

Sentencia T.S. (Sala 4) de 21 de junio de 2012

RESUMEN:

Riesgo durante la lactancia: Tripulantes de cabina de pasajeros. La empresa no ofrece puesto alternativo. El régimen de turnos y las condiciones a bordo de las aeronaves impiden mantener el ritmo de lactancia natural. Derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural.

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Junio 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 letrado D. Jacinto Berzosa Revilla, en nombre y representación de IBERMUTUAMUR, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL N.º 274, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18 de mayo de 2011, dictada en el recurso de suplicación número 6294/2010 formulado por D.ª Angustia contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 20 de Madrid de fecha 13 de mayo de 2010, dictada en virtud de demanda formulada por D.ª Angustia frente a EASYJET AIRLINE SPAIN SUCURSAL EN ESPAÑA, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, IBERMUTUAMUR - MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL N.º 274, e INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre Seguridad Social.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos D.ª Angustia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y la empresa Easyjet Airline Spain Sucursal en España representados por la letrada D.ª Selina Franch Pascual, el letrado de la Seguridad Social y a la letrada D.ª Carmen Espeso Gayte respectivamente.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Con fecha 13 de mayo de 2010, el Juzgado de lo Social número 20 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la excepción de falta legitimación pasiva esgrimida por la empresa codemandada y desestimando la demanda deducida D.ª Angustia contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA MUTUA IBERMUTUAMUR Y LA EMPRESA EASYJET AIRLINE SPAIN SUCURSAL EN ESPAÑA por debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos de la demanda".

Segundo.—En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: La actora presta servicios para la empresa codemandada EASYJET AIRLINE SPAIN SUCURSAL ESPAÑA desde 23.01.2007 con la categoría de tripulante de cabina de pasajeros (TCP), devengando un salario de 15.554,20 euros brutos anuales con inclusión de pagas extras. SEGUNDO: La Mutua codemandada reconoce a la actora la prestación de riesgo durante el embarazo por reunir los requisitos exigidos y no haberle facilitado la empresa otro puesto de trabajo en tierra compatible con su estado. En declaración de actividad de la empresa de 21.04.2009, hizo constar como riesgo: Trabajos en atmósferas de presión sobreelevada, fatiga mental y física (trabajo a turnos, nocturnos y turnos irregulares), estrés profesional (Doc. n.º 3 (2) ramo actora). TERCERO: La actora inicia con fecha 30.10.2009 descanso maternal que finaliza en fecha 18.2.2010. CUARTO: La actora inicia período de vacaciones en fecha de 22.02.2010 y hasta 22.03.2010. Con fecha de 22.03.2010 la empresa comunica a la actora que su solicitud de excedencia voluntaria por cuidado de hijo ha sido aceptada surtiendo efectos del 23.3.2010 al 30.09.2010 (Doc. n.º 7 ramo actora). QUINTO: Con fecha de 16.12.2009 la

empresa declara que no se ha determinado riesgo específico durante la lactancia (Doc. n.º 3 ramo actora). En la declaración de actividad de la empresa se hizo constar como riesgo: No se ha determinado. SEXTO: La actora formula impugnación frente la resolución emitida por la Mutua de denegar el derecho a las prestaciones derivadas por riesgos durante la lactancia Natural al considerar la lactancia natural dada a su hija menores de 9 meses compatible con su actividad laboral de tripulante de cabina de pasajeros sin que exista, por parte de la empresa posibilidad de cambio de tarea. SÉPTIMO: En el informe de evaluación de riesgos laborales de la empresa demandada, de fecha de 5.05.2009 relativo al puesto de trabajo de TCP, 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 periodo de lactancia (Doc. n.º 10 ramo actora) Respecto a la embarazada, el riesgo es por compresión descompresión. OCTAVO: 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. NOVENO: Obra al Doc. n.º 5 ramo actora informe de Atención Primaria del hijo de la actora con las siguientes observaciones: "lactante de 2 meses alimentado al pecho por su madre (Angustia) debe continuar con lactancia materna exclusiva como se recomienda, para los beneficios del bebé y de la madre" y Doc. n.º 7 de fecha de 30.4.2010, donde se recoge en actitud "continuara con lactancia materna hasta los 9 meses + introducción progresiva de alimentos hasta entonces". DÉCIMO: Obran a los Doc. n.º 25, ramo actora, las orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural Doc. n.º 26 las indicaciones sobre extracción y almacenamiento de la leche materna de la liga de la leche, España y al Doc. n.º 27 las recomendaciones para la lactancia materna de la Asociación Española de Pediatra y que se tienen por reproducidas señalando con carácter general que 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". 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. DÉCIMO PRIMERO: 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. 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. DÉCIMO-SEGUNDO: Según el informe técnico sobre descripción del puesto de trabajo Doc. n.º 1 del ramo Mutua, que se da por reproducido se recoge que 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, 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.). No son riesgos en sentido estricto durante la lactancia. DECIMO-TERCERO: Obra al Doc. n.º 2 informe sobre no emisión de certificado de riesgo durante la lactancia natural, que se tiene por reproducido y en el que se recoge que 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 ($\lt; 1\text{ Hz}$), provocadas por el movimiento del vehículo (este tipo de vibraciones se producen también en barcos, coches, etc. La exposición a ruido es puntual (al subir o bajar) del avión se no se usan figers. Las zonas de trabajo son ambientes controlados (aeropuertos y aviones), por lo que no existe riesgo apreciable por calor o frío. No hay exposición a productos químicos calificados como de riesgo. utilizan guantes para la recogida de residuos biológicos. Para la lactancia está contraindicado el virus VIH y en el puesto de la actora es difícil contraer este virus por un pinchado. La sobrepresión no afecta a la lactancia natural y la nocturnidad y el trabajo a turnos o en solitario por sí mismo no presenta riesgo para la lactancia, pero pueden hacer que sea mas incomoda por el horario. Como conclusiones se recoge que no existe evidencias que apoyen la existencia de riesgos ni condiciones que pudieran influir negativamente durante el período de lactancia en la salud de la actora desempeñar su trabajo en un puesto de TCP de la empresa codemandada. El vaciamiento de las mamas durante los periodos en que no sea posible dar de mamar al niño garantizan una producción de leche suficiente para mantener la lactancia por el tiempo que se desee. En caso de ser necesario la leche materna se puede conservar por largos periodos e tiempo incluso a temperatura ambiente. La diversificación alimentaria es una necesidad nutricional del lactante y una forma de compatibilizar entre el 4.º y el 6.º mes el trabajo materno con la prolongación de la lactancia, consiguiendo un crecimiento satisfactorio y todos los beneficios de los factores protectores de la leche materna. Por todo lo anterior entendemos que no existen riesgos, condiciones de trabajo ni circunstancias que pudieran influir negativamente en la lactancia, ni en la salud, de la mujer, ni del hijo lactante, por lo que no procede la emisión del certificado del riesgo durante la lactancia. DECIMO-CUARTO: Algunas Mutuas como UNPRESALUD, MUTUA BALEAR, FRATERNIDAD MUPRESA han reconocido a personas que desempeñan actividades de TCP la prestación por riesgo durante la lactancia por distintos motivos entre otros: por la concurrencia de ruidos, al no poder extraer la leche durante la jornada por falta de tiempo y espacio y porque la lactancia es incompatible con el puesto de trabajo que desempeñaban en la Compañía Aérea. Por considerar 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". 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, y que hay restricciones al personal de vuelo durante la lactancia y no existe otro puesto. 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. (Doc. n.º 12 a 19 ramo actora). DECIMO-QUINTO: La actora realiza vuelos de corta distancia, su programación es punto a punto sin pernocta, con regreso a la base y no pernocta mas de una noche al mes, sus vuelos no tienen una duración superior a tres horas. Obra la programación de vuelos de la actora de 2009 y 2010 a los Doc. n.º 3 a 13 ramo Mutua y Doc. n.º 28 ramo actora la de 2010. DECIMO-SEXTO: La empresa codemandada tiene cubiertas las contingencias profesionales y comunes con la Mutua Ibermutuamur y se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones. DECIMO-SÉPTIMO: Para el caso de estimación de la demanda el periodo de prestación comprendería desde 23.3.2010 hasta 30.7.2010 si se mantiene la lactancia. La base reguladora de la prestación que se solicita es de 48,22 euros/día. DECIMO-OCTAVO: Por medio de la presente demanda la actora solicita que se declare el derecho al reconocimiento de la situación de riesgo durante la lactancia natural con los efectos legales inherentes a dicha

situación, de suspensión del contrato y el derecho a percibir el subsidio por riesgo durante la lactancia con cargo a Ibermutuamur durante el plazo y cuantía legal. DÉCIMO-NOVENO: Se ha agotado la vía administrativa."

Tercero.—La citada sentencia fué recurrida en suplicación por D.^a Angustia, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia con fecha 18 de mayo de 2011, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada D.^a MARIA LANDA MARTINEZ DE MARAÑÓN, en no bre y representación de D.^a Angustia, revocamos la sentencia de fecha 13-05-2010, dictada po el JDO. DE LO SOCIAL n.º 20 de MADRID en sus autos número DEMANDA 255/2010, seguidos a instancia de Angustia frente a EASYJET AIRLINE SPAIN SUCURSAL EN ESPAÑA, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, IBERMUTUAMUR-MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL N.º 274, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y estimando la demanda declaramos el derecho de la actora a percibir la prestación por riesgo durante la lactancia que reclama, condenando a las demandadas a estar y pasar por ello y a IBERMUTUAMUR, a su vez, a pagársela. Sin costas."

Cuarto.—El letrado D. Jacinto Berzosa Revilla, en nombre y representación de IBERMUTUAMUR, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL n.º 274, mediante escrito presentado el 15 de julio de 2011, 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 Madrid de fecha 24 de septiembre de 2010 (recurso n.º 3405/2010). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 135 bis y 135 ter. de la Ley General de la Seguridad Social así como de los arts. 45.1 d) y 48.5 del Estatuto de los Trabajadores; del R.D. 295/2009 de 6 de marzo, de la Disposición Adicional 11.7 de la L.O.3/2007, de 22 de marzo, así como la propia Directiva 92/85 del Consejo de Europa y la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales.

Quinto.—Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la improcedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de junio de 2012, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el presente litigio se trata de determinar si procede la prestación por riesgo durante la lactancia natural previsto en el art. 135 bis y ter LGSS de una trabajadora de Easyjet Airline con la categoría de tripulante de cabina de pasajeros. La sentencia recurrida -revocatoria de la de instancia- reconoce la prestación de riesgo durante la lactancia natural a una trabajadora que presta servicios de tripulante de cabina de pasajeros en aeronaves de la empresa demandada Easyjet Airline Spain. Tras disfrutar de una baja por riesgo durante el embarazo, le es denegada por la mutua una baja por riesgo durante la lactancia natural argumentando que la actividad es compatible con la lactancia y no existe posibilidad de cambio de tarea por la empresa. Consta que la actora realiza vuelos de corta distancia y su programación es sin pernocta, con regreso a la base y no pernocta más de una noche al mes, sin tener sus vuelos una duración superior a tres horas. La sentencia de instancia desestima la reclamación de la prestación por considerar que no se acredita una situación de riesgo para la lactancia pues se alegan riesgos comunes a cualquier madre lactante. Pero la Sala de Suplicación entiende que sí existen riesgos específicos, derivados tanto de la organización concreta del horario que exige el trabajo en una aeronave, cuanto de las condiciones funcionales del puesto de trabajo que no garantiza la intimidad, la higiene y la temperatura que exige la extracción de la leche y su conservación para el amamantamiento posterior. Se considera además

que no consta que la empresa haya efectuado todas las medidas organizativas tendentes a la supresión del riesgo.

La Mutua Ibermutuamur recurre en casación para la unificación de la doctrina, proponiendo como contradictoria la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24-09-10 (Rec. 3405/10), que desestima la demanda sobre derecho al percibo de la prestación de riesgo durante la lactancia. Se trata de un supuesto en el que la demandante es también tripulante de cabina de la misma compañía. El turno que tiene asignado es de 6 días de vuelo y 3 de descanso, los días de trabajo son normalmente 3 en turno de mañana y 3 de tarde, teniendo jornadas de duración dispar. Consta (HP 11.º) que el único lugar de privacidad en una aeronave es el baño, que solo se limpia por la noche. Los residuos que en el día se acumulan son almacenados en bolsas que se guardan dentro del aseo. Como sistema frigorífico solo existe un cajón para mantener el hielo destinado a las bebidas de los pasajeros.

Dicha sentencia, tras admitir que en el puesto de trabajo desempeñado concurre una situación de riesgo para la lactancia natural, declara que no es posible reconocer el derecho solicitado por cuanto no han tenido reflejo en el relato fáctico que las circunstancias de riesgo descritas "deben entenderse como generadoras de un deber por parte del empresario de adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo a tales exigencias, que en el caso de autos se traduciría, bien en introducir en la aeronave condiciones adecuadas de extracción y conservación de la leche o bien en corregir la disparidad tanto en turnos como en horario existentes o proceder a una reducción de las horas de vuelo que hiciesen no necesaria la extracción de la leche dentro de la aeronave, y solo ante la imposibilidad de su realización la del consiguiente traslado a un puesto de trabajo compatible con su estado en los términos prevenidos en la norma", alcanzándose en su defecto y como ultimo extremo del derecho que se reclama, la suspensión del contrato.

Concurre la contradicción, al igual que se apreció en nuestra sentencia de 24/4/12 (rcud 818/11), en un caso similar de la misma empresa y con la misma sentencia de contraste, pues:

Ambas trabajadoras prestan servicios como Tripulantes de cabina de pasajeros (TCP) para la misma compañía aérea. En las dos sentencias la pretensión es la misma: reconocimiento del derecho a la prestación de riesgos durante la lactancia por desempeño de funciones como TCP. En la sentencia recurrida se reconoce el derecho a la prestación, por entender la Sala que las exigencias horarias y la inexistencia de garantías para la intimidad y la higiene, así como la condiciones de extracción y conservación de la leche, no permiten entender satisfecho el, como dice la propia sentencia, "derecho a amantar al hijo como acto personal y a la vez familiar" y los beneficios para la salud que ello reporta. En la sentencia de contraste se deniega el derecho a la prestación por considerar la Sala que, aun admitiendo la situación de riesgo para la lactancia natural en el puesto de trabajo desempeñado, no concurre el segundo de los requisitos para su concesión, referido a la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico.

La sentencia de contraste exige por tanto, como requisito ineludible para la concesión de la prestación, que quede acreditado que el empresario no puede adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de una lactancia natural, mientras que en la sentencia recurrida se concede la prestación, aunque no coste que el empresario ha cumplido con tal deber.

Segundo.—Denuncia la recurrente la infracción de los arts. 135 bis y 135 ter de la LGSS, así como los arts. 45.1 d) y 48.5 ET, del RD 295/2009, de la D.A. 11.7 de la LO 3/2007, de la Directiva 92/85 del Consejo de Europa y de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, aunque luego en el desarrollo del motivo solo menciona los arts. 135 bis y 135 ter de la LGSS, 26.4 LPRL y la Directiva 92/85.

La cuestión ha sido resuelta, en el sentido que mantiene la sentencia recurrida, en varias

sentencias de esta Sala, cuya doctrina resume la muy reciente y ya citada de 24 de abril de 2012 (rcud. 818/11), en los siguientes términos:

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.

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) "*podieran 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*".

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*".

Esta última sentencia continua diciendo "Se trata de una situación protegida cuya complejidad se pone de relieve porque la misma no responde solo 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 un puesto de trabajo compatible con la situación de la lactante; 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 debería 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".

Y concluye la ya citada sentencia de 24/4/12:

"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 las trabajadoras 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 el letrado D. Jacinto Berzosa Revilla, en nombre y representación de IBERMUTUAMUR, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL N.º 274, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18 de mayo de 2011, dictada en el recurso de suplicación número 6294/2010. Con imposición de costas, y pérdida de los depósitos efectuados, a los que se dará el destino legal que corresponda.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano 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. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.