

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de abril de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Berzosa Revilla en nombre y representación de Ibermutuamur (Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 274), contra la sentencia dictada el 30 de diciembre de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación núm. 4817/10, interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de abril de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid, en autos núm. 349/10, seguidos a instancias de D^a M^a José contra la ahora recurrente y, Easyjet Airline Spain, TGSS, y el INSS sobre subsidio por riesgo en lactancia.

Han comparecido en concepto de recurridos D^a M^a José, el INSS, y Easyjet Airline Spain, representados por los letrados Sra. Franch Pascual, Sr. Trillo García, y Sra. Espeso Gayte, respectivamente.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a María Lourdes Arastey Sahún,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28-04-2010 el Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

“1º.- D^a M^a José presta servicios para la empresa Easyjet Airline Spain Sucursal en España, como tripulante de cabina de pasajeros.

2º.- La actora estuvo de baja por riesgo durante el embarazo percibiendo la prestación económica de Ibermutuamur. Se le reconoce con base reguladora diaria de 49,74 euros (folio 72). En certificado de 26 de junio de 2009 de Ibermutuamur (Supervisor Médico Sr. L.P.) consta: “Que las condiciones de su puesto de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto” (folio 74).

3º.- En declaración de actividad de la empresa de 15-6-2009, hizo constar como riesgo: “Trabajos en atmósferas de presión sobreelevada, fatiga mental y física (trabajo a turnos, nocturnos y turnos irregulares), estrés profesional” (folio 76).

4º.- La trabajadora solicita certificado médico de riesgo durante la lactancia natural el 3 de diciembre de 2009. La empresa declara que no se ha determinado riesgo específico (folio 374). La Mutua considera que “su actividad no es de las que puedan influir negativamente en su salud o en la de su hijo/a, de acuerdo con lo establecido en el art. 26 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales” (folio 81).

5º.- La actora no está de acuerdo con esta comunicación e impugna esta decisión ante la Mutua y ésta, el 18 de febrero de 2010, contesta: “no encontramos que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado puedan influir negativamente en la salud

de la trabajadora o en la del hijo, como queda reflejado en la Guía de “Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural”, elaborada por la Asociación Española de Pediatría y auspiciada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social” (folio 83).

6º.- En el informe de evaluación de riesgos laborales de la empresa demandada, revisado el 27 de mayo de 2008, por la prevención de mujeres embarazadas, se evalúan las tareas de TCP embarazada. Consta la prohibición del puesto para las trabajadoras embarazadas y no consta prohibición ni restricciones para las trabajadoras en período de lactancia, y así consta en pág. 7 del informe (folios 377 a 384). Respecto a la embarazada, el riesgo es por compresión -descompresión.

7º.- El puesto de trabajo de TCP en vuelo consiste en realizar tareas de asistencia al pasajero. Son riesgos inherentes al puesto de TCP:

- Caída de personas al mismo nivel,
- Caída de objetos en manipulación,
- Caída de objetos desprendidos,
- Sobreesfuerzos,
- Contactos térmicos,
- Contactos eléctricos indirectos,
- Incendios,
- Exposición a contaminantes biológicos,
- Horarios de trabajo. (Folio 246)

8º.- La mayoría de los pediatras aconsejan la lactancia materna como la alimentación ideal para el niño durante los primeros seis meses de vida. Normalmente, a partir de los 4 meses, los pediatras aconsejan iniciar una alimentación complementaria. La lactancia natural “reduce la incidencia y gravedad de enfermedades infecciosas, disminuyendo la morbilidad y mortalidad infantiles, proporciona la alimentación ideal al lactante y contribuye a su crecimiento y desarrollo saludables, promueve la salud de la mujer al reducir el riesgo de cáncer de mama y ovario, y al aumentar el intervalo entre embarazos, proporciona a la mayoría de las mujeres un sentimiento de satisfacción cuando se lleva a cabo con éxito” (folio 277).

9º.- La leche de los pechos maternos puede vaciarse por el amamantamiento del niño o por la extracción artificial. Si las mamadas se distancian o la lactancia debe interrumpirse temporalmente, ya sea por motivos sociales o de salud, el vaciamiento periódico de los pechos garantiza la producción láctea. La leche materna puede conservarse, incluso a temperatura ambiente, por largos períodos de tiempo.

Condición	leche	°c	tiempo
A temperatura ambiente	Calostro	27 a 32	12 horas
A temperatura ambiente	leche madura	15	24 horas
A temperatura ambiente	leche madura	19 a 22	10 horas

A temperatura ambiente	leche madura	25	4-6 horas
En refrigerador	0 a 4	8 días	
En congelador 1 puerta		2 semanas	
En congelador 2 puertas		3-4 meses	
A congelación profunda	-19	>=6 meses	

(Folios 248-249)

La reglamentación española en materia de radiaciones se contempla en el Real Decreto 783/2001 de 6 de julio. Se indica que el límite de dosis para trabajadores expuestos será de 100 mSv durante 5 años consecutivos, con una dosis máxima efectiva de 50 mSv en cualquier año oficial (folio 250).

10º.- En período de lactancia no se le debe asignar trabajos que supongan un riesgo significativo de contaminación radiactiva ni debe trabajar en las zonas de control de radiación ionizante. Respecto a las radiaciones no ionizantes (electromagnéticas, microondas y ultrasonidos), presentes en las pantallas de visualización de datos o las líneas de alta tensión, aparatajes de exploraciones médicas como ecógrafos, no han demostrado que tengan efecto negativo sobre la lactancia en condiciones normales (folio 250).

11º.- No presentan mayor riesgo para las trabajadoras lactantes las vibraciones, ruido, calor extremo (salvo que produzca una deshidratación y altere la producción de leche, y podrá evitarse si se dispone de bebidas en el lugar de trabajo, para una correcta hidratación), el frío extremo. Los riesgos biológicos, como son la exposición a agentes biológicos, la presencia de éstos en el entorno laboral debido a la naturaleza de la actividad, y ello ocurre en laboratorios de investigación, en la asistencia sanitaria y en los trabajos relacionados con el manejo de animales, sus excretas o sus productos (zoonosis). Pero también encontramos riesgos en lugares de hacinamiento y contacto humano cercano (guarderías, colegios, transporte, etc.). (Folio 250).

No son riesgos en sentido estricto durante la lactancia.

Los trabajos con riesgos de despresurización, como es el caso de pilotos de líneas aéreas, tripulantes de cabina de pasajeros, etc., no suponen en sí mismos un mayor riesgo para la lactancia (folio 251).

Los horarios de trabajo dificultan la lactancia natural.

12º.- La Compañía distribuye los días de trabajo normalmente 6 días de trabajo seguidos, y 3 de descanso a continuación. De los 6 días de trabajo, 3 son en horario matutino y 3 de tarde. Antes de iniciar la baja por riesgo en el embarazo, realizaba jornada de 7,30 h. normalmente; algún día realiza jornada que llega a 11 horas.

13º.- El puesto de trabajo de la actora no está expuesto a radiaciones ionizantes. Hay un sistema de alerta que avisa en caso de exposiciones de 0,8 mSv para trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. Se encuentra expuesta a "vibraciones de muy baja frecuencia (<1 Hz), provocadas por el movimiento del vehículo (este tipo de

vibraciones se producen también en barcos, coches, etc.” (folio 258). La exposición al ruido “es puntual (al subir o bajar del avión si no se usan “fingers”), (folio 258). Las zonas de trabajo son ambientes controlados (aviones y aeropuertos), por lo que no existe un riesgo apreciable por calor o frío (folio 258). No hay exposición a productos químicos calificados como de riesgo. Utilizan guantes para la recogida de basura eliminando el riesgo biológico. Para la lactancia está contraindicado el virus VIH, y en el puesto de la actora es difícil contraer este virus por un pinchazo. La sobrepresión no afecta a la lactancia natural. La nocturnidad y el trabajo a turnos o en solitario por sí mismo no presenta riesgo para la lactancia, pero pueden hacer que la lactancia sea más incómoda por el horario.

14º.- Normalmente, en la empresa se realizan vuelos a Lisboa y alguna vez a Milán. Normalmente, los vuelos no implican pernoctar fuera de casa, salvo excepciones; a veces, se ha pernoctado 2 veces en un mes. Los vuelos son de corta distancia con vuelta a la base. No realizan vuelos transoceánicos.

15º.- La hija de la actora se alimenta fundamentalmente con lactancia materna a los 46 días (folio 82), a los 2 meses sigue con lactancia materna (folio 86). En el informe de salud del médico de Atención Primaria consta que la actora, en abril, mantiene la lactancia materna (folio 235).

16º.- La actora se ha reincorporado a la empresa después del permiso por maternidad. Desde el 19 de marzo de 2010 percibe el salario correspondiente:

“- El 19 de marzo no realizó actividad laboral alguna.
- Del 20 de marzo al 10 de abril disfrutó de vacaciones.
- El 10 de abril vuela como pasajera a Luton al expirar su permiso de vuelo y tener que renovarlo con el curso correspondiente.
- Del 11 de abril al 14 y del 20 al 22 asiste al curso en Luton. Debido a la erupción del volcán que ha impedido el tráfico aéreo, los días intermedios durante los períodos referidos del curso, permaneció en Luton.
- El 23 de abril vuela de regreso a Madrid en calidad de pasajera.
- El 24 de abril realizará un primer vuelo de familiarización tras la superación del curso que le habilita para volar.
- El 25 de abril tiene programado día de descanso.
- Del 26 al 28 tiene programados días libres.
- El 29 de abril reinicia la actividad normal de vuelo de acuerdo a su programación”.
(Folio 397).

17º.- La trabajadora no quiere acumular en jornada completa la reducción de las horas de ausencia por lactancia. La empresa le ofreció acumularlas en 15 jornadas completas que fue rechazado por la actora al considerar que no resolvía con quince días su demanda.

18º.- Si prospera la acción, la base reguladora es de 49,74 euros diarios y la fecha de efectos económicos la del cese en el trabajo, al estar en activo.

19º.- Algunas Mutuas han reconocido a personas que desempeñan actividades de sobrecargo la prestación de incapacidad temporal por entender que la situación de lactancia es incompatible con el puesto de trabajo que desempeñaban en la Compañía aérea. Algunos médicos de esas Mutuas han informado que la actividad de sobrecargo implica riesgos teóricos, “de congestión mamas al no poder extraer leche durante la jornada por falta de tiempo y espacio”. “Que dicha situación es previsible pueda producir peligro para la continuidad del embarazo o la lactancia natural. En consecuencia, las condiciones de dicha actividad pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora y/o del feto/hijo”. “Que con dicha información, no puedo deducir que exista riesgo específico para el embarazo o lactancia natural ya que entiendo que las circunstancias indicadas no se relacionan con la actividad laboral concreta que realiza la trabajadora”. (Folio 109). Otras Compañías aéreas han declarado que la actividad de sobrecargo implica “coordinación de las tripulantes de cabina de pasajeros, esfuerzos físicos, radiaciones, manipulación manual de cargas, sobreesfuerzos, posturas forzadas, golpes o caídas” (folio 108), y que hay restricciones al personal de vuelo durante la lactancia y no existe otro puesto. Otras Mutuas han reconocido a algunas empleadas la incapacidad económica durante la lactancia natural “por entender que el horario de su trabajo, al que le es inherente la obligación de pernoctar fuera de su residencia habitual, podría alterar las condiciones de la lactancia natural” (folio 104). Algunos Servicios de Prevención informan respecto a un puesto de trabajo en una Compañía aérea que el puesto de tripulante de cabina de pasajeros presenta como riesgos para la salud “exposición a ruido” y que afecta a la salud de la mujer en período de lactancia.

20º.- Comparecen las partes”

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: “Debo desestimar y desestimo la demanda formulada por D^a M^a José, frente a Ibermutuamur M.A.T.E.P. DE LA S.S. núm. 274, Easyjet Airline Spain Sucursal en España, Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). Desestimo la excepción de falta de legitimación pasiva de la empresa.”

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a M^a José ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 30-12-2010, en la que consta el siguiente fallo: “Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada D^a María José Landa Martínez de Marañón, en nombre y representación de D^a M^a José, contra la sentencia de fecha 28-04-2010, dictada por el Jdo. de lo Social núm. 18 de Madrid en sus autos número demanda 349/2010, seguidos a instancia de D^a M^a José frente a Easyjet Airline Spain - Sucursal en España, Tesorería General de la Seguridad Social, Ibermutuamur - Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 274, Instituto Nacional de la Seguridad Social, en materia de subsidio por riesgo durante la lactancia, revocamos la sentencia de instancia y, en su lugar, estimamos la demanda deducida y declaramos el derecho de D^a M^a José a percibir la prestación por riesgo durante la lactancia natural a razón de una base reguladora diaria de 49,74

euros, condenando a su pago a Ibermutuamur - Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 274 y a las codemandadas a estar y pasar por esta declaración. Sin hacer expresa declaración de condena en costas.”

TERCERO.- Por la representación de Ibermutuamur se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 29-03-2011, en el que se alega infracción de los arts. 135 bis y 135 ter de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), así como de los arts. 45.1 d) y 48.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. Madrid de 24 de septiembre 2010 (R-3405/10)

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 20-09-2011 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de las partes recurridas para que formalicen su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 17-04-2012, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es la Mutua la que se alza en casación para unificación de doctrina frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de diciembre de 2010 (rollo 4817/2010).

El litigio se incoó por demanda de la trabajadora, tripulante de cabina de pasajeros en Easyjet Airline Spain, que solicitaba el reconocimiento de la situación de riesgo durante la lactancia natural con suspensión del contrato de trabajo y derecho al correspondiente subsidio, con cargo a la Mutua ahora recurrente.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de los de Madrid, de 28 de abril de 2010 (autos 349/2010), desestimó la demanda y la Sala de suplicación la revoca, mediante la sentencia ahora recurrida.

La trabajadora había disfrutado de prestación por riesgo durante el embarazo, tras haber hecho constar la empresa como riesgo: “trabajo en atmósferas de presión sobre elevada, fatiga mental y física (trabajos a turnos nocturnos y turnos irregulares), estrés profesional”. Solicitado certificado de riesgo durante la lactancia, la empresa declaró que no había determinado riesgo específico; considerando, por su parte, la Mutua que la actividad no era de las que podía influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la de su hijo/a.

La Sala de suplicación razona que el sistema de turnos a que se halla sometida la trabajadora y la dificultad de extraer la leche materna, por falta de tiempo y de espacio, en las debidas condiciones de higiene, determinan no una incomodidad, sino una incompatibilidad entre la lactancia natural y las condiciones de trabajo, influyendo negativamente en la salud del lactante.

A ello añade que la propuesta de la empresa de acumular las horas de lactancia no es factible dado que, terminado el tiempo, la trabajadora se vería obligada a renunciar en todo caso a la lactancia natural.

El recurso de la Mutua denuncia la infracción de los arts. 135 bis y 135 ter de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), así como de los arts. 45.1 d) y 48.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET); el RD 295/2009, de 6 de marzo, sobre prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural; la Disp. Ad. 11.7 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres; la Directiva 92/85; y la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

A fin de cumplir con el esencial requisito de la contradicción, se aporta, como sentencia de contraste, la dictada por la misma Sala de Madrid el 24 de septiembre de 2010 (rollo 3405/2010).

Dicha sentencia referencial rechazaba la pretensión de la trabajadora sobre derecho al percibo de prestación de riesgo durante la lactancia. La actora prestaba servicios para la misma empresa que la aquí demandada, también como tripulante de cabina de pasajeros, teniendo asignados turnos de trabajo análogos a los de la actora del presente caso. Se hacía constar en los hechos probados que el único lugar de privacidad en una aeronave era el baño, que sólo se limpia por la noche; que los residuos que en el día se acumulan son almacenados en bolsas que se guardan dentro del aseo y que el único sistema frigoríficos es el cajón del hielo destinado a las bebidas de los pasajeros. En dicha sentencia la Sala admite que hay una situación de riesgo para la lactancia natural, pero concluye que no es posible reconocer el derecho solicitado porque, a su entender, debería haberse acreditado que la empresa no podía adaptar las condiciones o tiempo de trabajo, mediante la introducción en la aeronave de condiciones adecuadas de extracción y conservación de la leche o la corrección de turnos y horarios para evitar que la extracción de la leche se produjera en la aeronave.

En ambos casos se daba la circunstancia de que la única opción ofrecida por la empresa era la de acumular periodos de reducción de jornada al amparo del art. 37 ET.

De lo dicho hasta ahora se desprende que entre las sentencias comparadas existe la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral -aplicable al caso en virtud de la Disp. Trans. 2ª de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social- para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.

SEGUNDO.- Con arreglo al art. 135 bis LGSS, "A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período 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 artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados".

La prestación económica se ajusta a los mismos términos y condiciones la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación (art. 135 ter LGSS).

El desarrollo reglamentario se plasmó en el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que sustituyó al RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo

Se trata de una prestación que se introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico a raíz de la LO 3/2007, con el objetivo de mejorar la integración de la vida laboral de la mujer en el ámbito laboral y de favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar, de acuerdo con lo previsto en la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, de aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

Esta incorporación supuso también la modificación del art. 26.4 LPRL, que dispone la protección de las trabajadoras frente a la situación de riesgo durante la lactancia natural cuando las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto.

La prestación aquí reclamada exige analizar si concurren los requisitos a los cuales la misma se vincula, puesto que la situación protegida -y la correspondiente prestación económica- se da cuando se hace necesaria la suspensión del contrato de trabajo porque no ha sido posible cambiar de puesto de trabajo a la trabajadora, siempre que así lo certifiquen, de forma objetiva los Servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en función de la entidad con la que la empresa tuviera concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio público de salud que asistiera facultativamente a la trabajadora o a su hijo.

En relación a esta situación de riesgo hemos señalado: La exigencia de la evaluación de los riesgos a efectos de su prevención se contiene, en esencia, en los arts. 14 y

siguientes LRPL, especialmente en el 16, “ha de tener una especial dimensión en supuestos especiales, como los de la situación de maternidad o lactancia natural de la trabajadora, a los que se refiere el art. 26” (STS 17 (3) de marzo de 2011 -rcud. 1864/2010, 1865/2010 y 2448/2010-, 18 (4) de marzo de 2011 -rcud. 1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010-, 3 de mayo de 2011 -rcud. 2707/2010- y 21 de septiembre de 2011 -rcud. 2342/2010-).

La doctrina contenida en las sentencias que se citan se resume en los puntos siguientes:

a) La evaluación de los riesgos a que se refiere el art. 16 LRPL deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de lactancia natural a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del lactante, 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 turno.

b) La evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición. Una vez determinados esos extremos, la acción inmediata que ha de seguirse por parte del empresario es la de adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora. Sólo cuando esa adaptación no resulte posible o la realizada sea insuficiente de forma que las actividades a desarrollar (número 2 del art. 26 LPRL) “pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado”.

c) Incluso cuando no existan puestos de trabajo o función compatible, la norma específica que la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Y sólo cuando todo ello no sea posible, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1.d) ET, tal y como señala el art. 26.3 LPRL, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

Como recordábamos en la STS de 22 de noviembre de 2011 (rcud. 306/2011), "...para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los arts. 135 bis y ter LGSS, han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados".

TERCERO.- Nos encontramos ante la situación creada por la negativa de la Mutua de considerar justificada la existencia de riesgos específicos para la lactancia, sin que por parte de la empresa se hubiera detectado tampoco tal riesgo y, en consecuencia, sin que se hubiera ofrecido la posibilidad de alterar la condiciones o puesto de trabajo.

Como se ha visto, en las dos sentencias comparadas se admite como riesgo para la lactancia el particular régimen de trabajo al que esta sometidas la tripulantes de cabina de pasajeros, en tanto que el sistema de turnos y de distribución horaria y la coincidencia de su prestación de servicios en vuelo impide la pauta de las tomas propia de la lactancia natural (riesgos psicosociales derivados de la distribución del tiempo de trabajo), así como la extracción de la leche materna y su conservación por la falta de espacio adecuado de las aeronaves y la insuficiencia de las instalaciones frigoríficas. Ciertamente, tal riesgo ha de apreciarse cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante si no es posible compatibilizar la toma o la extracción de la leche, puesto que sabido es que la dejación de éstas puede comportar riesgos de mastitis, la inhibición definitiva de la leche.

De ahí que el núcleo de la decisión sobre la que hemos de pronunciarse se constriña a la valoración de la conducta empresarial, consistente, como se ha dicho, en ofrecer una reducción de jornada.

Tal oferta implica una clara confusión entre las medidas de protección de la trabajadora, relacionadas estrictamente con la salud (art. 26 LPRL y 135 bis y ter LGSS), y los derechos de conciliación de la vida familiar (art. 37.4 ET); instituciones que obedecen a finalidades diferentes.

La situación de riesgo para la lactancia que se puede producir para las tripulantes de cabina de pasajeros como consecuencia de los turnos y horarios de los vuelos y de la imposibilidad material de efectuar la extracción y conservación de la leche a bordo de las aeronaves, exigía la evaluación previa por parte de la empresa e inclusión del riesgo y de las medidas para evitarlo en el plan de prevención. De haber sido ésa la forma de proceder, la empresa hubiera estado capacitada para ofrecer medidas alternativas a la prestación de servicios en la situación de riesgo constatada; medidas que no pasan por la reducción de jornada por lactancia, que es un instrumento complemente distinto y que puede y debe compatibilizarse, en su caso, con el eventual cambio de puesto de trabajo; sino por un cambio en el sistema de distribución del

tiempo de trabajo y en las condiciones de intimidad e higiene al alcance de los trabajadores a efectos de efectuar la extracción y conservación de la leche.

Ahora bien, la falta de ofrecimiento alternativo no puede llevarnos a otra conclusión que la de la inexistencia efectiva de ese puesto con condiciones alternativas y exentas de riesgo. Ante tal tesitura lo que se constata es una realidad en la que a la trabajadora no le queda otra posibilidad que la de seguir prestando servicios con riesgo para la lactancia natural, situación inadmisibles, y, por tanto, procedía la suspensión del contrato como medida última de salvaguarda de la salud propia o del lactante.

Nos encontramos ante un supuesto de verdadera inactividad por parte de la empresa que eludió el seguimiento de los pasos prescritos en los conceptos legales que venimos invocando, pero de cuyas consecuencias no puede derivarse perjuicio para la trabajadora. Por ello, con independencia de las acciones que la Mutua pudiera ostentar frente a la empresa, procedía estimar la pretensión de la demandante.

Por todo ello consideramos que la doctrina ajustada a Derecho es la que contiene la sentencia recurrida, tal y como también postula el Ministerio Fiscal.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Ibermutuamur (Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 274), frente a la sentencia dictada el 30 de diciembre de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación núm. 4817/10, iniciados en el Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid, en autos núm. 349/10, a instancias de D^a M^a José, contra la ahora recurrente y Easyjet Airline Spain, TGSS, y el INSS. Con imposición de costas, y pérdida de los depósitos efectuados, a los que se dará el destino legal que corresponda.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisprudencial 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. Fernando Salinas Molina.- José Luis Gilolmo López.- Rosa María Virolés Piñol.- María Lourdes Arastey Sahún.- Antonio Martín Valverde.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D^a María Lourdes Arastey Sahún hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.