

## **Sentencia T.S. (Sala 4) de 21 de marzo de 2013**

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Marzo de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada Sra. Bellón Blasco en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada el once de abril de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación n.º 4767/10, interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Orense, en autos núm. 530/10, seguidos a instancias de Dña. Coro contra sobre derechos.

Ha comparecido en concepto de recurrida Dña. Coro representada por el procurador Sr. Torres Alvarez.

Es Ponente la Excma. Sra. D.ª Maria Lourdes Arastey Sahun,

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**—Con fecha 22-07-2010 el Juzgado de lo Social n.º 2 de Orense dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " 1.º.- La Actora Dña. Coro, viene prestando servicios para el SERGAS, en el Hospital Comarcal del Barco de Valdeorras, como médico de urgencias hospitalarias. Las funciones que realiza la actora son las siguientes:

-Realiza guardias de 24 horas de presencia física en el servicio de urgencias.

-Realiza guardias localizadas de 24 horas para traslados de pacientes a otros hospitales en UVI móvil.

-Atiende y asiste a los pacientes que acuden al servicio de urgencias y efectúa el control y seguimiento de los pacientes hospitalizados en el servicio de día de urgencias del hospital.

2.º- La actora tiene un hijo lactante nacido el 17-12-2009, que recibe lactancia materna exclusiva.

3.º- El 24-3-2010, solicitó prestación por riesgo durante la lactancia, la cual fue denegada por resolución de la D.P. del INSS de 22-4-2010, por no suponer las actividades de su puesto de trabajo, un riesgo para la lactancia. Interpuesta reclamación previa fue desestimada por resolución de 12-5-2010."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por Dña. Coro, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir la prestación económica por riesgo durante la lactancia, con la consiguiente suspensión de contrato de trabajo, y, en consecuencia, condeno a la demandada a esta y pasar por dicha declaración y, a abonar a la actora la citada prestación en cuantía y forma reglamentaria."

**Segundo.**—La citada sentencia fue recurrida en suplicación por INSS, y TGSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha 11-04-2012, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y la TGSS contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2010 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Orense, en autos seguidos a instancia de Dña. Coro, contra las entidades recurrentes, la Sala la confirma íntegramente."

**Tercero.**—Por la representación del INSS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 24-05-2012, en el que se alega infracción del art. 135 bis LGSS, en relación con el art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, LPRL. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo el 18 de marzo de 2011 (R-1966/10).

**Cuarto.**—Por providencia de esta Sala de fecha 25-09-2012 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

**Quinto.**—Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14/03/2013, fecha en que tuvo lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**—Recorre el INSS la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 11 de abril de 2012 (rollo 4767/2010), que confirma la de Juzgado de lo Social n.º 2 de Ourense, en la que se estimaba la demanda de la actora y declaraba el derecho de la misma a percibir la prestación económica por riego durante la lactancia.

Sostiene el INSS que en el caso presente no existe una referencia específica a los riesgos que pueden afectar a la trabajadora y no se ha acreditado la imposibilidad técnica del cambio de puesto de trabajo.

Para permitir la unificación de doctrina postulada, la entidad gestora aporta, como sentencia contradictoria, la de esta sala IV de 18 de marzo de 2011 rcud. 1966/2010).

En ella se trataba de una trabajadora que prestaba servicios como ATS/DUE en la unidad de urgencias del Hospital costa del Sol (Marbella), que daba lactancia natural a su hijo la unidad de prevención de riesgos laborales de la empresa había elaborado un informe sobre el puesto de trabajo de la actora, señalando que los riesgos del mismo son: *"exposición a sustancias químicas, sobreesfuerzos, choques con objetos, exposición a sustancias ionizantes, agentes biológicos, caída de objetos, cortes y pinchazos, atropello o golpes con vehículos en desplazamiento o de acceso al hospital", poniendo de relieve que dicho puesto no está exento de riesgos para la salud de la madre trabajadora o de su hijo a través de la lactancia natural. La empleadora declara que las actividades que realiza son: Evaluación del paciente en la sala de triaje; realización de analíticas; coger vías; control de los pacientes y seguimiento de la evolución de los mismos; tareas de enfermería en función de la demanda; puesta de yesos; realización de curas, suturas y desinfecciones; administración de medicación; toma de constantes vitales y colaboración en tareas de higiene; control y supervisión del aparataje de las salas y de la medicación. Señala que no existe puesto compatible con el estado de la demandante, por lo que no resulta técnica u objetivamente posible el cambio de puesto, habiendo emitido el EVI certificado sobre las condiciones del puesto de trabajo de la demandante y de los riesgos específicos que se derivan del mismo. Existen puestos de trabajo exentos de riesgo, si bien se trata de puestos de gestión o de naturaleza administrativa.*

La sala de suplicación había admitido la pretensión de la trabajadora razonando que el puesto de trabajo de la actora estaba expresamente catalogado como no exento de riesgos para la salud de la madre trabajadora o del hijo a través de la lactancia natural, no siendo posible el cambio de puesto. En la sentencia de contraste se casa y anula aquella resolución y se desestima el recurso de suplicación de la trabajadora porque no constaba acreditada "la existencia y valoración específica de los riesgos propiamente dichos en relación con la lactancia", ya que la evaluación es genérica; lo que, a su vez, impedía conocer la existencia o no de otros puestos exentos de riesgo.

En el caso que ahora se no somete a conocimiento la actora presta servicios como médico de urgencias hospitalarias, realizando las siguientes funciones: a) guardias de 24 horas de presencia física en el servicio de urgencias; b) guardias localizadas de 24 horas para traslados de pacientes a otros hospitales en UVI móvil; y c) atención y asistencia de pacientes que acuden a urgencias y control y seguimiento de los

hospitalizados en el servicio de día de urgencias. Se declara que las condiciones del puesto de trabajo suponen "riesgos físicos, químicos y biológicos, dada la proximidad de radiación, riesgos infecto contagiosos con pacientes, contacto con sustancias farmacológicas así como riesgos psicosociales por turnicidad o nocturnidad, concluyendo con la práctica imposibilidad de la lactancia materna. Se añade en la sentencia recurrida -siguiendo a la de instancia- que el informe de actividades de prevención de riesgos de 24 de marzo de 2010 establece que la actora debe evitar en lo posible la realización de guardias presenciales de 24 horas consecutivas.

Por todo ello, sostiene la sentencia recurrida que el riesgo en la lactancia es, en el caso, "específico y acreditado en tanto no se desvirtúa por la demandada la citada descripción de los riesgos..." (fundamento de Derecho Único in fine).

Hemos de afirmar la concurrencia de contradicción exigida por el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), pues en ambos casos el núcleo de la decisión se ciñe a determinar si, para el reconocimiento de la prestación por riesgo durante la lactancia, es necesario acreditar la apreciación de riesgos específicos en el concreto puesto de trabajo y su incidencia en la lactancia natural, o sí es suficiente con la existencia de riesgos genéricos.

Las analogías en ambos supuestos pueden apreciarse sin dificultad pues la apreciación de los riesgos propios de las funciones de ATS/DUE o de médico en el servicio de urgencias hospitalarias se llevó a cabo en los dos casos, sin especificación del concreto factor lesivo y sin establecer el eventual efecto sobre la lactancia natural. Es cierto que en el caso de la recurrida se añade la cuestión de la turnicidad o nocturnidad pero también ésta aparece huérfana de mayores precisiones.

Por ello, coincidiendo con el criterio expresado por el Ministerio Fiscal, procede entrar a resolver sobre los motivos del recurso.

**Segundo.**—El recurso denuncia la infracción del art. 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social, (LGSS), en relación con el art. 26 de la Ley 31/ 1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)

La prestación por riesgo durante la lactancia natural se introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico a raíz de la LO 3/2007, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, con el objetivo de mejorar la integración de la vida laboral de la mujer en el ámbito laboral y de favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar, de acuerdo con lo previsto en la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, de aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

Ello supuso la inclusión del art. 135 bis LGSS, a cuyo tenor, "*A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, 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*".

Dicha prestación económica se ajusta a los mismos términos y condiciones la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en 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 (art. 135 ter LGSS).

El desarrollo reglamentario se plasmó en el RD 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, que sustituyó al RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

Además, la incorporación de la normativa europea supuso también la modificación del art. 26.4 LPRL, que dispone la protección de las trabajadoras frente a la situación de riesgo durante la lactancia natural cuando las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto.

Con arreglo a todo ello, el reconocimiento de la prestación aquí controvertida exige analizar si concurren los requisitos a los cuales la misma se vincula, puesto que la situación protegida -y la correspondiente prestación económica- se da cuando se hace necesaria la suspensión del contrato de trabajo porque no ha sido posible cambiar de puesto de trabajo a la trabajadora, siempre que así lo certifiquen, de forma objetiva los Servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en función de la entidad con la que la empresa tuviera concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio público de salud que asistiera facultativamente a la trabajadora o a su hijo.

**Tercero.**—En relación a la protección de la mujer trabajadora que se halla ofreciendo lactancia natural a un hijo, esta Sala IV ha señalado que La exigencia de la evaluación de los riesgos a efectos de su prevención se contiene, en esencia, en los arts. 14 y siguientes LRPL, especialmente en el 16, "*ha de tener una especial dimensión en supuestos especiales, como los de la situación de maternidad o lactancia natural de la trabajadora, a los que se refiere el art. 26*" (STS 17 (3) de marzo de 2011 -rcud. 1864/2010, 1865/2010 y 2448/2010 -, 18 (4) de marzo de 2011 -rcud.1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010 -, 3 de mayo de 2011 -rcud. 2707/2010 -, 21 de septiembre de 2011 -rcud. 2342/2010 -, 22 de noviembre de 2011 -rcud. 306/2011 - y 25 de enero de 2012 -rcud. 4541/2010 -).

La doctrina contenida en las sentencias que se citan -todas ellas dictadas en supuestos idénticos al de la sentencia de contraste- se resume en los puntos siguientes:

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

b) La evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición.

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

Una vez determinados esos extremos, la acción inmediata que ha de seguirse por parte del empresario es la de adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora. Sólo cuando esa adaptación no resulte posible o la realizada sea insuficiente de forma que las actividades a desarrollar (número 2 del art. 26 LPRL) " pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y

así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado".

c) Incluso cuando no existan puestos de trabajo o función compatible, la norma específica que la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Y sólo cuando todo ello no sea posible, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1.d) ET, tal y como señala el art. 26.3 LPRL, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

Como recordábamos en la citada STS de 22 de noviembre de 2011 (rcud. 306/2011), *"... para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los arts. 135 bis y ter LGSS , han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados"*.

**Cuarto.**—En el caso que se examina es cierto que constan informes relaciones con los riesgos del puesto de trabajo y con las funciones de la trabajadora; pero únicamente se contiene una declaración global y genérica de unos riesgos susceptibles de poder estar aparejados a un puesto de aquella naturaleza, de médico del servicio de urgencias hospitalarias, sin precisión alguna sobre los concretos agentes nocivos detectados efectivamente en el puesto y de los efectos que los mismos pudieran tener sobre la salud de la madre o del lactante.

Así, se indican riesgos físicos, químicos y biológicos que se ciñen a: a) "la proximidad de radiación", sin mayores detalles que permitan establecer cuál es el uso, características y alcance de aparatos que emitan tales radiaciones en el caso concreto del puesto de la actora; b) "riesgos infecto contagioso con pacientes", sin enumerar siquiera a qué tipo de infección se refiere, ni en qué datos epidemiológicos habituales en el servicio de urgencias se fundamenta; y c) "contacto con sustancias farmacológicas", con carencia igualmente de precisión tanto respecto de las sustancias como del tipo de contacto.

Lo mismo cabe decir de la mención de riesgos de carácter psicosocial no especificado. En suma, contrariamente a lo que afirma la sentencia recurrida, no hay una verdadera especificación respecto de esos riesgos y, por ello, nos hallamos ante un supuesto de gran similitud con el resuelto en la sentencia de contraste que, igual que tres antecedentes anteriores y otros posteriores arriba mencionados, analizaba la situación de ATS de los servicios de urgencia cuya pretensión se halla asimismo huérfana del bagaje probatorio adecuado.

**Quinto.**—Cabe hacer una mención especial a la alegación de las circunstancias de trabajo a turnos o en jornada nocturna, consecuencia del sistema de guardias en urgencias.

En nuestra STS de 24 de abril de 2012 (rcud. 818/2011) -reiterada por las STS de 21 de junio y 22 de noviembre de 2012 (rcud. 2361/2011 y 1298/2011)- tuvimos ocasión de analizar un supuesto de riesgo para la lactancia natural en que el factor de riesgo se ceñía a la cuestión del tiempo de trabajo, en concreto, al sistema de turnos y distribución horaria. Y sostuvimos que, ciertamente tal riesgo se puede apreciar

cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante, pero precisábamos que ello era así siempre y cuando la incompatibilidad de la "toma" directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche y ello porque se daban en aquellos supuestos las particulares circunstancias de que el lugar en que se desarrollaba la prestación de servicios impedía tanto la extracción de la leche como su conservación (tripulantes de cabina de aviones).

Podríamos añadir que, en cualquier caso, habría de acreditarse que la extracción fuera, en el supuesto concreto, método no aconsejable para la salud de la madre o del lactante.

Nada de todo esto aparece en el presente caso, en el que no se hace referencia alguna a la cuestión y, por ello, hemos de estar a lo dicho respecto de la necesidad de precisión, concreción y prueba; criterio que ha sido reiterado en las STS de 23 de enero de 2012 (rcud. 1706/2011) y 1 de octubre de 2012 (rcud. 2373/2011).

La falta de concreción y acreditación del riesgo basta, pues, para rechazar que se den las circunstancias de la situación protegida.

**Sexto.**—Procede estimar el recurso, tal y como opina el Ministerio Fiscal, y anular y casar la sentencia recurrida resolviendo el debate de suplicación en el sentido de estimar el recurso de dicha clase y, revocando la sentencia de instancia, desestimar la demanda inicial.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la sentencia dictada el once de abril de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso de suplicación n.º 4767/10, casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación estimamos el recurso de dicha clase, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Orense, en autos núm. 530/10, desestimado la demanda inicial. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.