

**Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social,
Sentencia 15/2018 de 12 Ene. 2018, Rec. 124/2017**

Ponente: Barriuso Algar, Félix.

Nº de Sentencia: 15/2018

Nº de Recurso: 124/2017

Jurisdicción: SOCIAL

Incompatibilidad de la prestación por riesgo durante la lactancia y la incapacidad temporal

RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL. No procede reconocer a la trabajadora la prestación por riesgo durante la lactancia natural. La trabajadora ha iniciado una situación de incapacidad temporal por la fractura del hueso de una pierna antes de finalizar el descanso maternal obligatorio, siendo incompatible la prestación por riesgo durante la lactancia y la incapacidad temporal. Es la preexistencia de la situación de incapacidad temporal lo que impidió a la trabajadora reincorporarse a su puesto de trabajo, lo que significa que se expuso a los riesgos que afectan a la lactancia natural, y por ende, impide que surja el derecho a la prestación reclamada.

El TSJ Canarias estima el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Santa Cruz de Tenerife en proceso sobre prestaciones, revocando la sentencia de instancia y declarando que no procede reconocer a la trabajadora la prestación por riesgo durante la lactancia natural.

Sección: MAG

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.: 922 479 421

Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000124/2017

NIG: 3803844420150001136

Materia: Otros Derechos Seguridad Social

Resolución: Sentencia 000015/2018

Proc. origen: Seguridad Social en materia prestacional Nº proc. origen: 0000156/2015-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 2 de Santa Cruz de Tenerife

Recurrente: MUTUA UNIVERSAL MUGENAT; Abogado: ESTHER SEGURA BRUNO

Recurrido: María Dolores ; Abogado: HUMBERTO SOBRAL GARCIA

SENTENCIA

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D^a. MARÍA DEL CARMEN SÁNCHEZ PARODI PASCUA

Magistrados

D./D^a. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL

D./D^a. FÉLIX BARRIUSO ALGAR (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 12 de enero de 2018.

Dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, en el Recurso de Suplicación número 124/2017, interpuesto por "Mutua Universal Mugenat", frente a la Sentencia 113/2016, de 21 de marzo, del Juzgado de lo Social nº. 2 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos 156/2015, sobre prestaciones por riesgo durante la lactancia natural. Habiendo sido ponente el Magistrado D. FÉLIX BARRIUSO ALGAR, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por parte de D^a. María Dolores se presentó el día 16 de febrero de 2015 demanda frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y "Mutua Universal Mugenat" solicitando que se dictara sentencia por la que se reconocieran a la demandante las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural.

SEGUNDO.- Turnada la anterior demanda al Juzgado de lo Social número 2 de Santa Cruz de Tenerife, autos 156/2015, en fecha 13 de enero de 2016 se celebró juicio en el cual la parte demandada "Mutua Universal Mugenat" se opuso a la demanda alegando que no procedían las prestaciones reclamadas porque la cesión del resto de descanso maternal hecho por la actora al otro progenitor era nula, y antes de finalizar ese descanso la actora había iniciado una incapacidad temporal, incompatible con la prestación que reclamaba.

TERCERO.- Tras la celebración de juicio, por parte del Juzgado de lo Social se dictó el 21 de marzo de 2016 sentencia con el siguiente Fallo:

"Se estima, parcialmente, la demanda interpuesta por doña María Dolores frente a la Mutua Universal Mugenat (Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social número 10) y, en consecuencia, se le reconoce el derecho al percibo de la prestación derivada de riesgo durante la lactancia natural, condenando a dicha entidad a abonar, en concepto de prestación económica, la cuantía de 2.682,26 euros".

CUARTO.- Los hechos probados de la sentencia de instancia tienen el siguiente tenor literal:

"Primero.- Doña María Dolores, restauradora de obras de arte, dio a luz una niña, el día NUM000 de 2014; finalizó su permiso de maternidad, el 23 de noviembre de 2014, cediendo al progenitor paterno, el resto de días de descanso, por maternidad, finalizando el día 29 de enero de 2015 (véase, solicitud de certificado médico sobre la existencia de riesgo durante la lactancia natural presentado a la Mutua Universal, el día 14 de noviembre de 2014- documento número 1 del ramo de prueba de la Mutua).

Segundo.- La menor está siendo alimentada con leche materna (véase, informe realizado por el médico del Servicio Canario de Salud, de 19 de diciembre de 2014- folio 18 del ramo de prueba de la trabajadora).

Tercero.- En fecha de 14 de noviembre de 2014, doña María Dolores presentó ante la Mutua Universal (entidad con la que tiene contratada la cobertura de las prestaciones derivadas de enfermedad), solicitud de prestaciones ante la existencia de riesgo por lactancia natural, siéndole desestimada por resolución de 27 de noviembre del indicado año, (...) por no quedar acreditada la situación de riesgo (...) - véase, folios 1 a 7 del ramo de prueba de la trabajadora.

Cuarto.- Frente a la indicada resolución, formuló reclamaciones administrativas previas ante la Mutua Universal y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (véase, folios 8 a 17 de su ramo de prueba).

Quinto.- Son agentes químicos de riesgo para la lactancia natural, los siguientes:

- sustancias que contengan la identificación R64
- plomo y sus compuestos
- mercurio y derivados
- monóxido de carbono
- medicamentos antimetabólicos
- agentes químicos de penetración cutánea
- trabajos con exposición a hidrocarburos aromáticos policíclicos en el hollín, alquitrán, brea, humo o polvos de hulla
- trabajos que supongan la exposición al polvo, al humo o las nieblas producidas durante la calcinación y el afinado eléctrico de las matas de níquel
- procedimientos con ácido fuerte en la fabricación de alcohol isopropílico
- sustancias químicas etiquetadas con R40, R45, R46 y R47
- cadmio
- manganeso
- el aguarrás (producto poco seguro)

Véase, la Guía sobre Orientaciones para la valoración del Riesgo Laboral durante la lactancia natural (folios 9 y siguientes del expediente administrativo remitido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social).

Sexto.- La citada trabajadora para el desarrollo de su profesión, viene utilizando productos que contienen algunos de los agentes indicados:

- sulfuro de cadmio: contiene, entre otras indicadas, la correspondiente al R 45
- disolvente nitro: en el apartado "identificación de riesgos", se lee: "puede perjudicar a los niños alimentados con leche materna"
- gasolina: contiene el indicativo R45

Véase, folios 19 a 44 del ramo de prueba de la trabajadora, consistente en fichas de seguridad de los indicados productos.

Séptimo.- El producto Mousse Pu Maxi, fue vendido, por última vez, en el año 2012; se trata de un producto, con un año de caducidad. En relación al producto, Imprimación vinílica blanca, está indicado para superficies difíciles de realizar imprimaciones, como acero galvanizado (véase, informe pericial presentado por la Mutua, documento número 24 de su ramo de prueba).

Octavo.- Finalmente, doña María Dolores , en fecha de 19 de enero de 2015, causó baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, con el diagnóstico "fractura patología de tibia o peroné", causando alta, el 3 de diciembre de 2016 (véase, folios 45 y 46 de su ramo de prueba)".

QUINTO.- Por parte de "Mutua Universal Mugenat" se interpuso recurso de suplicación contra la anterior sentencia; dicho recurso de suplicación fue impugnado por la parte actora.

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de lo Social el 17 de febrero de 2017, los mismos fueron turnados al ponente designado en el encabezamiento, señalándose para deliberación y fallo el día 11 de enero de 2018.

SÉPTIMO.- En la tramitación de este recurso se han respetado las prescripciones legales, a excepción de los plazos dado el gran número de asuntos pendientes que pesan sobre este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se mantienen en su integridad los hechos probados de la sentencia de instancia, al no haberse planteado motivos de revisión fáctica.

SEGUNDO.- *La actora es trabajadora autónoma (hecho no controvertido), en la actividad de restauración de obras de arte.* La misma dio a luz a una niña en octubre de 2014, disfrutó de descanso por maternidad hasta el 23 de noviembre de 2014 y cedió al otro progenitor el resto de días de descanso por maternidad, que se extendían hasta el

29 de enero de 2015. Del 19 de enero a 3 de diciembre de 2015 estuvo en incapacidad temporal por una fractura de pierna. El 14 de noviembre de 2014 la demandante pidió a la mutua el reconocimiento de prestaciones de riesgo durante la lactancia, que se le denegaron en vía administrativa por considerar la mutua que no estaba acreditada la situación de riesgo. *La sentencia de instancia reconoce a la demandante las prestaciones al considerar que en el trabajo de restauración de obras de arte se está en contacto o exposición a productos químicos perjudiciales para la lactancia natural, y reconoce las prestaciones del 30 enero al 10 julio de 2015, excluyendo el descanso maternal por quedar anulada la cesión del mismo al otro progenitor en aplicación del artículo 9 del Real Decreto 295/2009* ; concluye que las prestaciones de riesgo durante la lactancia no se ven afectadas por la incapacidad temporal, pero solo declara el derecho de la demandante a percibir la diferencia entre la prestación de riesgo durante la lactancia y la de incapacidad temporal. Contra esta sentencia recurre en suplicación la mutua demandada pretendiendo que se revoque la sentencia de instancia y en su lugar se dicte sentencia desestimatoria de la demanda, para lo cual plantea un único motivo de examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, del 193.c de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . El recurso de suplicación ha sido impugnado por la parte actora, la cual interesa que el recurso sea desestimado y se confirme la sentencia de instancia.

TERCERO.- La mutua recurrente denuncia que la sentencia de instancia, al reconocer a la demandante la prestación de riesgo durante la lactancia, ha incurrido en infracción de los artículos 50 y 45.1 del Real decreto 295/2009 , porque el segundo precepto citado excluye que se pueda reconocer la prestación de riesgo durante la lactancia si al momento de la solicitud la trabajadora se encuentra en incapacidad temporal, y mientras dure la baja médica. Y ello porque en el presente caso consta que el descanso maternal se extendía hasta el 29 de enero de 2015, quedando anulada la cesión de parte del mismo al otro progenitor si se pretendía el reconocimiento de la prestación por riesgo durante la lactancia; que con anterioridad a la finalización de ese descanso, el 19 de enero de 2015, la demandante estuvo en incapacidad temporal que se extendió hasta diciembre de ese año, por una fractura ósea, extendiéndose la baja médica más de lo que podría haber durado el subsidio de riesgo durante la lactancia; y que en cualquier caso no se puede compatibilizar la prestación reclamada con la de incapacidad temporal.

CUARTO.- El Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (norma vigente tanto cuando la actora pidió, en noviembre de 2015, el reconocimiento de la prestación, como al momento en que la prestación pudo devengarse) prevé en su artículo 135 bis la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, en la cual "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". Esta prestación económica, según el artículo 135 ter, se extiende hasta 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.

QUINTO.- El desarrollo reglamentario de la prestación se contiene en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo , por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, en cuyo artículo 49.1 (segundo párrafo) se considera situación protegida, en el supuesto de las trabajadoras por cuenta propia, "el periodo de interrupción de la actividad profesional durante el periodo de la lactancia natural, cuando el desempeño de la misma pudiera influir negativamente en la salud de la mujer o en la del hijo y así se certifique por los servicios médicos de la entidad gestora o mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social correspondiente". El artículo 50, aparte de remitirse en su apartado 1 a las normas sobre prestación de riesgo durante el embarazo en cuanto a los términos, condiciones y procedimiento de reconocimiento de la prestación por riesgo durante el embarazo, estipula en su apartado 2 que "No procede el reconocimiento de la prestación económica de riesgo durante la lactancia natural, en tanto no se haya extinguido el periodo de descanso por maternidad, de acuerdo con lo establecido en artículo 9.4", lo que hace referencia al último párrafo del artículo 9 del citado Real Decreto , que establece que "quedará anulada la opción ejercitada por la madre en favor del otro progenitor y aquélla deberá reanudar el disfrute de la parte que reste del permiso por maternidad cuando, habiéndose reincorporado al

trabajo, se aprecie la existencia de riesgo durante la lactancia natural que dé lugar a la suspensión de la actividad laboral".

SEXTO.- Por su parte, el artículo 45.1 del Real Decreto 295/2009 , cuya infracción se denuncia en el recurso, establece que "Cuando la trabajadora se encuentre en situación de incapacidad temporal y, durante la misma, solicite la prestación de riesgo durante el embarazo, no procederá el reconocimiento, en su caso, del subsidio, hasta que se extinga la situación de incapacidad temporal por cualquiera de las causas legal o reglamentariamente establecidas". Esta norma es de plena aplicación a la prestación de riesgo durante la lactancia, por la remisión hecha en el artículo 50.1.

SÉPTIMO.- A la vista de toda esta normativa, resulta que en efecto, como resolvió la juzgadora de instancia, la demandante no podía pretender ceder al otro progenitor la parte del descanso maternal que le restaba (de noviembre de 2014 a enero de 2015), y la misma estaba obligada a tomar ese descanso maternal hasta el 29 de enero de 2015, pudiendo devengarse las prestaciones de riesgo durante la lactancia solo a partir del 30 de enero de 2015.

OCTAVO.- Pero con anterioridad a la fecha de finalización del descanso maternal la demandante inició el 19 de enero de 2015 una situación de incapacidad temporal, la cual se extendió hasta diciembre de 2015. El subsidio por riesgo durante la lactancia, por tanto, no se podía reconocer a la actora si la misma, a la conclusión del descanso maternal, estaba en incapacidad temporal, y solo habría tenido derecho a tal subsidio si el alta médica se hubiera emitido antes de que la hija cumpliera nueve meses, cosa que no se produjo, pues los 9 meses se cumplieron en julio de 2015 y la actora no fue dada de alta hasta diciembre de ese año.

NOVENO.- Contra lo que ha entendido la juzgadora de instancia, la actora no puede percibir el subsidio por riesgo durante la lactancia si en el momento en que pudo lucrar el mismo estaba incapacitada para el trabajo, pues el artículo 45.1 del Real Decreto 295/2009 impide tal compatibilización. Y la prohibición tiene sentido desde el punto de vista de la finalidad del subsidio, pues si la trabajadora, por la situación de incapacidad temporal, no puede incorporarse al trabajo, la misma no puede verse expuesta a los riesgos para la lactancia derivados de la ejecución del trabajo, siendo este riesgo potencial de carácter laboral el que justifica el subsidio, que se reconoce cuando la trabajadora tiene que suspender el desempeño de su trabajo habitual por no poder compatibilizar el mismo con la lactancia, pero no cuando la suspensión de su actividad laboral o profesional obedece a otras causas distintas y previas a la conclusión del descanso maternal. En consecuencia, la sentencia de instancia habría incurrido en la infracción jurídica denunciada en el recurso, que debe ser estimado, debiéndose revocar la sentencia de instancia y en su lugar dictarse otra íntegramente desestimatoria de la demanda.

DÉCIMO.- La actora, en su impugnación, alega que lo planteado por la mutua en el recurso vulnera lo previsto en el artículo 72 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social porque son hechos no planteados en vía administrativa. Pero tal alegación de la actora no puede ser acogida. La sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007, recurso 1586/2006 , citando la de 28 de junio de 1994, recurso 2946/1993 , recuerda que "El actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección...) y la entidad gestora tiene la carga de probar los hechos impeditivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impeditivos y extintivos. La razón está, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el Juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho. Pero en cuanto a los otros hechos el Juez debe apreciarlos cuando se prueben aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado o aunque éste no comparezca en juicio para oponerse. En este sentido, el hecho de que la Entidad Gestora desestime la solicitud por una causa cuando está acreditada en el procedimiento la existencia de otra no impone al Juez la obligación de estimar la demanda y reconocer la prestación cuando considera improcedente la causa aplicada en la resolución administrativa, pero procedente la que debidamente acreditada no se tuvo en cuenta por el organismo gestor. De no ser así la tutela judicial y la garantía de la cosa juzgada podría no otorgarse en contra del mandato de la Ley, que no es disponible ni para el Juez [artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , ni para la Administración [artículo 52.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común ".

UNDÉCIMO.- En aplicación de esta doctrina, la limitación legal impuesta por el artículo 72 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no afecta a los hechos constitutivos de la pretensión, ni a los impeditivos (que no permiten el nacimiento del derecho), ni a los extintivos (que suponen la extinción de un derecho ya nacido). Esos hechos pueden ser apreciados por el Juez, si ya constan en el expediente, sin necesidad siquiera de alegación de parte, por lo que lógica consecuencia es que la entidad demandada puede invocarlas en todo caso, sin que opere la limitación de alegaciones establecida en aquellos mandatos de la Ley procesal. Lo que no puede el juez es apreciar la concurrencia de hechos excluyentes (como la prescripción) sin que hayan sido objeto de alegación de parte, pues estos hechos excluyentes son los que no atacan el nacimiento y existencia de la situación o relación jurídicas que son objeto del proceso, ni tampoco su subsistencia, pero que producen el efecto de hacer inexigibles las obligaciones que para el favorecido con el hecho se derivaban de las aludidas situación o relación jurídica, como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de marzo de 2005 .

DUODÉCIMO.- La existencia de una situación de incapacidad temporal iniciada antes de finalizar el descanso maternal obligatorio, y por tanto de que la trabajadora, al reintegrarse al trabajo, pudiera quedar expuesta a los riesgos que afectan a la lactancia natural, es un hecho o circunstancia que impide el nacimiento del derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia, pues la regulación de la prestación claramente establece la incompatibilidad entre esas prestaciones de riesgo (durante el embarazo o la lactancia) y la incapacidad temporal. Como tal hecho impeditivo, la mutua podía plantearlo en juicio aunque no lo hubiera alegado en la contestación a la reclamación previa. A lo que cabe añadir que el comienzo de la incapacidad temporal ni siquiera consta que fuera anterior a la fecha de resolución de la reclamación previa (la juzgadora no recoge en hechos probados la fecha de resolución de la reclamación previa), por lo que tal incapacidad temporal sería, en todo caso, un hecho nuevo o de nueva noticia, a los cuales no afecta en absoluto la limitación prevista en el artículo 72 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

DECIMOTERCERO.- De conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , al estimarse el recurso no habría parte vencida y por ello no procede la imposición de costas.

FALLAMOS

PRIMERO: Estimamos íntegramente el recurso de suplicación presentado por "Mutua Universal Mugenat", frente a la Sentencia 113/2016, de 21 de marzo, del Juzgado de lo Social nº. 2 de Santa Cruz de Tenerife en sus Autos 156/2015, sobre prestaciones por riesgo durante la lactancia natural.

SEGUNDO: Revocamos totalmente la citada sentencia de instancia y, resolviendo el objeto de debate, desestimamos íntegramente la demanda presentada por D^a. María Dolores y, en consecuencia, absolvemos a las demandadas Instituto Nacional de la Seguridad Social y "Mutua Universal Mugenat" de todas las pretensiones deducidas en su contra en el suplico de la demanda.

TERCERO: No se hace expresa imposición de costas de suplicación.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse al recurrente las cantidades consignadas para recurrir y el depósito constituido, o procédase a la cancelación de los aseguramientos prestados.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez firme esta sentencia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Se informa a las partes que contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 , de 11 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social .

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o causahabiente suyos, y no goce del beneficio de justicia gratuita, efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 euros, previsto en el artículo 229, con las

excepciones previstas en el párrafo 4º, así como, de no haberse consignado o avalado anteriormente, el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado o transferido en la cuenta corriente abierta en la entidad "Banco Santander" con IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 y número 3777 0000 66 0124 17, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo.

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