

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA

Sentencia 218/2017, de 6 de abril de 2017

Sala de lo Social

Rec. n.º 36/2017

SUMARIO:

Protección por riesgo durante el embarazo. Fraude de ley. Recogida de aceitunas. Trabajadora que es contratada en la semana 22 de gestación, siendo que la situación de riesgo en la actividad se inicia en la semana 18. Denegación de la solicitud presentada en la semana 24, al entender la Mutua que el riesgo ya existía con anterioridad a la contratación. No cabe aceptar la alegación de dicha entidad que aducía que ningún empresario en su sano juicio, conociendo esta circunstancia, contrataría a una trabajadora para coger aceitunas, pues señala la Sala que el no contratar a una determinada persona por su embarazo, que es propio de uno de los sexos, podría dar lugar a una discriminación por esta razón, lo que podría constituir una vulneración del artículo 14 de la Constitución Española, contratación de la que posteriormente arrancarían el presunto fraude denunciado, especialmente de una trabajadora que ya había sido contratada en otras ocasiones por la empresa. Respecto del fraude alegado, que constituye el nudo gordiano de la cuestión que nos ocupa, tradicionalmente se ha mantenido que la facultad para valorar la conducta de las partes corresponde al Juez de Instancia, al fijar los hechos probados y razonar en sus fundamentos lo que le ha llevado a tal convicción (art. 97.2), que no podrá ser revisada en el recurso extraordinario de suplicación. En consecuencia, debe ser mantenida por la Sala, en trámite de suplicación, la conclusión sentada por el juzgador *a quo*.

PRECEPTOS:

RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), arts. 175, 186 y 187.

Código Civil, art. 6.4..

RD 295/2009 (Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural), art. 31.2.

PONENTE:

Don Mercenario Villalba Lava.

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL
CACERES

SENTENCIA: 00218/2017

-T.S.J. EXTREMADURA SALA DE LO SOCIAL.

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax: 927 62 02 46

NIG: 06015 44 4 2016 0224000

Equipo/usuario: BBB

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0000036 /2017

Procedimiento origen: DEMANDA 0000079 /2016

Sobre: OTROS DCHOS. SEG.SOCIAL

RECURRENTE/S D/ña MUTUA DE AT. Y E.P. FRATERNIDAD MUPRESPA

ABOGADO/A: LUIS DIEZ BENITEZ DONOSO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: INSS INSS, TGSS TGSS, Montserrat

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DIEGO JOAQUIN FLORES LOZANO
PROCURADOR: , ,
GRADUADO/A SOCIAL: , ,

ILMOS. SRES.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ.
D. JACINTO RIERA MATEOS
D. MERCENARIO VILLALBA LAVA.

En CACERES, a seis Abril de dos mil diecisiete.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. DE EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 218

En el RECURSO SUPPLICACION 36/2017, formalizado por el Sr. Letrado D. LUIS DIEZ BENÍTEZ-DONOSO, en nombre y representación de MUTUA DE AT. Y E.P. FRATERNIDAD MUPRESA, contra la sentencia número 525/16 dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL N. 3 de BADAJOZ en el procedimiento DEMANDA 79 /2016, seguidos a instancia de D^a. Montserrat, parte representada por el Sr. Letrado D. DIEGO FLORES LOZANO, frente al Indicado Recurrente, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre OTROS DERECHOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. DON MERCENARIO VILLALBA LAVA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

D^a Montserrat, presentó demanda contra INSS, TGSS, MUTUA DE AT. Y E.P. FRATERNIDAD MUPRESA siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 525/16, de fecha veinte de octubre de dos mil dieciséis

Segundo.

En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "PRIMERO: D^a Montserrat, ha prestado servicios como peón agrícola para D. Cesar desde el 10 de julio de 2015 a 26 de agosto de 2015 y desde el 5 de octubre de 2015 al 31 de octubre de 2015. SEGUNDO: El día 21 de octubre de 2015, la actora presentó ante la mutua solicitud de prestación por riesgo para el embarazo, que fue desestimada mediante resolución de 13 de noviembre de 2015. Frente a dicha resolución la actora presentó reclamación previa que fue denegada por resolución de fecha 21 de diciembre de 2015. TERCERO: La actora fue contratada por la empresa el día 5 de octubre de 2015 cuando se encontraba de 22 semanas de gestación, manteniendo la mutua que la situación de riesgo para los trabajos declarados es a las 18 semanas de gestación."

Tercero.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "FALLO: Que debo ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por D^a. Montserrat frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y MUTUA FRATERNIDAD MUPRESA, declarando el derecho de la actora a percibir de MUTUA FRATERNIDAD MUPRESA la prestación por riesgo para el embarazo con efectos desde el 21 de octubre de 2015 y absolviendo a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de los pedimentos obrados en su contra."

Cuarto.

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte Demandada, formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

Quinto.

Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, tuvieron los mismos entrada en esta SALA en fecha 17-1-17.

Sexto.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 16-3-17 para los actos de votación y fallo. A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Es objeto de suplicación, la sentencia 525/2016 de 20 de octubre del Juzgado de lo Social número 3 de Badajoz, que estimando la demanda interpuesta por doña Montserrat frente al INSS, la Tesorería General de la Seguridad Social y Mutua Fraternidad Muprespa declara el derecho de la actora a percibir de la mutua de Fraternidad Muprespa, la prestación por riesgo para el embarazo con efectos desde el 21 de octubre de 2015, absolviendo al INSS y a la Tesorería General de la Seguridad Social de los pedimentos formulados en su contra.

Frente a tal sentencia Muprespa interpone el recurso de suplicación, destacando en los antecedentes que realmente los hechos no son controvertidos y se desprenden expresamente de los hechos declarados probados y del fundamento jurídico tercero con idéntico valor de la sentencia que ahora se recurre, si bien existe una flagrante vulneración de la normativa general y particular por la que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social. A pesar de este primer pronunciamiento que consta en los antecedentes, sin embargo sí pide una modificación del hecho probado segundo y la redacción de un hecho probado cuarto, señalando que según el folio 42 de las actuaciones se evidencia un error o imprecisión del juzgador, ya que no fue el día 21 de octubre de 2015 cuando la actora presentó ante la mutua la solicitud para la prestación sino que fue el 19 de octubre de 2015 y con relación a la adición de un hecho probado cuarto señala que según aparece en el folio 49 de los autos, que es la declaración empresarial sobre la situación de riesgo presentada por ambas partes y no impugnado ni controvertido se pone de manifiesto en tal documento, que: " con fecha 14 de octubre de 2016, la empleadora Cesar, en su declaración empresarial de la situación de riesgo durante el embarazo declara que las actividades desempeñadas por la trabajadora son la recolección de aceitunas, manipulación de cargas, realizando varias horas de trabajo repetitivo y que los riesgos durante dicha situación del embarazo según la evaluación del servicio de prevención son la manipulación de cargas, la exposición a la climatología, trabajos repetitivos y caídas a distinto nivel". De manera que Cesar, como no podía ser de otra manera, conocía desde el inicio de la contratación los riesgos inherentes a la actividad que se le pretendía encomendar a la trabajadora, pues así se lo había hecho saber su propio servicio de prevención a través del oportuno informe, al que se refiere en la declaración y que obra en el expediente administrativo en los autos 50 a 71.

Al amparo del apartado C del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social denuncia la recurrente que se ha producido una vulneración de lo dispuesto en el artículo 6.4 del Código Civil, y 186, 187 y 175 del Real Decreto Legislativo 8/2015 del Texto Refundido de la Seguridad Social y los artículos 36 del Real Decreto 295/2009 toda vez que existe una contratación fraudulenta al efecto de cobrar esta prestación, ya que según las recomendaciones de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, que constan en los folios 96 y 97 de los autos, el riesgo para el embarazo en el desempeño para la actividad es a partir de las 18 semanas de gestación, de manera que no es imaginable que un empleador en su sano juicio conociendo esta circunstancia contrate a una trabajadora para coger aceitunas, que supone un riesgo para su embarazo, de manera que el riesgo ya existía con anterioridad a la contratación, citando en este sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de Las Palmas, de 5 de marzo de 2015, 403/2015, recurso 1061 de 2014.

Por la trabajadora se impugna tal recurso de suplicación señalando que no ha lugar a lo solicitado con relación a la adición y modificación fáctica, toda vez, que primero por razones de economía procesal, la adición no conduce a nada práctico, y por otra parte, la fecha de presentación de la solicitud que señala el impugnante se recoge de forma correcta en el fundamento de derecho tercero con valor fáctico, con fecha 19 de octubre. De otro lado, con relación al nuevo hecho probado también consta en el fundamento de derecho primero de la sentencia, que el empresario 9 días después de realizarse la contratación, emitió información empresarial sobre de riesgo para el embarazo que obra en el folio 49 de las actuaciones, de manera que ya se contiene también en dicho fundamento de derecho con indudable valor fáctico. Con relación a la infracción normativa señalada considera que no existe un fraude de ley en la actuación del demandante al solicitar la prestación por riesgo para el embarazo, pues a la fecha de contratación ya existía riesgo para la madre y para el feto para la realización de los trabajos para los que fue contratada por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, sin embargo, la recurrente no señala qué concreta infracción se comete por la juzgadora a quo, en relación en relación con los preceptos mencionados de la Ley de la Seguridad Social que cita en su recurso, sin que pueda presumirse el fraude y se basa, además, en una valoración de la prueba que corresponde al Juez de instancia, no debiendo olvidarse que la demandante además ya había sido contratada por la misma empresa para la realización de la campaña de recogida de uvas entre el 10 de julio de 2015 y el 26 de agosto de 2015, obviamente, encontrándose ya en esas fechas en estado de gestación, finalizando este primer periodo laboral con casi 18 semanas de gestación, de manera que la actora fue contratada por la empresa para cubrir las necesidades de ésta, que al tratarse de una empresa agrícola viene determinada por las diferentes campañas de recolección de frutos, como así lo acreditan los periodos para los que fue contratado por la empresa, coincidentes con los periodos de campaña de recolección, de ahí que no exista el fraude de ley denunciado ni en la solicitud de riesgo para el embarazo ni tampoco en la contratación. De otra parte, señalada la impugnante, la Mutua recurrente deniega la prestación solicitada por la demandante, con base en el artículo 31.2 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, como consta en el fundamento de derecho de la resolución dictada por la mutua frente a la que se puso reclamación previa que lo relaciona con el puesto de trabajo directamente desempeñado por la recurrente que es la recolección de las aceitunas, de manera que no existiendo otro riesgo que no sea la de este puesto de trabajo, entiende que procede la desestimación del recurso de suplicación presentado.

Segundo.

Según se acaba de exponer, la postura de la Mutua es contradictoria, por cuanto que por un lado reconoce que los hechos no son controvertidos según se deduce de los hechos probados y del fundamento jurídico tercero, con idéntico valor, mientras que por otro lado pide una revisión fáctica, a la que no se puede acceder, toda vez que ya viene admitida en el f. jdco. Tercero como se razona de modo relevante en la sentencia impugnada y que además nula trascendencia tendría en cuanto a lo que se fuera a resolver. De otro lado, la adición que se pretende en el motivo segundo consideramos, que es admitida por las partes cual es que la empleadora, Cesar en su declaración empresarial de la situación de riesgos declara que las actividades desempeñadas por la trabajadora se refieren a la recolección de aceituna, manipulación de cargas, lo que constituye un riesgo para el embarazo tal y como se señala por el servicio de prevención de riesgos, en declaración que se lleva a cabo el 14 de octubre, lo que considera la recurrente que acreditaría el fraude. Entendemos que por tal motivo y constar en la documental no impugnada y valorada en la sentencia, según se desprende del f. jdco. Tercero de la misma es por lo que carece de sentido su adición.

Tercero.

Respecto del fraude alegado, que constituiría el nudo gordiano de la cuestión que nos ocupa y en función de los hechos probados que se pretenden adicionar, ha señalado la STS 12 de mayo de 2009 (rec.2.497/2008) que tradicionalmente se ha mantenido que la facultad para valorar la conducta de las partes corresponde al Juez de Instancia, al fijar los hechos probados y razonar en sus fundamentos lo que le ha llevado a tal convicción (art. 97.2), en valoración y juicio que no podrán ser revisados en el recurso extraordinario de suplicación (art. 190 LPL), y tal y como recuerdan las sentencias de esta Sala de 6 de febrero y 10 de marzo de 2004, 17 de octubre de 2005 y 3 de junio de 2014 y la del Tribunal Supremo de 12 mayo de 2009. La apreciación del fraude de ley corresponde, de modo primordial, al juzgador de instancia, dada la inmediatez que caracteriza a la fase procesal en que actúa y, como consecuencia, ser el órgano jurisdiccional que, además de ostentar la facultad, que a la vez es un deber, de evaluar todos los elementos de convicción, mejor puede detectar la apariencia de legalidad bajo la cual puede ocultarse la intención de quien pretende valerse de aquélla con una finalidad contraria a la propia normativa de la que se ha hecho uso, o excluir la voluntad ilícita al respecto, debiendo, en consecuencia, ser mantenida por la Sala, en trámite de suplicación, la conclusión sentada por el juzgador "a quo", habida cuenta del carácter extraordinario de dicha impugnación que, como es sabido, no constituye una segunda instancia, de no resultar contraria al criterio humano o desvirtuados los hechos que sirven de soporte a dicha convicción. Debe tenerse en cuenta que la sentencia citada de 5 de marzo de 2015 se trataba de un alta en el RETA no de trabajadores por cuenta ajena, y que el no contratar a una determinada persona por su embarazo, que es propio de uno de los sexos, podría dar lugar una discriminación por esta razón, lo que podría constituir una vulneración del artículo 14 de la Constitución Española, contratación de la que posteriormente arrancarían el presunto fraude denunciado, especialmente de una trabajadora que ya había sido contratada en otras ocasiones por la empresa.

FALLAMOS

Que en atención a lo expuesto debemos de desestimar y desestimamos el recurso de suplicación presentado contra la sentencia citada en el primer fundamento jurídico de ésta, y en su virtud la debemos de confirmar y confirmamos.

Se condena a la recurrente a la pérdida del depósito que efectuó para recurrir, así como a las costas del recurso, en las que se incluirán los honorarios del Letrado de la impugnación en cuantía de 400 euros.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER Nº 1131 0000 66 03617, debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio.

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.

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.