



Roj: **STSJ CLM 4032/2009 - ECLI:ES:TSJCLM:2009:4032**

Id Cendoj: **02003340012009100857**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **21/10/2009**

Nº de Recurso: **584/2009**

Nº de Resolución: **1612/2009**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN PIQUERAS PIQUERAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Albac)

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 01612/2009

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

SALA DE LO SOCIAL

ALBACETE

SECCIÓN PRIMERA

Recurso nº 584/09.-

Ponente: Sr^a. María del Carmen Piqueras Piqueras.

Il^lmo. Sr. D. Pedro Librán Sainz de Baranda

Presidente

Il^lmo. Sr. D. Jesús Rentero Jover

Il^lma. Sra. D^a. Ascensión Olmeda Fernández

Il^lma. Sra. D^a. María del Carmen Piqueras Piqueras

=====
En Albacete, a veintiuno de octubre de dos mil nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, compuesta por los Il^lmos. Sres. Magistrados citados al margen, y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A Nº 1.612

En el Recurso de Suplicación número 584/09, interpuesto por FREMAP-MATEPSS, Nº 61, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Guadalajara, de fecha 22 de diciembre de 2008, en los autos número 730/07, sobre Otros Derechos Laborales, siendo recurridos INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, VINSA y María Angeles .

Es Ponente la Il^lma. Sr^a. Magistrada D^a. María del Carmen Piqueras Piqueras.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: "FALLO: 1º. Estimo la demanda de doña María Angeles en reclamación declarativa del derecho a prestación por riesgo durante lactancia, siendo demandados Vinsa, Fremap Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, INSS y TGSS y declaro que la demandante se encuentra en situación de riesgo por lactancia de su hijo, posterior a su maternidad de 23-5- 2007, con derecho a prestación a cargo de Fremap Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, y subsidiariamente de INSS.

2º/ Condeno a los codemandados a pasar por los efectos de la anterior declaración".

SEGUNDO.- Que, en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos:

PRIMERO. La demandante doña María Angeles trabaja como vigilante de seguridad (folio 7) para el empresario Vigilancia Integrada Nacional S. A. (folio 35) ha sido madre el 23-5-2007 y ha estado de baja por maternidad hasta el 11-9-2007, con derecho a prestación desde 13-5-2007 a 22-9-2007 (folio 4). La aseguradora por accidente de trabajo y enfermedad profesional de la empleadora es Fremap Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (folio 33).

La actora ha interesado de INSS el abono de prestación por riesgo durante lactancia natural en escrito de 7-9-2007.

La Mutua Fremap le ha denegado en 24-9-2007 el subsidio por riesgo durante la lactancia natural (folio 9).

SEGUNDO. La demandante tiene como funciones propias de su puesto de trabajo de operadora en central de alarmas de la Central Nuclear José Cabrera, las siguientes: Recepción de todas las alarmas de control de accesos y de la central. Cuando recibe una alarma, analiza su procedencia e importancia, decide y gestiona la alarma dando una respuesta. Cuando es necesario avisa al responsable.

Las alarmas proceden de dos fuentes (por escrito, de dos ordenadores, o sonoras).

Además debe controlar visualmente las cámaras de vigilancia.

Nivel de atención exigido por la tarea es alto.

Para dicha tarea existen dos ubicaciones: en una de ellas se encuentra sola y en otra acompañada por el responsable. Se hacen relevos cada 4 horas en los que cambian de ubicación.

Está habilitada y armada por lo que eventualmente puede dar soporte en la zona de control de acceso y realizar patrullas.

La zona de trabajo está fuera de la zona controlada.

El horario es: Turnos de 12 horas: (6:30 - 18:30 y 18:30 - 6:30) de Lunes a Domingo.

Tiene como riesgos del puesto de trabajo: Trabajo a turnos y nocturnos, Carga física estática sentada, Posturas forzadas, Riesgo por uso de pantallas de visualización de datos, Carga mental por nivel de concentración alto (folio 5).

La demandante tiene también a su cargo: control de accesos, rondas, patrullas en exterior (folio 7).

Y tiene como riesgos durante el embarazo o la lactancia natural: exposición a radiaciones ionizantes, bipedestación y trabajo a turnos (folio 7)

En agosto (sin concretar fecha) de 2009 se expresa por la demandada Vinsa que no existe otro puesto de trabajo compatible con el estado de la demandante, por lo que se le pasa a la situación de suspensión del contrato de trabajo (folio 6).

TERCERO. Facultativo del Sescam informa en 27-8-2007 que la demandante se encuentra en situación de baja laboral por prestación social por maternidad que se encuentra lactando. Ante la reincorporación a su puesto de trabajo, este tiene unos rasgos que pueden perjudicar la lactancia si ésta se mantiene. Estos riesgos serían: El trabajo a turnos de 12 hs en que tiene que prestar atención y concentración y que no se puede compatibilizar con los horarios de tomas de un lactante, así como no permite la extracción de la leche durante los citados turnos. El stress creado por el alto nivel de concentración y por posibilidad de alarmas ante las que tiene que actuar. Este nivel de stress puede ser perjudicial para la lactancia, pudiendo ser causa de su inhibición (folio 8).

CUARTO. La demandante ha trabajado para la empleadora Vinsa desde 24-1-2006, si bien desde 11-9-2007 a 30-4-2008 lo hecho durante 103 días de trabajo efectivo (folio 44). Ha percibido nóminas por salarios de la demandada, que incluye desde septiembre de 2007 a abril de 2008 (folios 45 a 52), y un salario bruto mensual de 1.545,38 (folio 71).



QUINTO. El riesgo de radiaciones ionizantes afecta a la demandante de igual modo que la población laboral general con dicho riesgo. La bipedestación y la turnicidad no presentan riesgo para la lactancia natural.

SEXTO. La base de cotización diaria de la demandante para prestación de riesgo durante la lactancia natural, derivada de parto de 23-5-2007, de 50,66 (doc 1 de INSS).

SÉPTIMO. Es operadora de la Central Nuclear y tiene servicios de vigilancia de vehículos. No entra en zona controlada. Desde 11-9-2007 ha prestado trabajo y cobrado salario, al concluir la baja por maternidad. Al poco de iniciar el trabajo dejó de dar leche natural a su hijo. El tiempo de servicio de cámara de 11 horas está sentada y está ahí cuando se le manda.

OCTAVO. Se ha presentado reclamación previa el 23-10-2007 (folios 31 y 32), desestimada por el INSS el 15-11-2007 (folios 29 y 30). La parte actora reclama en su demanda, interpuesta el día 20-12-2007, dice que: "se dicte sentencia por la que se acuerde declarar mi derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia natural con los efectos inherentes a dicha declaración".

Ha interesado la demandante tener como nuevos demandados al INSS y TGSS en escrito de 17-4-2008 (folio 21) y en 20-5-2008 a Vinsa (folio 81)

La demandante ha concretado y limitado el suplico de su demanda en el acto del juicio, al ratificar la demanda, a la sola declaración del derecho.

TERCERO.- Que, en tiempo y forma, por la parte demandada, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Guadalajara que, estimando la demanda formulada por la actora, declaró a ésta en situación de riesgo por lactancia de su hijo, con derecho a la prestación correspondiente a cargo de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social demandada, y subsidiariamente del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se alza en suplicación la citada Mutua, mediante el presente recurso que articula a través de dos motivos, ambos al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, para denunciar la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, concretamente, de los artículos 135 bis y ter de la Ley General de la Seguridad Social, 25 a 27 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, 14.2 del Real Decreto 1251/2001, y 134 de la Ley General de la Seguridad Social (motivo primero); así como de los artículos 132.1 .b) de la Ley General de la Seguridad Social y 135 ter de la mismo texto legal (motivo segundo).

SEGUNDO.- Comenzando el análisis del recurso por el primer motivo, considera la Sala que la denuncia de infracción normativa objeto del mismo no puede ser admitida. La Sentencia recurrida no ha vulnerado ninguno de los preceptos en cuya trasgresión manifiesta haber incurrido la Sentencia recurrida.

La aplicación incorrecta del artículo 134 de la Ley General de la Seguridad Social, no es tal, sino un error de transcripción sin trascendencia alguna para el resultado del fallo de esta Sentencia, dado que, aunque, efectivamente, como alega la recurrente, este precepto se refiere al riesgo durante el embarazo, es de ver que la Sentencia recurrida aplica correctamente los artículos 135. bis y ter de la Ley General de la Seguridad Social reguladores del riesgo durante la lactancia natural, por las razones que más adelante se expresan, por lo que, dichos preceptos no han resultado infringidos por la resolución recurrida. Así como tampoco lo han sido los artículos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que cita la recurrente, por cuanto, regulándose en tales preceptos las obligaciones de seguridad y salud del empresario hacia los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (art. 25), la protección de la maternidad (art. 26) y la protección de menores (art. 27), la recurrente no explica en qué sentido la sentencia recurrida ha inaplicado o aplicado incorrectamente dichos preceptos, fundamentalmente en lo que se refiere al artículo 26 (protección de la maternidad), aplicable también, según dispone el apartado 4 del citado precepto, al periodo de lactancia natural "si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del niño (...)" Podrá, así mismo, 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 número 3 de este artículo " (cuando no resulte técnica u objetivamente posible, o no poder razonablemente exigirse por motivos justificados, el cambio de puesto de trabajo diferente y compatible con su estado). Y, en fin, por las mismas razones, la Sentencia recurrida no ha vulnerado el artículo 14.2 del Real Decreto 1251/2001, al proclamar que "De conformidad



con lo establecido en el apartado anterior, no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado.", por cuanto, en el presente supuesto, y según se desprende del incombustible relato fáctico de la Sentencia recurrida, son las condiciones del puesto de trabajo desempeñado las que justifican el pronunciamiento del Juzgador de Instancia, en cuanto a la existencia de riesgo para la lactancia.

Al margen de otras consideraciones que podrían extraerse de los hechos probados, la claridad del ordinal tercero, al declarar que, según informe del SESCAM, el puesto de trabajo que ocupa la actora tiene unos rasgos que pueden perjudicar la lactancia, como el trabajo a turnos de 12 horas y el stress creado por el alto nivel de concentración y por posibilidad de alarmas ante las que tiene que actuar, que puede redundar en perjuicio para la lactancia y causa de su inhibición, no deja lugar a dudas al Juzgador de Instancia, ni tampoco a esta Sala, de la concurrencia en el puesto de trabajo de riesgos para la lactancia que justifican la aplicación del artículo 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social, dado que, según el hecho probado segundo, la empresa demandada manifiesta no tener otro puesto de trabajo compatible con el estado de la demandante.

La recurrente en el motivo primero del recurso se limita a negar la concurrencia en el presente supuesto de circunstancia alguna que implique riesgo para la lactancia natural, efectuando unas alegaciones que no pueden ser atendidas por la Sala, desde el momento en que la recurrente ni siquiera ha intentado la modificación de los hechos declarados probados, para pedir la eliminación de aquél o aquéllos que considerase equivocados, fundamentalmente del que declara la concurrencia de circunstancias en el puesto de trabajo de la actora (el stress y los turnos de trabajo de 12 horas) que, según informe del SESCAM, ponen en riesgo la lactancia natural; señalando prueba documental o pericial existente en autos que pusiera de manifiesto el error del juzgador en la valoración de la prueba de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables.

Por todo lo expuesto, la Sala concluye que la Sentencia recurrida no ha infringido ninguno de los preceptos cuya vulneración denuncia la recurrente en el primer motivo del recurso.

TERCERO.- El segundo motivo tiene por objeto la denuncia de infracción de los artículos 132.1.b) y 135.ter de la Ley General de la Seguridad Social, alegando que la actora se incorporó a su puesto de trabajo el día 11 de septiembre de 2007, inmediatamente después de acabar el descanso por maternidad, percibiendo el salario correspondiente, de manera que el reconocimiento del derecho a la prestación por riesgo por lactancia significaría un fraude a la Seguridad Social.

El artículo 132.1.b) de la Ley General de la Seguridad Social dispone la pérdida o suspensión del derecho al subsidio, entre otros casos, cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena. Por su parte el artículo 135.ter del mismo texto legal declara que "La prestación económica por riesgo durante la lactancia se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación.

Para dar solución a la cuestión debatida, no puede dejar de tenerse en cuenta que, según se declara probado en el ordinal 8º de la Sentencia recurrida, la actora en el acto de juicio limitó el suplico de la demanda a la sola declaración del derecho; a la vista de lo cual, el objeto litigioso al que debe dar respuesta la Sala, so pena de incurrir en incongruencia extra petita, es resolver sobre la existencia del derecho de la actora al subsidio por riesgo durante la lactancia natural, sin más pronunciamiento.

En consecuencia, y resultando que, según informe del facultativo del SESCAM (H.P. 3º), la incorporación de la actora al puesto de trabajo, una vez agotado el descanso por maternidad, implicaría riesgos para la lactancia natural (trabajo a turnos de 12 horas en que tiene que prestar atención y concentración; no poder compatibilizar dichos turnos con la tomas de un lactante, ni tampoco la extracción de leche durante los citados turnos; así como, el stress producido por el alto nivel de concentración y por la posibilidad de alarmas ante las que tiene que actuar, lo que puede inhibir la producción de leche); y en virtud de lo prevenido en el artículo 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 26.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, procede declarar el derecho de la actora al subsidio por riesgo para la lactancia natural durante el periodo comprendido entre la finalización del descanso por maternidad y mientras se mantenga dicha situación de riesgo, sin que proceda hacer ningún otro pronunciamiento, al haber limitado la actora en el acto de juicio el suplico de su demanda a la sola declaración del derecho, por cuanto esta resolución incurriría en incongruencia extra petita al conceder más de lo pedido.



Llegados a este punto resulta innecesario pronunciarse sobre cualquier otra de las cuestiones que pueda plantear el recurso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y especial aplicación

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación formulado por la representación letrada de la Mutua FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61, contra la Sentencia de fecha 22 de diciembre de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Guadalajara, en autos 730/07 sobre Seguridad Social, siendo partes recurridas el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la empresa VINSA, y María Angeles , debemos revocar y revocamos parcialmente la citada resolución, en el sentido siguiente:

1. Queda inalterada la declaración de que la actora se encuentra en situación de riesgo por lactancia de su hijo posterior a su maternidad.
2. Debemos absolver y absolvemos a las demandadas del resto de pretensiones deducidas en la demanda.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Albacete), haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA, que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha (Albacete), dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la Sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral . La consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por la parte recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente nº 0044 0000 66 0584 09, que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Albacete) tiene abierta en el BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, Oficina número 3.001, sita en la calle Marqués de Molins, nº 13 de Albacete, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como depósito la cantidad de TRESCIENTOS EUROS (300), que deberá ingresar en la Cuenta número 2410 del BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, Sucursal de la calle Barquillo, nº 49 (clave oficina 1.006) de Madrid, que tiene abierta la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría de dicha Sala IV del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella.

Expídanse las Certificaciones oportunas para su unión a los autos y al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencia de este Tribunal, el día 27-10-09 . Doy fe.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.