



Roj: **STSJ GAL 65/2020 - ECLI: ES:TSJGAL:2020:65**

Id Cendoj: **15030340012020100007**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **03/03/2020**

Nº de Recurso: **3404/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MB

NIG: 36057 44 4 2018 0003762

Modelo: 084000

TIPO Y Nº DE RECURSO: RSU RECURSO SUPPLICACION 0003404/2019-CON

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: SSS SEGURIDAD SOCIAL 0000749/2018 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de DIRECCION000

Recurrente/s: Palmira

Abogado/a: FUGO AUGUSTO GOMEZ PINO

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, FREMAP, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES Nº 61, DIRECCION001

Abogado/a: LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MARIA ARACELI MARTINEZ ARAUJO, RICARDO PEREZ SEOANE

Procurador/a:

Graduado/a Social:

M. SOCORRO BAZARRA VARELA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA, DOY FE Y TESTIMONIO

Que en los citados autos se ha dictado resolución que literalmente dice:

ILMA SRA. D^a ROSA M^a RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ILMA SRA D^a PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR

ILMA SRA D^a RAQUEL NAVEIRO SANTOS



En A CORUÑA, a tres de marzo de dos mil veinte.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL, 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 DE SUPPLICACION 0003404/2019, formalizado por el/la D/D^a Letrado D. Fuco Augusto Gómez Pino, en nombre y representación de Palmira , contra la sentencia número 112/2019 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de DIRECCION000 en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000749/2018, seguidos a instancia de Palmira frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, FREMAP, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES N° 61, DIRECCION001 , siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Palmira presentó demanda contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, FREMAP, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES N° 61, DIRECCION001 , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 112/2019, de fecha veinte de febrero de dos mil diecinueve.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

Primero.- La demandante D^a. Palmira , mayor de edad y con D.N.I. número NUM000 , viene prestando servicios para la empresa DIRECCION001 ., dedicada al transporte sanitario, haciéndolo como ayudante de conductor camillera./Segundo.- La actora vino percibiendo la prestación por riesgo durante el embarazo con cargo a Fremap del 3 de agosto de 2017 al 7 de marzo de 2018 y, habiendo solicitado a dicha mutua la prestación por riesgo durante la lactancia, le fue denegada por medio de resolución de fecha 4 de julio de 2018 por "No concurrencia de la situación protegida", resolución confirmada por la posterior de fecha 18 de julio desestimatoria de la reclamación previa interpuesta por la trabajadora./Tercero.- En la evaluación de riesgos laborales del puesto de ayudante conductor camillero se hacen constar como riesgos relevantes para la salud los siguientes: caídas, golpes, sobreesfuerzos, exposición a temperaturas extremas por trabajos a la intemperie y dentro del vehículo sanitario, exposición a sustancias nocivas al limpiar el vehículo así como al polvo, humos de escape y carburante, incendio del vehículo, explosión de botellas de oxígeno, atropellos, exposición a contaminantes biológicos por la manipulación de personas y materiales infectados (VIH, hepatitis, tuberculosis, etc. por contacto con sangre y fluidos corporales), ruidos, vibraciones, agresiones y trabajo a turnos y nocturno. Las probabilidades para la exposición a sustancias nocivas, contaminantes biológicos y trabajo a turnos y nocturno se califican de "Baja"./Cuarto.-Las "Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural" elaboradas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social prevén como riesgos, siempre accidentales, el contagio por VIH y hepatitis B, y contraindicado el trabajo a turnos siempre que pueda interferir a la cadencia de la lactancia./Quinto.- La demandante trabaja a turnos: un día 24 horas de trabajo y 3 días de descanso, disponiendo la base en la que presta servicios, una vivienda particular, de baño, cocina amueblada, salón y área de descanso con camas. Sus funciones, acompañada siempre por el conductor, consisten en: asistencia al accidentado, movilización de enfermos y accidentados, manipulación de material de transporte como camillas, almacenamiento y manipulación de botellas de O2, limpieza y mantenimiento básicos de la ambulancia, desinfección del vehículo. Y dispone de guantes, mascarillas y ropa de trabajo.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Que desestimando la demanda interpuesta por D^a. Palmira frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la mutua Fremap y la empresa DIRECCION001 ., debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contra ellos deducidas.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Palmira formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.



QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 26 de junio 2019.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 3 de marzo de 2020 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 desestima la demanda por entender que en el caso de la actora no concurren las circunstancias que dan derecho al percibo de la prestación por riesgo durante la lactancia natural.

Frente a ella la demandante interpone recurso de suplicación y al amparo del art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social pretende la revisión de los hechos declarado probados y en concreto del hecho tercero para añadir la evaluación de riesgos laborales específicos para trabajadoras en situación de periodo de lactancia o parto reciente con el siguientes contenido: "Y en la evaluación de riesgos laborales específicos para trabajadoras en situación de periodo de lactancia o parto reciente se hacen constar caídas de personas a distinto nivel, sobreesfuerzos, exposición a sustancias nocivas, tóxicas o corrosivas, exposición de contaminantes biológicos, fatiga física y fatiga mental.

Las posibilidades son bajas para el caso de caídas, exposición a sustancias nocivas, tóxicas, corrosivas y contaminantes biológicos; y media para el caso de caídas, sobreesfuerzos y fatigan mental y física".

La revisión se admite ya que así consta en autos en la documental folios 169 a 162, si bien suprimiendo en el segundo párrafo que las posibilidades de caídas es medio, ya que tal y como también consta, son bajas.

SEGUNDO.- Como segundo motivo del recurso y al amparo del Art. art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que tiene por objeto el examen de la normativa aplicada en la Sentencia recurrida, se denuncia la infracción por interpretación errónea del art. 188 de Real Decreto Legislativo 8/2015 de 3 de octubre que recoge el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con art. 26 de ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales y jurisprudencia concordante en concreto sentencias del Tribunal Supremo nº 353/2018 y 739/2018. Alegando que no cabe la posibilidad de cambio de puesto de trabajo y por ello tiene derecho a la prestación que demanda al estar acreditados los riesgos del puesto como son la exposición a agentes biológicos, nocivos y tóxicos, así como la turnicidad y nocturnidad.

Con reiteración la Sala IV del Tribunal Supremo ha señalado que... La exigencia de la evaluación de los riesgos a efectos de su prevención se contiene, en esencia en los arts. 14 y siguientes LPRL, especialmente en el 16, "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 art. 26" (STS 17 (3) de marzo de 2011 -rcud. 1864/2010, 1865/2010 y 2448/2010-, 18 (4) de marzo de 2011- rcud. 1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010-, 3 de mayo de 2011 -rcud. 2707/2010-, 21 de septiembre de 2011 - rcud. 2342/2010, 22 de noviembre de 2011 -rcud. 306/2011- y 25 de enero de 2012 -rcud. 4541/2010).

Y más recientemente sentencias del Tribunal Supremo de 17-7-2018 y de 4-3-2018 se mantiene que...

a) La evaluación de los riesgos a que se refiere el art. 16 LRPL deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de lactancia natural a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del lactante, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turno.

b) 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.

Es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y seguimiento de la existencia del mismo (así lo expresábamos en la mencionada STS de 21 de septiembre de 2011- rcud. 2342/2010).

c) Incluso cuando no existan puestos de trabajo o función compatible, la norma específica que la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Y sólo cuando todo ello no sea posible, podrá



declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1.d) ET, tal y como señala el art. 26.3 LPRL, durante el 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.

En el caso de autos la evaluación de riesgos contempla de modo expreso la existencia de riesgos específicos en relación a la lactancia natural, y la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia es la que tendría que desarrollar la actividad probatoria en contrario. Y los riesgos tal y como consta en el hecho probado tercero son ... caídas de personas a distinto nivel, sobreesfuerzos, exposición a sustancias nocivas, tóxicas o corrosivas, exposición de contaminantes biológicos, fatiga física y fatiga mental.

Las probabilidades son bajas para el caso de caídas, exposición a sustancias nocivas, tóxicas, corrosivas y contaminantes biológicos; y media para el caso de sobreesfuerzos y fatiga mental y física".

Y así en la propia evaluación de riesgos de la empresa y en lo que se refiere a la fatiga mental con probabilidad media, viene dado por el tiempo de trabajo, jornadas de trabajo prolongadas, trabajo por turnos y turnicidad y como medidas a adoptar ... Para los casos de trabajadoras especialmente sensibles por su situación de parto reciente o periodo de lactancia, resulta necesario adaptar temporalmente los horarios y otras condiciones de trabajo, incluida la periodicidad y la frecuencia de las pausas de descanso, así como la organización por turnos y la duración de los mismos.

Y respecto a esta cuestión de la relevancia que el sistema de trabajo a turnos y/o nocturno pueda tener en la protección de la lactancia natural el Tribunal Supremo en la sentencia de 1 octubre 2012 (rcud. 2373/2011), conociendo de la reclamación formulada por una ATS/DUE adscrita al servicio de urgencias de un Hospital, señalaba que las circunstancias de trabajo a turnos o en jornada nocturna no son factores de riesgo contemplados en los Anexos VII y VIII del Reglamento de los Servicios de Prevención (RD 39/1997, de 17 de enero) «por mucho que resulte recomendable no hacer turnos nocturnos ni rotatorios y que los mismos no sobrepasen las 8 horas y que tengan adecuados periodos de descanso, como ciertamente sería deseable, como desiderátum para todos los trabajadores». Esa solución ya fue aplicada en la STS/4ª de 23 enero 2012 (rcud. 1706/2011), en un procedimiento tramitado a instancia de una camillera, y ha sido seguida en otros litigios promovidos por personal sanitario en las STS/4ª de 21 marzo 2013 (rcud. 1563/2012) -médico de urgencias hospitalarias-, 24 junio 2013 (rcud. 2488/2012) -enfermera en Servicio de Neonatología de un hospital-, y 7 abril y 28 octubre 2014 (rcuds. 1724/2013 y 2542/2013, respectivamente)- ATS/DUE en servicio de urgencias de un centro hospitalario-

Sin embargo, también declarada que esa pauta general admite una excepción en aquellos supuestos en que la incompatibilidad de la toma directa no se pueda paliar con la extracción de leche y su conservación, en razón del lugar y de las condiciones en que se desarrolla la prestación de servicios, como en el caso de las tripulantes de cabina de aviones (STS/4ª de 24 abril, 21 junio y 22 noviembre 2012 - rcuds. 818/2011, 2361/2011, 306/2011 y 1298/2011, respectivamente-).

Ahora bien, en línea con esas últimas sentencias - y siguiendo la solución avanzada ya en la STS/4ª de 3 abril 2018 (rcud. 762/2017, y que mantiene la de 4/12/2019 R...2343/2017...la delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil, porque lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se ve dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral y, desde esa óptica, no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio, como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias.

Por eso la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. No cabe, pues, limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación del hijo. Por todo ello, debemos llevar a cabo una revisión de nuestra doctrina en los términos expuestos y, en consecuencia, ...".

Y conforme a esa doctrina entendemos que en el caso de autos, la trabajadora es cierto que como se declara probado, trabaja a turnos: un día 24 horas y 3 días de descanso, disponiendo la base en la que presta servicios, una vivienda particular, de baño, cocina amueblada, salón y área de descanso con camas; lo que es también base para la desestimación de la demanda en el sentencia recurrida, pero lo cierto es que no solo influye la



turnicidad, para poder llevar a cabo la extracción de leche y su conservación, sino también el horario de 24 horas durante el que la actora podría o no, llevar a cabo las extracciones, dependiendo del cúmulo de llamadas y salidas con la ambulancia; sino porque los efectos negativos de los turnos de noche son evidentes porque alteran el equilibrio biológico por el desfase de los ritmos corporales y los cambios de hábitos alimentarios, y en la mujer al alterarse ese ciclo vital se altera la producción de prolactina y con ello la producción de leche porque la secreción de prolactina sigue el ciclo circadiano y así lo mantuvo también la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 8 de noviembre de 2016 (rec. 1985/16) además, que, por mor de la aplicación de los criterios de la Asociación Española de Pediatría, cuando concurren turnos de doce horas, se producen "alteraciones en el ritmo de sueño del trabajo nocturno que alteran el ciclo circadiano de la secreción de leche, incidiendo en la lactancia." Y por ello entendemos que procede la estimación del Recurso de suplicación por el riesgo que conlleva la turnicidad y la nocturnidad en la lactancia.

Por lo expuesto y al haberse producido las infracciones denunciadas,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado D. Fuco Augusto Gómez Pino, en representación de D^a Palmira contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de DIRECCION000 con fecha 20-2-2019 debemos revocar y revocamos dicha resolución y con estimación de la demanda formulada por la recurrente, debemos declarar y declaramos su derecho a la prestación de riesgo por lactancia natural, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración, y a la Mutua Fremap a su reconocimiento y abono en los términos legalmente procedentes, con la responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 37 **** ++).

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

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que surta los efectos oportunos, expido el presente que firmo en A CORUÑA, a tres de marzo de dos mil veinte. Doy fe.

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA