

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 farmacéutica hospitalaria accionante sobre prestación por riesgo durante la lactancia natural. Señala la Sala la ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora demandante y de la situación de lactancia natural, no cabiendo el percibo de la prestación prevista en el art. 135 bis y ter LGSS si no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia los riesgos, lo que impediría a su vez conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación y, eventualmente, de incluir la situación en causa de suspensión del contrato de trabajo.

NORMATIVA ESTUDIADA

RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994.
art.135.bis art.135.ter

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

Prestaciones de la Seguridad Social

Riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural

Riesgo durante la lactancia natural

FICHA TÉCNICA

Comentarios

Aplicada por Riesgo durante la lactancia natural

Aplicada por Prestación por riesgo durante la lactancia natural

Versión de texto vigente null

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de mayo de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado y defendido por la Letrada Sra. Merino Gutiérrez, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), de 27 de mayo de 2010, en el recurso de suplicación num. 97/10, interpuesto frente a la sentencia dictada el 8 de octubre de 2009 por el Juzgado de lo Social num. 3 de Málaga, en los autos num. 354/09, seguidos a instancia de Dª Coro contra dicho recurrente y, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el HOSPITAL COSTA DEL SOL, sobre prestaciones.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida Dª Coro, representada y defendida por el Letrado Sr. De Lara Durán.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Ramon Martinez Garrido,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 27 de mayo de 2010 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga) dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 3 de Málaga, en los autos num. 354/09, seguidos a instancia de D^a Coro contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el HOSPITAL COSTA DEL SOL, sobre prestaciones. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga) es del tenor literal siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n^o TRES de MALAGA de fecha 08/10/2009 recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por DOÑA Coro contra INSTITUTO NACIONAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y EMPRESA PUBLICA HOSPITAL COSTA DEL SOL sobre PRESTACIONES, y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, sin costas".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 8 de octubre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social num. 3 de Málaga, contenía los siguientes hechos probados: 1^o) La actora, Doña Coro, mayor de edad y domiciliada en Marbella (Málaga), presta sus servicios para el Empresa Pública Hospital Costa del Sol como Farmacéutica hospitalaria.- 2^o) La actora dio a luz a su hijo José Enrique el 27 de septiembre de 2008 y, cumplidos por la Empresa Pública Hospital Costa del Sol todos los trámites preceptivos. solicitó el 14 de enero de 2009 las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural, que le fueron denegadas por Resolución de la Dirección Provincial de Málaga del INSS de fecha 19 de enero de 2009, contra la que la actora presenta su reclamación previa el 23 de enero de 2009, que fue desestimada por Resolución de 29 de enero de 2009. En la solicitud presentada el 14 de enero de 2009, la actora databa el inicio de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural en el día 17 de enero de 2009.- 3^o) La base reguladora asciende a 102.47 euros en cómputo diario, cantidad resultante de dividir entre 30 la base de cotización por contingencias profesionales en el mes anterior al de la fecha del hecho causante (diciembre de 2008, en el que la base de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales fue de 3074.10 euros).- 4^o) La demanda fue presentada el 17 de marzo de 2009. La parte actora cuantificó su pretensión en el acto del Juicio, en el abono a la actora de la cantidad de 19.469.30 euros, con respecto al período que media entre el 17 de enero de 2009 y el cumplimiento de los nueve meses de edad de su hijo. La Sra. Letrada de la Administración de la Seguridad Social se remitió a la cantidad que legalmente proceda. La actora ha estado en situación de suspensión del contrato de trabajo en la Empresa Pública Hospital Costa del Sol desde el 17 de enero de 2009 hasta el 27 de junio de 2009 (como se refleja en el certificado de 5 de octubre de 2009 aportado a los autos en el Ramo de prueba de la citada Empresa y que se da por reproducido)".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "En los autos seguidos en este Juzgado de lo Social número Tres de Málaga con el número 354/2009 a instancias de Doña Coro contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Empresa Pública Hospital Costa del Sol sobre declaración del derecho a percibir el subsidio por riesgo durante la lactancia natural, debiendo estimar parcialmente la demanda, como la estimo, y revocando la Resolución impugnada, como la revoco, debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir el subsidio solicitado, debiendo condenar, como condeno, al INSS a abonar a la actora la cantidad de 16600.14 euros (dieciséis mil seiscientos euros con catorce céntimos de euro) en concepto del citado subsidio, con el cumplimiento por la TGSS de sus obligaciones legales como Caja única del Sistema de Seguridad Social".

TERCERO.- Por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, mediante escrito de 9 de julio de 2010, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga) de 26 de noviembre de 2009. SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 135.bis de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los artículos 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores y 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

CUARTO.- Por decreto de esta Sala de 22 de septiembre de 2010 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 28 de abril actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La demandante, Farmacéutica Hospitalaria que presta sus servicios en el Hospital Costa del Sol, tras haber dado a luz, el 27 de septiembre de 2008, solicitó el 14 de enero de 2009 prestaciones por riesgo durante la lactancia natural. La Resolución de la Dirección Provincial de Málaga del INSS de 19 de enero de 2009 denegó la petición.

2. Agotada la vía administrativa, inició la judicial, recayendo sentencia en la instancia por la que, estimando parcialmente la demanda, declaró el derecho de la actora a percibir el subsidio solicitado y condenando al INSS a abonarle la suma de 16600,14 euros. Aunque en el relato de hechos probados no se contiene exposición de los riesgos que comporte la realización de los servicios que le son propios, en el fundamento de derecho segundo, se afirma que la demandante, por su profesión, "ha de preparar fórmulas magistrales con utilización de agentes químicos y biológicos que pueden suponer riesgos para el lactante (preparación de soluciones de mycobacterium bovis, de productos citostáticos, inmunosupresores, antivirales y disolventes orgánicos). Igualmente en el mismo lugar se afirma que "como se refleja en el expediente no existe otro puesto sin el expresado riesgo.

3. La Sala de lo Social de Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictó sentencia el 27 de mayo de 2010, por la que desestimó el recurso de suplicación que el INSS había interpuesto frente a la de instancia. Reiterando argumentos expuestos en sentencias anteriores de la propia Sala, recuerda que la prosperidad de la acción ejercitada exige que se acredite de forma clara y precisa la existencia de riesgos para la lactancia por el desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo y además que el cambio de puesto de trabajo no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. Transcribe a continuación sentencia anterior de la Sala referida a igual prestación solicitada por una enfermera, acaba estimando cumplidos los requisitos legales según la declaración que efectuó la de instancia en el fundamento de derecho ya referido.

SEGUNDO.- El INSS ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina en el que denuncia la infracción del art. 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social en relación con los arts. 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores y art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Para cumplir las exigencias del juicio de contradicción invoca la Sentencia de la propia Sala de Málaga de 26 de noviembre de 2009 (recurso 1115/2009), que ya había invocado en recursos anteriores sobre el mismo tema. En esa sentencia la Sala llegó a solución contraria a la de la recurrida acabando denegando la prestación a una madre prestadora de lactancia natural que prestaba servicios como ATS de hospitalización en el mismo centro hospitalario que la demandante.

Según el relato de hechos probados de dicha resolución la actividad de la trabajadora consistía en "recepción, preparación, atención, control y seguimiento de los cuidados del paciente; administración de tratamiento; toma de constantes vitales; retirada de material y objetos punzantes utilizados para su limpieza" señalándose que "el riesgo específico es de exposición a agentes químicos y biológicos, cortes y pinchazos, así como a riesgo de atropellos o golpes con vehículos por desplazamientos"

En tal situación, la sentencia de contraste ratifica la decisión del Juzgado de instancia que había desestimado la pretensión, utilizando para ello las dos vías argumentales que se contienen en las resoluciones del INSS denegatorias de la prestación. En relación con la primera, la relativa a los riesgos, la sentencia de contraste afirma que "... no basta la existencia, no controvertida en el caso que se examina, de los riesgos, ni tampoco la apreciación subjetiva de la Entidad para la que presta servicios la demandante o sus alegaciones, sino que es preciso que aparezca de forma clara y precisa la existencia de un riesgo para la lactancia por el desempeño de las funciones propias de su puesto de trabajo y, además, que el cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados".

De esta forma, la sentencia de contraste admite la existencia de riesgos en los puestos de trabajo sanitarios en la forma que genéricamente describen los hechos probados, pero niega que esa descripción tenga la exigible condición de específica en relación tanto con el concreto puesto de trabajo y actividad desempeñada, como con la situación de lactancia natural de la demandante que lleva a cabo esa actividad.

Una comparación superficial de la sentencia recurrida con la de contraste podría inducir a pensar que no son contradictorias, pues en ambas se trata de trabajadoras de distinta actividad hospitalaria y con descripción genérica de riesgos similar pero no igual. Pero realmente el punto en que las sentencias comparadas entran en franca contradicción reside en que ante la existencia de unos riesgos genéricos cuya existencia no se discute, la sentencia recurrida los admite como tales sin exigir especificidad en ninguno de los dos ámbitos citados -actividad concreta en relación con los riesgos y situación de lactancia- y parte de ellos para analizar el requisito relativo a la posibilidad de un cambio temporal de puesto de trabajo. Sin embargo, la sentencia de contraste, como se ha visto, reconoce la existencia de la misma descripción general, pero exige una tarea de especificación de esos riesgos y de su alcance en el concreto puesto de trabajo de que se trate, así como de su incidencia en la madre lactante, no en otra situación distinta como podría ser el embarazo.

Ante la existencia de contradicción en las sentencias que se acaban de analizar, pues ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales llegaron a soluciones contrapuestas, tal y como exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, procede que la Sala entre a conocer del fondo de la cuestión planteada, tal y como exigen el citado precepto y el artículo 226 de la misma norma procesal.

TERCERO.- Debe, por tanto, examinarse la infracción que se denuncia de los artículos 135 bis y ter LGSS , en relación con el artículo 26.3 y 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. El motivo debe ser estimado de acuerdo con la doctrina establecida en nuestras sentencias de 17 y 28 de marzo de 2011, dictadas en los recursos 1865/2010 y 2257/2010, respectivamente. Señalan estas sentencias que para dar respuesta al recurso es preciso situar el estudio de la infracción denunciado en el marco general de la prestación de riesgo durante la lactancia, que se regula en los arts. 135.bis y 135.ter de la LGSS y hoy en el Real Decreto 295/2009 , aunque el momento en que se causó la prestación la regulación reglamentaria -sin previsiones específicas para el riesgo durante la lactancia- estaba contenida en el Real Decreto 1251/2001 , que en su art. 21 establecía las normas sobre el procedimiento para el reconocimiento del derecho y en la disposición adicional 2ª se refería a la certificación médica sobre la existencia del riesgo.

La consideración de estas normas muestra que la situación protegida resulta particularmente compleja, porque el art. 135.bis de la LGSS la delimita mediante la referencia al "periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el art. 26.4 de la Ley 35/1995 ..., dicho cambio no resulte técnica u objetivamente posible, o pueda exigirse por motivos justificados". De esta forma, la situación protegida queda vinculada a una suspensión del contrato de trabajo que, a su vez, requiere: 1) la constatación de un riesgo que se produce cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente sobre la salud de la mujer y de su hijo (art. 26.4 LPRL); 2º) que la adaptación de las condiciones de trabajo por parte del empresario no sea posible o no permita eliminar el riesgo (art. 26.2 LPRL) y 3º) que tampoco sea posible el traslado de la trabajadora a "un puesto o función diferente y compatible con su estado", aplicando los principios propios de la movilidad funcional (art. 26.2. 2º LPRL), o, incluso, a "un puesto no correspondiente a su grupo o categoría" (art. 26.2.3º LPRL).

La complejidad de la situación protegida se pone de relieve, porque no responde sólo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a puesto de compatible; medidas que de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no podría verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora tampoco tendría que soportar -al margen de la procedencia en su caso del anticipo de la prestación- el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas.

CUARTO.- Dicho esto, hay que examinar si en el presente caso se ha acreditado la situación de riesgo. Para ello es preciso recordar que la exigencia de la evaluación de los riesgos a efectos de su prevención se contiene en los artículo 14 y siguientes de la LPRL, especialmente en el art. 16. Esa evaluación ha de tener una especial proyección en supuestos la situación de maternidad o lactancia natural de la trabajadora, a los que se refiere el artículo el del artículo 26 de la citada Ley. En concreto, el número 1 de este artículo establece lo siguiente:

"La evaluación de los riesgos a que se refiere el art. 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente (el número 4 del precepto lo extiende a

la lactancia natural) a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos."

Del examen de la norma se desprende, en primer lugar, que la evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, debiendo alcanzar la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición. Una vez determinada la existencia del riesgo y su alcance es cuando entraran en juego las obligaciones de adaptación o de movilidad a cargo de la empresa a las que se ha hecho referencia en el fundamento anterior.

El INSS en su resolución negó la existencia de un riesgo específico para la lactancia, por lo que, no admitido el hecho determinante causante de la prestación por quien tenía que haberlo certificado (art. 21 en relación con la disposición adicional 2º del Real Decreto 1251/2001), correspondía a la demandante acreditarlo. En ese debate ya se dijo que la sentencia recurrida admite, o, más bien, parte de la premisa no razonada de que los riesgos descritos y admitidos como acreditados son suficientes para alcanzar la prestación de que se trata, pero realmente ha de decirse ahora que en este caso no consta acreditada la existencia y valoración específica de los riesgos propiamente dichos en relación con la lactancia. Para llevar a cabo esa evaluación es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión características y tiempo de exposición del trabajador al riesgo, así como del seguimiento que se haya hecho de la existencia de los mismos. Así se explica en el informe del Centro de Prevención de Riesgos Laborales de la Junta de Andalucía, de abril de 2.008, que obra a los folios 116 a 125 de las actuaciones, y lo mismo se desprende de la muy extensa regulación normativa que incide sobre esta clase de riesgos, como son, a título de ejemplo, el Real Decreto 664/1997, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo , el Real Decreto 665/1997, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos , o el Real Decreto 783/2001 , por el que se aprueba el reglamento de protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.

En todas esas normas se describen riesgos a la exposición de distintos elementos que pueden suponer consecuencias negativas para la salud de los trabajadores que han de prestar servicios en esos medios, pero precisamente la gran variedad de situaciones, de actividades, de índices de peligrosidad o de tiempos de exposición en cada caso, determina la imposibilidad de que se pueda conocer de forma objetiva, específica y completa los que concurren y su relevancia en relación con la lactancia en el caso que hoy nos ocupa, pues no hay en los informes aportado (empresa, UMVI o Unidad de Prevención) elementos concretos que puedan conducir a tal conocimiento.

QUINTO.- De lo razonado hasta ahora se desprende que la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia de contraste, cuando fundó la desestimación de la prestación solicitada en la ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos específicos y su relevancia en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación e lactancia natural, tal y como se afirmaba en la resolución denegatoria del INSS impugnada en vía jurisdiccional, lo que conduce en el caso de autos a la misma conclusión, de manera que no cabe el percibo de la prestación prevista en el artículo 135 bis y ter LGSS si no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia los riesgos, en la forma que se desprende del artículo 26.1, en relación con el 16 de la LPRL.

En conclusión, de los argumentos que hasta ahora se han expuesto se deduce la necesidad de estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social para casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación desestimando el de tal clase interpuesto por la trabajadora demandante y confirmando la decisión desestimatoria de la demanda que se contiene en la sentencia de instancia. Sin costas.

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 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), de 27 de mayo

de 2010, en el recurso de suplicación num. 97/10, interpuesto frente a la sentencia dictada el 8 de octubre de 2009 por el Juzgado de lo Social num. 3 de Málaga, en los autos num. 354/09, seguidos a instancia de D^a Coro contra dicho recurrente, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el HOSPITAL COSTA DEL SOL, sobre prestaciones. Casamos la sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos y resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de esta clase interpuesto por el INSS y TGSS y desestimamos la demanda formulada por D^a Coro. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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

Publicación. En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Ramon Martinez Garrido hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.