

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA**

Sentencia de 22 de marzo de 2019

Sala de lo Social

Rec. n.º 4479/2018

SUMARIO:

Prestación por riesgo durante el embarazo. ATS/DUE que presta sus servicios en una ambulancia. Indevida denegación por la mutua. Ejercicio por la actora de tutela resarcitoria por vulneración de un derecho fundamental. En el caso analizado, existen indicios suficientes de discriminación, al existir otras trabajadoras comparables con la actora a quienes sí se reconoció por la mutua la prestación, sin que esta haya acreditado la existencia de causa objetiva y razonable que justificara la decisión adoptada. Procede el abono de indemnización por vulneración de un derecho fundamental, tomándose como referencia para la cuantificación el montante establecido por la LISOS en relación con las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales (no observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia). En atención a las circunstancias concurrentes y como compensadora del daño moral causado, procede condenar a la mutua al abono de 120.000 euros (y no a la cantidad de 187.515 fijada por el juzgado de lo social), ya que la actividad desempeñada no es especialmente peligrosa, en ningún momento vinculó la trabajadora su petición a la pérdida del feto y no consta un elevado número de trabajadores afectados ni la existencia de advertencias o requerimientos previos en relación con esta cuestión. No procede decretar la nulidad de actuaciones por existencia de litisconsorcio pasivo necesario, ya que el interés de la empresa fue meramente reflejo, habida cuenta de que en todo momento actuó de acuerdo con lo pretendido por la trabajadora emitiendo los informes y certificados requeridos, sin que tampoco pueda apreciarse la existencia de responsabilidad prestacional por una infracotización que nadie ha alegado.

PRECEPTOS:

Ley 36/2011 (LRJS), arts. 96.1, 178.2, 181.2 y 184.

RDLeg. 5/2000 (Infracciones y sanciones en el Orden Social), arts. 13.1, 39.3 y 40.1 c) y 2.

PONENTE:

Doña Raquel María Naveiro Santos.

Magistrados:

Doña ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Don EMILIO FERNANDEZ DE MATA

Doña RAQUEL MARIA NAVEIRO SANTOS

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO (-FF-)

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 27028 44 4 2015 0002135

Equipo/usuario: MF

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0004479 /2018

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000696 /2015

Sobre: INCAPACIDAD TEMPORAL

JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de LUGO

RECURRENTE/S D/ña FREMAP, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES Nº 61

ABOGADO/A: MARIA LOS ANGELES GOMEZ LAGE

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL , Amanda

ABOGADO/A: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL , MARIA JOSE SOTO CANCELA

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , ,

ILMA. SRA. D^a ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ
ILMO. SR. D. EMILIO FERNANDEZ DE MATA
ILMA. SRA. D^a RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a veintidós de marzo de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, 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

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0004479/2018, formalizado por LA LETRADA DOÑA MARÍA DE LOS ANGELES GÓMEZ LAGE, en nombre y representación de FREMAP, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES Nº 61, contra la sentencia número 194/2019 dictada por EL XDO. DO SOCIAL N. 3 de LUGO en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000696/2015, seguidos a instancia de DOÑA Amanda frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y FREMAP, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES Nº 61 representada por LA LETRADA DOÑA MARÍA DE LOS ANGELES GÓMEZ LAGE, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D^a RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero :

D^a Amanda presentó demanda contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y FREMAP, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES Nº 61, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 194/2019, de fecha veintidós de junio de dos mil dieciocho

Segundo :

En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: Primeiro. Amanda , maior de idade, presta servizos por conta e orde da "Fundación de urxencias sanitarias se Galicia 061", coa categoría profesional de ATS/DUE asistencial 061, realizando as súas labores profesionais nunha ambulancia medicalizada e sendo a súa base de cotización para continencias profesionais de 3606 euros. A devandita continxencia está cuberta por FREMAP. Segundo. O 19 de xuño de 2015 Amanda , de 10 semanas de embarazo, solicitou a FREMAP o certificado médico sobre a existencia de riscos de embarazo. O 23 de xuño de 2015 emitiuse pola médica da mutua un certificado no que se indicaba que "no se evidencia que se encuentre sometida en la fecha de la emisión de este certificado a condiciones de su puesto de trabajo que pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del feto". A traballadora presentou un escrito solicitando a revisión da decisión que non foi contestado. Terceiro. O 16 de xuño de 2015 polo médico adscrito ao servizo de prevención de riscos laborais emitiuse un certificado no que se indicaba que non existía a posibilidade de cambio de posto de traballo e que o posto desempeñado por Amanda como enfermeira asistencial supuña riscos para o embarazo ou lactación natural os seguintes:

- Exposición a axentes biolóxicos.
- Turnicidade e nocturnidade.
- Manipulación manual de cargas.
- Desprazamentos en vehículos (choques, vibracións).
- Posturas forzadas (flexións de tronco).
- Bipedestación prolongada.
- . Subir e baixar escaleiras.

A empresa, na mesma data, certificou a imposibilidade de adaptación do posto de traballo. Consta o plan de prevención de riscos laborais para o posto de ATS/DUE nos folios 523 e ss dos autos, cuxo contido se dá por integramente reproducido. Cuarto. Amanda foi atendida no SERGAS a fanais de maio de 2015 (día 21 ou 29) por unha ameaza de aborto, optando por non coller a IT a pesar da recomendación médica. Ao longo dos mes de xuño, a traballadora acudiu a varias citas médicas no servizo público de xinecología, nas que non se apreciou ningún problema no feto nin na evolución do embarazo. O 10 de xullo de 2015, produciuse o aborto do feto.

Quinto. Amanda formulou unha denuncia ante a Inspección de Traballo que deu lugar á instrución dun expediente que consta nos folios 68 e ss dos autos e cuxo contido se dá íntegramente por reproducido. Sexto. FREMAP accedeu á prestación por risco de embarazo a diferentes traballadoras da empresa "Fundación de urxencias sanitarias se Galicia 061" que estaban na semana 8 e 20 de xestación (2 de elas na semana 8º de xestación e que tiñan a categoría de médica e ATS/DUE e unha na semana 20 e que tiña a categoría de médica). Sétimo. FREMAP ten concertado un seguro de responsabilidade civil coa empresa MAPFRE. Oitavo. Formulouse reclamación previa.

Tercero :

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: 1. Acollo parcialmente a demanda formulada por Amanda contra FREMAP de tal xeito que: Declaración o dereito á prestación de risco de embarazo da traballadora con efectos do 19 de xuño de 2015. Condeno a FREMAP a que indemnice a Amanda na cantidade de 187515 euros. 2. Absolvo a Amanda e toda petición na súa contra neste procedemento.

Cuarto :

Frente a dicha sentencia se anunciou recurso de suplicación por FREMAP, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES Nº 61 formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte DOÑA Amanda .

Quinto :

Elevados por el Juzgado de lo Social NÚMERO TRES DE LUGO de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha SIETE DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECIOCHO.

Sexto :

Admitido a trámite el recurso se señaló el día VEINTIUNO DE MARZO DE DOS MIL DIECINUEVE para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La parte actora , Dña. Amanda , formula demanda en la que solicita de forma acumulada la declaración de su derecho a la prestación de riesgo de embarazo, así como una indemnización de 300.000 € derivada de la existencia de discriminación (vulneración de su derecho fundamental a la igualdad del art 14 de la CE) por la indebida denegación del derecho a la prestación anterior. Por la Mutua Fremap se opone a la demanda alegando las excepciones de indebida acumulación de acciones, y de litisconsorcio pasivo necesario, así como oponiéndose al fondo del asunto por no existir la pretendida vulneración. La sentencia de instancia, de fecha 22 de junio de 2018 si bien por error recoge 22 de junio de 2019, desestima ambas excepciones y estima parcialmente la demanda presentada; reconoce el derecho de la actora a la prestación por riesgo de embarazo con efectos del 19 de junio de 2015,y que la Mutua Fremap indemnice a la actora en la cantidad de 187.515 € . Frente a dicho pronunciamiento se alza la Mutua Fremap y formula recurso de suplicación en el que solicita que previa estimación del mismo se declare la nulidad de la sentencia de insntaica , debiendo retrotraerse los autos a las actuaciones previas a la celebración del acto de la vista por los motivos expuestos en los motivos primero y segundo de su recurso; de forma subsidiaria que se declare que no ha existido vulneración alguna del derecho a la igualdad ni trato discriminatorio en la actuación de la Mutua demandada , no procediendo indemnización a la

trabajadora; de forma subsidiaria , y de admitirse que estamos ante la vulneración de un derecho fundamental, que se fije la indemnización en 6251 €. El motivo ha sido impugnado por la actora , quien solicita la desestimación.

Segundo.

En sus dos primeros motivos de recurso la recurrente solicita, al amparo del art. 193 a) de la LRJS , la nulidad de actuaciones alegando por un lado la indebida acumulación de acciones, y por otro lado , la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario. La parte actora impugna ambos motivos de recurso señalando que la sentencia de instancia ha resuelto correctamente ambas cuestiones.

Para resolver ambas peticiones hemos de partir de la consideración de que la nulidad de actuaciones es siempre un remedio de carácter excepcional al que debe acudirse cuando efectivamente se haya producido una vulneración de normas procesales esenciales que no sea posible subsanar por otros medios y que tal infracción haya producido indefensión a la parte que la denuncia. El Tribunal Constitucional ha venido declarando, (entre otras en sentencias SSTC 70/1984 , 48/1986 , 89/1986 , 98/1987 y 140/1996) que el concepto de indefensión con relevancia constitucional no coincide necesariamente con cualquier indefensión de carácter meramente procesal, ni menos todavía puede equipararse la indefensión con dimensión constitucional con cualquier infracción de normas procesales que los órganos judiciales puedan cometer. Para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24.2 CE se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones para que le sean reconocidas.

Por ello no existe indefensión conducente a la nulidad de actuaciones peticionada cuando "no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa" y tampoco cuando "ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos", por lo que "no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado", de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquélla resulta imputable a su propia conducta (SSTC 135/1986 ; 98/1987 ; 41/1989, de 16 febrero ; 207/1989 ; 145/1990, de 1 octubre ; 6/1992 ; 289/1993).

Por lo tanto para dar una respuesta hemos de examinar no sola la infracción que se dice cometida sino también si se ha producido una indefensión de la parte que invoca la nulidad , entendida esta como un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción. Así pues para apreciar tal vulneración y estimar la pretensión de nulidad es necesario: a) Que se haya infringido una norma procesal; b) Que se cite por el recurrente el precepto que establece la norma cuya infracción se denuncia; c) Que se haya formulado protesta en tiempo y forma, pidiendo la subsanación de la falta, con el fin de que no pueda estimarse consentida d) Que el defecto no sea invocado por la parte que lo provoca, pues sólo el perjudicado puede denunciar el defecto y e) Que la infracción de la norma procesal haya producido indefensión (ex art. 24.1 CE)

Partiendo de estas premisas comenzaremos por el examen del litisconsorcio pasivo necesario alegado y seguiremos por la indebida acumulación de acciones.

La figura del litisconsorcio pasivo necesario tiene su finalidad en que el litigio ha de tramitarse con todos aquéllos que pudieran resultar afectados por la sentencia, fundamentándose dicho principio en la veracidad de la cosa juzgada, en la extensión de sus efectos, en que nadie puede ser condenado sin ser oído y en la necesidad de evitar fallos contradictorios, lo que se traduce que han de acudir al pleito, y ello con independencia de como sean llamados todos los interesados. Ahora bien, necesariamente ha de matizarse el interés de los supuestos litisconsortes, distinguiendo entre un interés directo y un interés indirecto o reflejo , siendo preciso en el pleito la presencia de los primeros pero no de los segundos, y ello porque la justificación más importante de esta figura, ha de buscarse, como presupuesto, en la situación jurídico-material controvertida en el pleito, con presencia de todos los interesados de modo directo en ellas, únicos que pueden ser considerados como litis consortes pasivos necesarios pues si los efectos hacia un tercero se producen con carácter reflejo o indirecto, por una simple

conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario.

Esta la conclusión que se obtiene de la lectura del cuerpo de doctrina jurisprudencial creada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en relación a la figura del litisconsorcio pasivo necesario, del que, tal como se recuerda en la sentencia de 25 de abril de 2.012 (rec. , con cita de la del mismo Tribunal de 2 de marzo de 2007 ha señalado que: "A falta de normativa específica, la Sala Cuarta de este Tribunal creó un cuerpo de doctrina jurisprudencial acerca de la figura del litisconsorcio pasivo necesario, de la que dan noticia las sentencias de 26.9.1984 , 3.6.1986 , 1.12.1986 , 15.12.1987 y 27.7.2001 , así como las sentencias de la Sala Primera de 3.7.2001 y 1.12.2001 , pero el nuevo texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), facilita en el artículo 12.2 los materiales precisos para apreciar la esencia de esta figura, al establecer que "Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa", lo que implica la necesidad de llamar al proceso a cuantos puedan resultar afectados en sus derechos e intereses por la resolución que se dicte, bien porque tal llamamiento venga impuesto por mandato legal, bien porque, dada su relación con el objeto de controversia, sean titulares de la relación jurídico-material controvertida; se trata, en definitiva, de evitar la indefensión a que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución si el interesado llegara a verse afectado por la resolución judicial dictada en un litigio al que no fue llamado. Precisamente la garantía constitucional aludida apunta la posibilidad de la apreciación de oficio del litisconsorcio y así se dice de manera explícita en la sentencia de esta Sala de 16 de julio de 2.004, rec. 4165/2003), al proclamar que "ello exige que el juzgador la aprecie de oficio antes de admitir la demanda a trámite aplicando la previsión del artículo 81 de la LPL en relación con el artículo 80.1 b); y si en ese momento le ha pasado inadvertido el defecto deberá, en el momento en que tome conciencia de él o le sea señalado por las partes, anular las actuaciones para que se subsane la demanda y se constituya correctamente la relación jurídico-procesal. La necesidad de esa actuación judicial de oficio encuentra su razón de ser en que el litisconsorcio pasivo necesario o, en otros términos, la correcta configuración de la relación jurídico-procesal, es una cuestión que por afectar al orden público (STC 165/1999) queda bajo la vigilancia de los tribunales y obliga al juzgador a preservar el principio de contradicción y derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de quienes deben ser llamados al proceso como parte"; esa misma doctrina late también en las sentencias del Tribunal Constitucional 118/1987 , 11/1988 y 87/2003 , añadiendo que no se trata de una mera facultad, sino de una auténtica obligación legal del órgano judicial."140/2011).

En definitiva y por todo ello la jurisprudencia exige, para su apreciación que entre los litisconsortes exista un nexo común, o lo que es lo mismo, una comunidad de riesgos procesal, nacida de vinculaciones subjetivas resultantes de los derechos deducidos en juicio, de modo que puedan preverse que todos ellos quedarán afectados por la resolución de manera directa y no refleja. Así la jurisprudencia siempre ha destacado que no basta la existencia de mero interés en el resultado de litigio para que haya que demandar a todos lo que a que acrediten ese mero interés ya que un resultado reflejo no ampara la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, siendo doctrina jurisprudencial reiterada y constante que no son litisconsortes necesarios aquellos que se vean afectados por la sentencia que se dicte de modo indirecto, reflejo o prejudicial

En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala de suplicación en sentencia de 18 de julio de 2017 , o la 4 de noviembre de 2010, rec. 422/2007 , indicando en esta última que para que concurra el litisconsorcio necesario, a tenor del artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , es preciso que por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, ya que, como sostiene la sentencia 266/2010, de 4 mayo , con cita de las de 16 diciembre 1986 , 28 diciembre 1998 y 28 junio 2006 " se exigen conjuntamente como requisitos para la existencia de la figura del litisconsorcio pasivo necesario, los siguientes: a) Nexos común entre presentes y ausentes que configura una comunidad de riesgo procesal; b) Que ese nexo, sea inescindible, homogéneo y paritario; y c) Que el ausente del proceso no haya prestado aquiescencia a la pretensión del actor" ; y añade lo siguiente: "la característica del litisconsorcio pasivo necesario, que provoca la extensión de la cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico- material sobre la que se produce la declaración, pues, si no es así, si los efectos a terceros se producen con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, entonces la intervención del tercero en el litigio podrá ser voluntaria o adhesiva, mas no forzosa ..."

Pues bien, trasladando esta doctrina al caso de autos entendemos que el interés de la empresa , en este concreto caso , es meramente reflejo habida cuenta que en todo momento la misma actuó de acuerdo con lo pretendido por la actora, emitiendo los informes y certificados requeridos, y tampoco se aprecia que exista una responsabilidad prestacional ya que nadie ha alegado cuestiones de infracción . Por lo tanto la llamada al pleito de la empresa sería en calidad de interviniente adhesivo simple, postura similar a la del litisconsorte pasivo voluntario, adhesivo o simple, de tal forma que su ausencia en el litigio no puede suponer la estimación de una excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Y mucho más en el momento actual en el que el recurso se ciñe . exclusivamente, a discutir la condena a la Mutua en relación con la pretensión de lesión de un derecho fundamental o libertad pública , puesto que nada se discute en vía de recurso en relación con la prestación por riesgo de embarazo, siendo la sentencia firme ya en este punto. Por lo tanto retrotraer los autos al momento del juicio para ampliación de la demanda para llamar al proceso a la empresa, - además de no ser necesario como hemos explicado- sería excesivamente gravoso, ya que está claro que en la única acción ahora discutida (vulneración de derecho fundamental) el sujeto lesionado puede dirigir su acción directamente contra el sujeto que entienda responsable de la lesión sin necesidad de dirigirla también contra el empresario (art. 177.4 LRJS).

Por lo tanto este primer motivo de nulidad se rechaza.

Igualmente hemos de rechazar el segundo motivo ya que no se dan los parámetros para ello.

El art. 140.1 de la LRJS , en consonancia con el art. 26.6 de la LRJS , permite la acumulación , en una misma demanda, de acción relativas a prestaciones de Seguridad Social- como es la del riesgo por embarazo- con la alegación de lesión de un derecho fundamental o libertad pública , salvo que se opte por ejercitar esta última mediante la modalidad procesal de tutela. Es evidente que en el presente caso de autos la parte actora ha optado por acumular ambas acciones, lo que nos lleva tener presente que aun de procederse a dicha acumulación, se aplicarán, en cuanto a las pretensiones de tutela del derecho fundamental y libertad pública, la reglas y las garantías prevista para dichos procesos. Pues bien , dentro de esas reglas se contempla, en el art. 177.4 de la LRJS que es a la víctima a quien le corresponde "elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley". Estas clases de tutela que la ley prevé son las establecidas en el art. 182 de la LRJS , y que se concretan en:

a) Ordenar el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados. (tutela inhibitoria) .

b) Disponer el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental (tutela restitutoria)

c) así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización procedente (tutela resarcitoria).

Esta última es la que ejercita Dña. Amanda , la tutela resarcitoria, sin en ningún momento se esté planteando, como dice la recurrente, una reclamación por daños y/o perjuicios causados por o con ocasión de asistencia sanitaria de los servicios médicos de una Mutua. Son pretensiones diferentes, y la aquí ejercitada, como se desprende de la demanda, es una tutela resarcitoria por vulneración de un derecho fundamental para la que la jurisdicción social es plenamente competente para conocer - art. 2.f) LRJS - . Por ello, en caso de no concurrir los requisitos para la estimación de esta pretensión de tutela resarcitoria, la consecuencia sería la desestimación de la demanda en este punto, pero no la retroacción de las actuaciones al momento del juicio para efectuar una opción, que insistimos, en este caso es innecesaria ya que se tratan de acciones acumulables.

Por lo tanto se rechazan estos dos primeros motivos de recurso.

Tercero.

A continuación, por la vía del art. 193 c) de la LRJS , la recurrente alega la infracción del art. 14 de la CE alegando que en ningún momento se ha producido discriminación ya que aun cuando se le reconoció a otras trabajadoras compañeras de la actora existe, en el presente supuesto una causa objetiva y razonable que justifica la diferencia de trato , cual es una causa médica personal de cada trabajadora , que exige la norma sea valorada a la hora del reconocimiento de la existencia de riesgos durante el embarazo.

La parte actora se opone señalando que existen indicios de discriminación sin que se haya acreditado por la Mutua la existencia de una causa objetiva para la denegación de la prestación.

Para resolver este motivo hemos de partir del contenido de dos normas procesales, en concreto del art. 96 .1 de la LRJS y el art. 181.2 LRJS de aplicación a cualquier tipo de procedimiento en el que se alegue la vulneración de derechos fundamentales, y por lo tanto cuando se alega la vulneración de la garantía de indemnidad, tal como se desprende del art. 184 en relación con el art. 178.2 de la LRJS. Y así el legislador dispone que " una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y su proporcionalidad".

Tal precepto viene a ser la cristalización positiva de una elaborada doctrina jurisprudencial que admitiendo la dificultad que existe en ocasiones de acreditar de forma plena la existencia de un hecho, era necesario en supuesto en los que el bien jurídico protegido es de especial relevancia establecer unas reglas probatorias especiales a fin de facilitar la labor de la parte que ostenta la carga de la prueba. Y si bien en un principio del TC estableció que bastaba con la mera alegación de la vulneración del derecho por parte del trabajadora para proceder al traslado de la carga de la prueba al empleador, posteriormente matizó su postura en el sentido de fijar que la traslación de la carga de la prueba al empleador no tiene lugar en todo caso, sino que su aplicación requiere que el trabajador hubiera aportado indicios "suficientes", que actúen como principios de prueba dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto del acto empresarial y lleven al órgano judicial a sospechar que, bajo su apariencia objetiva, se oculta una intención discriminatoria o lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, mecanismo que finalmente, como hemos visto, ha sido recogido por el legislador, y todo ello con una finalidad: la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre).

Así pues el contenido del art 181.2 LRJS refleja la doctrina construida por el Tribunal Constitucional (entre otras STC 171/2005, 16/2006, 120/2006, 138/2006, 76/2010) en la que dicho Tribunal señala que el mecanismo de la prueba indiciaria se articula en un doble plano: El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre). Bajo esas circunstancias, el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión (SSTC 293/1993, de 18 de octubre; 87/1998, de 21 de abril; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero; 30/2002, de 11 de febrero; o 17/2003, de 30 de enero).

Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.

Uno de los parámetros que el TC, y por derivación el resto de los tribunales, utiliza para entender que nos encontramos ante ese indicio o principio de prueba que ha de aportar el trabajador, es el de la comparación del demandante con otros trabajadores comparables- lo que se denomina criterio comparativo o conexión comparativa- y "comparar" cual ha sido el comportamiento del empresario- en este caso de tercero- con respecto a esos trabajadores que se encontraban en situación comparable; de tal forma que se entiende la existencia de indicios cuando a esos trabajadores comparables no se les perjudicó como se perjudicó al demandante (STC 90/1997 de 6 de mayo).

Este es el criterio utilizado por la Magistrada a quo, quien en su relato de hechos probados indica la existencia de esas trabajadoras comparables con la actora a quienes sí se les reconoció por la Mutua la prestación por riesgo de embarazo (hecho probado sexto). Y en la fundamentación jurídica rechaza todos los argumentos dados por la Mutua que al parecer se ciñeron a contra-atacar tales indicios diciendo que no eran reales. En este punto la Mutua negó que se hubiesen concedido con anterioridad esta prestación a ATS/DUE con semanas de gestación similares a la de la actora, y que sólo se le había dado a médicas; sin embargo este intento de desbaratar el indicio de la actora ha sido infructuoso a la vista del contundente hecho probado sexto en donde se recoge que no es así. No nos consta que en el acto del juicio se hubiese alegado esa diferencia objetiva y razonable cual es la causa médica personal de cada trabajadora, ni que tampoco se hubiese probado; y si así se hizo no se desprende del relato de hechos probados la existencia de una causa objetiva razonable que justificara, para el caso de Dña. Amanda, la negativa a la prestación. Tanto es así que la sentencia reconoce el derecho a la

prestación de riesgo por lactancia y la Mutua ni siquiera lo discute ya en el recurso. Por lo tanto la Mutua no ha aportado esa prueba plena y fehaciente que desvirtúa el indicio aportado por la actora por lo que igualmente este motivo de recurso ha de ser desestimado.

Cuarto.

En su último motivo de recurso, y también al amparo del art. 193 c) de la LRJS la recurrente alega la infracción del art. 40.2 de la LISOS señalando que la indemnización concedida es desorbitada en atención a los parámetros legales ya que no se puede relacionar la actuación de la parte recurrente con el aborto sufrido por la actora ni con ningún otro tipo de daño; entiende que si se considera la sanción como muy grave debería de establecerse en su grado mínimo y por lo tanto fijar la indemnización en 6.251 € conforme a lo indicado por la LISOS. La parte actora impugna el motivo señalando que nunca se vinculó la indemnización a la pérdida del feto pero que la sanción es ajustada a tenor de la gravedad de la infracción cometida.

Efectivamente en ningún momento la actora vincula la petición de indemnización a la pérdida del feto, siendo precisamente ésta una de las razones utilizadas por la Magistrada para denegar la pretensión relativa a la defectuosa acumulación de acciones, ya que no estamos ante una indemnización por defectuosa asistencia sanitaria, sino ante una indemnización derivada de una vulneración de un derecho fundamental. Y en este supuesto basta con que se acredite tal vulneración para que surja el derecho a ser resarcido por el mismo. Así se desprende de la STS de 5 de febrero de 2013, rec. 89/2012 que haciéndose eco de la STC 247/2006 de 24 de julio señala: " En resumen: lo que el TC afirma es que la cuantificación del daño o perjuicio derivado de la conducta infractora del derecho fundamental en cuestión se puede y debe basar en las propias características (gravedad, reiteración y otras circunstancias concurrentes) de dicha conducta infractora, que ha sido objeto de prueba en el proceso. Y, a partir de ahí, el propio FJ 7 añade que esos daños pueden ser tanto "económicos perfectamente cuantificables como daños morales..., de más difícil cuantificación pero cuya realidad (en el caso) no puede negarse", concretando que, entre esos daños morales, la demandante de amparo "sufre un daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole".

A continuación, en el mismo FJ 7, el TC hace otra afirmación de gran importancia: que es válido y razonable tomar como referencia para cuantificar la indemnización debida el montante de la sanción establecida para la infracción del derecho fundamental en cuestión por la LISOS (Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), revalidando así la doctrina del TS también en este punto (un ejemplo reciente de aplicación de ese instrumento referencial de la LISOS en STS de 15/2/2012, Rec. Cas. 67/2011). "

Con mayor razón ha de aplicarse esta postura en el momento actual en el que ya está vigente el art. 183.2 de la LRJS y que según la jurisprudencia actual obliga a la fijación de indemnización por tal daño moral determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa", admitiéndose como pauta válida la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas, criterio que ha sido considerado idóneo y razonable (STS de 15 de febrero de 2012 (Rec. 67/2011) precitada y 8 de julio de 2014 rec. 282/2013).

Este el parámetro al que acude la Magistrada a quo, y que con ella entendemos ajustado a derecho. Ahora bien, si se aplica la LISOS ha de ser aplicada correctamente y si bien la Magistrada a quo indica que aplica el art. 40.2, y éste es el precepto que también discute como infringido la recurrente, lo cierto es que la sentencia de instancia no aplica dicho apartado del art. 40 de la LISOS, sino que aplica el art. 40.1. en su apartado c) que dispone que " Las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, en materia de Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 siguiente, en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, excepto las que se refieran a materias de prevención de riesgos laborales, que quedarán encuadradas en el apartado 2 de este artículo, sí como las infracciones por obstrucción se sancionarán:....c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo de 6.251 a 25.000 euros, en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros, y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros " Dicho esto está claro que ha de acudirse, porque así lo dice la Magistrada y nadie lo discute, al art. 40.2 LISOS relativa a las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, estableciendo la norma que se sancionarán:

"a) Las leves, en su grado mínimo, con multa de 40 a 405 euros; en su grado medio, de 406 a 815 euros; y en su grado máximo, de 816 a 2.045 euros.

b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 2.046 a 8.195 euros; en su grado medio, de 8.196 a 20.490 euros; y en su grado máximo, de 20.491 a 40.985 euros.

c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 40.986 a 163.955 euros; en su grado medio, de 163.956 a 409.890 euros; y en su grado máximo, de 409.891 a 819.780 euros."

Una vez determinado que es el apartado 2 del art. 40 de la LISOS debemos de acudir al correspondiente cuadro de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales (art. 11 a 13 de la LISOS) , siendo la infracción en la que tiene una mejor encaje la situación que nos ocupa la prevista el art. 13.1. de la LISOS que contempla como infracciones muy graves , en su punto nº 1, -" no observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia " . Por lo tanto no nos movemos entre 6.251€ y 187.515 €, sino que nos movemos entre 40.986 € y 819.780 €.

Finalmente una vez que se ha establecido la sanción aplicable procede utilizar otra pauta que la Magistrada a quo omite , que es la establecida en el art.39 de la LISOS , que señala que las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores podrán imponerse en los grados mínimo, medio y máximo , atendiendo a los parámetros que a continuación fija el propio art. 39 de la LISOS , y que concreta para las sanciones por infracción en materia de prevención de riesgos laborales en su apartado 3. Y atendiendo a tales criterios entendemos que procede aplicarla en el grado mínimo dentro del máximo (40.986 a 163.955 €) y ello porque la actividad desempeñada en el centro de trabajo no es especialmente peligrosa, no podemos hablar de graves de los daños producidos en conexión con la pérdida del feto ya que no se ha acreditado tal conexión , no consta un elevado número de trabajadores afectados, ni la existencia de advertencias o requerimientos previos en relación a esta cuestión . Y a su vez dentro de esas cantidades legalmente establecidas entendemos que procede acudir a una cantidad media en atención a las circunstancias concurrentes y como compensadora del daño moral causado. Es por ello que establecemos dicha indemnización en 120.000 € lo que ,entendemos, supone una estimación parcial del recurso presentado, ya que si bien no atendemos a fijar la indemnización en los 6.251 € peticionados por la Mutua , sí modificamos la cantidad indemnizatoria fijada en sentencia.

Quinto.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 235 LRJS y 229 LRJS no procede imponer la condena en costas, y procede decretar la devolución a la Mutua del depósito que hubiese consignado por recurrir.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación formulado por la Abogada Dña. María de los Ángeles Gómez Lage, actuando en nombre y representación de la MUTUA FREMAP, contra la sentencia de fecha veintidós de junio de dos mil dieciocho , dictada en autos 696/2015 , seguidos a instancia de DÑA. Amanda contra el INSS, TGSS, y la Mutua recurrente, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, revocamos parcialmente la misma en el único punto de fijar la indemnización en ciento veinte mil euros - 120.000 €- manteniendo en su integridad el resto de los pronunciamientos de instancia.

Sin costas. Devuélvase a la Mutua recurrente el depósito que hubiere realizado para recurrir

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

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

sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 37 **** ++).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACIÓN . Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. 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.