

BASE DE DATOS [NORMACEF](#)**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

Sentencia 736/2015, de 21 de abril de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 548/2015

SUMARIO:

Prestación por riesgo durante la lactancia natural. *Trabajadora que desempeña labores de conductora de ambulancia y auxiliar sanitario a turnos y en horario nocturno.* Por las circunstancias en que la actora presta su trabajo, no está en condiciones de realizar la toma directa de leche con la periodicidad requerida ni es posible extraerla y conservarla en las debidas condiciones para su toma diferida. Coincidiendo con las recomendaciones de la OIT al respecto, debe reconocerse la prestación solicitada desde la finalización del permiso de maternidad hasta que el hijo cumpla los nueve meses, sin que sea obstáculo a ello el que finalizado el período de descanso por maternidad, la misma pasara a disfrutar de excedencia voluntaria durante seis meses. La prestación ahora reconocida fue solicitada por la trabajadora estando en situación de baja maternal y, por lo tanto, con anterioridad a su pase a la situación de excedencia, siendo ese abono prestacional ajeno a -y compatible con- los efectos de la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, que son comunes a todas las causas de suspensión del contrato de trabajo, entre ellas la de riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 135 bis y 135 ter..

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 45.1 d) y 48.5..

PONENTE:

Don Modesto Iruretagoyena Iturri.

Magistrados:

Don EMILIO PALOMO BALDA

Doña GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR

Don MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI

RECURSO N.º: Suplicación / E_Suplicación 548/2015

N.I.G. P.V. 20.05.4-14/002400

N.I.G. CGPJ 20.069.34.4-2014/0002400

SENTENCIA N.º: 736/2015

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 21/4/2015.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Iltmos/as. Sres/as. D/D^a. GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y D. EMILIO PALOMO BALDA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Milagrosa contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 4 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 21-11-14, dictada en proceso sobre OSS, y entablado por

Milagrosa frente a AMBUIBERICA S.L., INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEFGURIDAD SOCIAL y MUTUA FREMAP .

Es Ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO - D^a Milagrosa viene prestando sus servicios para la empresa "Ambuibérica, S.L." con una antigüedad reconocida desde el 4 de Marzo del 2.006, con la categoría profesional de conductora en ambulancia de soporte vital básico, y percibiendo un salario mensual de 2.005,24 euros, incluidas las proratas de las pagas extraordinarias.

SEGUNDO. D^a Milagrosa presta sus servicios en la base que la empresa "Ambuibérica, S.L." tiene en la localidad de Azpeiti, en la que tienen un espacio para descansar, otro para limpiar el material médico y otro para la higiene.

TERCERO. D^a Milagrosa presta sus servicios en una ambulancia de soporte vital básico, vehículo que tiene una dotación de dos personas, una hace las veces de conductor del vehículo, y la otra las funciones de auxiliar sanitario.

D^a Milagrosa forma equipo con D. Jesús Manuel, realizando turnos de doce horas, de las 8 horas a las 20 horas, y de las 20 horas a las 8 horas del día siguiente, durante esta jornada de trabajo, D^a Milagrosa y D. Jesús Manuel se turnan, realizando cada uno de ellos un 50% de la jornada en tareas de conducción, y el otro 50% de la jornada en tareas de asistente sanitario.

CUARTO. Las tareas que realiza D^a Milagrosa consisten en atender a las emergencia sanitarias que se produzcan, acudir al sitio en el que se producen, atender a los heridos que se hayan podido producir, estabilizar a los heridos y una vez estabilizados trasladarlos a los centros médicos para una asistencia más completa.

En el caso de que durante una asistencia se supere el turno establecido para ese día, es decir si se prolonga más allá de las 20 horas, deben continuar atendiendo a los heridos hasta su traslado al centro médico correspondiente.

QUINTO. A comienzos del año 2.013, D^a Milagrosa se quedó embarazada, y el 19 de Mayo del 2.013 pasó a la situación de incapacidad temporal, con cargo a la contingencia de enfermedad común, con un diagnóstico de "nauseas con vómitos", siendo atendida por los servicios médicos de "Osakidetza", situación en la que permaneció hasta el 26 de Mayo del 2.013, fecha en la que los servicios médicos que le atendían le dieron el alta médica, tras la cual D^a Milagrosa se reincorporó a su puesto de trabajo en la empresa "Ambuibérica, S.L."

SEXTO. El 6 de Junio del 2.013, D^a Milagrosa pasó de nuevo a la situación de incapacidad temporal, con cargo a la contingencia de enfermedad común, esta vez con un diagnóstico de "hiperemesis gravídica", siendo atendida por los servicios médicos de "Osakidetza", situación en la que permaneció hasta el 19 de Agosto del 2.013, fecha en la que los servicios médicos que le atendían le dieron el alta médica.

SÉPTIMO. El 28 de Agosto del 2.013, D^a Milagrosa pasó de nuevo a la situación de incapacidad temporal, en esta ocasión por encontrarse en situación de riesgo durante el embarazo, habiendo percibido las prestaciones de incapacidad temporal por riesgo durante el embarazo entre el 28 de Agosto del 2.013 y el 28 de Enero del 2.014, prestaciones que fueron abonadas por la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo "Fremap", la cual le abonó por este concepto la cantidad de 8.180,33 euros.

OCTAVO. El 21 de Diciembre del 2.013, D^a Milagrosa y D. Eutimio contrajeron matrimonio, habiendo nacido de ese matrimonio un hijo, Jacobo el NUM000 del 2.014.

NOVENO. El 14 de Enero del 2.014, D^a Milagrosa y la empresa "Ambuibérica, S.L." firmaron un acuerdo en virtud del cual la empresa "Ambuibérica, S.L." se subrogaba en el contrato que tenía D^a Milagrosa con la empresa "Gipuzkoako Emergentziak UTE", reconociéndole una antigüedad de 4 de Marzo del 2.006 y la categoría profesional de conductora de ambulancia.

DÉCIMO. Tras el nacimiento de su hijo Jacobo, D^a Milagrosa disfrutó del permiso de maternidad entre el 23 de Enero del 2.014 y el 13 de Mayo del 2.014.

DECIMOPRIMERO. Tras agotar el permiso de maternidad, D^a Milagrosa solicitó a la Dirección de la empresa "Ambuibérica, S.L." una excedencia voluntaria, situación en la que permaneció entre el 14 de Mayo del 2.014 y el 15 de Noviembre del 2.014, tras lo cual D^a Milagrosa se reincorporó a su puesto de trabajo en la empresa "Ambuibérica, S.L.", en el que permanecía en el momento de celebrarse el acto de la vista oral.

DECIMOSEGUNDO. Antes de finalizar la situación de permiso de maternidad, D^a Milagrosa solicitó a la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo "Fremap" el abono de las prestaciones por riesgo durante la lactancia, siendo desestimada su petición mediante resolución de la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo "Fremap" de 7 de Mayo del 2.014.

DECIMOTERCERO. La base reguladora de las prestaciones por riesgo durante la lactancia que en su caso corresponderían a D^a Milagrosa es la de 67,98 euros diarios, existiendo acuerdo de las partes en este punto.

DECIMOCUARTO. Jacobo cumplió nueve meses de edad el 22 de Octubre del 2.014.

DECIMOQUINTO. Se ha realizado la previa reclamación administrativa, habiendo sido la misma desestimada mediante resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 6 de Junio del 2.014."

Segundo.

La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimo la demanda, declaro que D^a Milagrosa no tiene derecho a percibir las prestaciones de riesgo durante el periodo de lactancia de su hijo, entre el 14 de Mayo del 2.014 y el 22 de Octubre del 2.014, debiendo las partes pasar por esta declaración; y absuelvo a la empresa "Ambuibérica, S.L.", a la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo "Fremap", al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social, de los pedimentos de la demanda."

Tercero.

Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por la Mutua Fremap.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Desestimada por la sentencia de instancia la demanda en la que D^a Milagrosa solicita se declare su derecho al percibo de la prestación por riesgo durante la lactancia desde el día 20.3.2014, por su representación letrada se interpone recurso de suplicación dirigido a la revisión de los hechos declarados probados y al examen del derecho aplicado. El recurso es impugnado por Mutua Fremap.

Segundo.

El primer motivo del recurso, al amparo del art. 193 b) de la LRJS, postula doble revisión en el relato de hechos declarados probados.

Antes de proceder a su análisis hemos de recordar que la prosperabilidad del recurso de suplicación por dicho cauce procesal exige: a) que la equivocación que se imputa al juzgador en los hechos probados, resulte de todo patente y sin necesidad de realizar conjeturas o razonamientos, más o menos fundados, de documentos o pericias obrantes en autos que así lo evidencien; b) que se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisoria; c) que los resultados postulados, aún deduciéndose de aquellos medios de prueba, no queden desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos, pues en caso de contradicción entre ellas debe prevalecer el criterio del juzgador "a quo", a quien le está reservada la función de valoración de las pruebas aportadas por las partes; d) finalmente, que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para la resolución de las cuestiones planteadas. Sin la conjunta concurrencia de estos requisitos, no puede prosperar la revisión fáctica en el recurso de suplicación, de naturaleza extraordinaria, que a diferencia de la apelación civil, no faculta a la Sala para la revisión de lo actuado.

A) En primer lugar se pide la inclusión de un nuevo hecho probado cuarto bis que recoja, con apoyo en los documentos obrantes a los folios 93 a 95 y 107 a 118 de los autos, los factores de riesgo (agentes físicos; exposición a agentes químicos; exposición a contaminantes biológicos) existentes en el puesto de trabajo de la actora según la evaluación realizada por el servicio de prevención, así como que se ha constatado, en virtud del certificado de empresa incorporado a los folios 153-154 de las actuaciones, la imposibilidad de adaptación o modificación del puesto de trabajo ocupado por la actora.

Debe accederse a la última parte de la adición solicitada, por resultar así de la prueba invocada y ser relevante para la determinación de la procedencia o no de la petición formulada. No se acoge el dato relativo a los factores de riesgo previstos en la evaluación realizada porque, como luego se examinará, la realización del trabajo en términos de turnicidad/nocturnidad, que resulta relevante, ya se ha reseñado en el hecho probado tercero,

mientras que el extremo relativo a la exposición a otro tipo de factores (agentes químicos y biológicos), cuando no se aportan más datos sobre la forma de ejecución, como ya hemos indicado, por ejemplo, en las sentencias dictadas por esta Sala en los recursos 1918/2011 y 2060/2011, resulta intrascendente.

B) También se pide que en el hecho probado decimoprimeros se incluya el dato de que la actora se vio forzada a realizar su solicitud de excedencia debido a la denegación del derecho y de la prestación solicitada, y debido también al riesgo existente, adición fáctica que no puede prosperar al no invocarse prueba alguna que la sustente.

Tercero.

El motivo segundo del recurso, por el cauce procesal previsto en el art. 193 c) de la LRJS, denuncia la infracción del art. 135 bis y ter de la Ley General de la Seguridad Social, de los arts. 45.1.d) y 48.5 del Estatuto de los Trabajadores, del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y de la jurisprudencia.

Sostiene la demandante en su recurso que, prestando sus servicios en una ambulancia de soporte vital básico con la categoría de Conductora- TTS con funciones de conductora y de auxiliar sanitario, existe en sus condiciones de trabajo una influencia negativa de riesgos físicos y psicosociales, con sujeción a horarios de trabajo inadecuados, y con exposición a agentes químicos y a contaminantes biológicos, dándose además la circunstancia de la imposibilidad en la adaptación de sus condiciones de trabajo o de cambio de puesto de trabajo. Señala que en iguales situaciones otras trabajadoras han obtenido sentencias favorables y que, habiéndose visto obligada a solicitar la excedencia por el riesgo que le suponía a ella y al lactante la continuidad en el trabajo, ello no le impide la percepción de la prestación que solicita, debiendo declararse, en caso de entenderse lo contrario, la concurrencia del riesgo con la posibilidad de plantear en otro procedimiento, al amparo del art. 1101 del Código Civil, la reclamación por los daños y perjuicios derivados de la denegación de la prestación.

El caso actual es análogo a los que hemos resuelto en sentencias de 11.10.2011 (rec. 1918/2011), 8.11.2011 (rec. 2060/2011), 28.5.2013 (rec. 862/2013), 5.11.2013 (rec. 1786/2013), 29.4.2014 (rec. 605/2014) y 27.5.2014 (rec. 9522014), en casos de otras compañeras de trabajo de la hoy actora relacionadas con el transporte sanitario urgente en la empresa antecesora Gipuzkoako Emergentziak UTE que prestaban sus servicios en trabajos de soporte vital básico en ambulancias de urgencias, también sujetas a doble turno de 12 horas, sin que conste factor diferencial con esos casos, lo que nos lleva a resolver el recurso en igual sentido por un elemental principio de igualdad en la aplicación de la ley.

El punto crucial que sustentan nuestros pronunciamientos, en relación al argumento de la resolución recurrida sobre ausencia de un riesgo específico para la lactancia materna, radica en que no es así, dado que en dicho puesto de trabajo, al desarrollarse necesariamente con trabajo nocturno y a turnos, se altera el ciclo circadiano de producción de la leche materna, según quedó acreditado en alguno de esos litigios a través de la Guía redactada por la Asociación Española de Pediatría con el Instituto Nacional de la Seguridad Social y coincide con la recomendación 95/1952 de la OIT, en cuyo punto V, apartado 1, se indica que el trabajo nocturno debería estar prohibido a las mujeres lactantes, y a lo que cabe añadir que, por las circunstancias en que la demandante presta el trabajo (en ambulancias con equipo de soporte vital básico), no está en condiciones de realizar la toma directa de la leche con la periodicidad requerida ni es posible extraerla y conservarla en las debidas condiciones para su toma diferida. Nos encontramos, por ello, ante casos semejantes a los de las tripulantes de cabina de pasajeros de aeronaves, respecto a los cuales la Sala de lo Social del Tribunal Supremo reconoció derecho a la prestación en sus sentencias de 24 de abril, 21 de junio y 22 de noviembre de 2012 (RCU 818/2011, 2361/2011 y 1298/2011).

Lo expuesto nos lleva a estimar el recurso, con reconocimiento a cargo de Mutua Fremap de la prestación solicitada sobre una base reguladora de 67,98 euros diarios desde el 14.5.2014 y hasta el cumplimiento por el hijo de la demandante de los nueve meses, sin que sea obstáculo que, finalizado por la actora el 13.5.2014 el permiso de maternidad (hecho probado décimo), pasara a disfrutar de excedencia voluntaria durante seis meses (desde el 14.5.2014 hasta el 15.11.2014) con reincorporación posterior a su puesto de trabajo (hecho probado decimoprimeros), puesto que, la prestación ahora reconocida fue solicitada por la Sra. Milagrosa estando en situación de baja maternal, y por lo tanto con anterioridad a su pase a la situación de excedencia, siendo ese abono prestacional ajeno a -y compatible con- los efectos de la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2 ET) derivados de la situación de excedencia, que son comunes a todas las causas de suspensión del contrato de trabajo, entre ellas la de riesgo durante la lactancia natural de un menor nueve meses (art. 45.1.d ET).

Cuarto.

No cabe pronunciamiento alguno en materia de costas (art. 235-1 LRJS), al ser parte vencida en el recurso, a los efectos de la imposición de las costas, el recurrente, que no gozando del beneficio de justicia gratuita, ve desestimada su pretensión impugnatoria (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1993).

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a Milagrosa frente a la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de los de Donostia, dictada el 21 de noviembre de 2014 en los autos n.º 481/2014 sobre prestación por riesgo durante la lactancia natural, seguidos a instancia de la ahora recurrente contra Mutua Fremap, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Ambuibérica SL, revocamos la sentencia recurrida y condenamos a Mutua Fremap (se absuelve al resto de las codemandadas) al abono a la demandante de la prestación solicitada, sobre una base reguladora de 67,98 euros diarios, desde el 14 de mayo de 2014 hasta el cumplimiento por el hijo de la demandante de los nueve meses. Sin condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACIÓN- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la lltmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del 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, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0548-15.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0548-15.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

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.