



Roj: **STS 3378/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3378**

Id Cendoj: **28079140012022100647**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2022**

Nº de Recurso: **3353/2019**

Nº de Resolución: **747/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 2021/2019,**
STS 3378/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 747/2022

Fecha de sentencia: 20/09/2022

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 3353/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/09/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

Procedencia: T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

Transcrito por: Ilp

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3353/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 747/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 20 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.^a Yolanda Lastra Pérez, en nombre y representación de D.^a Marta, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 18 de junio de 2019, recaída en el recurso de suplicación núm. 874/2019, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón, dictada el 16 de enero de 2019, en los autos de juicio núm. 361/2018, iniciados en virtud de demanda presentada por D.^a Marta, contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA FREMAP y la empresa LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO INTEGRAL LA ESTRELLA S.L., sobre determinación de contingencia.

Han sido partes recurridas el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL representado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, la empresa LIMPIEZAS y MANTENIMIENTO INTEGRAL LA ESTRELLA S.L., representada por el Letrado D. Carlos Huerres García, y la MUTUA FREMAP, representada por el letrado D. José Luis Velázquez Sánchez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de enero de 2019, el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Gijón, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda presentada por D.^a Marta frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la empresa LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO INTEGRAL LA ESTRELLA S.L., así como contra la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales FREMAP, sobre Cambio de Contingencia, debo absolver y absuelvo a las citadas demandadas de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " **PRIMERO.-** D.^a Marta, afiliada a la Seguridad Social-Régimen General con el número NUM000, ha venido prestando sus servicios, con la categoría profesional de limpiadora, por cuenta y bajo la dependencia de la empresa LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO INTEGRAL LA ESTRELLA, SL, la cual tiene concertadas las contingencias profesionales y las prestaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes con la Mutua FREMAP.

SEGUNDO.- El 19 de diciembre de 2017 inició la trabajadora un proceso de Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común, con el diagnóstico de "DOLOR HOMBRO IZQ", situación en la que permanece a la presente fecha.

TERCERO.- Iniciado a instancia de la trabajadora expediente de valoración de contingencia, a fin de que la patología sea considerada derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, por parte de la Dirección Provincial del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL se resolvió con fecha 27 de abril de 2018, previo Dictamen del EVI de 26 de abril de 2018, en el sentido de que la dolencia era derivada de enfermedad común, declarando de cargo de la mutua la correspondiente prestación, en base al siguiente cuadro clínico: "Rotura de manguito rotador de hombro izquierdo".

CUARTO.- La Base Reguladora de la prestación asciende a 19,60 euros diarios, a razón de un 75% -14,70 euros/día-, y la fecha de efectos se fija el 19 de diciembre de 2017, por conformidad de las partes.

QUINTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la Letrada D.^a Yolanda Lastra Pérez, en nombre y representación de D.^a Marta, formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia en fecha 18 de julio de 2019, recurso 874/2019, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la dirección letrada de D.^a Marta contra la sentencia de 16 de enero de 2019 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Gijón en los autos núm. 361/18, seguidos a su instancia frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social "FREMAP" y la empresa "LIMPIEZAS Y MANTENIMIENTO INTEGRAL LA ESTRELLA S.L.", sobre determinación de contingencia, confirmando la misma en su integridad".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la letrada D.^a Yolanda Lastra Pérez, en nombre y representación de D.^a Marta, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 13 de julio de 2017, recurso 1127/2017.

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por las partes recurridas, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y MUTUA FREMAP, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 20 de septiembre de 2022, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina se ciñe a determinar si las dolencias -rotura de manguito rotador de hombro izquierdo- que han desencadenado la IT de la trabajadora, que presta sus servicios como limpiadora, han de considerarse como derivadas de enfermedad profesional, siendo así que dicha actividad no aparece en la enumeración de actividades que pueden generar la enfermedad profesional.

2.- El Juzgado de lo Social número 2 de Gijón dictó sentencia el 16 de enero de 2019, autos número 361/2018, desestimando la demanda formulada por DOÑA Marta frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO INTEGRAL LA ESTRELLA SL y FREMAP, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 61 sobre DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA, absolviendo a las demandadas de las pretensiones contenidas en la demanda en su contra formulada.

Tal y como resulta de dicha sentencia, la actora ha venido prestando sus servicios, con la categoría profesional de limpiadora, por cuenta y bajo la dependencia de la empresa LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO INTEGRAL LA ESTRELLA, SL, la cual tiene concertadas las contingencias profesionales y las prestaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes con la Mutua FREMAP.

Presentaba antecedentes de descompresión subacromial y sutura del supraespinoso del hombro izquierdo en noviembre de 2015 y de cirugía en el hombro derecho en el año 2006, sin antecedentes de traumatismos conocidos,

El 19 de diciembre de 2017 inició la trabajadora un proceso de Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común, con el diagnóstico de "Dolor hombro izquierdo".

Iniciado a instancia de la trabajadora expediente de valoración de contingencia, a fin de que la patología sea considerada derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, por parte de la Dirección Provincial del INSS se resolvió con fecha 27 de abril de 2018, en el sentido de que la dolencia era derivada de enfermedad común, declarando de cargo de la mutua la correspondiente prestación, en base al siguiente cuadro clínico: "Rotura de manguito rotador de hombro izquierdo".

3.- Recurrida en suplicación por la Letrada Doña Yolanda Lastra Pérez, en representación de DOÑA Marta, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia el 18 de junio de 2019, recurso número 874/2019, desestimando el recurso formulado.

La sentencia razona que, describiéndose una tendinitis del hombro izquierdo, enfermedad de fatiga de las inserciones tendinosas del hombro, a nivel del manguito rotador, del supraespinoso e infraespinoso, que coincide con la enfermedad descrita en el listado, lo que procede examinar es si en la profesión de limpiadora considerada concurren las exigencias aludidas, de levantar y alcanzar, uso continuado del brazo en abducción o flexión, en las funciones de carga y elaboración manual que se detallan, y al respecto cabe decir con el juzgador a quo que la Guía de Valoración Profesional del INSS recoge en el código 2F0201, como una de las principales actividades laborales que pueden provocar la enfermedad Síndrome del túnel carpiano por compresión del nervio mediano en la muñeca, la del personal de limpieza de oficinas hoteles y establecimientos similares; pero no cabe duda alguna que el trabajo de estos profesionales no se asocia a acciones de levantar y alcanzar ni supone el uso continuado de los brazos con movimientos repetitivos tanto en abducción como en flexión, como se exige de forma alternativa.

La sentencia razona que no puede incluirse, el trabajo que se declara probado, conforme a lo ponderado en la instancia, ya que en el mismo no se necesita trabajar con los brazos por encima de la horizontal en movimientos de abducción o flexión o tensando los tendones y bolsa subacromial, sino que entre su tareas se describen barrer o limpiar con máquina aspiradora, lavar y encerar suelos, muebles y otros enseres; -hacer camas, limpiar cuartos de baño, suministrar toallas y jabón, limpiar cocinas, recoger la basura ..., lo que en su caso podría provocar un STC, como riesgo característico de esta profesión pero no el aquí impetrado, y, en consecuencia, aunque tratamos de una enfermedad descrita entre las listadas, se estima que la recurrida no incurre en la infracción de normas denunciada, puesto que las previsiones reglamentarias expuestas no comprenden el



supuesto aquí analizado, y al que, por tanto, no alcanza la presunción legal, de la existencia de enfermedad profesional.

Respecto a si procede considerar la enfermedad de la actora derivada de accidente de trabajo, la sentencia razona que el elemento esencial para calificar la enfermedad como derivada de accidente de trabajo es la relación de causalidad entre la lesión y trabajo. La causa puede ser directa e inmediata, supuesto en que el trabajo actúa como único factor desencadenante del daño corporal, son los supuesto típicos de herida, caída o golpe; pero también se puede producir "con ocasión del trabajo", en cuyo caso este actúa como causa indirecta o mediata, de modo que sin el concurso del trabajo la lesión no se hubiera producido o no hubiera alcanzado la gravedad que presenta.

En el supuesto debatido, sin embargo, habrá que considerar que la actora no ha satisfecho cumplidamente el gravamen de probar que el dolor en el hombro izquierdo que se halla en la base del subsiguiente proceso de incapacidad temporal que aquí se cuestiona tuvo lugar con ocasión del trabajo, pues no se justifica que la referida dolencia se haya desencadenado o se haya agravado por un evento exterior relacionado con el trabajo, sino que con carácter previo, en el año 2015, ya fue diagnosticada e intervenida de una rotura parcial del tendón supraespinoso, y no se constata acreditado que tal evento exterior se haya producido en el mes de marzo de 2017 -fecha en la que una nueva RM mostró la rotura completa de los tendones supra e infraespinoso- de modo que, como se indica en la resolución de instancia, el dolor en el hombro no fue debido a lesión, caída o golpe o a cualquier otro proceso traumático, ni se puso de manifestado en tiempo y lugar de trabajo mientras la trabajadora se encontraba limpiando, de hecho la baja medico laboral se cursa en el mes de diciembre de 2017, con ocasión de la intervención quirúrgica, lo que equivale a considerar que el trabajo no ha sido la causa de su producción, y, por tanto, el motivo y el recurso han de ser desestimados.

4.- Contra dicha sentencia se interpuso por la Letrada Doña Yolanda Lastra Pérez, en representación de DOÑA Marta, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 13 de julio de 2017, recurso número 1127/2017.

La Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el Letrado D. José Luis Velázquez Sánchez, en representación de FREMAP, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 61, han impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser estimado.

SEGUNDO.- 1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 13 de julio de 2017, recurso número 1127/2017, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo frente a la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Ourense, en autos número 554/2016, seguidos a instancia de Doña Africa, confirmando la sentencia de instancia.

Consta en dicha sentencia que la actora viene prestando servicios con la categoría profesional de limpiadora en el IES García Barbón de Verín, dependiente de la Consellería de Educación, desempeñando sus funciones en las aulas del Ciclo Medio de Gestión Administrativa y en los Talleres del Ciclo de Mantenimiento Electromecánico.

En fecha 30 de marzo de 2016 causó baja por Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común con el diagnóstico de "Tendinitis calcificación hombro".

Instado expediente de determinación de la contingencia se emitió dictamen-propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades el 6 de julio de 2016, dictando resolución el Instituto Nacional de la Seguridad Social en fecha 12 de julio de 2016 que declaró la baja iniciada por la actora el 30 de marzo de 2016 derivada de enfermedad común.

La actora padece las siguientes dolencias: Tendinitis calcificada de hombro. En la actualidad padece Epicondilitis derecha.

La sentencia razona que la profesión habitual de la parte actora, y ahora impugnante, es la de limpiadora, la cual si bien no aparece expresamente en el citado epígrafe del Anexo I del Real Decreto 1299/2006, cabe entenderla incluida. La enumeración recogida en el mismo relativa a pintores, escayolistas y montadores de estructuras es meramente ejemplificativa y no cerrada, dado el propio tenor literal "como son ...". Por tanto, lo relevantes es que nos encontremos ante una profesión que comporte "posturas forzadas y movimientos repetitivos" en

" trabajos que se realicen con los codos en posición elevada o que tensen los tendones o bolsa subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar; uso continuado del brazo en abducción o flexión ...".

Pone de relieve que en el trabajo de limpiadora es frecuente realizar trabajos repetitivos con el brazo flexionado o en posturas forzadas y con utensilios de limpieza; y, en el caso de la actora, y según consta en el fundamento jurídico primero, la misma debía además levantar y mover pesos al prestar servicios en un taller de automoción. Señala que la STSJ de Galicia de 14 de octubre de 2016 (rec: 1897/2016) ya entendió respecto de la profesión de limpiadora, entre otras, que era asimilable a las antes citadas a los efectos de la enfermedad profesional que nos ocupa.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS.

En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadoras que tienen la misma categoría profesional, la de limpiadoras, prestando sus servicios por cuenta ajena -en la sentencia recurrida en la empresa Limpiezas y Mantenimiento Integral La Estrella, en la sentencia de contraste en el IES García Barbón de Verín-.

Ambas inician un proceso de IT que es calificado como derivado de enfermedad común -en la sentencia recurrida "Rotura de manguito rotador de hombro izquierdo", en la sentencia de contraste "Tendinitis calcificación hombro"- y solicitan que se declare que el citado proceso deriva de enfermedad profesional.

No se opone a la existencia de contradicción que en la sentencia recurrida aparezcan como antecedentes descompresión subacromial y sutura del supraespinoso del hombro izquierdo en noviembre de 2015 y de cirugía en el hombro derecho en el año 2006, ya que de determinarse que se trata de una enfermedad profesional los antecedentes son irrelevantes y además la actora ha continuado trabajando durante dos años con posterioridad a la sutura del supraespinoso del hombro izquierdo efectuada en noviembre de 2015.

Asimismo es irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la sentencia de contraste conste que la actora realizaba tareas de levantar y mover pesos al prestar servicios en un taller de automoción, dato que no consta en la sentencia recurrida, ya que, además de que dicho dato se utiliza como argumento de refuerzo, en la sentencia recurrida se desconocen las labores concretas que realizaba la actora, que podían ser muy variadas, dado que prestaba servicios para una empresa de limpieza.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

TERCERO.- 1.- El recurrente alega que la sentencia recurrida infringe los artículos 169 y 167 de la LGSS, en relación con el Anexo I, Grupo 2, Agente D, Subagente o1, código 2 DO 101 del RD 1299/2006, así como vulneración de la doctrina jurisprudencial que cita.

En esencia alega que si bien la profesión de limpiadora no viene expresamente recogida en el listado del RD 1299/2006, sí viene expresamente contemplada en las directrices para la decisión clínica en enfermedades profesionales editada por el INSS, en relación con la "patología tendinosa crónica del manguito rotador" que incluye en el listado de actividades "servicios de limpieza". Estas Directrices publicadas por el INSS en 2015 vienen íntegramente reproducidas en la Guía de ayuda para la valoración de las enfermedades profesionales publicada a partir de 2017 (página 245 se refiere al epígrafe 2D01).

2.- Los preceptos a tomar en consideración para la calificación de la contingencia de una dolencia como derivada de enfermedad profesional son los siguientes:

- Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre:

Artículo 169 Concepto.

"1. Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal:

Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación".

Artículo 157 Concepto de enfermedad profesional.

"Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y

desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional.

En tales disposiciones se establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo. Dicho procedimiento comprenderá, en todo caso, como trámite preceptivo, el informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad."

- RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

Artículo 1. Aprobación del cuadro de enfermedades profesionales.

"Se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales que figura como anexo 1 de este real decreto, así como la lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha, que figura como anexo 2, y cuya inclusión en el anexo 1 podría contemplarse en el futuro".

ANEXO I

Grupo	Agente	Sub agente	Actividad	Código
2	D	01	01	2D0101

. Grupo 2: Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos

. Agente D: Enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo; enfermedades por fatiga e inflamación de las vainas tendinosas, de tejidos peritendinosos e inserciones musculares y tendinosas.

. Subagente 01: Hombro: patología tendinosa crónica de manguito de los rotadores

. Actividad 01- Código 2D0101: Trabajos que se realicen con los codos en posición elevada o que tensen los tendones o bolsa subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar; uso continuado del brazo en abducción o flexión, como son pintores, escayolistas, montadores de estructuras.

CUARTO.- 1.- Esta Sala se ha pronunciado en repetidas ocasiones acerca de si cabe calificar de enfermedad profesional las dolencias de una trabajadora que, si bien aparecen incluidas en el cuadro de enfermedades profesionales, entre las profesiones contempladas en el citado cuadro, no figura la desempeñada por la trabajadora.

2.- Podemos citar las siguientes sentencias:

La STS de 5 de noviembre de 2014, recurso 1515/2013, resolvió que derivaba de enfermedad profesional la IT de una limpiadora que presentaba síndrome del túnel carpiano, aunque dicha profesión no aparece contemplada en la enumeración de actividades generadoras de la enfermedad profesional. La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"Cierto es, que la profesión de Limpiadora no está expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional "como lavaderos, cortadores de tejidos y material plástico y similares", y otras que también se relacionan, pero ello no excluye, en modo alguno, que el Síndrome del túnel carpiano asociado a las tareas que componen el haz profesional de una Limpiadora pueda conllevar la calificación de enfermedad profesional, como en su caso, podrían tener encaje otras profesiones o actividades, puesto que el adverbio "como" indica, sin lugar a dudas, que se trata de una lista abierta, al igual que ya sucedía con la lista del derogado Real Decreto 1995/1978, y como ya estableció esta Sala en su sentencia de 22 de junio de 2006 (rcud. 882/2005). En efecto, lo trascendente es que se efectúen "Trabajos en los que se produzca un apoyo prolongado y repetido de forma directa o indirecta sobre las correderas anatómicas que provocan lesiones nerviosas por compresión. Movimientos extremos de hiperflexión y de hiperextensión. Trabajos que requieran movimientos repetidos o mantenidos de hiperextensión e hiperflexión de la muñeca, de aprehensión de la mano". Y en este sentido, coincidimos con el voto particular de la sentencia recurrida, en que las tareas de fregado, desempolvado, barrido, pulido de locales, recintos y lugares, así como cristalerías, puertas, ventanas desde el interior de los mismos, o en escaparates, que en general son las que efectúan las Limpiadoras, exigen, en su ejecución, la realización de movimientos de extensión y flexión de la muñeca forzados, continuados o sostenidos, para el manejo de escobas, fregonas, mopas, bayetas, cepillos y demás útiles de limpieza, con la sobrecarga de muñeca que ello implica, y con la intensidad y repetitividad necesarias para generar la citada patología".

La STS de 18 mayo 2015, recurso 1643/2014, considera derivada de enfermedad profesional la incapacidad permanente reconocida a una peluquera que presenta síndrome subacromial derecho, con limitación para tareas que requieran integridad de articulación de hombro derecho, aunque la profesión de peluquera no aparezca expresamente listada.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"En consecuencia, cabe concluir que en el desempeño de la profesión de peluquero/a se deben realizar posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo, con los codos en posición elevada o que tensen los tendones o bolsa subacromial mediante acciones de levantar y alcanzar y con uso continuado del brazo en abducción o flexión, por lo que, en el presente caso, dadas las ya referidas dolencias que presenta la actora (" Síndrome subacromial derecho intervenido con déficit de movilidad y discreta pérdida de fuerza " y con " limitación para tareas que requieran integridad de articulación de hombro derecho, especialmente si se realizan por encima del plano horizontal de hombros "), cabe entender que su situación encaja, en los apartados referidos (Anexo I, Grupo 2, Agente D, Sub-agente 01, actividad 01 y Código 2D0101), del cuadro de enfermedades profesionales contenido en el Real Decreto 1299/2006; en interpretación con corroboran las " Directrices para la Decisión Clínica en Enfermedades Profesionales " en su apartado relativo a las " Enfermedades profesionales relacionadas con los trastornos musculoesqueléticos Patología tendinosa crónica del manguito rotador.- DDC- TME-01 ", en especial en sus apartados relativos a las " Condiciones de riesgo " como son los " trabajos repetitivos con elevación del hombro " y a las " Actividades u ocupaciones de riesgo " en las que se incluyen, entre otras, a los " Trabajadores/as que utilizan las manos por encima de la altura del hombro".

La STS de 13 noviembre de 2019, recurso 3482/2017, considera derivada de enfermedad profesional la IT en la que se encuentra una gerocultora que padece epicondilitis.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"...el Método GINSHT, desarrollado por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, como guía para el levantamiento de cargas superiores a tres kilos pone el acento en que a la altura del codo no se deben levantar cargas superiores a 11 kg. si se hace lejos del cuerpo, 19 kg. si se hace cerca, lo que se ve agravado cuando se agarran, levantan y mueven objetos voluminosos e irregulares, así como por la frecuencia y duración de la manipulación. Ello sentado, aunque no todo el tiempo lo dedican a tareas de esfuerzo las gerocultoras, no es menos cierto que con frecuencia tienen que realizar labores de carga y movilización de los ancianos que cuidan y repetir movimientos de fuerza con manos y brazos, que recargan los músculos y tendones de sus brazos, así como su columna vertebral con cargas superiores a veinte kilos, al tratarse de personas que no tiene volumen uniforme, en postura inclinada sobre la cama, o silla de ruedas, y otras posiciones en la que se encuentran las personas que atienden. Ello comporta, como dice la sentencia recurrida, la realización de esfuerzos intensos con manos, muñecas y brazos en posturas forzadas que suponen una recarga de los tendones que repetida varias veces al día acaba produciendo la lesión que nos ocupa, como nos orienta la citada guía del INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO".

La STS de 10 de marzo de 2020, recurso 3749/2017 calificó como derivada de enfermedad profesional la IT de una estibadora portuaria que presenta "tendinitis calcificante hombro izquierdo.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"El elenco de actividades profesionales que contempla el RD 1299/2006 no posee carácter cerrado, sino indicativo. Lo trascendente es que se realicen las tareas descritas en el Cuadro y que la patología concurrente se corresponda con la en él asociada. En este sentido, la primera de las sentencias mencionadas expone lo siguiente:

"La profesión de Limpiadora no está expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional 'como lavaderos, cortadores de tejidos y material plástico y similares', y otras que también se relacionan, pero ello no excluye, en modo alguno, que el Síndrome del túnel carpiano asociado a las tareas que componen el haz profesional de una Limpiadora pueda conllevar la calificación de enfermedad profesional, como en su caso, podrían tener encaje otras profesiones o actividades, puesto que el adverbio "como" indica, sin lugar a dudas, que se trata de una lista abierta [...]".

La STS de 6 de julio de 2022, recurso 3579/2019. Calificó como derivada de enfermedad profesional la IT de una auxiliar domiciliar que presenta síndrome del túnel carpiano.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"Es también cierto, a diferencia de las limpiadoras, que las realizan en el entorno privado de un domicilio, que no en edificios y locales públicos, pero eso no desmerece el carácter profesional, continuo y reiterado con el que

deben ejecutarlas a lo largo de toda su jornada de trabajo en los diferentes domicilios a los que hayan de acudir, y que en modo alguno es parangonable con lo que sería la limpieza ordinaria habitual del propio hogar familiar.

A lo que se suman ese otro conjunto de tareas que implican una relevante exigencia manipulativa y la ineludible necesidad de realizar importantes esfuerzos sostenidos y posturas forzadas con las muñecas, con movimientos de flexión, extensión, pronación y supinación de las manos, a la hora de manipular, planchar, lavar la ropa de los usuarios; ayudarles físicamente en sus movimientos y en sus necesidades de higiene personal, así como al levantarse, acostarse, sentarse o desplazarse por la vivienda.

Todas estas tareas requieren continuos movimientos de hiperflexión y de hiperextensión de la muñeca y de aprehensión con la mano, susceptible de generar el síndrome del túnel carpiano, que no pueden considerarse como meramente esporádicos, secundarios y residuales en dicha profesión, lo que evidencia la relación de causalidad sin posibilidad de prueba en contrario, por aparecer esa dolencia entre las enfermedades legalmente codificadas (STS 10/3/2020, rcud. 3749/2017)".

En el mismo sentido se han pronunciado las STS de la misma fecha, recursos 2531/2021, 3442/2019 y 3850/2019 que resuelven acerca de la contingencia de la. IT de trabajadoras con la categoría de auxiliar domiciliaria que presentan síndrome del túnel carpiano.

QUINTO.- 1.- De la regulación y doctrina expuesta podemos concluir:

a) El cuadro de enfermedades profesionales se contiene actualmente en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, cuadro que se clasifica en seis Grupos, organizados por agentes, subagentes, actividades, códigos y enfermedades profesionales, con la relación de las principales actividades capaces de producirlas. Se ha optado, pues, por seguir el sistema o modelo de "lista", conforme al cual se atribuye la consideración de enfermedad profesional a toda aquella recogida en una lista que acoge además las sustancias y ámbitos profesionales o sectores en que está presente, vinculando todos estos elementos, siguiendo "la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales".

La lista se identifica como "enfermedades profesionales" con la relación de las principales actividades capaces de producirlas.

Para saber entonces si nos encontramos ante una enfermedad profesional, habrá que analizar si el causante reúne los tres requisitos que la citada norma exige para ello: Que la enfermedad se haya contraído a consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena, que se trate de alguna de las actividades que reglamentariamente se determinan, y que esté provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen para cada enfermedad.

b) A diferencia del accidente de trabajo respecto del que es necesaria la prueba del nexo causal lesión-trabajo, no se exige sin embargo al trabajador una prueba similar para la calificación de laboralidad en las enfermedades profesionales listadas, como se deriva de la presunción en tal sentido contenida en el art. 157 LGSS , poniendo de relieve con ello que el sistema vigente en nuestro ordenamiento conlleva una paladina seguridad jurídica, ya que se presumen iuris et de iure enfermedades profesionales todas las enfermedades listadas en el vigente Real Decreto 1299/2006.

c) El elenco de actividades profesionales que dicho RD enumera en relación con cada una de las enfermedades profesiones que describe, no es de carácter cerrado, sino indicativo, y admite su extensión a otros oficios diferentes, puesto que el adverbio "como" indica, sin lugar a dudas, que se trata de una lista abierta que no excluye otras profesiones con análogos requerimientos.

2.- En el supuesto examinado en el Anexo I del RD 1299/2006, de 10 de noviembre, que contiene el cuadro de enfermedades profesionales, aparece un grupo 2 respecto de las patologías causadas por agentes físicos. Entre las causadas por el Agente identificado como "Enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo; enfermedades por fatiga e inflamación de las vainas tendinosas, de tejidos peritendinosos e inserciones musculares y tendinosas" -apartado D-, se especifica que algunas se deben al subagente especificado como las lesiones del "hombro: patología tendinosa crónica de manguito de los rotadores" (apartado 01) y contempla como actividad causante la de "Trabajos que se realicen con los codos en posición elevada o que tensen los tendones o bolsa subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar; uso continuado del brazo en abducción o flexión, como son pintores, escayolistas, montadores de estructuras".

Ciertamente la profesión de limpiadora no está expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional "como son pintores, escayolistas, montadores de estructuras", pero ello no excluye, en modo alguno, que la rotura de manguito rotador de hombro izquierdo, asociado a las

tareas que componen las propias de una limpiadora, pueda conllevar la calificación de enfermedad profesional, como en su caso, podrían tener encaje otras profesiones o actividades, puesto que el adverbio "como" indica, sin lugar a dudas, que se trata de una lista abierta, como ha venido manteniendo una constante doctrina de esta Sala, en parte reproducida en el fundamento de derecho anterior.

En efecto, lo trascendente es que se efectúen trabajos que se realicen con los codos en posición elevada o que tensen los tendones o bolsa subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar; uso continuado del brazo en abducción o flexión.

Las tareas que han de realizar las limpiadoras, tal y como resulta del I Convenio Colectivo Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales (BOE 23 de mayo de 2013), artículo 37, grupo profesional IV, nivel funcional I son de fregado, desempolvado, barrido, pulido, manualmente con útiles tradicionales o con elementos electromecánicos o de fácil manejo, considerados como de uso doméstico, aunque éstos sean de mayor potencia, de suelos, techos, paredes, mobiliario, etc., de locales, recintos y lugares, así como cristaleras, puertas, ventanas desde el interior de los mismos, o en escaparates, con la aportación de un esfuerzo físico esencialmente.

Los movimientos o posturas que provocan la lesión articular están asociados a la correspondiente actividad profesional. Las expresiones normativas sobre repetición de los mismos o descripción del modo en que se trabaja no suponen que en todo momento deban realizarse tareas de esfuerzo físico.

Aunque no todo el tiempo las limpiadoras realizan tareas de esfuerzo físico, no es menos cierto que su actividad conlleva esencialmente dicho esfuerzo, requiriendo en numerosas ocasiones mantener los codos en posición elevada como es la limpieza de techos, paredes... o que tensen los tendones como las tareas de fregado, desempolvado, barrido, pulido, manualmente con útiles tradicionales o con elementos electromecánicos o de fácil manejo, lo que exige repetición de movimientos y conlleva tensar los tendones.

3.- La conclusión de que la "rotura de manguito rotador de hombro izquierdo" sufrido por la actora, cuya actividad es la de limpiadora, es una enfermedad profesional se ve reforzada con las "Directrices para la Decisión Clínica en Enfermedades Profesionales" que en su apartado relativo a las "Enfermedades profesionales relacionadas con los trastornos musculoesqueléticos Patología tendinosa crónica del manguito rotador.- DDC-TME-01", en especial en sus apartados relativos a las "Condiciones de riesgo" como son los "trabajos repetitivos con elevación del hombro" y a las "Actividades u ocupaciones de riesgo" incluye, entre otras, a los "Trabajadores/as que utilizan las manos por encima de la altura del hombro".

SEXTO.-1.- A los anteriores argumentos se ha de añadir uno más que refuerza la conclusión alcanzada por la Sala. Nos estamos refiriendo a la aplicación de la perspectiva de género en el asunto examinado.

A este respecto hay que señalar que el artículo 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres -LOIEMH- bajo la rúbrica "Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas" establece: "La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas". La interpretación ha de hacerse a favor del principio de igualdad de trato y de oportunidades. La interpretación a favor de la igualdad es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal ha de ser el faro a cuya luz se interpreten las normas. Ha de aplicarse la ponderación que supone examinar cuál de las soluciones posibles hace más efectivo el principio de igualdad.

En este precepto se reconoce explícitamente la función integradora del principio de igualdad de trato y de oportunidades, al figurar en el epígrafe "Integración del principio..." y en el precepto "...se integrará..." Al ser un principio informador del ordenamiento jurídico se aplica lo dispuesto en el artículo 1.4 Cc "Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico".

La función integradora supone la ausencia de una norma aplicable al caso real, bien por inexistencia de regulación, bien por no considerar en la misma el valor de igualdad de sexos que debió haberse considerado.

En nuestro ordenamiento el Anexo I del RD 1299/2006, de 10 de noviembre, que contiene el cuadro de enfermedades profesionales, aparece un grupo 2 respecto de las patologías causadas por agentes físicos. Entre las causadas por el Agente identificado como "Enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo; enfermedades por fatiga e inflamación de las vainas tendinosas, de tejidos peritendinosos e inserciones musculares y tendinosas" - apartado D-, se especifica que algunas se deben al subagente especificado como las lesiones del "hombro: patología tendinosa crónica de manguito de los rotadores" (apartado 01), sin embargo entre las profesiones susceptibles de padecer esta dolencia no figura la de limpiadora.



2.- Por otra parte, el artículo 15, de la LOIEMH bajo el epígrafe "Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.", incardinado en el Título II "Políticas públicas para la igualdad" dispone que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos..."

Ante el tenor literal de las normas precitadas hemos de concluir que el principio de integración de la dimensión de género vincula a todos los poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial.

Aparece así la obligación de Jueces y Tribunales, como poder del Estado, de incorporar la perspectiva de género en el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida por el artículo 117. 3 de la Constitución.

3.- Para una mejor comprensión de la cuestión debatida se exponen a continuación las normas tomadas en consideración:

- Directiva 79/7 del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad Social:

Artículo 1

"La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo "principio de igualdad de trato".

Artículo 4

"1. El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

-el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,

-la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,

-el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

2. El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad."

- Constitución Artículo 14

"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

- LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Artículo 1. Objeto de la Ley.

"1. ...Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria."

Artículo 3. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

"El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil".

Artículo 4. Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.

"La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas".

Artículo 6. Discriminación directa e indirecta.

"1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados."

Artículo. Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

"El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos..."

-Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, RD Legislativo 8/2015 de 30 de octubre:

Artículo 2. Principios y fines de la Seguridad Social.

"1. El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad".

Artículo 169 (Anteriormente transcrito)

Artículo 157 (Anteriormente transcrito)

-RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

Artículo 1(Anteriormente transcrito)

Anexo I, Grupo 2, Apartado D, anteriormente transcrito.

SÉPTIMO.- La doctrina general sobre la interpretación con perspectiva de género aparece recogida en la sentencia de esta Sala de 23 de junio de 2022, recurso 646/2021, en los siguientes términos:

" 1. Alcance general.

En numerosas ocasiones hemos advertido que ninguna duda cabe sobre la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas. Así lo hemos sostenido, por ejemplo, en las SSTS de 26 septiembre 2018 (rcud. 1352/2017) y 13 noviembre 2019 (rcud. 75/2018):

La interpretación que aquí se sostiene viene avalada por la aplicación del principio general contenido en el artículo 4 LOI según el que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Ello significa, por un lado, que la igualdad entre mujeres y hombres constituye valor supremo del ordenamiento jurídico; y, por otro, que consecuentemente, la aplicación de tal principio debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas, más aún, en un caso -como el presente- en lo que se trata de dilucidar es si los trabajadores puestos a disposición por las empresas de trabajo temporal tienen derecho o no a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria.

2. Relaciones laborales.

A) Examinando si la empresa ha de contratar a una nueva persona cuando la relevista insta una excedencia, la STS 7 diciembre 2010 (rcud. 77/2010) advierte que no debe equipararse la excedencia por cuidado de hijo con la voluntaria y no equiparar la primera a un cese que obligue a la empresa a efectuar un nuevo contrato de relevo. Como colofón del argumentario desplegado explica que "A lo dicho hay que añadir el argumento relativo a la perspectiva de género que, a tenor del mandato del art. 4 LO 3/2007 , cabe adoptar a la hora de efectuar la interpretación normativa en relación con situaciones en que están en juego instituciones jurídicas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres, como es el caso de las figuras de conciliación de la vida laboral y familiar".

B) La STS 25 mayo 2015 (rec. 307/2013 ; El Corte Inglés) aborda la validez de una modificación sustancial de condiciones de trabajo pactada y, en concreto, atendido que la adaptación del horario afecta a trabajadores con contrato a tiempo parcial y hay más mujeres que hombres que tienen dicho contrato. Se desestima la impugnación porque, si bien es cierta dicha afectación, la medida obedece a una finalidad legítima y los medios para alcanzar dicha finalidad son necesarios y adecuados.

C) La STS 778/2019 de 13 noviembre (rec. 75/2018) reconoce el derecho de los trabajadores puestos a disposición por una ETT a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria.



D) La STS 815/2019, 3 de diciembre (rec. 141/2018 , Pleno) atiende a la eventual existencia de una situación desigual para hombres o mujeres a la hora de determinar el quantum remuneratorio de los diversos permisos.

E) La STS 250/2020 de 12 marzo (rec. 209/2018) rechaza que en el supuesto se hubiera incurrido en discriminación directa o indirecta por razón de género -alegación por cierto no formulada en momento alguno en el caso que ahora examinamos-, "aun cuando es notorio -afirma la STC 250/2020, 12 de marzo de 2020 - que el personal de pisos y limpieza es mayoritariamente femenino."

F) La STS 641/2020 de 13 julio (rec. 155/2018) aborda una acción colectiva para que se declare contraria a derecho la conversión de los contratos de jornada completa a jornada parcial, el derecho a una plantilla mínima con carácter permanente y estable y la obligatoriedad de compilar una bolsa de trabajo, todo ello en el caso del Profesorado de Religión en centros públicos. Descartando que la perspectiva de género aboque a la estimación del conflicto concluye que, aunque la medida afecte a mayor número de mujeres que de varones, está justificada:

Al tratarse de una asignatura optativa que se imparte por profesores propuestos por la autoridad religiosa, la docencia depende del número de alumnos que cada año eligen dicha asignatura, lo que constituye una justificación objetiva y legítima del específico régimen jurídico de esta relación laboral que excluye que, aunque la mayoría del profesorado de religión católica esté integrado por mujeres, al igual que ocurre con el resto de docentes que imparten las demás asignaturas, se haya producido la discriminación indirecta proscrita por la Directiva 2006/54/CE y por el art. 17 del ET .

G) La STS 197/2021 de 12 febrero (rcud. 2839/2019) descarta que la interpretación con la perspectiva de referencia pueda alterar el resultado legal conforme al que el convenio colectivo aplicable, a efectos de la fijación de la categoría y del salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido, debe ser el convenio de limpieza y no el de hostelería, por ser el primero el aplicable a la empresa con la que un hotel contrató el servicio de limpieza.

3. Seguridad Social.

A) Invocando expresamente los preceptos de la LOI antes transcritos, las SSTS 21 diciembre de 2009 (rcud 201/2009; Pleno) y 864/2018 de 26 de septiembre (rcud 1352/2017) han resuelto la cuestión sobre si cabe la cesión del derecho de maternidad a favor del otro progenitor cuando la madre no ha efectuado tal opción en el momento de inicio del periodo de descanso. Porque interpretar que la norma reglamentaria exige que la opción se efectúe con la solicitud de la prestación de la propia trabajadora, supondría afirmar que tal requisito formal actúa de verdadera condición del propio derecho a la prestación del otro progenitor.

B) La STS 26 enero 2011 (rcud. 4587/2009) concede pensión de viudedad a mujer divorciada, sin pensión compensatoria, víctima de violencia de género.

C) La STS 79/2020 de 29 enero (rcud. 3097/2017 ; Pleno) extiende a la mujer que percibe pensión de vejez SOVI la posibilidad de causar prestación en favor de familiares, pese a que la misma solo está contemplada en el ámbito de las de Seguridad Social.

La evolución experimentada por el ordenamiento jurídico, a la que antes nos hemos referido, es fruto de la incorporación del concepto de "gender mainstreaming" elaborado en IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas (Beijing, 1995) y que, en el Derecho español, tiene su primera plasmación en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Tras inspirar la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, halla su plasmación con alcance general en la LOIEMH, en la que se positiviza la configuración del principio de igualdad efectiva, superando el de igualdad formal, a todas luces insuficiente.

[...]

Sabido es que la doctrina del TJUE ha consagrado el criterio de que la discriminación indirecta pueda ser demostrado por cualquier medio, incluidos los datos estadísticos, siempre que éstos no se refieran a fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y, además, de manera general, resulten significativos (STJUE de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez, C-167/97 ; y, más recientemente, STJUE de 8 mayo 2019, Villar Laíz, C-161/18 ; y 3 octubre 2019, Schuch- Ghannadan, C-274/18 ; y ATJUE de 15 octubre 2019, AEAT C-439/18 y C-472/18 ; entre otras). Tal criterio es perfectamente coincidente con el que sostiene el Tribunal Constitucional que ha indicado que para abordar el análisis de la discriminación indirecta hay que ir "necesariamente a los datos revelados por la estadística" (STC 128/1987 , 253/2004 y 91/2019).

Por ello, la interpretación estricta y literal del precepto aquí aplicable puede generar un impacto de género, una discriminación indirecta, al desplegar efectos desproporcionados sobre el colectivo femenino. El principio de

igualdad de trato exige eliminar, no sólo la discriminación abierta, sino también toda forma de discriminación encubierta que, por la aplicación de otros criterios, lleve, de hecho, al mismo resultado. Y tal eliminación resulta aquí factible mediante la utilización de criterios interpretativos finalistas que, partiendo de la indudable concurrencia de la existencia de una pensión de características análogas (vejez/jubilación) y ganada por la contribución al sistema, abarque también a aquélla obtenida en un régimen precedente al actual.

D) La STS 115/2020 de 6 febrero (rcud. 3801/2017) concluye que a efectos de completar el periodo mínimo para acceder a la jubilación anticipada, ha de tenerse en cuenta el tiempo de prestación del Servicio Social obligatorio de la mujer, aplicando lo establecido en el artículo 208.1 b), último párrafo de la LGSS respecto al servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria. Y un argumento decisivo a tal efecto viene dado por la pauta hermenéutica ahora examinada:

Únicamente mediante la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del precepto - artículo 208.1.b), último párrafo, de la LGSS - se alcanza la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, ya que la aplicación literal del mismo conduciría a una violación de dicho principio pues supondría un trato discriminatorio de las mujeres respecto a los hombres. Dicha interpretación conduce a entender que el periodo de prestación del "Servicio Social de la mujer" ha de tomarse en consideración, a efectos del acceso a la jubilación anticipada, en la misma forma en la que se tiene en cuenta, a dichos efectos, el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria.

E) La STS 580/2020 de 2 julio (rcud. 201/2018) concluye que la incapacidad permanente absoluta reconocida a la trabajadora recurrente, como consecuencia de las complicaciones y lesiones sufridas en el parto, no debe considerarse derivada de enfermedad común sino de accidente no laboral. Invocando los preceptos de la LOI antes reproducidos:

"[...] como lo ocurrido a la recurrente en el parto solo le pudo suceder por su condición de mujer, la perspectiva de género proclamada por el artículo 4 de la referida Ley Orgánica 3/2007 refuerza la interpretación de que el hecho debe considerarse accidente no laboral y no enfermedad común, pues sólo las mujeres pueden encontrarse en una situación que no tiene parangón con ningún otro tipo de circunstancia en que la se acuda a la atención sanitaria. De ahí que la utilización de parámetros neutros, como los que propone la Entidad Gestora, conduzca a un resultado contrario con el principio de igualdad efectiva que nuestro ordenamiento consagra".

F) La STS 908/2020 de 14 octubre (rcud. 2753/2018) invoca la perspectiva de género para concluir que siempre que cumpla los restantes requisitos legalmente exigidos, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento. Esa interpretación del artículo 174.3 LGSS de 1994 (actual artículo 221.1 LGSS de 2015) entronca expresamente con las sentencias precedentemente reseñadas".

OCTAVO.- 1.- A la vista de los antecedentes legislativos y jurisprudenciales anteriormente consignados, se ha de concluir que procede la aplicación de la perspectiva de género en el enjuiciamiento del asunto examinado por las razones que a continuación se consigna:

Primera: La profesión de limpiadora, como es notorio, es una profesión feminizada y no aparece contemplada en el RD 1299/2006 como profesión susceptible de generar una determinada enfermedad profesional, a pesar de las fuertes exigencias físicas que conlleva, espacialmente movimientos repetitivos.

Segunda: En el cuadro de enfermedades profesionales que aparece en el apartado 2, letra D del RD 1299/2006 -"Enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo; enfermedades por fatiga e inflamación de las vainas tendinosas, de tejidos peritendinosos e inserciones musculares y tendinosas"- aparecen profesiones masculinizadas como pintores, escayolistas, montadores de estructuras, curtidores, mecánicos, chapistas, caldereros, albañiles... otras en que la presencia de trabajadores de ambos sexos es equilibrada como carniceros, pescaderos, pero no aparecen contempladas profesiones muy feminizadas como las ligadas al sector sanitario y sociosanitario, limpieza y tareas administrativas.

Tercera: Las labores realizadas por las limpiadoras - I Convenio Colectivo Sectorial de Limpieza de Edificios y Locales (BOE 23 de mayo de 2013), artículo 37, grupo profesional IV, nivel funcional I son de fregado, desempolvado, barrido, pulido, manualmente con útiles tradicionales o con elementos electromecánicos o de fácil manejo, considerados como de uso doméstico, aunque éstos sean de mayor potencia, de suelos, techos, paredes, mobiliario, etc., de locales, recintos y lugares, así como cristaleras, puertas, ventanas desde el interior de los mismos, o en escaparates, con la aportación de un esfuerzo físico esencialmente-conllevan esencialmente la realización de esfuerzo físico, requiriendo en numerosas ocasiones mantener los codos en posición elevada como es la limpieza de techos, paredes... o que tensen los tendones como las tareas de fregado, desempolvado, barrido, pulido, manualmente con útiles tradicionales o con elementos

electromecánicos o de fácil manejo, lo que exige repetición de movimientos y conlleva tensar los tendones. Dichos requerimientos encajan con la descripción contenida en el RD 1299/2006, Grupo 2., Letra D, 01.

Cuarta: La no inclusión en el citado RD de la profesión de limpiadora en el cuadro de profesiones que pueden resultar afectadas por una enfermedad profesional supone una discriminación indirecta. En efecto, mientras que las profesiones contempladas a título ejemplificativo -pintores escayolistas, montadores de estructuras- fuertemente masculinizadas, como se ha expuesto en el ordinal segundo, se benefician de la presunción de que en ellas se realizan posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo, se realizan con los codos en posición elevada o que tensan los tendones o bolsa subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar; uso continuado del brazo en abducción o flexión, lo que determina que estemos ante una enfermedad profesional, en la profesión de limpiadora, fuertemente feminizada para el diagnóstico de la enfermedad profesional se exige acreditar la realización de dichos movimientos.

Quinta: Esta Sala del Tribunal Supremo ha calificado de enfermedad profesional la IT de una limpiadora que presentaba síndrome del túnel carpiano, en sentencia de 5 de noviembre de 2014, recurso 1515/2013.

Las Salas de lo Social de los TSJ también han calificado de enfermedad profesional determinadas dolencias padecidas por las limpiadoras, aplicando la perspectiva de género.

-Deriva de enfermedad profesional la IT causada por la tendinitis calcificante de hombro padecida por una limpiadora, sentencia del TSJ de Galicia de 14 de octubre de 2016, recurso 1513/2016.

-Deriva de enfermedad profesional la IT padecida por una limpiadora por síndrome del manguito rotador, sentencia del TSJ de Catalunya de 29 de noviembre de 2016, recurso 5498/2016.

-Deriva de enfermedad profesional la IT padecida por una limpiadora por tendinitis calcificación de hombro, sentencia del TSJ de Galicia de 13 de julio de 2017, recurso 1127/2017.

- Deriva de enfermedad profesional la IT padecida por una limpiadora por tendinopatía de supraespinoso, discreta bursitis subacromial e irregularidad de la superficie de las tuberosidades del húmero, sentencia del TSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2018, recurso 2099/2018.

-Deriva de enfermedad profesional la IT padecida por una limpiadora por síndrome del manguito rotador, sentencia del TSJ de Catalunya de 2 de junio de 2020, recurso 6495/2919.

-Deriva de enfermedad profesional la IT padecida por una limpiadora por tendinitis intersecciones periféricas y síndromes conexos

NOVENO.- Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la Letrada Doña Yolanda Lastra Pérez, en representación de DOÑA Marta, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 18 de junio de 2019, recurso número 874/2019, resolviendo el recurso de suplicación formulado por la ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Gijón el 16 de enero de 2019, autos número 361/2018.

Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por la ahora recurrente, estimando la demanda formulada.

No procede la imposición de costas en virtud de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Yolanda Lastra Pérez, en representación de DOÑA Marta, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 18 de junio de 2019, recurso número 874/2019, resolviendo el recurso de suplicación formulado por la ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Gijón el 16 de enero de 2019, autos número 361/2018, seguidos a instancia de DOÑA Marta frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO INTEGRAL LA ESTRELLA SL y FREMAP, MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 61 sobre DETERMINACIÓN DE CONTINGENCIA.

Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por la ahora recurrente, estimando la demanda formulada y declarando que la incapacidad temporal de la actora iniciada el 19 de diciembre de 2017 deriva de enfermedad profesional.

No condenar en costas.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ