

Roj: **STS 6130/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6130**Id Cendoj: **28079140012011100547**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/09/2011**Nº de Recurso: **2342/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **AURELIO DESDENTADO BONETE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Septiembre de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado y defendido por el Letrado Sr. del Valle Joz, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), de 8 de abril de 2010, en el recurso de suplicación nº 2175/09, interpuesto frente a la sentencia dictada el 22 de junio de 2009 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Málaga, en los autos nº 1205/08, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Camila contra dicho recurrente y el SERVICIO ANDALUZ DE LA SALUD, sobre derechos.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el SERVICIO ANDALUZ DE LA SALUD, representado y defendido por la Letrada Sra. Alonso Calero.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Aurelio Desdentado Bonete**,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO**.- El 8 de abril de 2010 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga) dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Málaga, en los autos nº 1205/08, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Camila contra dicho recurrente y el SERVICIO ANDALUZ DE LA SALUD, sobre derechos. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga) es del tenor literal siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Málaga con fecha 22 de junio de 2009 en autos sobre **riesgo** durante la lactancia natural, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Camila contra el Instituto Nacional y la Tesorería General de la Seguridad Social y el Servicio Andaluz de Salud, confirmando la sentencia combatida".

**SEGUNDO**.- La sentencia de instancia, de 22 de junio de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Málaga, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- La actora, D<sup>a</sup> Camila, mayor de edad y domiciliada en Málaga, presta sus servicios para el Servicio Andaluz de Salud como Médica Peditra en el Centro de Salud de "Las Albarizas" de Málaga. ---2º.- La actora dio a luz a su hijo Jaime el 28 de marzo de 2008y, cumplidos por el SAS todos los trámites preceptivos, solicitó el 17 de julio de 2008 las prestaciones por **riesgo** durante la lactancia natural, que le fueron denegadas por resolución de la Dirección Provincial de Málaga del INSS de fecha 18 de julio de 2008, contra la que la actora presentó su reclamación previa el 5 de agosto de 2008, que fue desestimada por resolución de 4 de septiembre de 2008. ---3º.- La base reguladora asciende a 99.87 euros en cómputo diario. ---4º.- La demanda fue presentada el 20 de octubre de 2008".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "En los autos seguidos en este Juzgado de lo Social nº 3 de Málaga con el nº 1025/2008 a instancia de D<sup>a</sup> Camila contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Servicio Andaluz de Salud sobre declaración del derecho a percibir el subsidio por **riesgo** durante la lactancia natural, debiendo estimar íntegramente la demanda, como la estimo,



y revocando la resolución impugnada, como la revoco, debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir el subsidio solicitado, debiendo condenar, como condeno, al INSS a abonar a la actora el citado subsidio, con el cumplimiento por la TGSS de sus obligaciones legales como Caja Unica del Sistema de Seguridad Social".

**TERCERO.-** El Letrado Sr. del Valle Joz, en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, mediante escrito de 14 de junio de 2010, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga) de 26 de noviembre de 2009 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de **Riesgos Laborales** .

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 3 de noviembre de 2010 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

**QUINTO.-** Habiéndose transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para la impugnación del recurso, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon concluidos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 15 de septiembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La actora, que viene prestando servicios para el Servicio Andaluz de la Salud, como médico pediatra del Centro de Salud Las Albarizas de Málaga, dio a luz a un hijo el 28 de marzo de 2008, por lo que solicitó la prestación de **riesgo** durante la lactancia natural. La prestación le fue denegada por resolución del INSS de 18 de julio de 2008. En la declaración de **riesgo** formulada por la entidad empleadora se recoge que el **riesgo** durante la lactancia natural consiste en "exposición a contaminantes biológicos, accidentes de tránsito, sobreesfuerzos y accidentes causados por seres vivos (agresiones)" (folios 51, 56-61 y 115-122). La resolución administrativa denegatoria, obrante a los folios 13 y 14 se funda en el informe de la Inspección de Trabajo para afirmar que no existe una identificación del **riesgo** específico sobre la trabajadora en situación de lactancia distinto del resto de las trabajadoras que realizan la misma actividad. El Servicio Andaluz de la Salud, del que depende la actora, informó en el sentido de que no resulta ni técnica, ni objetivamente posible el cambio de puesto de trabajo, ni la adaptación de éste para eliminar la exposición del **riesgo**. Obra en el folio 55 de autos el listado de puestos de trabajo exentos de **riesgo**, que se refiere a los puestos de técnico de salud medicamentosa y epidemiológica, de educación y sanidad ambiental, además de los puestos de carácter administrativo.

La actora formuló demanda, que fue estimada por la sentencia de instancia y confirmada por la recurrida, razonando que el **riesgo** existe y que en las circunstancias que se acreditan no es posible ni el cambio de puesto de trabajo, ni la adaptación de éste.

**SEGUNDO.-** Contra este pronunciamiento recurre el INSS, aportando como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social de Málaga de 26 de noviembre de 2009 (recurso 1115/2009). En esta resolución, la Sala llegó a una decisión contraria a la de la recurrida, pues confirmó la sentencia del Juzgado de instancia que había desestimado una demanda similar a la de estos autos, en la que una madre lactante natural, ATS de hospitalización del Hospital Costa del Sol pretendía el pago de la prestación por **riesgo** durante la lactancia.

En ese caso, la actividad de la trabajadora, resultante de los hechos probados, consistía en "recepción, preparación, atención y control y seguimiento de los cuidados del paciente; realización de analíticas; coger vías, realización de curas, suturas y desinfecciones; administración de tratamiento; toma de constantes vitales; retirada de material y objetos punzantes utilizados para su limpieza". Al propio tiempo se decía que "el **riesgo** específico es de exposición a agentes químicos y biológicos, cortes y pinchazos, así como a **riesgo** de atropellos o golpes con vehículos por desplazamientos". También constaba similar declaración empresarial de inexistencia de puestos sanitarios exentos de **riesgo** para la embarazada o la lactante natural.

En tal situación, la sentencia de contraste ratifica la decisión del Juzgado de instancia que había desestimado la pretensión, utilizando para ello dos vías argumentales. Así, la sentencia afirma que "... no basta la existencia, no controvertida en el caso que se examina, de los **riesgos**, ni tampoco la apreciación subjetiva de la Entidad para la que presta servicios la demandante o sus alegaciones, sino que es preciso que aparezca de forma clara y precisa la existencia de un **riesgo** para la lactancia por el desempeño de las funciones propias de su puesto de trabajo y, además, que el cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados".

De esta forma, la sentencia de contraste admite la existencia de **riesgos** en los puestos de trabajo sanitarios que genéricamente describen los hechos probados, pero niega que esa descripción tenga la exigible condición



de específica en relación tanto con el concreto puesto de trabajo y actividad desempeñada, como con la situación de lactancia natural de la demandante que lleva a cabo esa actividad.

La contradicción con esta sentencia ya ha sido aceptada por la Sala en supuestos similares en varias sentencias recientes entre las que podemos citar las de 17 y 18 de marzo de 2011 ( recursos 1865/10 y 1863/10 ) y la de 3 de mayo del mismo año (recurso 2707/2010). En ellas se señala que la contradicción se produce en que ante "unos **riesgos** genéricos cuya existencia no se discute, la sentencia recurrida los admite como tales sin exigir especificidad en ninguno de los dos ámbitos citados -actividad concreta en relación con los **riesgos** y situación de lactancia -y parte de ellos para analizar el requisito relativo a la posibilidad de un cambio temporal de puesto de trabajo". Sin embargo, la sentencia de contraste reconoce la existencia de la misma descripción general, pero exige una tarea de especificación de esos **riesgos** y de su alcance en el concreto puesto de trabajo de que se trate, así como de su incidencia en la madre lactante, no en otra situación distinta como podría ser el embarazo. Esta misma contradicción se produce con el mismo alcance en el presente caso entre la sentencia recurrida y la designada como contradictoria.

**TERCERO.-** Debe, por tanto, examinarse la infracción que se denuncia del artículo 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 26 de la Ley de Prevención de **Riesgos Laborales** y el motivo debe ser estimado, como propone el Ministerio Fiscal. La doctrina ya ha sido unificada en las sentencias a que se ha hecho referencia en el fundamento anterior. Señalan estas sentencias que para dar respuesta al recurso es preciso situar el estudio de la infracción denunciado en el marco general de la prestación de **riesgo** durante la lactancia, que se regula en los arts. 135.bis y 135.ter de la LGSS y hoy en el Real Decreto 295/ 2009 , si bien en el momento en que se causó la prestación la regulación reglamentaria -sin previsiones específicas para el **riesgo** durante la lactancia -estaba contenida en el Real Decreto 1251 /2001, que en su art. 21 establecía las normas sobre el procedimiento para el reconocimiento del derecho y en la disposición adicional 2ª se refería a la certificación médica sobre la existencia del **riesgo**.

La consideración de estas normas muestra que la situación protegida resulta particularmente compleja, porque el art. 135.bis de la LGSS la delimita mediante la referencia al "periodo 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 art. 26.4 de la Ley 31/1995 ..., dicho cambio no resulte técnica u objetivamente posible, o pueda exigirse por motivos justificados". De esta forma, la situación protegida queda vinculada a una suspensión del contrato de trabajo que, a su vez, requiere: 1º) la constatación de un **riesgo** que se produce cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente sobre la salud de la mujer y de su hijo (art. 26.4 LPRL ); 2º) que la adaptación de las condiciones de trabajo por parte del empresario no sea posible o no permita eliminar el **riesgo** (art. 26.2 LPRL ) y 3º) que tampoco sea posible el traslado de la trabajadora a "un puesto o función diferente y compatible con su estado", aplicando los principios propios de la movilidad funcional (art. 26.2. 2º LPRL ), o, incluso, a "un puesto no correspondiente a su grupo o categoría" (art. 26.2.3º LPRL ).

Por ello, hay que determinar si en el presente caso se ha acreditado la situación de **riesgo**. Para ello hay que tener en cuenta que, conforme al art. 26.4 de la LPRL , la evaluación de los **riesgos** debe de ser específica en relación con el puesto de trabajo, debiendo alcanzar la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición. Pero realmente no puede entenderse que conste acreditada la existencia y valoración específica de los **riesgos**. Para llevar a cabo esa evaluación es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, el tiempo de exposición de la trabajadora al **riesgo** y el seguimiento que se haya hecho de la existencia del mismo. Así se desprende de la extensa regulación normativa que incide sobre esta clase de **riesgos**, como son, a título de ejemplo, el Real Decreto 664/1997 , sobre la protección de los trabajadores contra los **riesgos** relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, el Real Decreto 665 /1997 , sobre la protección de los trabajadores contra los **riesgos** relacionados con la exposición a agentes cancerígenos, o el Real Decreto 783/2001 , por el que se aprueba el reglamento de protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.

En todas esas normas se describen **riesgos** a la exposición de distintos elementos que pueden suponer consecuencias negativas para la salud de los trabajadores que han de prestar servicios en esos medios. Pero precisamente la gran variedad de situaciones, de actividades, de índices de peligrosidad o de tiempos de exposición en cada caso, determina la imposibilidad de que se pueda conocer de forma objetiva, específica y completa los que concurren y su relevancia en relación con la lactancia en el caso que hoy nos ocupa, pues no hay elementos concretos que puedan conducir a tal conocimiento. Así, en los **riesgos** que se destacan en la declaración empresarial del folio 51 en relación con la evaluación obrante a los folios 56-61 y 115-122, los accidentes de tránsito, los sobreesfuerzos y las agresiones tienen una delimitación genérica que no enlaza de forma concreta ni con el puesto de trabajo de la actora, ni con la situación de lactancia. Los sobreesfuerzos ocasionales serían fácilmente evitables dadas las funciones de un médico pediatra,



eliminando las movilizaciones de pacientes y el transporte de equipos; son **riesgos** que se definen además como tolerables. El **riesgo** de tránsito, que se considera moderado, se produce incluso fuera del marco de la prestación de trabajo. La exposición a contaminantes biológicos, que también se define como moderada, no se conecta directamente con la lactancia y puede reducirse con las medidas que contempla el propio informe y eliminando la aplicación de determinadas técnicas o la atención a pacientes con **riesgo**.

**QUINTO.-** De lo razonado hasta ahora se desprende que la doctrina ajustada a derecho se contiene en la sentencia de contraste, cuando fundó la desestimación de la prestación solicitada en la ausencia de prueba sobre la existencia de **riesgos** específicos y su relevancia en relación con la actividad de la trabajadora y con la situación de lactancia natural, lo que conduce en el caso de autos a la misma conclusión, de manera que no cabe el percibo de la prestación prevista en el artículo 135 bis y ter de la Ley General de la Seguridad Social si no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia los **riesgos**, en la forma que se desprende del artículo 26.1, en relación con el 16 de la LPRL.

Procede, por tanto, la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social para casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación estimando el recurso de esta clase interpuesto por el mencionado organismo con revocación de la sentencia de instancia y desestimando la demanda . Todo ello sin imposición de costas.

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 el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), de 8 de abril de 2010, en el recurso de suplicación nº 2175/09 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 22 de junio de 2009 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Málaga , en los autos nº 1205/08, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Camila contra dicho recurrente y el SERVICIO ANDALUZ DE LA SALUD, sobre derechos. Casamos la sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de esta clase interpuesto por el INSS y la TGSS y, con revocación de la sentencia de instancia, desestimamos la demanda y absolvemos a los organismos demandados. Sin imposición de costas en este recurso, ni en el de suplicación.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga) ,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. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.