

Sentencia T.S.J. Madrid 478/2011, de 18 de mayo

RESUMEN:

Riesgo por lactancia: Tripulante de cabina de pasajeros. No es un riesgo genérico, propio del hecho de trabajar en situación de lactancia, sino específico, derivado tanto de la organización concreta de horario que exige el trabajo en un aeronave, como de las condiciones funcionales del puesto de trabajo que no garantiza la intimidad, la higiene y la temperatura que exige la extracción de leche y su conservación para el amamantamiento posterior.

(ILJ 1182/2011)

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.3

MADRID

SENTENCIA: 00478/2011

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 003 (C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

N.I.G: 28079 34 4 2010 0044230, MODELO: 40225

TIPO Y N.º DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0006294 /2010

Materia: MATERIAS DE SEGURIDAD SOCIAL

Recurrente/s: Maite

Recurrido/s: EASYJET AIRLINE SPAIN SUCURSAL EN ESÀÑA, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL TGSS

, MUTUA DE A. DE T. Y ENF. PROFESIONAL N.º 274 IBERMUTUAMUR, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD

SOCIAL INSS

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 20 de MADRID de DEMANDA 0000255 /2010 DEMANDA 0000255

/2010

Sentencia número: 478/11-FG

Ilmos/as. Sres/as. D/D.^a

JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO

PRESIDENTE

EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

En MADRID, a dieciocho de mayo de dos mil once, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 003 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, de acuerdo con lo

prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

en el RECURSO SUPPLICACION 6294/2010, formalizado por la Letrada D.^a MARIA JOSE LANDA MARTINEZ DE MARAÑON, en nombre y representación de D.^a Maite, contra la sentencia de fecha 13-05-2010, dictada por JDO. DE LO SOCIAL n.º 20 de MADRID en sus autos número DEMANDA 255/2010, seguidos a instancia de Maite 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, en reclamación por MATERIAS DE SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

Segundo.-En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

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 nº 2 y Doc nº 3 (2) ramo actora)

TERCERO.- La actora inicia con fecha de 30.10.2009 descanso maternal que finaliza en fecha de 18.02.2010.

CUARTO.- La actora inicia periodo 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 23.03.2010 al 30.09.2010 (Doc nº 7 ramo actora).

QUINTO.-Con fecha de 16.12.2009 la empresa declara que no se ha determinado riesgo específico durante la lactancia (Doc nº 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 período de lactancia (Doc nº 10 ramo actora) Respecto a la embarazada, el riesgo es por compresión descompresión.

OCTAVO.-E1 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° 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 (Maite) debe continuar con lactancia materna exclusiva como se recomienda, para los beneficios del bebe y de la madre" y Doc n° 7 de fecha de 30.40.2010, donde se recoge en actitud "continuará con lactancia materna hasta los 9 meses +introducción progresiva de alimentos hasta entonces".

DECIMO.- Obran a los Doc n° 25, ramo actora, las Orientaciones para la valoración del riesgo Laboral durante la lactancia natural Doc n° 26 las indicaciones sobre extracción y almacenamiento de la leche materna de la Liga de la Leche, España y al Doc n° 7 las recomendaciones para la lactancia materna de la Asociación Española de Pediatría 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.

DECIMO-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

DECIMO-SEGUNDO.- Según el informe técnico sobre descripción del puesto de trabajo Doc n° 1 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 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° 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 (1 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 si no se usan fingers.

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 pinchazo. La sobrepresión no afecta a la lactancia natural y la nocturnidad el trabajo a turnos o en solitario por sí mismo no presenta riesgo para la lactancia, pero pueden hacer que sea más 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 periodo 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 de tiempo incluso a temperatura ambiente. La diversificación alimentaria es una necesidad nutricional del lactante y una forma de compatibilizar entre el 4° y el 6° mes el trabajo materno con la prolongación de la lactancia, consiguiendo un crecimiento satisfactorio y todos los beneficios de los factores satisfactorio y todos los beneficios de los factores protectora en 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° 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 más 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° 3 a 13 ramo Mutua y Doc n° 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.

DÉCIMO-SÉPTIMO.- Para el caso de estimación de la demanda el período de prestación comprendería desde 23.03.2010 hasta 30.07.2010 si se mantiene la lactancia. La base reguladora de la prestación que se solicita es de 48,22 euros/día.

DÉCIMO-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.-En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que desestimando la excepción de falta legitimación pasiva esgrimida por la empresa codemandada y desestimando la demanda deducida Da Maite 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 ESPAÑA por debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos de la demanda.

Cuarto.-Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte IBERMUTUAMUR.

Quinto.-Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 15-10-2010, dictándose las correspondientes y subsiguientes resoluciones para su tramitación en forma.

Sexto.-Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 22-02-2011 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-La sentencia de instancia desestimó la reclamación de prestación de riesgo por lactancia que solicita la trabajadora, tripulante de cabina de pasajeros, por entender, en definitiva, que no se acredita la situación de riesgo para la lactancia pues se alegan "riesgos comunes a cualquier madre lactante y no en concreto a las TCP". Frente a la sentencia se alza en suplicación la actora articulando, en primer lugar y por el 191 b) de la L.P.L., diversos motivos fácticos. En el primero, se trata de corregir un mero error material de transcripción en el hecho probado sexto, evidente al constar "compatible" en vez de "incompatible" en la línea quinta, lo que debe corregirse. En segundo lugar y en relación al hecho probado séptimo, se pretende una redacción alternativa a la indicación de que "no consta prohibición ni restricciones para las trabajadoras en período de lactancia (doc. n.º 10 ramo prueba actora)" por una indicación del informe obrante a los folios 368 a 408 aportado por la empresa, indicativa de la prohibición del puesto de TCP para las trabajadoras embarazadas y que no valora el puesto en relación a las trabajadoras en período de lactancia. Y tal modificación no es contradictoria, pues no transmite una información diversa a la que indica el hecho, sino que simplemente añade lo que consta en un informe respecto a que no se ha evaluado una situación. En un tercer

motivo y respecto al hecho probado décimo, se pretenden diversas adiciones. El hecho asume los docs. n.º 25, 26 y 27 del ramo de la prueba de la actora (folios 166 y stes.) y la remisión supone la incorporación íntegra del texto sin perjuicio de su transcripción mayor o menor, por lo que es innecesaria esta modificación puramente aclaratoria. Se pide la adición de un texto basado en documento distinto -el n.º 11 de la actora (folio 93 a 97 de la Sección Sindical de la empresa)-. Se trata de incorporar un informe en un hecho que se limita a referir otro, de tal informe se pretende referir el hecho evidente de que en un avión el único lugar privado -donde podría extraerse la leche es el baño y que no consta desde luego que el avión disponga de refrigerador donde guardarla, datos que no están en contradicción con el hecho probado.

Los motivos cuarto y quinto admiten una consideración conjunta basada en idéntica *ratio iuris*. Es improcedente el cuarto al pretender adicionar al hecho probado duodécimo una simple valoración negativa, lo que no ha de constar como hecho probado, y es improcedente el motivo quinto en cuanto pretende suprimir un párrafo de un informe que se transcribe, sin que tal párrafo pueda tener valor de hecho probado pues el hecho se limita a transcribir el informe y no a asumirlo expresamente como probado en su integridad, pues ello conllevaría desde luego una improcedente predeterminación del fallo. Con falta de sistemática se pretende, de forma irrelevante, transcribir opiniones de Iberia o la mutua Muprespa en este hecho que ya figuran en el hecho decimocuarto y que ya asume, por remisión, la sentencia.

Segundo.-Como motivo sexto se pretende la supresión y sustitución del primer párrafo del hecho probado decimoquinto para que se indique que "la programación de la actora impedía la realización de jornadas de trabajo continuadas de más de 10 horas, así como pernoctar fuera de base, que en el mes de abril de 2010 eran de tres pernoctas en Lisboa y en mayo 2010 dos pernoctas en Lisboa" y que "durante las escalas o saltos las TCP no descienden del avión y deben realizar trabajos de *security check* de la cabina así como de embarque y desembarque", lo que basa en la documental de Ibermutuamur, folios 288 y 301. Lo que puede aceptarse, si bien evidenciándose del propio texto que no se pernocta de modo habitual, y ello porque en lo demás son datos que constan en la sentencia de 24-09-10 de este Tribunal -Sección Cuarta - referidos a la misma empresa.

Tercero.-En el motivo séptimo se aborda la cuestión jurídica invocando la infracción del art. 135 bis de la L.G.S.S. y de la Ley 3/2007, art. 14.7 que establece "la protección de la maternidad con especial asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia".

Se invocan diversas sentencias de instancia y, ya en esta alzada, una sentencia de esta Sección Tercera del Tribunal Superior de Justicia. La codemandada Ibermutuamur se opone e invoca una sentencia de la Sección Cuarta de este Tribunal Superior de Justicia de una compañera de la actora. Debemos partir para resolver el litigio de la perspectiva general que fija la STS de 17-03-2001, de unificación de doctrina, cuyo fundamento de derecho cuarto dice:

"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 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, 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 (RCL 1997, 1273), 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 (LCEur 1990, 1600), posteriormente modificada por la Directiva 93/88/CEE de 12 de octubre (LCEur 1993, 3340) y adaptada al progreso técnico por la Directiva 95/30 / CE de 30 de junio (LCEur 1995, 1443)). O el Real Decreto 665/1997 del 12 de mayo (RCL 1997, 1274), 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 (RCL 2001, 1852), 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."

De esta sentencia se deriva una fijación casuística y no genérica del riesgo de lactancia -que es autónomo al del parto- que exige atender al puesto de trabajo, pues son las condiciones de éste y no el mero hecho de trabajar las que lo determinan en el doble aspecto de ser una particularidad del mismo y de la inexistencia de alternativa funcional que lo suprima, lo que objetiva el riesgo.

En la precitada Sentencia 548/10 de 24-09-10 de la Sección Cuarta de este Tribunal, aunque se desestima la demanda, se admite "que en el puesto de trabajo desempeñado por la actora concurre una situación de riesgo para la lactancia natural". Este riesgo se identifica tanto por ausencia de condiciones idóneas para la lactancia en el trabajo en la aeronave "tanto higiénicas como de temperatura -"el único lugar con privacidad en una aeronave es el baño que únicamente 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 sólo existe un cajón para mantener el hielo destinado a las bebidas para los pasajeros"" (se dice en el párrafo cuarto del fundamento de derecho tercero), añadiéndose que en tales circunstancias la empresa debe "introducir las condiciones adecuadas de extracción y conservación de la leche o bien corregir la disparidad tanto en turnos, como en horarios, reduciendo las horas de vuelo que hiciesen no necesaria la extracción de leche dentro de la aeronave".

Por otra parte la fundamentación estimatoria de la pretensión, respecto a otra trabajadora de la empresa también tripulante de cabina de pasajeros, que contiene nuestra Sentencia n.º 1288/10 es la siguiente:

"Para garantizar el derecho de la madre-trabajadora a alimentar a su hijo de forma natural se han dictado normas, entre otras, artículo 135 bis y 135 ter de la Ley General de la Seguridad Social , artículo 45.1.d) y 48.5 del Estatuto de los Trabajadores , R.D. 295/2009, de 6 de marzo , sobre prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, Disposición adicional 11.7 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo , para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y la Directiva 92/85 del Consejo de Europa , la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el R.D. 298/2009, de 6 de marzo , de Reglamento de Servicios de Prevención, que han introducido cambios legislativos con la finalidad de garantizar y potenciar la protección de la maternidad y situaciones derivadas de ella como la lactancia, y promover la salud de las mujeres y del hijo ante la necesidad de adoptar determinadas medidas para garantizar el derecho de la mujer a la igualdad efectiva, que responden al objetivo de promover y facilitar los medios para que la lactancia natural se haga de una manera segura y sin trabas cuando se trata de madres trabajadoras.

Dispone el artículo 26 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos laborales, en su apartado n.º 1 , con referencia específica a la lactancia, que el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición al riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, añadiendo que dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización del trabajo nocturno o de trabajo a turnos. El n.º 3 del citado artículo establece "si dicho cambio de puesto de trabajo no resulta técnica u objetivamente posible, o no puede 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 artículo 45.1 .d) durante el periodo 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". Finalmente, el n.º 4 dispone: "lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo, será también de aplicación durante el periodo de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo 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 o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores , si se dan las circunstancias previstas en el n.º 3 de este artículo".

En las consideraciones generales de la Asociación Española de Pediatría que publica el Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural, en el apartado relativo a factores psicosociales al tratar de la lactancia, recoge que "la secreción de prolactina sigue un ciclo circadiano. Cuando la mujer realiza trabajo a turnos dicho ciclo vital se ve alterado y con él la producción de la prolactina y la producción de leche...". En el mismo sentido la Directiva 92/85 CEE .

En el presente caso, el sistema de turnos a que se haya sometido la trabajadora y la dificultad de extraer la leche materna por falta de tiempo y espacio en las debidas condiciones de higiene determinan no una incomodidad, sino una incompatibilidad entre la lactancia natural y las condiciones de trabajo, e influye

negativamente en la salud del lactante al no poder dar a su hijo la lactancia natural o tener que suspender la lactancia materna por sus condiciones de trabajo.

La incompatibilidad de las condiciones de trabajo de la actora con la lactancia natural se pone de manifiesto, además, por la obligación de la actora de renovar su permiso de vuelo en el curso correspondiente en Luton (Inglaterra) en donde permaneció del 10 al 22 de abril, pues si bien el curso duró del 11 al 14 de abril y del 20 al 22, debido a la erupción de un volcán que impidió el tráfico aéreo los días intermedios del referido curso permaneció en Luton.

En razón a lo expuesto, la Sala concluye que las condiciones de trabajo de la demandante repercuten negativamente en la lactancia natural.

La propuesta de la empresa de acumulación horaria no se puede imponer a la trabajadora porque el efecto sería que, una vez transcurrido el referido periodo de tiempo, tendría que renunciar a la lactancia natural de su hija si subsisten las condiciones de trabajo, lo que es contrario al espíritu y finalidad de las normas antes expuestas, debiendo, por ello, reconocer el derecho de la trabajadora a estar en situación de riesgo durante la lactancia natural con los efectos legales inherentes a dicha situación de suspensión del contrato de trabajo y el derecho a percibir el subsidio por riesgo durante la lactancia natural, con cargo a IBERMUAUTAR, durante el plazo y cuantía legal."

Es evidente que las dos sentencias -aunque una sea desestimatoria- admiten la existencia del riesgo para la lactancia en el puesto de trabajo de la actora. Y no es un riesgo genérico, propio del hecho de trabajar en situación de lactancia, sino específico, derivado tanto de la organización concreta de horario que exige el trabajo en un 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 leche y su conservación para el amamantamiento posterior. Es, además de específico, un riesgo característico, autónomo al que pueda derivar del riesgo de trabajo, y que supone una imposibilidad de efectuar, con la idoneidad que constituye la *ratio legis* de la norma, la lactancia natural, conllevando en definitiva una imposibilidad y obstáculo para el libre y correcto desarrollo de la maternidad y, en definitiva, una penalización de la misma en el trabajo contraria al art. 14 de la Constitución, pues no consta que la empresa haya efectuado todas las medidas organizativas tendentes a la supresión del riesgo, al negarlo indebidamente y no puede darse valor a una presunción de dificultad técnica ante un indicio de discriminación por penalización jurídica del ejercicio de la maternidad.

El derecho a amamantar al hijo como acto personal y a la vez familiar, presupone el derecho a preservar el alimento en las condiciones idóneas, pues de lo contrario la finalidad médica de la ley -que quiere fomentar, en protección de la salud del niño, la lactancia natural, que le proporciona mejores defensas que la artificial- se verá defraudada. La lactancia natural exige un mayor compromiso asistencial de la madre, un compromiso más íntimo, que la ley protege no sólo por el plus de atención, sino porque la misma mejora las condiciones de salud del hijo. Es una doble protección que las empresas, que no sólo son economía sino también sociedad, han de proteger y facilitar. Procede por ello estimar el recurso.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada D.^ª MARIA JOSE LANDA MARTINEZ DE MARAÑON, en nombre y representación de D.^ª Maite, revocamos la sentencia de fecha 13-05-2010, dictada por JDO. DE LO SOCIAL n.º 20 de MADRID en sus autos número DEMANDA 255/2010, seguidos a instancia de Maite 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.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley. Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228), que el depósito de los 300 euros y, cuando así proceda, la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberán acreditarse por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2828-0000-00-número recurso-año que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026, C/ MIGUEL ÁNGEL, 17, de MADRID, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 7 de abril de 1.995, y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el

por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.