

Sentencia T.S.J. Castilla y León 801/2012, de 13 de diciembre

BURGOS

SENTENCIA: 00801/2012

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 760/2012

Ponente Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA N.º: 801/2012

Señores:

Ilma. Sra. D.^a María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Magistrado

Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a trece de Diciembre de dos mil doce.

En el recurso de Suplicación número 760/2012 interpuesto por MUTUA FREMAP, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Burgos, en autos número 860/2011, seguidos a instancia Piedad, contra la recurrente, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y GERENCIA TERRITORIAL DE SERVICIOS SOCIALES DE BURGOS- JUNTA DE CASTILLA Y LEON-, en reclamación sobre Seguridad Social. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Don Santiago Ezequiel Marqués Ferrero, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 30 de mayo de 2012, cuya parte dispositiva dice: "FALLO.- Que estimando parcialmente como estimo la demanda interpuesta por doña Piedad contra INSS, TGSS, Mutua Fremap y Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León, debo declarar y declaro el derecho de la actora a la percepción del subsidio por riesgo durante la lactancia con efectos de 13.9.11 con cargo a la Mutua Fremap, condenando a ésta a estar y pasar por tal declaración, con absolución del resto de codemandados".

Segundo.—En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: " PRIMERO: La demandante, Doña Piedad, viene prestando servicios por cuenta de la entidad demandada en la Residencia Asistida Fuentes Blancas como auxiliar de enfermería con jornada reducida por cuidado de hijo desde el 1.5.10, teniendo dicha entidad cubiertas las contingencias profesionales con la Mutua Fremap. SEGUNDO: En la Evaluación Inicial de Riesgos Laborales y Planificación de las Acciones Preventivas de dicho centro de trabajo se contempla como riesgo propio del citado puesto de trabajo, calificado como moderado y de probabilidad baja, la exposición a contaminantes biológicos por punciones con jeringas, agujas, bisturis, realización de curas, limpieza y aseo de beneficiarios, aplicación de pomadas y colirios, no disposición de jabón desinfectante para aseo personal e insuficiencia del número de taquillas para los trabajadores. TERCERO: Con fecha 18.1.11 le fue reconocida por la Mutua Fremap subsidio por riesgo durante el embarazo en una cuantía diaria de 66,09 €, permaneciendo en esta situación hasta el 5.6.11. CUARTO: Solicitado por la actora subsidio por riesgo durante la lactancia natural, le fue denegado por acuerdo de la Mutua de 13.9.11, previo certificado de empresa en el que se expone la inexistencia de ninguna posibilidad de hacer cambios en la categoría de auxiliar de enfermería por las condiciones del puesto de trabajo. QUINTO: Interpuesta reclamación previa ante el INSS en fecha 7/10/11, fue desestimada por resolución de 13.10.11.

Tercero.—Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación Mutua Fremap, no habiendo sido impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

Cuarto.—En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Con fecha 30 de mayo de 2012 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social n.º3 de Burgos, Autos n.º 860/2011, que estimo la demanda formulada por D.ª Piedad frente a la Mutua Fremap, Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Burgos-Junta de Castilla y León- Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social. Contra la citada sentencia se interpone recurso de Suplicación por la representada letrada de la Mutua Fremap alegando la infracción de normas sustantivas, no habiéndose impugnado el recurso.

Segundo.—Con amparo procesal en la letra c) del art 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia ha aplicado indebidamente los artículos 137 bis y ter de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el art 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Así se argumenta que la actora en la prestación de sus servicios como Auxiliar de Enfermería no estaría expuesta a agentes contaminantes biológicos que entrañen un riesgo para la lactancia natural.

Por el Magistrado de instancia se argumenta en la sentencia recurrida que la actora esta sometida a un riesgo cierto de exposición a riesgos contaminantes biológicos susceptibles de ser transmitidos, a través de la leche materna a su hijo y que consta así mismo que no existe puesto de adaptación compatible con la situación de la trabajadora y por lo tanto debe serle reconocida la prestación.

Segundo.—Debemos de recordar con carácter previo que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo - Sentencias de 6 de diciembre de 1979 y 10 de mayo de 1980 - y más recientes entre otras de fecha 5-11-2008 Rec 130/2007 de que no podrá prosperar la revisión en derecho cuando no se hayan alterado los supuestos de hechos que en la resolución se constaten y entre una y otra dimensión de la sentencia exista una íntima correlación de ambos presupuestos circunstancia que concurre en el supuesto de autos. Y es que La valoración de la prueba es cometido exclusivo del Juez o Tribunal que presidió el juicio, el cual deberá determinar qué hechos alegados por las partes, de interés para la resolución del pleito, han quedado ó no acreditadas a fin de declararlas o no probadas y esta valoración la lleva a cabo el juzgador libremente, apreciando toda la prueba en su conjunto sin otras limitaciones que las derivadas de la "sana crítica" (arts, 316, 348, 376 y 382 de la LEC), esto es, sin llegar a conclusiones totalmente ilógicas ó absurdas. La libre facultad del juzgador para valorar la prueba con arreglo a la "sana crítica" únicamente se ve constreñida por las reglas legales de valoración establecidas para pruebas concretas (arts. 1218 y 1225 del Código Civil, 319.1 y 2, y 326.1 de la LEC, respecto de los documentos, según sean públicos, privados ó

administrativos), no siendo este el caso de autos lo que incide en consecuencia y en la desestimación del motivo del recurso.

Dicho lo cual debemos indicar que el art. 135 bis de la LGSS señala que: "A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados."

Y el art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales que: "1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 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 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 turnos.

Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo 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. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto retribuciones de su puesto de origen.

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 a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 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.

El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto retribuciones de su puesto de origen.

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 a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 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.

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 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 15. I d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo".

Por su parte, la sentencia de instancia declara probado que la actora viene prestando sus servicios como Auxiliar de Enfermería realiza su trabajo, con exposición que aunque sea baja existe, a contaminantes biológicos por punciones con jeringuillas, realización de curas, limpieza y aseo de beneficiarios utilizando pomadas y colirios. Y su puesto es de los que no figuran como exentos de riesgo en la relación de puestos de trabajo que ha confeccionado la empresa previa consulta con los representantes así como no existe otro puesto compatible con su estado.

De este modo concurren todos los requisitos exigidos por la norma para reconocer el derecho en cuestión. Sin embargo la Mutua recurre dicho pronunciamiento alegando esencialmente que no concurren los riesgos específicos y que esto de ser son bajos. Pues bien de los hechos declarados probados en al sentencia recurrida, aun siendo bajos los riesgos existen y no por ser bajos deben de dejar de estar protegidos quienes prestan sus servicios en tales circunstancias, si lo mismos no existieran así se hubiera hecho constar en el Informe de Evaluación.

Como señaló la STC 17/2003, de 30 de enero (RTC 2003\17) (F. 3), «la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado».

En definitiva, la censura jurídica que se denuncia no se admite, pues partiendo del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia, ha de decaer asimismo la infracción del derecho, porque habiendo valorado el juez de instancia la prueba practicada; sobre la concreción de las circunstancias del puesto de trabajo que desempeña la actora, resulta acreditado a mayores del riesgo genérico que el puesto de trabajo supone para cualquier trabajador, un riesgo específico para la lactancia que es la cuestión a dilucidar en el caso que nos ocupa a los efectos de la prestación solicitada. Y es que dicha situación laboral es previsible que pueda influir negativamente en la salud de la mujer o del recién nacido.

Tercero.—No procede la imposición de costas al no haberse impugnado el recurso de Suplicación. de conformidad con lo dispuesto en el art. 204.1 y 4 de la LRJS procede decretar la pérdida por la recurrente de los depósitos efectuados para recurrir, ordenándose dar a las consignaciones el destino legal que proceda una vez firme la presente resolución.

-

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por MUTUA FREMAP, frente a la sentencia de que dimana el presente rollo dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Burgos de fecha 30 de Mayo de 2012, en autos número 860/2011, seguidos a instancia Piedad, contra la recurrente, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y GERENCIA TERRITORIAL DE SERVICIOS SOCIALES DE BURGOS- JUNTA DE CASTILLA Y LEON-, en reclamación sobre Seguridad Social, y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Se acuerda la pérdida del depósito efectuado para recurrir dando a las consignaciones el destino legal que proceda una vez firme la presente resolución.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley.

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad

Banesto, sita en la c/ Almirante Bonifaz n.º 15 de Burgos, -en cualquiera de sus sucursales, con el n.º 1062/0000/65/000760/2012.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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