

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (Sede en Sevilla)**

Sentencia 2370/2013, de 12 de septiembre de 2013

Sala de lo Social

Rec. n.º 2848/2012

SUMARIO:

Suspensión del subsidio por desempleo. Rechazo de una oferta de empleo por trabajadora en situación de lactancia natural por entender incompatible con su estado. Lo que ha tenido lugar en realidad es la aplicación por la propia trabajadora de la causa de suspensión a una relación laboral no iniciada, lo que no puede ser objeto de protección jurídica alguna. Debió, por tanto, haberse incorporado a su desempeño, para que una vez que llegase a conocer las condiciones del mismo, haber podido plantear el reconocimiento del derecho que pudiera asistirle o, en otro caso, solicitar la limitación de jornada de trabajo por lactancia del menor de nueve meses que se establece en el artículo 37.4 ET. Ello supone que la trabajadora ha rechazado una oferta adecuada de empleo sin motivo justificado, lo que constituye una falta grave recogida en el artículo 25.4 a) TRLISOS, con suspensión de tres meses en el percibo del subsidio.

PRECEPTOS:

Ley 31/1995 (LPRL), art. 26.4.

RD 295/2009 (Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural), art. 49.

RDLeg 1/1994 (TRLGSS), art. 231.1 c).

RDLeg. 5/2000 (TRLISOS), art. 25.4 a).

PONENTE:

Don Francisco Manuel Álvarez Domínguez.

Recurso n.º 2848/12 -AC- Sentencia n.º 2370/13

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Itma.Sra.Magistrada

DOÑA MARÍA BEGOÑA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Presidenta

Itmo. Sr. Magistrado

DON FRANCISCO MANUEL ÁLVAREZ DOMÍNGUEZ (PONENTE)

Itma.Sra. Magistrada

DOÑA ROSA MARIA ROJO CABEZUDO

En Sevilla, a doce de septiembre de dos mil trece.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Itmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 2370 /13

En el recurso de suplicación interpuesto por D^a Estela, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número UNO de los de CEUTA en sus autos n.º 370/11; ha sido Ponente el Il^{mo}. Sr. Magistrado Don FRANCISCO MANUEL ÁLVAREZ DOMÍNGUEZ, Magistrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en autos, se presentó demanda por D^a Estela contra el Servicio Público de Empleo Estatal, sobre desempleo se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 29-6-12 por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

Segundo.

En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO. La actora Estela tenía concedido la prestación por subsidio por desempleo.

SEGUNDO. Por resolución del Organismo demandado de 8 de abril del 2011, le fue suspendido el derecho al subsidio por un periodo de tres meses, por haber rechazado una oferta de empleo.

TERCERO. La actora acudió al Ministerio de Defensa, que solicitaba demandante de empleo, donde manifestó que tenía una niña de cinco meses a la que tenía que dar el pecho ya que estaba en situación de lactancia materna exclusiva y que no le nombraran a ella y nombrasen en primer lugar a otro solicitante.

CUARTO. La oferta realizada por el Ministerio de Defensa era para cuatro personas, de las que solo se presentó uno, que no era la actora, con la intención de trabajar.

QUINTO. Se formuló reclamación previa con el resultado obrante en autos."

Tercero.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el demandante, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La trabajadora interpuso demanda frente a la resolución de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal de fecha 8 de abril de 2011 por la que se había venido a suspender por plazo de tres meses y desde el 14 de marzo de 2011, el percibo del subsidio por desempleo que tenía reconocido.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Ceuta de fecha 29 de junio de 2012 desestimó la pretensión entablada. Se alza frente a la misma en suplicación la trabajadora, aduciendo diversos motivos al efecto.

Segundo.

Plantea su recurso al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, proponiendo la revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. Solicita así el añadido de un hecho probado sexto, que pasaría a tener la siguiente redacción: " La actora ha sido declarada no apta para su puesto de diplomada de enfermería, por lo que no debe penalizársele al estar en lactancia materna, según certifica el doctor Silvio, facultativo especialista de área de medicina preventiva ".

No debe admitirse la modificación instada, ya que se basa en la mera invocación de un documento sin fecha emitido por una facultativa del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, Entidad Gestora de la prestación de asistencia sanitaria en la Ciudad Autónoma de Ceuta, en la que se recoge una mención a que la demandante se encuentra no apta para su puesto de diplomada de enfermería, "por lo que no debe penalizársele al estar en lactancia materna". Es claro que no debe admitirse tal mención sin que se establezcan de una manera concreta los riesgos que ofrece en la fecha que se consigne, la situación laboral de la trabajadora en relación con su estado de salud y lactancia. Lo contrario equivaldría a sancionar como correcto el procedimiento seguido para la declaración que se invoca, lo que constituye cuestión jurídica cuyo lugar procesal adecuado no es el del relato de hechos de la sentencia de instancia.

Tercero.

Se plantea igualmente el recurso de suplicación al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por la parte actora, para examinar la infracción de normas sustantivas o de jurisprudencia, invocando la infracción del Anexo VI del Real Decreto 298/2009 de 6 de marzo por el que se modifica el Real Decreto 39/1997 de 17 de enero. Vulneraría igualmente la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

Deben centrarse los términos del debate de una manera adecuada en orden a la solución del mismo, no proponiendo la actora hallarse en situación de baja por incapacidad temporal, sino el hallarse incurso según el parte de consulta en que basa su argumentación, en alguna de las causas -no especificadas- recogidas en el anexo VII del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero que aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales. Dicho Anexo hace mención a la Lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural.

Habrà de partirse en cualquier caso del dato de que la trabajadora no se hallaba desempeñando actividad alguna sino percibiendo subsidio por desempleo al momento del ofrecimiento de un puesto de trabajo por parte del Ministerio de Defensa, del que se desconocen sus características.

La protección de la situación que hubiera podido plantearse en el caso de que la recurrente hubiera iniciado su prestación laboral, vendría dada por la denominada prestación de riesgo durante la lactancia, recogida en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Su artículo 49 la define en los siguientes términos: " 1. A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora por cuenta ajena durante el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo ésta 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, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. (...) 2. No se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del hijo, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados. ".

Dicho artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales aparece referido a que la evaluación de riesgos del puesto de trabajo, que 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 aquéllas 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 (apartado 1). Según el apartado 2, 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. De no existir puesto 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 de retribuciones de su puesto de origen.

Por su parte, el apartado 4 establece que lo dispuesto en los números 1 y 2 del artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certificaran 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 número 3 de este artículo. El apartado 3 mencionado recoge la imposibilidad de cambio del puesto de trabajo, lo que determinaría el acceso a la situación de suspensión del contrato, 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.

Debe igualmente recordarse en este punto, que el precepto citado fue objeto de modificación por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre de Conciliación de vida familiar y laboral, cuya Exposición de Motivos ponía de relieve que venía a transponer las directrices de la normativa comunitaria en la materia, invocando al efecto la misma Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre que ahora invoca la recurrente.

Cuarto.

Lo que la actora plantea en realidad es la definición por cuenta propia de la situación de riesgo para la lactancia en torno a criterios que no especifica, sin la intervención de las Entidades que deben tener participación en el procedimiento, pero especialmente, la aplicación de la causa de suspensión a una relación laboral no iniciada, lo que no puede ser objeto de protección jurídica en modo alguno. Debió por tanto haberse incorporado a su desempeño, para que una vez que llegase a conocer las condiciones del mismo, haber podido plantear el reconocimiento del derecho que pudiera asistirle, o en otro caso, solicitar la limitación de la jornada de trabajo por lactancia del menor de nueve meses que se establece por el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores .

Ello supone que la trabajadora ha rechazado una oferta adecuada de empleo sin motivo justificado, lo que constituye una falta grave de las recogidas en el artículo 25.4 a) de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que considera como tal respecto de solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, el rechazo de una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, salvo causa justificada. Dicha infracción lleva aparejada la sanción de suspensión por plazo de tres meses, conforme a lo dispuesto en el artículo 47.1 b) del mismo Cuerpo Legal .

Debe desestimarse igualmente y en consecuencia el motivo del recurso, y confirmarse la sentencia dictada en instancia.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

I- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Estela contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Ceuta de fecha 29 de junio de 2012 en el procedimiento seguido a instancias de la recurrente frente al Servicio Público de Empleo Estatal en reclamación de derechos, confirmando la sentencia recurrida en todos sus extremos.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:

a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".

b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".

c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

d) Asimismo se advierte que deberá adjuntar al escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, el ejemplar para la Administración de Justicia, del modelo 696 aprobado por Orden HAP/2662/2012 de 13 de diciembre, con el ingreso debidamente validado, y en su caso el justificando del pago del mismo, en la cuantía establecida para el orden social, por Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Asimismo la parte recurrente que no goce del beneficio de la justicia gratuita o de la exención de la obligación de constituir depósitos si recurre deberá presentar en esta Secretaría resguardo acreditativo del depósito de 600 euros en la cuenta corriente de «Depósitos y Consignaciones» núm. 4.052-0000-35-2848- 12, abierta a favor de esta Sala en el Banco Español de Crédito (BANESTO), especificando en el campo concepto que se trata de un recurso y mantener la consignación efectuada en la instancia.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACIÓN : En Sevilla a.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.