

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL****TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia de 19 de mayo de 2014**Sala de lo Social**Rec. n.º 522/2013***SUMARIO:**

**Prestación por riesgo durante el embarazo.** Naturaleza jurídica a efectos de la responsabilidad subsidiaria del pago de la prestación. Aunque por disposición legal tiene naturaleza profesional y su anticipo corresponde a la mutua aseguradora en caso de insolvencia empresarial, no hay responsabilidad subsidiaria del INSS, como en las contingencias profesionales propiamente dichas, ya que este mecanismo va referido a contingencias profesionales «lesivas», mientras que la prestación por riesgo tiene una indudable naturaleza «preventiva», como lo evidencia no solo su presupuesto -el riesgo-, sino que tenga origen en el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La cualidad «profesional» no se predica de la «contingencia» (riesgo durante el embarazo), sino tan sólo de la «prestación» (el subsidio). Hay un dato del que indirectamente inferir la exclusión de la responsabilidad subsidiaria del INSS, cual es que las sucesivas disposiciones legales que desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, en el extremo referido a «las aportaciones de las Mutuas de AT/EP para el sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social ...» (entre otras cosas, para atender esa necesidad de responsabilidad última de garantía), no han sufrido modificación alguna -siempre el 16,00 por 100- desde fecha anterior al cambio de tratamiento jurídico del subsidio por «riesgo de embarazo» en 2009 y hasta el presente año. No parece lógico entender que el incremento de la responsabilidad de garantía por una nueva prestación («riesgo durante el embarazo») no fuese acompañado del correlativo aumento de la aportación financiadora por parte de las Mutuas.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 126.2, 134 y 135.

Ley 31/1995 (LPRL), art. 26.

RDLeg 1/1995 (TRET), art. 45.1 d).

**PONENTE:***Don Luis Fernando de Castro Fernández.*

Magistrados:

Don JESUS GULLON RODRIGUEZ

Don JORDI AGUSTI JULIA

Don LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ

Don MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Don ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Mayo de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Mutua Balear MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚM. 183 frente a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, en fecha 25/septiembre/2012 [recurso de Suplicación n.º 340/2012 ], que resolvió el formulado por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la sentencia pronunciada en 16/enero/2011 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Palma de Mallorca [autos 772/11], sobre REINTEGRO PRESTACIONES.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

Con fecha 16 de enero de 2011 el Juzgado de lo Social núm. 2 de Palma de Mallorca dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimando la demanda presentada por la Mutua Balear contra la empresa Quantum Air, S.A., e INSS-TGSS debo condenar y condeno al abono de la suma de 3.392,64 euros, a los demandados, con responsabilidad de la entidad gestora, en caso de insolvencia empresarial, sin perjuicio de su derecho a subrogarse".

### Segundo.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1. La trabajadora ha percibido las prestaciones por riesgos por embarazo de la Mutua demandante por importe de 3.392,64 euros por el periodo de 26.10.2009 a 26.01.2010- 2. La empresa Quantum Air, S.A. se encuentra en descubierto del pago de las cuotas sociales desde noviembre de 2.008 hasta enero 2.010, figurando en concurso judicial por auto de 24.02.2010 del Juzgado mercantil nº 1 de Palma Mallorca - 3- La mutua ha abonado al trabajador la suma indicada por los conceptos señalados en la demanda- 4. La mutua solicitó el reintegro de las prestaciones, sin resultado".

### Tercero.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, la cual dictó sentencia en fecha 25 de septiembre de 2012, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "QUE DEBEMOS ESTIMAR y ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada Doña Ana Belén García Mato en nombre y representación del INSS-TGSS contra la sentencia de fecha dieciséis de enero de dos mil once, Autos n.º772/2011 del Juzgado de 1 Social N.º 2 de Palma de Mallorca y DEBEMOS REVOCARLA y la REVOCAMOS parcialmente en el solo sentido de que DEBEMOS DESESTIMAR y DESESTIMAMOS la demanda interpuesta contra ellos por la Mutua Balear MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚM. 183 y DEBEMOS ABSOLVERLOS y los ABSOLVEMOS y DEBEMOS CONFIRMAR y CONFIRMAMOS el resto del Fallo".

### Cuarto.

Por la representación procesal de Mutua Balear MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NÚM. 183 se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de fecha 10 de abril de 2012 .

### Quinto.

Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de marzo de 2.014, suspendiéndose el mismo y señalándose nuevamente para el día 13 de mayo de 2.014, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero. *Planteamiento del debate.*

1- Por sentencia fechada en 16/01/11 y pronunciada en los autos 772/11, el J/S n.º Dos de los de Palma de Mallorca resolvió condenar al abono de 3.392,64 € por prestación por riesgo durante el embarazo con carácter principal a la empresa «Quantum Air SA» y de forma subsidiaria -por insolvencia- al INSS-TGSS, habida cuenta de la naturaleza profesional de la contingencia, de su asimilación al accidente de trabajo y por aplicación de las previsiones contenidas en el art. 126.2 LGSS, ligadas a las circunstancias de que la empresa se halla en situación de concurso y al descubierto en el pago de las cuotas a la Seguridad Social desde Noviembre/08. Decisión revocada por la STSJ Islas Baleares 25/09/2012 [rec. 340/12 ], que basa su fallo en el argumento de que la

naturaleza profesional de la contingencia no autoriza a asimilarla a accidente de trabajo a los efectos de responsabilidad subsidiaria, al no existir previsión legal alguna que autorice tal extensión de la cobertura.

2- En su recurso de casación, la Mutua acusa la infracción del art. 126.2 LGSS, en relación con los arts. 94 a 96 LASS, y señala como decisión de contraste la STSJ Extremadura 10/04/10 [rec. 55/12 ], que en un supuesto sustancialmente idéntico al de autos -extremo que ni tan siquiera cuestiona el impugnante INSS- llega a la solución contraria de imputar la responsabilidad subsidiaria a la indicada EG, argumentando la «relación directa entre la actividad laboral de la gestante y la medida que se adopta para prevenir riesgos constatados para la mujer o el feto» y que por expresa disposición legal «la prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tiene la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales».

### **Segundo. Regulación legal de la protección de riesgo durante el embarazo.**

1- No parece estar de más una referencia al origen de la institución de «riesgo durante el embarazo» y a su evolución en años recientes, lo que nos facilitará alcanzar la solución más razonable en orden a la cuestión que se plantea.

2- Como es sabido la prestación trae causa en el art. 26 LPRL [Ley 31/1995, de 8/Noviembre ], que en aras a la «protección de la maternidad» dispone que el empresario ha de adoptar las medidas oportunas de adaptación cuando las trabajadoras en situación de embarazo estén expuesta a «agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud» de aquéllas o del feto; y cuando tales medidas no resultasen posibles, pasarán las trabajadoras a desempeñar «un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado», incluso de diversa categoría o grupo profesional.

3- Posteriormente, por virtud de la Ley 39/1999 [5/Noviembre] se añade al texto original del citado precepto de la LPRL un nuevo apartado expresivo de que «[s]i 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».

4- Simultáneamente, el art. 45.1.d) ET -que inicialmente refería como causa de suspensión la «Maternidad de la mujer trabajadora y adopción y acogimiento de menores de cinco años»- por virtud de la misma Ley 39/1999 pasa a incluir como tal el «riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora».

5- A la par, también la misma Ley -39/1999- crea en la LGSS un capítulo dedicado a «riesgo durante el embarazo», prescribiendo el art. 134 que «[a] los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo ... en los términos previstos en el artículo 26, apartado 3» de la LPRL »; y añadiendo el art. 135.1 que «[l]a prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de enfermedad común ... ».

6- Finalmente, la DA 18.9 de la Ley Orgánica 3/2007 [22/Marzo ] modifica el art. 134 y añade un párrafo indicativo de que «La prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales »; y varía la redacción del art. 135.1, precisando que «La prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales ».

### **Tercero. Aproximación a la posible responsabilidad subsidiaria.**

1- Entrando ya más directamente en el objeto de litigio -responsabilidad subsidiaria- debemos señalar que el art. 126.3 LGSS dispone que «No obstante lo establecido en el apartado anterior [sobre el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización], las entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios». Y es doctrina reiterada de la Sala que en tanto no se dicten las nuevas previsiones de desarrollo del art. 126 LGSS, deben considerarse aplicables como normas reglamentarias las

previsiones contenidas en los arts. 94 y siguientes de la LASS/1966 (así, SSTS 06/04/82 - recurso por infracción de Ley- Ar. 2253; ... 03/04/07 -rcud 920/06-; 16/12/09 -rcud 4356/08-; y 19/03/13 -rcud 2334/12-).

**2-** Por su parte, como última garantía para los casos de insolvencia del empleador o de los sujetos a los que corresponda la responsabilidad en sustitución de aquél, el art. 94 LAS/1966 preceptúa que el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo abonará las prestaciones por ILT [hoy IT], IP y muerte derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, así por IP derivada de accidente no laboral. Fondo de Garantía extinguido por la DF Primera del RD-Ley 36/1978 [16/Noviembre ], siendo sus funciones asumidas -hasta la fecha- por el INSS.

**3-** Asimismo, el art. 36 del citado RD 295/2009, norma lo que sigue: «1. El reconocimiento del derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo corresponde a la entidad gestora o a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social con la que tenga concertada la empresa la cobertura de las contingencias profesionales... 4. La entidad gestora competente podrá declarar la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones, así como la entidad que, en su caso, deba anticiparlas».

**4-** Lo que hasta el momento hemos relatado nos consiente situar más adecuadamente el debate: a) estamos en presencia de una prestación que en su tratamiento inicial tuvo asimilación a la IT derivada de contingencias comunes [en cuanto al requisito de alta, carencia exigible e importe del subsidio], pero que desde la Ley 3/2007 ya se le atribuye naturaleza de «contingencia profesional» y las consecuencias coherentes en orden a los requisitos exigibles [el derecho a la prestación ya no requiere carencia y ni tan siquiera el alta, rigiéndose por el principio de automaticidad y devengándose el derecho aunque el empresario hubiese incumplido sus obligaciones aseguradoras: art. 32.3 RD 295/2009 ] y al importe del subsidio [el 100 por 100 de la base reguladora, conforme al art. 33]; b) aunque se admite la posible declaración de responsabilidad empresarial y se dispone el anticipo de la prestación por parte de la aseguradora -Mutua o Entidad Gestora que tenga concertada la cobertura de las contingencias profesionales- nada se dispone respecto de si en los supuestos de insolvencia empresarial rige la responsabilidad subsidiaria del INSS; y c) tampoco la prestación -como es obvio, por razones cronológicas- está contemplada en la regulación que sobre tal abono subsidiario efectúa en art. 94 LASS.

#### **Cuarto.** *La solución que procede en la prestación del caso.*

**1-** Con todo este entramado y aún reconociendo el innegable peso argumental del recurso, la Sala se inclina por confirmar la decisión recurrida y excluir la responsabilidad que del INSS se pretende, tal como entiende el razonado informe del Ministerio Fiscal, por considerar que ofrece mayor solidez el planteamiento de la EG. Conclusión a la que llegamos por la vía de las consideraciones que acto continuo indicamos.

**2-** El mecanismo de responsabilidad subsidiaria que históricamente se atribuía al Fondo de Garantía y en la actualidad está a cargo del INSS, va referido a contingencias profesionales «lesivas», mientras que la prestación por riesgo tiene una indudable naturaleza «preventiva», como lo evidencian no sólo su presupuesto -el riesgo-, sino que tenga origen en el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales .

**3-** Esa diferente cualidad y origen justifica que desde esa LPRL pasase primeramente a ser causa de mera suspensión del contrato de trabajo con asimilación a las contingencias comunes y que sólo años después se llegue a afirmar que la «prestación correspondiente ... tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales», con todas las consecuencias que ello supone en orden al régimen jurídico del subsidio [los ya referidos de alta de pleno derecho, inexistencia de periodo carencial, importe del 100 por 100 de la BR y responsabilidad automática de la aseguradora].

**4-** Aunque la redacción indicada pudiera inducir a error, lo cierto es que la cualidad «profesional» no se predica de la «contingencia» [riesgo durante el embarazo], sino tan sólo de la «prestación» [el subsidio], por lo que nos parece evidente que la decisión legislativa obedeció en exclusiva al deseo de proteger más adecuadamente a la trabajadora y no a rectificar una naturaleza -la de la contingencia- que inicialmente se hubiese calificado de forma incorrecta.

**5-** En todo caso es evidente que el texto no explicita una voluntad parlamentaria destinada a alterar el régimen jurídico de las Mutuas aseguradoras en orden a la insolvencia empresarial y a incluirlo en las previsiones del art. 94 LASS/1966, que -como se ha dicho- se limita a IT, IP y Muerte.

**6-** En este mismo orden de cosas no solamente no existe disposición -legal o reglamentaria alguna- que atribuya la responsabilidad subsidiaria al INSS, sino que hay un dato del que indirectamente inferir que tal

posibilidad ha de excluirse, cual es que las sucesivas disposiciones legales que desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, en el extremo referido a «las aportaciones de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social para el sostenimiento de los servicios comunes de la Seguridad Social ...» [entre otras cosas, para atender esa necesidad de responsabilidad última de garantía], no han sufrido modificación alguna -siempre el 16,00 por 100- desde fecha anterior al cambio de tratamiento jurídico del subsidio por «riesgo de embarazo» en 2009 y hasta el presente año [así, los arts. 25 de la Ordenes TIN/41/2009, de 20/Enero; TIN/25/2010, de 12/Enero; TIN/41/2011, de 18/Enero; ESS/184/2012, de 2/Febrero; ESS/56/2013, de 28/Enero; y ESS/106/2014, de 31/Enero]. Y no parece lógico entender que el incremento de la responsabilidad de garantía por una nueva prestación [«riesgo durante el embarazo»] no fuese acompañado del correlativo aumento de la aportación financiadora por parte de las Mutuas.

**Quinto.** *Desestimación del recurso y costas.*

Coincidiendo plenamente con el Ministerio Fiscal, las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de recurrida y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada. Con pérdida del depósito [ art. 228 LRJS ] e imposición de costas [ art. 235.1 LRJS ].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de la «MUTUA BALEAR» y confirmamos la sentencia dictada por el TSJ Islas Baleares en fecha 21/Septiembre/2012 [recurso de Suplicación n.º 340/12 ], que a su vez había revocado la decisión -estimatoria de la demanda- que en 16/01/2011 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Palma de Mallorca [autos 772/11], a instancia de la referida Mutua y frente a la empresa «QUANTUM AIR, SA», el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido y la imposición de costas a la recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.