

## Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 498/2010, de 7 de julio

### **Concedida la prestación por riesgo durante la lactancia natural a una matrona que presta sus servicios en las urgencias de centro hospitalario**

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia desestima el recurso interpuesto por la Mutua y confirma la sentencia de instancia, en la que se reconoce a la demandante el derecho al abono de un subsidio en concepto de riesgo durante la lactancia natural.

El Tribunal se basa en los informes médicos del servicio de prevención de riesgos laborales y de médicos especialistas en medicina del trabajo, para concluir que en el presente caso existen riesgos derivados del puesto de trabajo que pueden poner en peligro la salud de la madre y del lactante.

La trabajadora presta sus servicios como matrona en un hospital del Servicio Murciano de Salud. Realiza un turno rotatorio y guardias. Su trabajo consiste en la asistencia en el parto, atención de urgencias, control de monitores y reanimación de recién nacidos. Su puesto de trabajo supone una exposición constante a agentes biológicos en pacientes con patologías infecciosas, así como el contacto con fluidos orgánicos y riesgo de accidente con objetos cortantes. Además, su puesto implica la existencia no sólo de riesgos físicos, sino también psicológicos derivados del estrés laboral, a causa de un elevado ritmo de trabajo y la presión de pacientes y familiares en las situaciones de emergencia.

Asimismo, los informes hacen constar que en la unidad donde presta servicios, no existe un lugar para la extracción de leche con la intimidad necesaria y en condiciones higiénicas suficientes. Por último, es preciso tener en cuenta que no es posible reubicar a la trabajadora en otro puesto de trabajo compatible con su estado y que no afecte negativamente al proceso de lactancia.

### **SENTENCIA**

En el recurso de suplicación interpuesto por Mutua Ibermutuamur, contra la sentencia número 16/2010 del Juzgado de lo Social número 5 de Murcia, de fecha 14 de enero, dictada en proceso número 555/2009, sobre Seguridad Social, y entablado por Doña Ángeles frente a Mutua Ibermutuamur; Instituto Nacional de la Seguridad Social; Tesorería General de la Seguridad Social; Servicio Murciano de Salud.

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**—La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y en el que consta sentencia, en la que figuran declarados los siguientes hechos probados: "PRIMERO.—La demandante, DOÑA Ángeles, con DNI núm. NUM000, viene prestando servicios para el Servicio Murciano de Salud como matrona en paritorios del Hospital Comarcal del Noroeste de Caravaca de la Cruz. SEGUNDO.—El 8-1-09 la actora inició los trámites para la situación de riesgo natural durante la lactancia natural de su hijo. El 12-1-09 se realizó la oportuna declaración empresarial sobre situación de riesgo laboral durante la lactancia natural, llegándose a la conclusión de que no había posibilidad de reubicar a la accionante en otro puesto de trabajo compatible con su estado, ni en el hospital donde prestaba servicios ni en otra Gerencia del Servicio Murciano de Salud, durante la lactancia natural. TERCERO.—El 6-5-09, el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Servicio Murciano de Salud, emitió el correspondiente informe técnico sobre situación de riesgo laboral durante la lactancia. En la misma fecha, por el Servicio de Medicina del Trabajo del Servicio Murciano de Salud, se realizó el Informe Médico sobre características del puesto de trabajo que pueden influir en la lactancia. Ambos informes, incorporados a los expedientes administrativos que obran en Autos, se tiene, aquí por reproducidos a efectos probatorios. CUARTO.—El 21-1-09, la Mutua Ibermutuamur, que es quien da cobertura a este tipo de contingencias, resolvió que de la información solicitada no se podía deducir que los trabajos indicados puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora en cuanto al proceso de lactancia. QUINTO.—La actora dio a luz el 1-11-08, disfrutando de la baja maternal hasta el 20-2-09. SEXTO.—La actora realiza las tareas de asistencia a la dilatación, parto y puerperio de la gestante, atención a las urgencias, partos precipitados, urgencias obstétricas, prolapso de cordón, atención y reanimación al recién nacido, atención sanitaria a la gestante (extracciones de sangre, sondaje vesical, sueroterapia, administración de medicamentos, monitorización, gasometrías, tactos vaginales, auscultaciones fetales, administración de inyectables por vía intravenosa e

intramuscular), práctica de Kristellers en el parto, suturado y episiotomía en los partos, manejo de PVD y control de monitores. Además, realiza un turno rotatorio de siete guardias de 24 horas, librando cuatro días entre cada guardia y a la siguiente semana martes, jueves, sábado y domingo (10 horas) y de nuevo empieza el ciclo. En su puesto de trabajo utiliza todos los equipos de protección individual prescritos legalmente, así como, toda la maquinaria y equipos precisos. Está expuesta a agentes biológicos en atención a pacientes con patología infecciosos conocida o no a priori (TBC, Meningitis, Herpes, VIH/SIDA), contacto con fluidos orgánicos, accidentes por objetos cortantes y punzantes y salpicaduras. Está sujeta a un ritmo elevado de trabajo, presión de pacientes y familiares, atención a situaciones de urgencias y emergencias y agresiones verbales. En la unidad donde presta servicios la actora no existe un lugar para la extracción de la leche con la intimidad necesaria y condiciones higiénicas suficientes. SÉPTIMO.-La base reguladora diaria asciende a 99,35€. OCTAVO.-Se agotó la vía previa"; y el fallo fue del tenor siguiente: "Que previa estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por el INSS-TGSS, estimo la demanda formulada por DOÑA Ángeles, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SERVICIO MURCIANO DE SALUD e IBERMUTUAMUR, debo condenar y condeno a Ibermutuamur a que en concepto de riesgo durante la lactancia natural, abone a la demandante el oportuno subsidio sobre una base reguladora diaria de 99,35€ y con efectos económicos desde el 20-2-09 hasta el 1-8-09".

**Segundo.**—Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la Letrado Doña M.<sup>a</sup> del Mar Calabria Pérez, en representación de la parte demandada, Mutua Ibermutuamur, con impugnación de la Letrado Doña M.<sup>a</sup> Isabel Navarro García, en representación de la parte demandante.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Fundamento Primero.**—Por el Juzgado de lo Social número 5 de Murcia se dictó sentencia el 14 de enero de 2010, en los autos n.º 555/09, sobre Seguridad Social- Riesgo en la lactancia, seguidos a instancia de doña Ángeles contra el INSS, la TGSS, Ibermutuamur y el SMS, previa estimación de la falta de legitimación pasiva del INSS y de la TGSS, estima la demanda condenando a la Mutua a que en concepto de riesgo durante la lactancia natural, abone a la actora el subsidio sobre una base reguladora diaria de 99,35 euros con efectos económicos desde el 20-2-09 al 1-8-09. Por lo que Ibermutuamur recurrió en suplicación en solicitud de una sentencia de esta Sala que revocando la de instancia, desestime la demanda. Recurso que fue impugnado por la actora que pidió su desestimación.

**Fundamento Segundo.**—Se ampara la parte recurrente en el apartado b) del art.191 de la LPL para que se revise el hecho probado sexto, que dice: "La actora realiza las tareas de asistencia a la dilatación, parto y puerperio de la gestante, atención a las urgencias, partos precipitados, urgencias obstétricas, prolapsos de cordón, atención y reanimación al recién nacido, atención sanitaria a la gestante (extracciones de sangre, sondaje vesical, sueroterapia, administración de medicamentos, monitorización, gasometrías, tactos vaginales, auscultaciones fetales, administración de inyectables por vía intravenosa e intramuscular), práctica de Kristellers en el parto, suturado y episiotomía en los partos, manejo de PVD y control de monitores. Además, realiza un turno rotatorio de siete guardias de 24 horas, librando cuatro días entre cada guardia y a la siguiente semana martes, jueves, sábado y domingo (10 horas) y de nuevo empieza el ciclo. En su puesto de trabajo utiliza todos los equipos de protección individual prescritos legalmente, así como, toda la maquinaria y equipos precisos. Está expuesta a agentes biológicos en atención a pacientes con patología infecciosos conocida o no a priori (TBC, Meningitis, Herpes, VIH/SIDA), contacto con fluidos orgánicos, accidentes por objetos cortantes y punzantes y salpicaduras. Está sujeta a un ritmo elevado de trabajo, presión de pacientes y familiares, atención a situaciones de urgencias y emergencias y agresiones verbales. En la unidad donde presta servicios la actora no existe un lugar para la extracción de la leche con la intimidad necesaria y condiciones higiénicas suficientes".

Proponiendo la siguiente redacción alternativa: "La demandante realiza sus tareas en la sala de dilatación y partos, recuperación de partos, sala de monitores y planta. Realiza un turno rotatorio, voluntario, de un día una guardia de 24 horas, LIBRANDO LOS CUATRO DÍAS SIGUIENTES. En su puesto de trabajo utiliza todos los equipos de protección individual prescritos legalmente así como toda la maquinaria y equipos precisos. No existiendo en su puesto de trabajo NINGÚN AGENTE CONDICIÓN O PROCEDIMIENTO QUE PUDIERA PONER EN PELIGRO, DAÑAR, SU SALUD NI LA DE SU BEBÉ LACTANTE".

Revisión que no puede ser aceptada ya que no es posible sustituir el libre y objetivo criterio de valoración de la prueba efectuado por la Juzgadora "a quo" por el más interesado de parte, en el ejercicio de su legítimo derecho de defensa, cuando como sucede en el caso de autos, no se acredita error u omisión en dicha valoración, sucediendo en el caso de autos, que se realiza una descripción de las funciones del puesto de trabajo de la actora que comportan riesgos a la lactancia, sobre todo con el informe del SMS sobre el puesto de trabajo que puede influir en el desarrollo normal de la lactancia natural, sin que sea posible la reubicación de la misma en otro puesto de trabajo.

**Fundamento Tercero.**—Al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL se argumenta infracción del art. 134 de la LGSS, el 31.2 del R.D. 295/2009 de seis de marzo, y el 26 de la LPRL.

Motivo que no puede ser estimado ya que ninguna infracción de norma legal ni de jurisprudencia se produce con la sentencia recurrida, y ello por cuanto, se desprende de la prueba médica obrante en las actuaciones que el puesto donde se encuentra la demandante está expuesto a agentes biológicos, contacto con fluidos orgánicos, a accidentes por objetos cortantes. Contagios de hepatitis o VIH entre otros, existiendo una exposición alta a los pinchazos, y la consiguiente posible transmisión a la madre y al hijo. Pero no solamente existen riesgos físicos sino también psicológicos consistentes en el estrés laboral, por la necesidad de tomar decisiones de urgencia, la elevada carga de trabajo, o el trabajo nocturno, e incluso la jornada larga de trabajo en ocasiones, todo ello incompatible con la tranquilidad que precisa la lactancia. Sin que conste la posibilidad de traslado a otro puesto de trabajo adecuado.

En consecuencia, en atención al informe médico del servicio de prevención de riesgos laborales como el del especialista en medicina del trabajo, que ponen de manifiesto los riesgos entre otros varios, descritos anteriormente, es obligatorio, conforme a los art. 135 bis y 135 ter de la LGSS y concordantes, así como el art. 26 de la LPRL y de acuerdo con la misma jurisprudencia de esta Sala, entre otras las sentencias 172 y 179 de 2009.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por Mutua Ibermutuamur frente a la sentencia número 16/2010 dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Murcia, en fecha 14 de enero, en virtud de demanda interpuesta por Doña Ángeles contra Mutua Ibermutuamur; Instituto Nacional de la Seguridad Social; Tesorería General de la Seguridad Social; Servicio Murciano de Salud, en reclamación sobre Seguridad Social y confirmar, como confirmamos, el pronunciamiento de instancia.

Con imposición a la parte recurrente de las costas procesales del recurso, fijándose en 250 euros el importe de los honorarios del Letrado de la parte contraria.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

#### ADVERTENCIAS LEGALES

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

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banesto, cuenta número: 3104000066044410, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de trescientos euros con cincuenta y un céntimos de euro (300'51 euros), en la entidad de crédito Banesto, cuenta corriente número 2410404300044410 Madrid, Sala Social del Tribunal Supremo.

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

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

Por esta sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.