

Sentencia T.S.J. Asturias 295/2012, de 3 de febrero

RESUMEN:

Prestaciones por riesgo durante el embarazo: Conductora de autobús. No consta la existencia de riesgos específicos durante el embarazo al momento de la solicitud y que únicamente se desaconseja la exposición a los inherentes a su puesto de trabajo una vez que haya avanzado la gestación, en particular y aproximadamente a partir de la vigésimo sexta semana.

OVIEDO

SENTENCIA: 00295/2012

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIALOVIEDO

C/ SAN JUAN N.º 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax:985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2011 0102953

402250

TIPO Y N.º DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002885 /2011

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000288/2011 JDO. DE LO SOCIAL n.º001 de OVIEDO

Recurrente/s: Marí Jose

Graduado/a Social: BEATRIZ IGLESIAS MARTINEZ

MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DSE TRABAJO, INSS INSS, TRANSPORTES UNIDOS DE ASTURIAS S.A. (TUA S.A.)

Recurrido/s: MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DSE TRABAJO, INSS, TRANSPORTES UNIDOS DE ASTURIAS S.A. (TUA S.A.)

Abogado/a: SONSOLES SUEIRO LEMUS, LETRADO SEGURIDAD SOCIAL

Sentencia n.º 295/12

En OVIEDO, a tres de Febrero de dos mil doce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Iltmos Sres. D. EDUARDO SERRANO ALONSO, Presidente, D.ª MARIA ELADIA FELGUEROSO FERNANDEZ Y D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ y, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002885/2011, formalizado por la Graduado Social D.^a BEATRIZ IGLESIAS MARTINEZ, en nombre y representación de D.^a Marí Jose, contra la sentencia número 428/2011 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N.1 de OVIEDO en el procedimiento DEMANDA 0000288/2011, seguidos a instancia de Marí Jose frente a MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DSE TRABAJO, INSS, TRANSPORTES UNIDOS DE ASTURIAS S.A. (TUA S.A.), siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-D.^a Marí Jose presentó demanda contra MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DSE TRABAJO, INSS, TRANSPORTES UNIDOS DE ASTURIAS S.A. (TUA S.A.), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 428/2011, de fecha veintitrés de Septiembre de dos mil once.

Segundo.-En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1.º- La demandante, Marí Jose, afiliada a la Seguridad Social con el número NUM000, presta servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa Transportes Unidos de Asturias S.A. desde el 9 de junio de 2.004, con la categoría profesional de conductor perceptor, realizando la ruta urbana Línea 2, en turno irregular de mañanas, de 5,45 a 13,45 horas; de 6,30 a 14,30 horas y de 7,15 a 15,15 horas. La duración del recorrido desde salida a destino es aproximadamente de cuarenta y cinco minutos y la parada entre servicio y servicio oscila entre cinco y diez minutos. La empresa demandada tiene suscrito convenio para el aseguramiento de las contingencias profesionales con la Mutua Gallega.

2.º- En fecha 3 de enero de 2.011 el servicio público de salud emite informe en el que se certifica que la actora gestante, en ese momento, no presenta ninguna patología obstétrica o patología asociada a su embarazo, señalando que la edad gestacional es de 7 semanas y que la fecha prevista del parto cronológicamente es el 24 de agosto de 2.011, señalando que en ese momento no se dispone de ecografía. El día 4 de enero de 2.011 presenta a la Mutua Gallega la solicitud de certificación médica por riesgo durante el embarazo señalando que no existe posibilidad de adaptación del puesto de trabajo, acompañando certificado de la empresa emitido el día 30 de diciembre de 2.010 en el que se hace constar tal circunstancia. Aportó, igualmente, la declaración empresarial sobre descripción y exposición a riesgos durante el embarazo o lactancia natural dónde se hacía constar, dentro del apartado riesgo por condiciones de trabajo, carga física y riesgo postural, manejo repetitivo de pesos, arrastre y empuje por giros de volante continuo durante 8 horas; riesgo por turnos y/o nocturnidad y otros riesgos no especificados en los apartados anteriores aumento de perímetro abdominal: riesgo de golpes y dificultad para acceder a servicios higiénicos durante la jornada de trabajo. En el anexo II se hacía referencia a la evolución específica realizada por el servicio de prevención Grupo MGO S.A. elaborado el 30 de diciembre de 2.010 en el que se hacía constar: -- Factores organizacionales y psicosociales:

- horarios y turnos: turno de mañana de 5,45 a 13,45, 6,30 a 14,30 y 7,15 a 15,15 (turno irregular)

- existencia de factores estresantes: Presión de tiempo en la ejecución de la tarea (cumplimiento horario de la línea asignada); complejidad de la tarea (la propia de la conducción de un vehículo pesado en entorno urbano; consecuencia de los errores (en caso de accidente de tráfico repercusiones sobre los pasajeros y otros usuarios de la vía)
- tareas del puesto: conducción el 100% de la jornada laboral, sin posibilidad de abandonar la tarea voluntariamente y realizando la tarea en solitario
- Agentes físicos:
 - ruido: el propio del vehículo y el tráfico rodado, sin ser obligatoria la utilización de EPis
 - vibraciones: existen vibraciones mano-brazo o de cuerpo entero
 - choques y movimientos bruscos: si existen choques y movimientos bruscos durante la ejecución de trabajo por arranque y frenado de vehículos, posibilidad de accidente de tráfico
 - condiciones termo-higrométricas: no concurren
 - trabajos en atmósferas a presión elevada: no
 - trabajos en minas subterráneas: no
- Carga física en el trabajo:
 - posturas y movimientos durante el trabajo: posición sentada en vehículo y sedestación mantenida sin posibilidad de variación 8 horas día, postura invariable, mantenida sin movimiento durante el 100% de la jornada
- Otros riesgos que a su juicio pueden influir negativamente: dificultad para acceder a servicios higiénicos durante las tareas en las líneas asignadas.

3.º- El día 11 de enero de 2.011 la Mutua dicta resolución del siguiente tenor literal "Estimada Señora:

Se ha recibido en esta mutua solicitud de certificación médica de riesgo durante el embarazo/riesgo durante la lactancia natural correspondiente a su puesto de trabajo en la empresa de referencia.

De la documentación aportada e información obtenida por ésta mutua, le informamos que si procede emitir la certificación solicitada:

Con efectos del 20 de junio de 2.011, ya que en el momento actual de gestación no puede ser considerado el trabajo que desempeña como actividad de riesgo, sin perjuicio de que la citada prestación de riesgo durante el embarazo pueda ser reconocida a partir de la mencionada fecha, previa solicitud y siempre que se cumplan el resto de los requisitos legalmente establecidos...". En fecha 20 de abril de 2.011 la Mutua le comunica que han advertido un error en la certificación médica emitida en enero y que la fecha de efectos queda fijada el 20 de mayo de 2.011, fecha en que cumpliría la 26 semana de gestación.

4.º- La actora, nacida el 7 de mayo de 1.974, con un mioma uterino desde el 6 de abril de 2.005, tuvo un embarazo inicialmente gemelar, perdiendo uno de los fetos por una metrorragia en fecha no conocida pero antes del 21 de febrero de 2.011. Inició situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, con el diagnóstico de amenaza de aborto el día 13 de enero de 2.011, permaneciendo en tal situación hasta el día 18 de abril de 2.011 en que es dada de alta por mejoría que permite realizar el trabajo habitual. Tras esa alta la empresa le concedió un permiso de empresa hasta el día 20 de

mayo dado su caso atípico por el aborto que había sufrido.

5.º- En el listado de riesgos con cuantificación por puesto de trabajo realizado por la empresa grupo MGO en octubre del año 2.010 y correspondiente al puesto de conductor en el área de autobuses y dentro de la operación de conducción se recogen como causas de riesgo:

n el riesgo de atraco y/o agresiones como tolerable;

n los golpes debido a la propia circulación, arranques y frenadas debido al tráfico de la línea asignada; espacio reducido en el puesto de conducción puede afectar a la situación de embarazo como moderado y como medida correctora informar a los conductores de las siguientes obligaciones: respetarán durante su utilización las normas del vigente código de circulación; siempre que se esté bajo tratamiento médico se tendrá en cuenta los posibles efectos en la conducción y se informará al superior de dicha circunstancia;

n accidentes de tráfico y atropellos al conducir vehículos como tolerable;

n el ruido ocasionado por el tráfico puede llevar a límites perjudiciales para los trabajadores, el ruido elevado del tráfico y propio del funcionamiento del vehículo puede afectar a la situación de embarazo como tolerable y como medida correctora tener en cuenta esta circunstancia a la hora de realizar los reconocimientos médicos a los trabajadores y tomar las medidas pertinentes según los resultados;

n exposición a vibraciones que pueden dar lugar a efectos perjudiciales para la salud, las vibraciones procedentes del vehículo y de la circulación en las líneas asignadas puede afectar a la situación del embarazo como moderado, como medida de control programa de mantenimiento de vehículos bien por tiempo o por kilometraje y certificado de cumplimiento de la directiva 2002/44/EC del modelo CITARO y como medida correctora prestar especial atención dentro del programa de mantenimiento de los vehículos al reglaje de motor, revisión del sistema de suspensión y revisión de los asientos para evitar que las vibraciones se transmitan al conductor;

n riesgo de padecer trastornos circulatorios por mantener la postura de sentado durante gran parte de la jornada laboral, postura sedente sostenida durante gran parte de la jornada laboral puede afectar a la situación de embarazo como moderado, como medida de control banqueta de los asientos regulables, respaldo de los asientos regulable, reposacabezas, algunos autobuses tienen el cuadro de instrumentos regulable y como medida correctora informar a los trabajadores de las siguientes recomendaciones: durante las paradas que se efectúen en el servicio es aconsejable levantarse y dar paseos o hacer ejercicios, se evitará el consumo de sustancias tales como tabaco, alcohol, etc., es conveniente hacer ejercicio después de la jornada laboral y es conveniente llevar una dieta equilibrada eliminando el consumo de grasas

n posible fatiga física o lesiones de espalda debidas a una incorrecta posición del cuerpo durante la conducción del vehículo como tolerable

n riesgo de deslumbramiento durante la conducción como tolerable

n posibilidad de no utilización por los conductores de los equipos de protección o de la indumentaria adecuada como tolerable

n disconfor térmico ocasionado por mal funcionamiento de los sistemas de climatización como tolerables, estrés y carga mental, derivados del trabajo, estrés por cumplimiento del horario de las líneas asignadas y el turno irregular puede afectar a la situación de embarazo como tolerable, como medidas de control los turnos de trabajo y periódicos de descanso son conocidos con antelación por los trabajadores y como medida correctora informar a los trabajadores que no se recomiendan jornadas de conducción mayores de 9 horas.

6.º- En la evaluación de niveles de presión acústica en dosimetría realizada por el servicio de prevención de la empresa se concluye que en el puesto de trabajo de conductor no se sobrepasa el valor límite establecido en el Real Decreto 286/2006. El nivel diario debe ser inferior a 80 decibelios y el nivel pico inferior a 135 dcb. En el puesto de conductor 530 ese nivel diario es de 69,80 decibelios y el nivel pico de 121,2 decibelios y para el puesto de conductor 530 G de 71,20 decibelios en el nivel diario y de 117 decibelios en el nivel pico.

7.º- Los autobuses que posee la empresa tienen una antigüedad media de cinco años, son de la marca Mercedes Benz, modelo O 530 CITARO y los niveles de vibraciones longitudinales (ejes pies-cabeza) y verticales cumplen la Norma ISO 2631-1: 1.997. Poseen suspensión neumática integral y barras estabilizadoras en el eje delantero y trasero con cojines de aire y válvulas reguladoras electrónicamente de nivel.

8.º- En febrero del año en curso presentó reclamación previa frente a la mutua que fue desestimada por escrito de 15 de marzo de 2.011.

Tercero.-En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por D.ª Marí Jose contra el Instituto nacional de la Seguridad Social, la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social Mutua gallega y la empresa Transportes Unidos de Asturias S.A. absolviendo a los demandados de todas las pretensiones de la demanda."

Cuarto.-Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Marí Jose formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

Quinto.-Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 11 de noviembre de 2011.

Sexto.-Admitido a trámite el recurso se señaló el día 14 de diciembre de 2011 para los actos de votación y fallo.

Séptimo.-Se advierte que esta sentencia se firma fuera de plazo por falta de personal en la Secretaría de la Sala para su transcripción.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-Frente a la Sentencia de instancia, desestimatoria de las pretensiones deducidas en la demanda originadora del procedimiento, interpone la accionante recurso de suplicación, siendo impugnado por la Mutua y la empresa co-demandadas, que fundamenta en un único motivo contemplado en el apartado c) del artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, infracción de normas sustantivas y/o de la jurisprudencia, denunciando la vulneración de los artículos 134 y 135 de Ley General de la Seguridad Social y 26 de la Ley de prevención de Riesgos Laborales, así como de la Ley Orgánica 3/2007 y del Real Decreto 39/1997 en preceptos que, sin embargo, no cita.

Nos encontramos ante el caso de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo recogido en el apartado 5 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, que tutela aquella situación como supuesto autónomo dotado de regulación propia y generador de una nueva prestación que tiene su razón de ser en la imposibilidad técnica

ó en la inexigibilidad del traslado del puesto de trabajo de la operaria gestante cuando el ocupado habitualmente represente un riesgo para su salud o la del feto. Se trata de una situación configurada desde el precepto 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que constituye la última medida a adoptar en tales casos de existencia de riesgo laboral para el estado biológico de la trabajadora, en relación de subsidiariedad con la adaptación de las condiciones de trabajo o, en su caso, el traslado de puesto, y que opera cuando estas medidas no resulten suficientes o no puedan ser aplicadas, esto es si el cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible, ó si dicho cambio no puede razonablemente exigirse por motivos justificados. En éstos supuestos por disposición expresa de los ya citados artículos 26.3 de la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, y 48.5 del Estatuto de los Trabajadores, la operaria pasará a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y permanecerá en la misma durante todo el tiempo que subsista tal riesgo; si éste no cesa hasta el momento del parto, hasta ésta fecha subsistirá la situación protegida y el devengo de la correspondiente prestación, la cuál tiene naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales.

Segundo.-El no atacado relato fáctico de la Resolución de instancia y las afirmaciones que con indudable valor de hecho probado se plasman en su fundamentación jurídica llevan a la Magistrada de instancia, tras hacer uso de la facultades valorativas a ella atribuidas en le artículo 97 de la Ley de Procedimiento Laboral, a descartar al momento al que se contrae la solicitud de la recurrente, el 13 de Enero de 2011, la existencia factores de riesgo para el embarazo en su puesto de trabajo de conductora de autobús. Aquélla analiza con extraordinario detalle y meticulosidad todos y cada uno de tales eventuales riesgos y llega a la conclusión de que aún siendo cierto que éstos están presentes en dicho puesto, también lo es que cronológicamente no se manifiestan en el momento inicial de la gestación, sino a medida que ésta avanza, siendo pues con posterioridad cuando debe de separarse a la trabajadora embarazada de tal puesto, declarando igualmente que de la prueba documental y pericial practicadas "ha quedado acreditado que esos factores de riesgo no surgen hasta aproximadamente la vigésimo sexta semana".

A la vista del contenido del Informe emitido por el Servicio Público de Salud en fecha 3 de Enero de 2011, "en el que se certifica que la actora gestante, en ese momento, no presenta ninguna patología obstétrica o patología asociada a su embarazo, señalando que la edad gestacional es de 7 semanas y que la fecha prevista del parto cronológicamente es el 24 de agosto de 2001" (ordinal fáctico Segundo), ha de concluirse, coincidiendo con la Juzgadora a quo, que no consta la existencia de riesgos específicos durante el embarazo al momento de la solicitud y que únicamente se desaconseja la exposición a los inherentes a su puesto de trabajo una vez que haya avanzado la gestación, en particular y aproximadamente a partir de la vigésimo sexta semana.

Consecuentemente con lo expuesto, no habiéndose acreditado en modo alguno la concurrencia de tales exigidos riesgos, la infracción normativa denunciada en el recurso no puede merecer favorable, debiendo mantenerse el pronunciamiento de instancia, cuyos acertados fundamentos jurídicos comparte plenamente la Sala.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D.^a Marí Jose contra la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º1 de Oviedo de fecha 23 de Septiembre de 2011, dictada en proceso seguido en materia de prestaciones por riesgo durante el embarazo, por aquélla promovido frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES MUTUA- GALLEGA Y

TRANSPORTES UNIDOS DE ASTURIAS S.A., debemos confirmar y confirmamos la Resolución de instancia.

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito que se presentará ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para que puedan cumplirse los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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