

Sentencia T.S. (Sala 4) de 17 de marzo de 2011

RESUMEN:

Para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva: identificación de los riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural; imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y, por último, 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. La situación protegida no depende sólo de 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 madre. La omisión de estas medidas, siendo posibles y procedentes, podrían suponer la responsabilidad de la empresa respecto a la trabajadora, que tiene derecho a no sufrir la situación de riesgo, y respecto a la entidad gestora, que no tendría por qué soportar el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas.

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de 4 de marzo de 2.010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga en el recurso de suplicación núm. 1885/2009, interpuesto frente a la sentencia de 20 de mayo de 2.009 dictada en autos 819/2008 por el Juzgado de lo Social núm. 11 de Málaga seguidos a instancia de D.^a Leonor contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social la empresa pública Hospital Costa del Sol sobre prestaciones.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D.^a Leonor representada por el Letrado D. Rafael de Lara Durán.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-Con fecha 20 de mayo de 2.009, el Juzgado de lo Social núm. 11 de Málaga, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que desestimando la demanda interpuesta por Dña. Leonor contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la Tesorería General de la Seguridad Social, y contra la Empresa Pública HOSPITAL COSTA DEL SOL, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones contenidas en la demanda";.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " 1.º- La demandante Dña. Leonor, con D.N.I. n.º NUM000, presta servicios como enfermera en el HOSPITAL COSTA DEL SOL, dependiente del SAS, en el Servicio de consultas externas.- 2.º- En fecha 29 de mayo de 2.008 la actora solicitó del INSS la prestación de riesgo durante la lactancia natural, que le fue denegada por resolución de fecha 9 de junio de 2.008, por el motivo de no existir razones técnicas u objetivas ni motivos justificados que puedan razonablemente impedir un cambio de puesto o funciones a otros compatibles.- 3.º- La base reguladora que corresponde a la demandante para el cálculo de la prestación solicitada es de 95'62 euros diarios.- 4.º- Consta declaración empresarial del Hospital Costa del Sol en la que se refleja que no existe en la actualidad disponible otro puesto de trabajo compatible con el estado de la actora.- 5.º- Obra en autos certificado del Médico Evaluador de la Unidad Médica del EVI en el que consta que las condiciones del puesto de trabajo definido por la empresa para la actora, y de los riesgos específicos que se derivan del mismo, aún a pesar de las adaptaciones de los tiempos de trabajo, pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora o del hijo.- 6.º- Se ha agotado la vía previa administrativa";.

Segundo.-Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior sentencia, con fecha 4 de marzo de 2.010, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Andalucía en Málaga, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA Leonor contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 11 de Málaga con fecha 20 de Mayo de 2009 en autos sobre prestación por riesgo durante la lactancia natural,

seguidos a instancias de dicha recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y EMPRESA PÚBLICA HOSPITAL COSTA DEL SOL y, con revocación de la sentencia recurrida, estimamos la demanda formulada por la recurrente y condenamos al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a abonar a la misma la correspondiente prestación por riesgo durante la lactancia natural en la cuantía legalmente prevista";.

Tercero.-Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 21 de mayo de 2.010, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga de 26 de noviembre de 2.009 y la infracción de lo establecido en el art. 135 bis LGSS en relación con los arts. 45.1 d) ET y art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Cuarto.-Por providencia de esta Sala de 7 de octubre de 2.010, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

Quinto.-Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 15 de febrero de 2.011. Se han cumplido en la tramitación del presente recurso las exigencias legales, salvo la relativa al plazo para dictar sentencia dada la complejidad y transcendencia del presente asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si la trabajadora demandante, ATS de hospitalización-oncología en el Hospital Costa del Sol (Málaga), tiene derecho al percibo de la prestación por riesgo durante la lactancia natural prevista en los artículos 135 bis y ter de la Ley General de la Seguridad Social, en función de las particularidades que concurren en el puesto de trabajo y de la posibilidad de realizar un cambio de puesto de trabajo para que lleve a cabo tareas exentas de riesgo en el referido centro sanitario público.

La trabajadora demandante solicitó del Instituto Nacional de la Seguridad Social las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural, que le fueron denegadas por resolución de fecha 9 de junio de 2.008. Agotada la vía previa se planteó demanda de la que conoció el Juzgado de lo Social número 11 de los de Málaga y en la que se argumentaba a favor de su pretensión sobre los dos ejes fundamentales en que se basaba la resolución administrativa impugnada: la existencia de riesgos específicos para la trabajadora y la imposibilidad de proceder a un cambio de puesto de trabajo que eliminase la exposición a los mismos. En sentencia de 20 de mayo de 2.009 el Juzgado desestimó la demanda. Para llegar a tal conclusión se parte de la existencia de riesgos en el puesto de trabajo de la demandante, para concluir que, no obstante, la empresa no había acreditado la imposibilidad de efectuar un cambio temporal de puesto de trabajo a otro que estuviese exento de riesgo.

La sentencia de instancia contiene en sus hechos probados referencia indirecta, por remisión abstracta a los riesgos que acoge como tales, tanto en relación con esa declaración empresarial como con el certificado emitido por la EVI (hechos probados 4.º y 5.º). De esas referencias cabe extraer que los riesgos descritos para la trabajadora, enfermera de consultas externas, son los siguientes: *"Recepción, preparación, atención y control y seguimientos de los cuidados del paciente; realización de analíticas. Coger vías; realización de curas, suturas y desinfecciones; administración de tratamiento; toma de constantes vitales y colaboración en tareas de higiene; retirada de material y objetos punzantes utilizados para su limpieza"*. De ello se deduce en la declaración empresarial de riesgo (folio 26) que el *"riesgo específico durante el embarazo o la lactancia natural... es la de exposición a agentes químicos y biológicos, cortes y pinchazos, así como riesgo de atropellos o golpes con vehículos por desplazamientos"*.

Por otra parte, en la relación de puestos de trabajo exentos de riesgo que proporcionó la empresa (folio 33) no aparece ningún puesto sanitario y únicamente se consignan nueve exentos, de naturaleza administrativa.

Segundo.-Recurrió la sentencia de instancia la trabajadora en suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, estimó el mismo y reconoció la prestación que en la demanda se postulaba en la sentencia de 4 de marzo de 2.010 que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina. Para llegar a tal conclusión la Sala de Málaga parte de la existencia de riesgos

específicos para la lactante y se centra fundamentalmente en resolver sobre la existencia de otros puestos alternativos exentos de riesgo en el Hospital, llegando a la conclusión de que no es así, de conformidad con la relación aportada por la empresa al efecto, pues ante la ausencia de puestos sanitarios exentos, no cabe exigir a profesionales de esa actividad que lleven a cabo otras tareas que les son ajenas y para las que carecen de cualificación, como son las administrativas.

Tercero.-En el recurso de casación para la unificación de doctrina que se plantea ahora por el INSS frente a la referida sentencia se denuncian como infringidos los artículos 135 bis y ter LGSS, el artículo 45.1 d) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Para sostener el recurso y como sentencia de contraste se propone la dictada por la Sala de lo Social del mismo Tribunal Superior de Justicia y sede de Málaga, de fecha 26 de noviembre de 2.009 (recurso 1115/2009). En ésta resolución, la Sala de Málaga llegó a una decisión contraria a la de la recurrida, pues confirmó la sentencia del Juzgado de instancia que había desestimado una demanda similar a la de estos autos, en la que una madre lactante natural, ATS de hospitalización del mismo Hospital Costa del Sol pretendía el pago de la prestación por riesgo durante la lactancia.

En este caso, la actividad de la trabajadora, resultante de los hechos probados, consistía también en *"recepción, preparación, atención y control y seguimiento de los cuidados del paciente; realización de analíticas; coger vías, realización de curas, suturas y desinfecciones; administración de tratamiento; toma de constantes vitales; retirada de material y objetos punzantes utilizados para su limpieza"*. Al propio tiempo se decía 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"*. También constaba similar declaración empresarial de inexistencia de puestos sanitarios exentos de riesgo para la embarazada o la lactante natural.

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 ATS/DUE de distinta actividad, aunque la descripción genérica de riesgos es muy similar. Pero realmente el punto en que las sentencias comparadas entran en franca contradicción, el núcleo de esa opuesta decisión reside en que ante la existencia de unos riesgos genéricos, 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 para poder acceder a la prestación de que se trata.

Al propio tiempo, también resultan contradictorias las sentencias comparadas en lo que se refiere al valor que haya de darse a la relación de puestos de trabajo elaborada por el Hospital en orden a la inexistencia de puestos de naturaleza sanitaria que resulten exentos de riesgo para la lactante, pues en la recurrida se admite tal consecuencia, que impide el cambio temporal de actividad durante la lactancia, mientras que en la de contraste no se admite la razonabilidad de esa extensión y por ello también entiende injustificada tal imposibilidad de movilidad temporal.

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.

Cuarto.-La exigencia de la evaluación de los riesgos a efectos de su prevención se contiene, en esencia, en los artículos 14 y siguientes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, especialmente en el 16. Más específicamente, esa evaluación 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 artículo 26, poniéndose aquí de relieve que se está en presencia de una prestación por riesgo en lactancia natural, no en embarazo. En concreto, sobre el problema que aquí hemos de resolver, el referido precepto establece en su número primero 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 turno".

De la literalidad 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, 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 artículo 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"*.

Incluso cuando no existan puestos de trabajo o función compatible, la norma especifica 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, el número 3 del artículo 26 LPRL dice que *"Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, 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) del Estatuto de los Trabajadores , 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"*.

Resulta de esa regulación normativa entonces que para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los artículo 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.

Se trata de una situación protegida cuya complejidad se pone de relieve porque la misma 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 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.

En todo caso, el punto de contradicción antes señalado sobre la especificidad de los riesgos relevantes para la lactancia natural fue resuelto por la sentencia recurrida admitiendo 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, esa identificación 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 para conocer su relevancia en relación con la situación de lactancia natural, como se desprende de la muy extensa regulación normativa que incide sobre esta clase de riesgos, como es, a título de ejemplo, el RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, el cual procede de la transposición al Derecho español de tres Directivas Europeas (Directiva del Consejo 90/679/CEE de 26 de noviembre, posteriormente modificada por la Directiva 93/88/CEE de 12 de octubre y adaptada al progreso técnico por la Directiva 95/30/CE de 30 de junio). O el Real Decreto 665/1997 del 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo; o el R.D. 783/2001, de 6 de julio, 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 riesgo evidente 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 aportados (empresa, UMVI o Unidad de Prevención) elementos concretos y normativamente exigibles 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 relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural, lo que conduce en el caso de autos a la conclusión de que no cabe el percibo de la prestación prevista en el artículo 135 bis y ter LGSS cuando 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, 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, agotadas las previsiones del artículo 26 LPRL, de incluir la situación en la causa de suspensión del contrato de trabajo a que se refiere el artículo 48.5 del Estatuto de los Trabajadores.

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 contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de fecha 4 de marzo de 2.010, 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.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de 4 de marzo de 2.010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga en el recurso de suplicación núm. 1885/2009, interpuesto frente a la sentencia de 20 de mayo de 2.009 dictada en autos 819/2008 por el Juzgado de lo Social núm. 11 de Málaga seguidos a instancia de D.ª Leonor contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social la empresa pública Hospital Costa del Sol sobre prestaciones. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el interpuesto por la demandante, confirmando la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo 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 Gullon Rodriguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.