide con la certificación que expiden los servicios médicos de la Mutua, por lo que consta en el hecho probado segundo.

Como acertadamente razona el Juzgador, respecto del fondo del asunto, con independencia de que la trabajadora demandante presentase un alto **riesgo** por motivo de sagrado genital (lo que podría ser tributario de la situación de incapacidad temporal -por contingencias comunes por posible **riesgo** de aborto), dado el contenido, tanto de los "informes de maternidad/ **riesgo** laboral **embarazo** " emitidos por el Servicio Murciano de Salud en fechas 11-05-07 y 18-07-07, en los que se desaconseja con meridiana claridad para su estado de gestación la actividad que desarrolla en su puesto de trabajo por estar en contacto con disolventes y pinturas, como de la declaración empresarial sobre situación de **riesgo** durante el **embarazo** de 15-05-07, en la que se indicaba que no existía otro puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora y se establecía el paso de la misma a la situación de suspensión del contrato de trabajo, es claro que la demanda debe prosperar al respecto de la prestación solicitada al amparo de lo dispuesto en los *arts. 134 y 135 del T.R.L.G.S.S.* ; no así en lo relativo al pago de intereses por demora (al no existir norma que ampare dicha pretensión) y costas procesales (al no apreciarse temeridad ni mala fe). El puesto de trabajo, conforme razona la sentencia recurrida implicaba un **riesgo** que se puede considerar específico, ya que no es posible formular una interpretación tan restrictiva que haga inoperante la regulación legal.

La sentencia recurrida, en cuanto declaró el derecho de la trabajadora a percibir la prestación económica durante el periodo reclamado, no vulnera los *artículos 134, 135 y de la LGSS, ni el 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*.

Procede la desestimación del recurso.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por IBERMUTUAMUR, contra la sentencia número 132/08 del Juzgado de lo Social número Seis de Murcia, de fecha 26 de mayo del 2008 , dictada en proceso número 844/07, sobre SEGURIDAD SOCIAL, y entablado por DOÑA Esther frente a PLASBEL PLASTICOS, S.A., IBERMUTUAMUR, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y confirmar, como confirmamos, el pronunciamiento de instancia.

Se condena a la Mutua recurrente a que, como costas, y en concepto de honorarios, pague 200 euros al Letrado impugnante de su recurso.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el BANESTO, cuenta número: 3104.0000.66.0954.08, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese 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 y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300'51 euros en la entidad de crédito BANESTO c/c. 2410-4043-00- 0954-08 Madrid, Sala Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan

expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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