

RESUMEN

Estima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que acogió la pretensión de la enfermera accionante sobre prestación por riesgo durante la lactancia natural. Explica la Sala que la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es, de acuerdo con el art. 26 LPRL, una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo, y 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 primero 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, dependiendo la valoración de la concurrencia o no de estos requisitos legales de múltiples circunstancias de tiempo, lugar y modo de la prestación laboral desempeñada, y correspondiendo a la trabajadora 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, lo que no se ha realizado en el caso de la actora. .

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 31/1995 de 8 noviembre 1995.
art.26

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

Otra documentación

Tribunal Supremo Unificación de Doctrina

Año 2012

Riesgo durante la lactancia natural

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 Riesgo durante la lactancia natural

Versión de texto vigente null

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de enero de dos mil doce.

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 Letrado de la Administración de la Seguridad Social Dª Ana Alvarez Moreno, 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 noviembre de 2010 (autos num. 1159/2008), sobre PRESTACIONES. Son parte recurrida DOÑA Leocadia, representada y defendida por el Letrado D. Rafael de Lara Durán, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y 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, sede de Málaga, ha dictado la sentencia impugnada en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 22 de enero de 2010, por el Juzgado de lo Social num. 6 de Málaga, entre los litigantes indicados en el encabezamiento, sobre prestaciones.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia, es el siguiente: "1.- D^a Leocadia, mayor de edad y con domicilio en Mijas-Costa (Málaga) viene prestando sus servicios en la Empresa Pública Hospital Costa del Sol como enfermera de CCEE desde el día 10 de enero de 1994. 2.- En fecha 2 noviembre de 2008 la actora presentó solicitud de prestación de riesgo durante la lactancia natural tras el nacimiento de su hijo ocurrido el día 3-3-2008 que le fue denegada por resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 11-9-08, cuyo contenido obra en autos. 3.- En fecha 4 de noviembre de 2008 se emitió informe por el Grupo de valoración de incapacidades del INSS, dándose aquí por reproducido. 4.- Durante el período comprendido entre el 11 de agosto y el 11 de septiembre de 2008 el contrato de trabajo de la actora estuvo suspendido por riesgo durante la lactancia. 5.- Que por la Directora de Recursos Humanos del Hospital Costa del Sol se emitió certificado en fecha 19-6-09 en el que se hace constar que a fecha 11-8-2008, momento de la solicitud de la trabajadora de suspender su contrato por riesgo durante la lactancia no es posible el cambio de puesto en otras categorías del listado de puestos exentos de riesgo pues todos ellos se encuentran cubiertos, y no existía ninguna vacante en ninguno de ellos. Obra en autos declaración empresarial sobre situación de riesgo emitido por la empresa. 6.- Obra en autos informe emitido por el Centro de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía; y relación de puestos de trabajo exentos de riesgo para la lactancia natural. 7.- La base reguladora a efectos de la prestación solicitada asciende a 89,72 euros diarios. 8.- En fecha 16-10-2008 la actora presentó reclamación previa contra la resolución del INSS de fecha 11-9-2008 que fue desestimada. 9.- La demanda se presentó el día 9-11-2008".

El fallo de la sentencia de instancia es del siguiente tenor: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D^a Leocadia contra INSS, TGSS y Hospital Costa del Sol, absolviendo a los referidos demandados de los pedimentos instados en el presente procedimiento".

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, sede de Málaga, 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 D^a Leocadia contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Málaga con fecha 22 de enero de 2010 en autos sobre riesgo durante la lactancia natural, seguidos a instancias de dicha recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y, con revocación de la sentencia recurrida, estimamos la demanda formulada por D^a Leocadia y condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social a abonar 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 Brigida 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 29 de diciembre 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 de la Ley General de la Seguridad

social , en relación con el art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales . 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.-.- Por Diligencia de Ordenación de 26 de enero de 2011, se tuvo por personado e interpuesto en tiempo y forma el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Pasados los autos al Magistrado Ponente, se admitió a trámite el recurso. Personada la parte recurrida, D^a Leocadia, le fue efectuado el correspondiente traslado del recurso.

SEXTO.-.- Trasladas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar procedente el recurso. El día 18 de enero de 2011, previamente señalado al efecto, tuvieron lugar la votación y el fallo de la presente resolución.

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 las 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 precedentes que han decidido el mismo supuesto litigioso son, entre otras, las de fecha de 17 de marzo de 2011 (rcud 1865/2010), 18 de marzo de 2011 (rcud 1863/2010) y 21 de septiembre de 2011 (rcud 2342/2010).

La regulación contenida en los artículos 135.bis y 135 ter LGSS (incorporada a la LGSS por la Disposición Adicional 18^a 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.

SEGUNDO.-.- Como señalábamos en nuestra sentencia citada de 18 de marzo de 2011, la interpretación conjunta de los preceptos anteriores permite afirmar que, además del riesgo efectivo concurrente en el desempeño de un concreto puesto de trabajo, el riesgo durante la lactancia natural objeto de protección ha de ser, siguiendo el tenor literal del precepto, un " riesgo específico", esto es, un riesgo relevante para la salud de las personas protegidas (la madre y/o el 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 asegurado 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 lactancia 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 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 por riesgo durante la lactancia constituye la última medida a adoptar 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.

La sentencia de instancia desestimó la demanda, pero la sentencia de suplicación la ha revocado estimando el recurso interpuesto por la demandante. El recurso del INSS aporta como sentencia contraria una de la propia Sala de lo Social de Andalucía (Málaga), dictada el 4 de noviembre de 2010, en la que se enjuicia un asunto similar planteado por una ATS-DUE 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 "que aparezca de forma clara y precisa la existencia de riesgo para la lactancia por el desempeño de las funciones propias de su puesto de trabajo", además de la imposibilidad objetiva de adaptación o de traslado de puesto de trabajo.

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.

El razonamiento que conduce a tal conclusión, que parte de la premisa general expuesta en el fundamento anterior, se puede resumir en los siguientes puntos: 1) la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es, de acuerdo con el artículo 26 LPRL, una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo; 2) 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 primero 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; 3) la valoración de la concurrencia o no de estos requisitos legales depende de múltiples circunstancias de tiempo, lugar y modo de la prestación laboral desempeñada; 4) 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; 5) en particular, corresponde 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 5) 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, Inspección de Trabajo, Centro de Prevención de la Consejería de Empleo, unidad de prevención).

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 noviembre de 2010, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 22 de enero de 2010 por el Juzgado de lo Social num. 6 de Málaga, en autos seguidos a instancia de DOÑA Leocadia, contra dicho recurrente, LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y HOSPITAL COSTA DEL SOL, sobre PRESTACIONES. Casamos y anulamos la sentencia recurrida. Resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de esta clase y confirmamos la sentencia de instancia.

Devuélvanse 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.