

RESUMEN

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que acogió la pretensión de la ATS-DUE accionante sobre prestación por riesgo durante la lactancia natural. Manifiesta la Sala que en el caso enjuiciado los factores de riesgo no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados en relación con la actividad desarrollada por la actora y en relación con la situación de lactancia no resulta posible ni adoptar medidas preventivas ni conocer si realmente existen otros puestos exentos de tales factores de peligro a efectos de su asignación.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 31/1995 de 8 noviembre 1995.
art.26.3 art.26.4
RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995.
art.48.4 art.48.5
RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994.
art.135.bis art.135.ter

FICHA TÉCNICA

Comentarios

Aplicada por Prestación por riesgo durante la lactancia natural

Versión de texto vigente null

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de marzo de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado y defendido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social Dª Pilar García Perea, contra la sentencia dictada en recurso de suplicación, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de fecha 4 de marzo de 2010 (autos num. 1124/2008), sobre PRESTACION RIESGO DURANTE LACTANCIA. Son parte recurrida DOÑA Benita, representada y defendida por el Letrado D. Rafael de Lara Durán y LA EMPRESA PUBLICA HOSPITAL COSTA DEL SOL.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Martin Valverde,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ha dictado la sentencia impugnada en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 25 de mayo de 2009, por el Juzgado de lo Social num. 8 de Málaga, entre los litigantes indicados en el encabezamiento, siendo también parte demandada en la instancia la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre prestación de riesgo durante la lactancia.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia, es el siguiente: "1.- La demandante presta servicios como ATS/DUE en Hospital Costa del sol, de Marbella. 2.- El día 09-05-08 nació su hijo, a quien ha dado lactancia natural. dicho período de lactancia finalizó en fecha 09-02-09. 3.- Obra en autos y se da por reproducida declaración empresarial de riesgo del puesto de trabajo de la demandante. 4.- Obra en autos y se da por reproducida declaración de la empleadora de que no existe puesto compatible con el estado de la demandante, por lo que no resulta técnica y objetivamente posible el cambio de puesto. 5.- En fecha 04-09-08 el EVI emite certificado sobre condiciones del puesto de trabajo de la demandante y de los riesgos específicos que se derivan del mismo. 6.1.- Obra en autos y se da por reproducida relación de puestos de trabajo de la demandante, contemplados como no exentos de riesgo. 6.2.- Obra en autos y se da por reproducida relación de puestos de trabajo de la demandante, contemplados como exentos de riesgo. 7.- La demandante solicitó al INSS prestación por riesgo de lactancia, que le fue denegada mediante resolución contra la que presentó reclamación previa, que fue igualmente desestimada. 8.- La Base Reguladora diaria, a efectos de la prestación solicitada, asciende a 87'94 euros. 9.- La demanda jurisdiccional se presentó el día 28-10-08".

El fallo de la sentencia de instancia es del siguiente tenor: "FALLO: 1.- Desestimar la demanda en reclamación de PRESTACIONES promovida por D^a Benita contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la entidad EMPRESA PUBLICA HOSPITAL COSTA DEL SOL; y 2.- Absolver a los demandados de las pretensiones de la parte actora".

SEGUNDO.- El relato de hechos probados de la sentencia de instancia ha sido mantenido íntegramente en la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, hoy recurrida en unificación de doctrina, siendo la parte dispositiva de la misma del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a Benita contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social num. OCHO de Málaga con fecha 25 de mayo de 2009 en autos sobre prestación por riesgo durante la lactancia natural, seguidos a instancias de dicha recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y EMPRESA PUBLICA HOSPITAL COSTA DEL SOL y, con revocación de la sentencia recurrida, estimamos la demanda formulada por la recurrente y condenamos al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a abonar a la misma la correspondiente prestación por riesgo durante la lactancia natural en la cuantía legalmente prevista".

TERCERO.- La parte recurrente considera contradictoria con la impugnada en el caso la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de fecha 26 de noviembre de 2009. La parte dispositiva de dicha sentencia es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Teresa contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Doce de Málaga con fecha 18 de marzo de 2009 en autos 794-08 sobre RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL, seguidos a instancias de dicha recurrente contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y EMPRESA PUBLICA HOSPITAL COSTA DEL SOL S.A., confirmando la sentencia recurrida".

CUARTO.- El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de 2 de junio de 2010. En él se alega como motivo de casación al amparo del art. 221 de la Ley de Procedimiento Laboral, contradicción entre la sentencia reseñada en el antecedente de hecho anterior y la ahora impugnada en el caso. Alega también el recurrente infracción del art. 135.bis y ter de la Ley General de la Seguridad Social, art. 8 y disposición adicional décimo primera de la Ley Orgánica 3/2007, que modifica en su apartado diez, los apartados 4 y 5 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y art. 26.3 y 4 de la LPRL. Finalmente alega quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

El recurrente ha aportado la preceptiva certificación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que considera contradictoria a los efectos de este recurso.

QUINTO.- En Auto dictado por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 14 de junio de 2010, se acordó en su parte dispositiva lo siguiente: "LA SALA ACUERDA: Poner fin al trámite del Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina preparado por la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra sentencia de fecha dieciséis de abril de dos mil diez, dictada por el T.S.J. ANDALUCIA SALA SOCIAL DE MALAGA, en el recurso de suplicación RSU 1923/2009. Y continúe la tramitación del Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina también interpuesto por el INSS". Pasados los autos al Magistrado

Ponente, se admitió a trámite el recurso. Personada la parte recurrida, Doña Benita, le fue efectuado el correspondiente traslado del recurso, al que contestó en escrito de fecha 28 de octubre de 2010.

SEXTO.-.- Trasladas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar procedente el recurso. En Providencia de fecha 21 de diciembre de 2010, se señaló para votación y el fallo del presente recurso el día 15 de febrero de 2011.

OCTAVO.- En la tramitación del presente recurso se han cumplido las prescripciones legales, salvo lo relativo al plazo para dictar sentencia por la carga de trabajo que tiene la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina, que ya ha sido resuelta en varias sentencias de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, versa sobre la interpretación y aplicación de los artículos 135.bis y 135 ter de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) , dedicados respectivamente a la " situación protegida" de riesgo durante la lactancia natural y a la " prestación económica" prevista para subvenir a esta contingencia social en un supuesto concreto. Tal supuesto es el de distintas enfermeras en situación de lactancia natural en el Hospital de la Costa del Sol solicitantes de dicha prestación, en cuyos litigios ante resolución administrativa denegatoria de la misma, se han dado circunstancias equivalentes. Las sentencias que han decidido el mismo supuesto litigioso han sido deliberadas conjuntamente y llevan la misma fecha que la presente, salvo la aprobada en el recurso de casación para unificación de doctrina número 1865/2010, datada el 17 de marzo.

Para la fundamentación de la decisión adoptada, que por razones obvias de unidad de doctrina, es sustancialmente idéntica en todas las sentencias de la serie, vamos a seguir aquí el siguiente orden. Expondremos brevemente en primer lugar la normativa en la materia. Analizaremos a continuación la motivación de la resolución del INSS denegatoria de la prestación solicitada. Indicaremos luego de manera sucinta los argumentos de las sentencias comparadas a efectos del juicio de contradicción que en este recurso abre la puerta al fondo del asunto. Y señalaremos, en fin, las razones de la doctrina unificada en que se sustenta nuestra decisión.

SEGUNDO.-.- La regulación contenida en los artículos 135.bis y 135 ter LGSS (incorporada a la LGSS por la Disposición Adicional 18ª de la Ley Orgánica 3/2007) remite explícitamente al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales(LPRL), que establece entre las medidas preventivas de protección de la maternidad la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el período de lactancia, en determinadas condiciones que examinaremos a continuación. En concordancia con esta normativa se ha dado también nueva redacción a los artículos 45.1.d) y 48.5 del Estatuto de los Trabajadores , relativos a la suspensión de la relación laboral por estas causas o circunstancias familiares.

El artículo 26 LPRL, que sigue en este punto la regulación del artículo 5 de la Directiva Comunitaria 92/1985, no define de manera taxativa las contingencias de riesgo durante el embarazo y la lactancia, pero sí ofrece algunos elementos que permiten su caracterización. En primer lugar la contingencia se describe en términos de " exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto", factores de riesgo que han de concurrir de manera concreta y efectiva en el trabajo desempeñado, y que desde luego no son necesariamente los mismos para el embarazo o para la lactancia.

Además del riesgo efectivo concurrente en el desempeño de un concreto puesto de trabajo, se ha de tratar, siguiendo el tenor literal del precepto, de un " riesgo específico", esto es, de un riesgo relevante para la salud de las personas protegidas (la madre y/o del bebé), que a) se presenta solo o con mayor intensidad en la concreta actividad desempeñada por la trabajadora o en el concreto medio de trabajo en que tal actividad se desenvuelve, y b) que afecta también de manera particular a la situación de lactancia natural.

La caracterización del riesgo durante la lactancia como un riesgo específico en las dos dimensiones citadas permite acotar la contingencia protegida como aquella actividad en la que la trabajadora está obligada a exponerse a factores particulares de peligro para su salud o la del lactante que no han podido ser contrarrestados en el centro de trabajo mediante actuaciones preventivas, y que habrían de ser evitados por prescripción facultativa en cualquier situación de la vida cotidiana. La caracterización del riesgo durante la lactan-

cia como un riesgo del puesto de trabajo concreto desempeñado por la trabajadora está implícita en la previsión legal de medidas de adaptación de dicho puesto o de traslado a otro distinto, de forma que desaparezcan los factores peligrosos específicos apreciados en su desempeño. El concepto legal de riesgo específico implica también que los peligros para la salud subsistentes en el medio de trabajo y en la actividad desarrollada tras las preceptivas medidas de adaptación o traslado tengan relevancia desde el punto de vista de la salud de la madre y/o del bebé, en cuanto que el precepto prevé de manera expresa " la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición" a los factores de riesgo detectados, y en cuanto que la contingencia que es causa de la prestación tiene una incidencia notable en el contrato de trabajo, al que coloca en un estado de suspensión que exonera al empleador y al trabajador del cumplimiento de sus respectivas obligaciones principales.

TERCERO.- La actuación que está en el origen del presente litigio ha sido la decisión de la entidad gestora INSS de denegar tal prestación de riesgo durante la lactancia a una enfermera del bloque quirúrgico del Hospital Costa del Sol S. A. La entidad gestora entendió que, aunque en la preceptiva evaluación de riesgos laborales del citado centro de trabajo el puesto de la actora figura entre los "no exentos", la suspensión del contrato de trabajo "constituye la última medida a adoptar en casos de riesgo laboral para el estado biológico de la trabajadora y del hijo lactante" para cuando "no resulten suficientes o no puedan ser aplicadas" otras medidas como la "adaptación de las condiciones de trabajo" o el "cambio de puesto", requisitos que a su juicio no concurrían en la prestación solicitada. Tampoco concurre, según la propia resolución denegatoria "una identificación del riesgo específico", juicio que emite previo informe en este sentido de la Inspección de Trabajo.

Es de notar, sobre el último punto señalado, que la declaración empresarial de riesgo durante la lactancia de la actora indica una serie de peligros genéricos en el desempeño de los puestos de trabajo de enfermera, pero señala también una serie de medidas a adoptar para su prevención. La propia declaración empresarial expresa las actividades laborales de la actora, que son las propias de la categoría profesional de enfermera, a saber, sin entrar en mayor detalle, la preparación, la atención, el control y el seguimiento de los cuidados de los pacientes.

La sentencia de instancia desestimó la demanda, pero la sentencia de suplicación la ha revocado estimando el recurso interpuesto por la demandante. Ha entendido la Sala de suplicación, en contra de lo alegado por el INSS, que la adaptación del puesto o del tiempo de trabajo de la actora que evitaren la exposición al riesgo no resultaba técnicamente posible, y que la alternativa del cambio de puesto de trabajo tampoco era practicable, teniendo en cuenta la lista aportada por el centro de trabajo de puestos "exentos" de riesgo durante la lactancia, adecuados y disponibles a la sazón para su eventual desempeño por la trabajadora.

El recurso del INSS aporta como sentencia contraria una de la propia Sala de lo Social de Andalucía (Málaga), dictada el 26 de noviembre de 2009, en la que se enjuicia un asunto similar planteado por una enfermera al servicio del mismo Hospital y en la misma época que reclamaba el abono de la misma prestación de riesgo durante la lactancia natural. La Sala de lo Social llegó en este litigio a la conclusión de que la demanda debía ser desestimada, razonando que en el caso "no aparece constatada la concurrencia de las condiciones establecidas legalmente para generar derecho a la prestación, pues no basta la existencia, no controvertida en el caso, de los riesgos, ni tampoco la apreciación subjetiva de la entidad para la que presta servicios la demandante", sino que es preciso además que se cumplan los presupuestos de acreditación de "riesgo específico" y de imposibilidad objetiva de adaptación o de traslado de puesto de trabajo, lo que no se ha apreciado en el caso.

Los litigios enjuiciados en las sentencias comparadas son sustancialmente iguales, por lo que, ante la disparidad de las decisiones, debemos entrar en la decisión del fondo del asunto. La misma sustancial identidad de los litigios con diversidad de soluciones jurisdiccionales cabe apreciar en las sentencias citadas o aludidas como precedente o como de aprobación simultánea, en las que también se ha aportado y analizado la misma sentencia de contraste.

CUARTO.- La solución correcta a la cuestión controvertida es la contenida en la sentencia de contraste por lo que, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, el recurso debe ser estimado.

Como apunta la entidad gestora, la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo. En cuanto tal, sólo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primer

lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo.

La valoración de la concurrencia o no de estos requisitos legales depende, por razones obvias, de múltiples circunstancias de tiempo, lugar y modo de la prestación laboral desempeñada. Pero, en cualquier caso, la acreditación de un riesgo específico con relevancia para la salud de la madre y/o del lactante, que no se pueda prevenir o remediar más que mediante la suspensión del contrato de trabajo, corresponde en parte a la trabajadora y en parte a la empleadora a las que va a afectar tal importante vicisitud de la relación laboral. Y en el presente caso, así como en los resueltos en las sentencias de esta serie, tal acreditación no se ha producido de acuerdo con los informes aportados (empresa, EVI, unidad de prevención), por lo que la demanda debe ser desestimada, decisión que fue la adoptada en la sentencia de instancia.

En los términos de nuestra sentencia de esta misma fecha dictada en el recurso 2257/2010, ante la negativa del INSS de un riesgo específico para la lactancia "correspondía a la demandada acreditarlo", y a la empresa llevar a cabo gestiones efectivas encaminadas a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a puesto compatible, para lo que es preciso "conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición" a los factores de riesgo señalados. Y, como argumenta nuestra sentencia citada de 17 de marzo de 2001, si, como ha sucedido en los casos enjuiciados, los factores de riesgo "no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados" en relación con la actividad desarrollada y en relación con la situación de lactancia no resulta posible ni adoptar medidas preventivas ni "conocer si realmente existen otros puestos exentos" de tales factores de peligro "a efectos de su asignación".

QUINTO.- La sentencia estimatoria de unificación de doctrina debe resolver el debate de suplicación con arreglo a la doctrina unificada. Ello supone, teniendo en cuenta el signo desestimatorio de la sentencia de instancia, la desestimación del recurso entablado ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de fecha 4 de marzo de 2010, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 25 de mayo de 2009 por el Juzgado de lo Social num. 8 de Málaga, en autos seguidos a instancia de DOÑA Benita, contra dicho recurrente, LA EMPRESA PUBLICA HOSPITAL COSTA DEL SOL y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre PRESTACION RIESGO DURANTE LACTANCIA. Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de esta clase y confirmamos la sentencia de instancia.

Devuélvase las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, 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. Antonio Martín Valverde hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.