

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 774/2025, de 15 de septiembre de 2025

Sala de lo Social

Rec. n.º 1198/2024

SUMARIO:

Suspensión de la prestación de riesgo durante el embarazo por la existencia de un posterior expediente de regulación temporal de empleo (ERTE). *Sentencia dictada en suplicación en la que se señala que «no puede haber riesgo durante el embarazo si no hay actividad empresarial, luego no hay razón para continuar con el contrato suspendido por un riesgo que no existe».* En el caso analizado, nos encontramos ante una situación en la que concurre una suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y, posteriormente a ella, se presenta otra causa de suspensión que se pretende hacer valer como causa que impediría mantener la prestación derivada de la primera suspensión. En este contexto es preciso señalar que, cuando está suspendido el contrato de trabajo por un ERTE y posteriormente la trabajadora queda embarazada no existirá derecho a percibir la prestación de riesgo durante el embarazo en tanto se mantenga dicha suspensión, en la medida en que no tiene obligación de realizar trabajo que le produzca riesgo. Por el contrario, cuando la existencia de dicho riesgo provoca la suspensión del contrato de trabajo, la existencia de una causa posterior que hubiera podido dar lugar a la suspensión del contrato, de ninguna manera tendrá consecuencia alguna, en tanto que es irracional pretender suspender un contrato de trabajo que ya está suspendido. Y ello sucede tanto cuando el embarazo es cronológicamente anterior al ERTE, como cuando finaliza una suspensión del contrato sustentada en un ERTE, durante aquella se ha producido el embarazo y, en ese instante, se plantea la obligación de reincorporación a un puesto de trabajo que implica riesgo, momento en que finalizada la suspensión derivada del ERTE se activará la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo. Por ello, la demandante tiene derecho a percibir la prestación de riesgo durante el embarazo en tanto dure este y exista la causa de suspensión prevista en el artículo 45.1 e) del ET, sin que sea posible extinguir dicha prestación por causa distinta a la prevista en el artículo 187.2 de la LGSS, que establece con total claridad que la percepción de la prestación «finalizará el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o al de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado». En el presente caso no concurre ninguna de ambas circunstancias y desde luego no cabe entender que el hecho de que se haya producido un ERTE pueda incluirse en ninguna de las previsiones anteriores. (*Vid.* STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 11 de enero de 2024, rec. núm. 146/2023, casada y anulada por esta sentencia).

PONENTE:

Don Félix Vicente Azón Vilas

SENTENCIA

Magistrados/as
 ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
 SEBASTIAN MORALO GALLEGO
 JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Síguenos en...



ANA MARIA ORELLANA CANO
FELIX VICENTE AZON VILAS
T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Social

Sentencia núm. 774/2025

Fecha de sentencia: 15/09/2025

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 1198/2024

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/09/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Félix V. Azón Vilas

Procedencia: T.S.J. MADRID SOCIAL SEC.3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

Transcrito por: sfp

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1198/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Félix V. Azón Vilas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 774/2025

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Juan Molins García-Atance

D.ª Ana María Orellana Cano

D. Félix V. Azón Vilas

En Madrid, a 15 de septiembre de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.ª Ester López García, en nombre y representación de D.ª Inmaculada, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 1/24 de 11 de enero, dictada en el recurso de suplicación nº 146/23, formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Madrid, de fecha 20 de octubre de 2022, recaída en los autos nº 666/2020, seguidos a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social; la Tesorería General de la Seguridad Social; Fremap Mutua colaboradora de la Seguridad Social nº 061 y Air Nostrum Líneas Aéreas Mediterráneo S.A., en reclamación por Prestaciones de Seguridad Social.

Han sido partes recurridas el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representada y defendida por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y Fremap Mutua Colaboradora de la Seguridad Social, representada y defendida por el Letrado D. José Luis Velázquez Sánchez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Félix V. Azón Vilas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.

Con fecha 20 de octubre de 2022 el Juzgado de lo Social nº 3 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO. - La trabajadora Doña Inmaculada, con NSS nº NUM000, vino prestando servicios para la empresa AIR NOSTRUM L.M.S.A. desde el 122/05/2017, en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo completo y la categoría de segundo piloto.

SEGUNDO. - La empresa tenía cubiertas las contingencias profesionales con Fremap, Mutua Colaboradora.

TERCERO. - La mutua reconoció a la demandante la prestación de riesgo durante el embarazo desde el 31/10/2019.

Síguenos en...



CUARTO. - Doña Inmaculada percibió prestaciones por desempleo al estar incluida en un ERTE por COVID 19 del 21/03/2020 al 30/06/2020.

QUINTO. - Mediante comunicación de fecha 2/04/2020 la Mutua Fremap denegó la prestación solicitada. En tal comunicación se indicaba lo siguiente: "ha decidido el ejercicio de la facultad de gestión de la prestación económica por riesgo durante el embarazo que tiene reconocida en los artículos 187 y 189 de la ley general de la Seguridad Social suspender el derecho al correspondiente subsidio, en base a los siguientes hechos: primero: haber sido incluida en el expediente de regulación de empleo por fuerza mayor tramitado por la empresa Air Nostrum, cuyos efectos se inician en fecha 21/03/2020".

SEXTO. - Interpuesta reclamación previa por la solicitante, la Mutua Fremap emitió resolución estimatoria de fecha 15/04/2020 (documento nº 3 de la demanda, que se da aquí por reproducido). En tal resolución se indicaba lo siguiente: "hasta la emisión de la resolución definitiva por parte de la DGOSS sobre la consulta realizada por AMAT respecto de la posibilidad de suspensión en que la trabajadora haya sido incluida en un expediente de regulación temporal de empleo, Fremap aplicará el acuerdo que el conjunto de las mutuas han consensuado en el seno de la AMAT, por el que se mantiene a la trabajadora en el derecho a la prestación económica de riesgo durante el embarazo que ya viniera percibiendo con anterioridad a su inclusión en dicho ERTE\

SÉPTIMO. - En fecha 21/04/2020 la mutua comunica la demandante la suspensión de la prestación por riesgo durante el embarazo. Frente a dicha resolución la demandante interpone reclamación previa. La mutua Fremap emitió resolución desestima Torio de fecha 29/05/2020. En tal resolución se indicaba lo siguiente: "segundo: usted fue incluida en el expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor a consecuencia de la crisis sanitaria derivada del COVID-19 y tramitado por la empresa Air Nostrum S. A., conforme acredita el escrito conjunto de la referida mercantil presentó en el SEPE donde expresamente se habla de la inclusión en el ERTE del 100 % de la plantilla de tripulantes de cabina. Tercero: al quedar acreditado que si está incluida en el ERTE suspensivo referido y con efectos de 21/03/2020, debemos aplicar el oficio de 17 de abril de 2020 emitido por la dirección General de la Seguridad Social, documento que recoge en el punto 1 a) de la circular remitida a las mutuas que procede la suspensión temporal de la prestación económica de riesgo durante el embarazo, quedando suspendido temporalmente este derecho y pasando a percibir la prestación de desempleo por parte del CP mientras está incluida en dicho ERTE.

OCTAVO. - La base reguladora de la prestación que solicita es de 93,85 € diarios y el periodo reclamado se extiende del 21/03/2020 al 28/06/2020.»

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «Que DESESTIMO LA DEMANDA interpuesta por Doña Inmaculada frente al INSS y TGSS y la mutua FREMAP, y ABSUELVO a estas entidades de las pretensiones ejercitadas en su contra en este procedimiento».

SEGUNDO.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la demandante ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 11 de enero de 2024, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimamos el Recurso de Suplicación 146/2023, formalizado por la Letrado Dña. ESTER LOPEZ GARCIA en nombre y representación de Dña. Inmaculada, contra la sentencia de fecha 20 de octubre de 2022 dictada por el Juzgado de lo Social nº 03 de Madrid en sus autos número Seguridad social 666/2020, seguidos a instancia de Dña. Inmaculada contra INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), FREMAP MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 061 y AIR NOSTRUM LINEAS AEREAS MEDITERRANEO SA, en reclamación por Prestaciones de Seguridad Social. Confirmamos el fallo de la sentencia recurrida. Sin costas».

TERCERO.

Por la demandante se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la recurrente propuso como sentencia de contraste la STS nº 267/2013 de 31 de mayo dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, Sección 1ª y subsidiariamente la STS Nº 589/2023 de 16 de junio dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 1ª.

CUARTO.

Admitiéndose a trámite el recurso respecto del primer motivo, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a las representaciones procesales de las partes recurridas para que formalicen su impugnación en el plazo de quince días. Tras ser impugnado por el INSS y FREMAP, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado.

QUINTO.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de septiembre de 2025, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO. Contenido y objeto del recurso.**

El objeto del presente recurso es determinar la posibilidad, o no, de suspensión de la prestación de riesgo durante el embarazo por la existencia de un posterior expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) o, en otras palabras, si la trabajadora que está en situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo tiene derecho a continuar en tal situación cuando se produce un ERTE que afecta al resto de la plantilla y ella es incluida en el mismo.

SEGUNDO. Elementos relevantes del proceso.

1. Se presentó demanda por Inmaculada en materia de prestación por riesgo durante el embarazo, al entender la parte demandante que debía serle reconocido el derecho a percibir el 100% durante el tiempo que estuvo en ERTE.

2. El Juzgado de lo Social dictó sentencia desestimando la demanda.

3. El 7/12/2022 se presenta recurso de suplicación por Inmaculada en el que se razona sobre el fondo del asunto.

El escrito de impugnación de FREMAP se opuso a dichas pretensiones.

4. El recurso de suplicación ha sido desestimado por la sentencia 1/2024 del TSJ de Madrid, de 11/1/2024 (recurso de suplicación 146/2023). En dicha sentencia se razona que «no puede haber riesgo durante el embarazo si no hay actividad empresarial, luego no hay razón para continuar con el contrato suspendido por un riesgo que no existe [...] al no poderse prestar servicios no existe actividad alguna que implique un riesgo pues no tienen que incorporarse a un puesto de trabajo que conlleve el riesgo que dio lugar a la situación protegida. Una vez que finalice el ERTE o se desafecte a las trabajadoras estas podrán, en su caso, continuar de baja por riesgo durante el embarazo [...] En definitiva, la actividad empresarial se configura como la premisa y presupuesto necesario del que nace la situación de riesgo durante el embarazo. Por lo tanto, la inactividad determina la suspensión de la prestación por inexistencia de riesgo durante el embarazo».

5. Contra la anterior sentencia se interpone recurso de casación para la unificación de la doctrina formulado por la actora, habiendo recaído Auto de esta Sala, de 19/11/2024, en el que se inadmite otro motivo de casación, ordenándose el trámite respecto a este motivo. Planteando como contradictoria la Sentencia 267/2013 de 31 de mayo dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

6. Dicho recurso ha sido impugnado por las partes demandadas Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y FREMAP.

7. El Ministerio Fiscal informa en el sentido de estimar improcedente el recurso de casación.

Síguenos en...



TERCERO. Principales normas aplicables.

La resolución del presente recurso exige el examen de las diferentes normas cuyo contenido, en la parte que interesa, pasamos a reproducir.

1. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales establece:

«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».

2. El 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 establece:

«Artículo 186. Situación protegida.

A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida 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 previstos en el artículo 26.3 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.

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

«Artículo 187. Prestación económica.

1. La prestación económica por riesgo durante el embarazo se reconocerá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, con las particularidades establecidas en los apartados siguientes.

2. La prestación económica nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finalizará el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o al de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.

3. La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100 por cien de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.

4. La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponderá a la entidad gestora o a la mutua colaboradora con la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales».

2. El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores establece:

«Artículo 45. Causas y efectos de la suspensión.

1. El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:

e) Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses

j) Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción».

CUARTO. Recurribilidad. Análisis de la contradicción.

1. Debemos examinar el requisito de contradicción exigido por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) en relación con las sentencias de contraste relativas al motivo del recurso formulado por la recurrente y admitido a trámite: El citado art. 219 exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina la existencia de contradicción entre la sentencia impugnada y otra sentencia de Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de esta Sala del Tribunal Supremo, pudiendo también ser traída como doctrina de contradicción una sentencia del Tribunal Constitucional o de los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario. Dicha contradicción se produce cuando las sentencias en comparación hubieren llegado a pronunciamientos distintos ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

2. En la sentencia recurrida se parte del supuesto de que la demandante tenía reconocida prestación durante el riesgo por embarazo desde el 31/10/2019; posteriormente fue incluida en un ERTE por COVID desde el 21/03/2020 al 30/06/2020, período durante el cual percibió la prestación de desempleo; la demandante solicitó percibir la prestación económica por riesgo durante el embarazo durante el período en que estuvo en situación de desempleo, pretensión que fue denegada por la Mutua aseguradora en fecha 02/04/2020, sustentando dicha decisión en los artículos 187 y 189 LGSS. Tanto la sentencia del Juzgado de lo Social como la del TSJ desestiman la pretensión de la demanda en base al artículo 26.3 LPRL.

3. En la sentencia de contraste la demandante pasó a situación de desempleo el 26/11/2011 por quedar incluida en un ERTE, estando prevista tal situación durante 120 días laborables a lo largo de 12 meses, a razón de 10 días naturales por mes. Posteriormente la trabajadora, ante una situación de reincorporación a su puesto de trabajo, solicitó la prestación económica de riesgo por embarazo que le fue reconocida inicialmente el 30/04/2012, si bien posteriormente le fue revocada la prestación por la Mutua aseguradora que se la abonó únicamente por los días mensuales en que prestó servicios efectivos, pero no por los días que estuvo en situación de desempleo. Tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ reconocieron el derecho a la prestación económica de riesgo por embarazo para los días en que coincidió el embarazo de la demandante con la situación de desempleo, tras finalizar un periodo de suspensión de contrato derivado del ERTE, en base al artículo 26.3 LPRL.

4. A la vista de lo anterior es palmario y evidente que, ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, como es el hecho de encontrarse una trabajadora en situación de riesgo por embarazo coincidente con una pretendida suspensión de su contrato por estar incluida en un ERTE, ambas sentencias toman decisiones contrarias, precisamente en base al artículo 26.3 LRPL; no es relevante el hecho de que en un supuesto, la sentencia recurrida, se produjese antes la suspensión derivada del riesgo por embarazo y en la otra en orden temporal aparentemente contrario, dado que la sentencia de contraste que resuelve este último caso razona que el derecho a percibir la prestación de riesgo por embarazo se convierte en permanente desde el momento en que la trabajadora, tras salir del ERTE y no poder reincorporarse a la actividad porque ya no puede realizar sus tareas al ser incompatible el puesto de trabajo con su embarazo; literalmente razona «Acreditado que la trabajadora-actora causó baja en la empresa en 2.5.2012, al habérsele reconocido derecho al percibo de subsidio derivado de suspensión de contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, es palmario, conforme a lo razonado, que a partir de tal fecha dejó de estar afecta por la autorización efectuada a la empresa empleadora en resolución de 22.11.2011 en Expediente de Regulación de Empleo».

Ello implica que existe la contradicción y debe resolverse cuál sea la doctrina aplicable.

QUINTO. Cuestión de fondo. Resolución.

La pretensión del recurso es que le sea reconocido el derecho a continuar percibiendo la prestación correspondiente a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y para ello denuncia como infringidos los artículos 45.e ET y 187 LGSS, así como el artículo 14 de la Constitución española; al respecto realiza el siguiente razonamiento:

«La sentencia recurrida vulnera sin duda la doctrina contenida en la sentencia de contraste, tanto porque no puede colocar en situación de desempleo a una trabajadora que no puede trabajar; como porque al tener el contrato en suspenso en virtud de ley (artículo 45.e ET y 187 LGSS) no se puede volver a suspender, resultando ajeno a cualquier autorización administrativa otorgada en expediente de regulación de empleo.

Más aún, si lo anterior no fuera tal y como recoge la sentencia de contraste se darían situaciones tan injustas y contrarias al artículo 14 de la Constitución española como la que se produjo en el caso de la actora, que en contra del resto de sus compañeros pilotos, no pudo ser desafectada de ERTE determinados días durante la aplicación del mismo coma y según las necesidades de la empresa, por su imposibilidad de prestar servicios por el embarazo, produciéndose así una absoluta discriminación por razón de este último».

Según hemos indicado arriba, tanto el INSS como FREMAP se oponen a las pretensiones del recurso, como igualmente lo hace el informe del Ministerio Fiscal.

La doctrina de la sentencia recurrida no es correcta.

En primer lugar, conviene recordar que esta Sala ya se ha pronunciado en un asunto similar en la sentencia de 10/12/2014 (rcud. 3152/2013): Se analiza allí el supuesto muy cercano al actual, incluso en aspectos del sector productivo, de una trabajadora que tenía reconocido la prestación de riesgo durante el embarazo desde el 06/06/2008, y la Mutua le comunica la extinción de la misma con efectos de 25/11/2008, al concurrir la «circunstancia de que se ha constatado que, por Resolución la Dirección General de la Aviación Civil revocó la autorización de vuelo de su empresa LTE INTERNATIONAL AIRWAYS SA siendo que, al parecer, la actividad aérea había cesado el día 23/11/08». En ella se razona lo siguiente:

«Ciertamente, consta que la actora solicitó prestación de riesgo durante el embarazo que le fue reconocida, si bien como consecuencia de que por Resolución de la Dirección General de Aviación Civil se revocó la autorización de vuelo de la empresa LTE Internacional Airways SA con efectos de 25-11-2008, se extinguió a la actora dicha prestación, iniciando la actora al día siguiente proceso de incapacidad temporal por enfermedad común por amenaza de aborto, hasta el 21-3- 2009 en que cursó alta por mejoría, causando baja por extinción de la relación laboral en la empresa el 02-04-2009. Por la vía de revisión de hechos probados en suplicación consta que según certificado médico se desaconseja el vuelo regular en avión de la actora por su estado de gestación, no habiendo un puesto acorde con sus circunstancias, y que la compañía aérea certificó el cese de sus operaciones de vuelo en sus bases de Palma de Mallorca e Islas Canarias con fecha de efectos 16-10-2008. Aunque la actora viera suspendido su contrato de trabajo al no existir en la empresa otro puesto compatible con su estado, y como

consecuencia de que la Compañía aérea demandada cesara en sus operaciones de vuelo tanto regular como chárter desde sus bases de Palma de Mallorca y las Islas Canarias, se extinguió la relación laboral entre las partes; lo cierto es que no concurre causa legal alguna acreditada para entender finalizada la prestación por riesgo porque en definitiva persiste la imposibilidad de la trabajadora para incorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado (arts. 1135.2 LGSS y 26.3 LPRL), por lo que la prestación ha de mantenerse en tanto no concorra una causa legal de extinción de la misma».

Nos encontramos ahora ante una situación en la que existe una suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, y posteriormente a ella se presenta otra causa de suspensión que se pretende hacer valer como causa que impediría mantener la prestación derivada de la primera suspensión.

Es cierto que no cabe plantear el reconocimiento de la prestación de riesgo por embarazo en aquellos supuestos en los que, cuando se produce dicho embarazo, está el contrato suspendido, como ocurre en la sentencia de contraste en los momentos iniciales de la suspensión del contrato por causa ERTE al no existir embarazo; situación que cambia cuando ya embarazada la trabajadora debería incorporarse al puesto de trabajo dañado, por acabar uno de los periodos de suspensión ERTE. Diferencialmente, cuando la trabajadora queda embarazada estando el contrato suspendido por el ERTE, y no existe obligación de prestación de servicio, no cabe prestación de riesgo por embarazo porque la trabajadora no va a situarse en situación de riesgo al no tener obligación de prestación de servicios que está suspendida: obviamente en tales circunstancias no podrá reconocerse la prestación por no existir la causa objetiva que la sustenta. Pero esta situación cambia cuando debe reincorporarse y ello pone en riesgo su embarazo.

Por otra parte, caso de la sentencia recurrida, cuando se están prestando servicios por cuenta ajena, se produce situación de riesgo para la trabajadora embarazada en su actual puesto de trabajo, y no resulta técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados, cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, deberá suspenderse el contrato de trabajo y ello da lugar automáticamente al reconocimiento de la prestación por riesgo durante el embarazo. Cuando después se produce una situación que, de no estar suspendido el contrato de trabajo sería causa de suspensión, no es posible aplicar dicha "segunda" causa de suspensión en tanto que el contrato de trabajo ya estaba suspendido: en definitiva, no es posible suspender un contrato de trabajo por causa sobrevenida, ERTE, cuando el mismo ya estaba suspendido por una causa anterior, riesgo durante el embarazo.

Recapitulando, cuando está suspendido el contrato de trabajo por un ERTE y posteriormente la trabajadora queda embarazada no existirá derecho a percibir la prestación de riesgo durante el embarazo en tanto se mantenga dicha suspensión en la medida en que no tiene obligación de realizar trabajo que le produzca riesgo. Por el contrario, cuando la existencia de dicho riesgo provoca la suspensión del contrato de trabajo, la existencia de una causa posterior que hubiera podido dar lugar a la suspensión del contrato, de ninguna manera tendrá consecuencia alguna en tanto que es irracional pretender suspender un contrato de trabajo que ya está suspendido; y ello sucede tanto cuando el embarazo es cronológicamente anterior al ERTE, como cuando finaliza una suspensión del contrato sustentada en un ERTE, durante aquella se ha producido el embarazo, y en ese momento se plantea la obligación de reincorporarse a un puesto de trabajo que implica riesgo, momento en que finalizada la suspensión derivada del ERTE se activara la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

Aplicada dicha doctrina al presente caso hemos de concluir que la demandante tiene derecho a percibir la prestación de riesgo durante el embarazo en tanto dure éste y exista la causa de suspensión prevista en el artículo 45.e ET, sin que sea posible extinguir dicha prestación por causa distinta a la prevista en el artículo 187.2 LGSS que establece con total claridad que la percepción de la prestación «finalizará el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o al de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado»; en el presente caso no concurre ninguna de ambas circunstancias y desde luego no cabe entender que el hecho de que se haya producido un ERTE pueda incluirse en ninguna de las previsiones anteriores.

Los anteriores argumentos obligan, oído el Ministerio Fiscal, a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el

recurso de suplicación interpuesto por la parte actora en el sentido de estimar el recurso de tal clase, revocar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, estimar la demanda interpuesta.

F A L L O

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

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Inmaculada.

2. Casar y anular la sentencia del 1/2024 del TSJ de Madrid, de 11/1/2024 (recurso de suplicación 146/2023).

3. Resolver el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora en el sentido de estimar el recurso de tal clase y revocar la sentencia 278/2022 dictada por el Juzgado de lo Social 3 de Madrid, de 29/10/2022 (procedimiento 676/2020).

4. Estimar la demanda interpuesta por Inmaculada contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y FREMAP, y reconocer el derecho de la actora a continuar percibiendo la prestación de riesgo por embarazo.

3. Sin condena al pago de costas.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

