



Roj: **STS 5948/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5948**

Id Cendoj: **28079140012013100773**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2013**

Nº de Recurso: **638/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JORDI AGUSTI JULIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Jaime María Urquizu Iturrarte, en nombre y representación de FRATERNIDAD MUPRESA, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 275, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 30 de octubre de 2012, dictada en el recurso de suplicación número 2351/2012, interpuesto por mencionada recurrente, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Eibar, de fecha 23 de mayo de 2012, dictada en virtud de demanda formulada por Doña Antonieta frente a AMBULANCIAS GIPUZKOA S.COOP., FRATERNIDAD MUPRESA y INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERJA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación de prestación por riesgo durante la lactancia natural.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos INSS y D^a Antonieta, representados por los Letrados Sr. Trillo García y Sra. Prieto Artetxe, respectivamente.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de mayo de 2012, el Juzgado de lo Social número 1 de Eibar (GUIPUZKOA), dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Que Doña Antonieta, viene prestando sus servicios para la empresa AMBULANCIAS GIPUZKOA S.COOP. con la categoría profesional de Enfermera y desarrollando su labor a bordo de una ambulancia medicalizada (UVI móvil) en los servicios de emergencia requeridos por el servicio 112 en Gipuzkoa.- SEGUNDO.- Que su jornada laboral se desarrolla mediante turnos alternos de 24 horas ininterrumpidas, durante los que su disponibilidad ha de ser permanente para la realización inmediata de los servicios requeridos.- TERCERO.- Que las ambulancias pertenecen al 112 y la demandante trabaja en las ambulancias medicalizadas junto con un médico, 1750 horas en turnos de 24 horas seguidas, en una base sita en Elgoibar a demanda de aviso desde el centro coordinador.- CUARTO.- Que el día NUM000 de 2011 ha dado a luz a una hija, permaneciendo en periodo de descanso por maternidad que concluyó el día 15 de febrero de 2012 y tras este nacimiento ha decidido amamantar a su hija Erica.- QUINTO.- Que previa conformidad de su empresa, tramitó ante Fraternidad-Muprespa, mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales con la que la empresa tiene concertada la gestión y paga la cobertura de dicha prestación, la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, aportando para ello toda la documentación requerida consistente en informe médico del Servicio Público de Salud, Declaración empresarial de situación de riesgo y Evaluación del puesto de trabajo realizada por el servicio de prevención.- SEXTO.- Que a fecha 10 de febrero de 2012, la Mutua FRATERNIDAD-MUPRESA ha dictado resolución por la que acuerda denegar la prestación solicitada y ante esta denegación la trabajadora se ha visto obligada a solicitar a la empresa una excedencia laboral no retribuida, situación en la que actualmente se encuentra.- SEPTIMO.- Que en la evaluación de riesgos laborales realizada en la empresa para el puesto de la actora consta: - exposición a agentes químicos posible exposición a agentes químicos (productos tóxicos, etc.) en la



atención de urgencias.- exposición a agentes biológicos exposición a contagios (contacto casual de sangre y/o fluidos.- otros riesgos posible carga mental. Trabajo a turnos.- OCTAVO.- Que la empresa ha reconocido que no existe ningún otro puesto compatible con la situación de la actora en donde desarrollar su actividad laboral, es un sector con mucho movimiento e imprevistos siendo imposible organizar las emergencias porque el servicio cubre una zona muy amplia.- NOVENO.- Que ante la respuesta desestimatoria la trabajadora interpuso reclamación previa a la vía jurisdiccional en el plazo de 30 días, sin que hasta la fecha haya obtenido respuesta.- DECIMO.- Que la base reguladora asciende a 1.185,45 €/mes".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que, estimando la demanda interpuesta por Antonieta contra FRATERNIDAD MUPRESA, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERJA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y AMBULANCIAS GIPUZKOA S.COOP., debo reconocer a la demandante el derecho a la prestación económica por riesgo durante la lactancia condenando a la mutua demandada al pago de la misma y al INSS y TGSS a estar y pasar por el contenido de la presente resolución, absolviendo a la empresa demandada de los pedimentos en aquella contenidos".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia de fecha 30 de octubre de 2012, en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que DESESTIMAMOS el Recurso de Suplicación interpuesto por FRATERNIDAD MUPRESA contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 1 de los de EIBAR (GUIPUZKOA) de fecha veintitrés de mayo de dos mil doce, dictada en proceso sobre SSO, y entablado por Antonieta frente a AMBULANCIAS GIPUZKOA S.COOP., FRATERNIDAD MUPRESA y INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERJA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.- Se condena en costas a la entidad colaboradora que deberá hacer frente a los honorarios de la Letrada impugnante en cuantía de 300 euros".

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de FRATERNIDAD MUPRESA recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 1 de octubre de 2012 (Rec. nº 2373/11).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 24 de junio de 2013, se admitió a trámite el presente recurso, dándose seguidamente traslado a la parte recurrida para impugnación.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 3 de diciembre de 2013, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Por la entidad aseguradora demandada se interpone recurso de casación unificadora contra la sentencia de suplicación, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 30 octubre 2012, en el recurso 2351/2012, que desestima el correspondiente recurso interpuesto también por la misma entidad aseguradora contra la sentencia de instancia de fecha 23 de mayo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Eibar, en autos 205/2012, mediante la que se estimó la demanda de la trabajadora sobre prestación por riesgo durante la lactancia.

2. En presente caso, según la narración fáctica descrita en los antecedentes de esta resolución, y en lo que aquí interesa, concurren las siguientes circunstancias: a) la trabajadora demandante viene prestando servicios para la empresa demandada con la categoría profesional de enfermera y desarrollando su labor a bordo de una ambulancia medicalizada (UVI móvil) en los servicios de emergencia requeridos por el servicio 112 en Guipúzcoa; b) la jornada laboral se desarrolla mediante turnos alternos de 24 horas ininterrumpidas, durante los que su disponibilidad ha de ser permanente para la realización inmediata de los servicios requeridos; c) las ambulancias pertenecen al 112 y la demandante trabaja en las ambulancias medicalizadas junto con un médico, 1750 horas en turnos de 24 horas seguidas, en una base sita en Elgoibar a demanda de aviso desde el centro coordinador; d) el día NUM000 2011 la demandante dio a luz a una hija, permaneciendo en período de descanso por maternidad que concluyó el 15 de febrero 2012, y tras este nacimiento ha decidido amamantar a su hija Erica; e) que habiendo solicitado la prestación por riesgo durante la lactancia, aportando la documentación requerida, la entidad aseguradora del riesgo demandada le ha denegado la prestación solicitada, por lo que la trabajadora se ha visto obligada a solicitar a la empresa una excedencia laboral no retribuida, hallándose en esta situación; f) en la evaluación de riesgo laborales realizada en la empresa para el puesto de trabajo de la demandante consta: -exposición a agentes químicos posible exposición a agentes químicos (productos tóxicos, etc) en la atención a urgencias; -exposición a agentes biológicos exposición a contagios (contacto casual de sangre y/o fluidos; -otros riesgos posible carga mental. Trabajo a turnos; y, g) la empresa ha reconocido que no existe ningún otro puesto compatible con la situación de la demandante en



donde desarrollar su actividad laboral, es un sector con mucho movimiento e imprevistos siendo imposible organizar las emergencias porque el servicio cubre una zona muy amplia.

3. Recurrída en suplicación la resolución de instancia en suplicación, la ya citada sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, partiendo de la incombata narración fáctica desestima el recurso, sobre la base de que : *"en el supuesto de autos existe la petición reglada de la suspensión contractual, el acuerdo denegatorio de la entidad colaboradora, la declaración empresarial de la situación de riesgo y de la inexistencia de otro puesto de trabajo, y las certificaciones médicas que demuestran la existencia del riesgo durante la lactancia, concretando algunas de las sustancias químicas o su previsión de toxicidad o riesgo. Es más existe información médica del servicio público de salud, declaración empresarial de situación de riesgo y evaluación del puesto de trabajo realizada por el servicio de prevención, concluyendo en todos esos informes con la referencia de los riesgos respecto del puesto de trabajo de la trabajadora", para terminar afirmando, que "Por ello no cabe sino confirmar la resolución de instancia para concluir con la situación fáctica y jurídica de contraindicación y riesgo, que se fundamenta en los informes médicos y técnicos con exposición a agentes biológicos, turnicidad, rotatorio, nocturnidad, estrés y otros peligros que contraindican la actividad de enfermera en ambulancias medicalizadas, valiendo igualmente las argumentaciones que a mayor abundamiento realiza la Juzgadora de instancia respecto de los informes del comité de lactancia materna de la Asociación española de Pediatría, así como la Recomendación 95/52 de la Organización Internacional del Trabajo."*

4. La entidad aseguradora demandada recurre esta sentencia en casación para la unificación de doctrina, amparado en el artículo 219 de la LRJS , planteando un único motivo, que denomina "procedencia o improcedencia de la prestación por riesgo para la lactancia cuando no consta acreditada la existencia de riesgo específico", dedicando no obstante todo el motivo a justificar la contradicción entre sentencias, invocando para ello como sentencia para el contraste la dictada por esta Sala en fecha 1 de octubre de 2012 (rcud. 2373/2011). En esta sentencia se deniega la prestación a una trabajadora que prestaba servicios como ATS-Due para el Servicio Murciano de Salud, en Urgencias, a través de turnos rotatorios de mañana-tarde de 14 horas y noches de 20 horas (a la semana un sólo turno de mañana-tarde y al día siguiente un sólo turno de noche con libranza de 3 días, partiendo de las siguientes apreciaciones fácticas : a) los riesgos a que está sometida la trabajadora «vienen a ser en su mayor parte los genéricos al puesto de ATS/DUE, e incluso ... algunos ... pueden ser comunes a todo el personal sanitario»; b) «no consta especial riesgo para la lactancia»; c) no consta agente químico que «venga etiquetado con la frase R-64 que son lo que pueden afectar a niños alimentados con leche materna»; d) tampoco «especiales riesgos de exposición a agentes biológicos, mas allá de lo cotidiano en el puesto de Urgencias y para cualquier personal sanitario ... que sean distintos a los propios de contagio accidental ... para los que se recomiendan las medidas de prevención estándar»; e) tratándose de riesgos biológicos y a excepción de la infección por HIV «no existen contraindicaciones de mantener la lactancia materna en el conjunto de patología infecciosa que pueda ser adquirida por la madre»; y f) «no existen en materia preventiva, a diferencia de lo que ocurre para el embarazo, restricciones para trabajadoras en proceso de lactancia en todos aquellos casos de puestos de trabajo expuestos por necesidades de actividad asistencial [Guía de Valoración de Riesgos de la Asociación Nacional de Medicina del Trabajo en el ámbito sanitario y razonando, que no se cumplen los requisitos exigidos por la ley.

SEGUNDO.-1. La trabajadora demandante, al impugnar el recurso, se opone a su admisibilidad, afirmando, en primer lugar, que no se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 224 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , por falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada para el contraste. El INSS al impugnar el recurso interesa se dicte una sentencia ajustada a derecho y el Ministerio Fiscal estima que si se da la contradicción exigida.

2. Pues bien, dado el carácter de orden público procesal que tiene el incumplimiento que se denuncia -que por ello puede y debe ser examinado incluso de oficio-, al igual que los demás requisitos exigidos en el artículo 224 de la misma LRJS , que regula el escrito de interposición del recurso, antes de entrar en el fondo de la cuestión controvertida, es preciso examinar si concurren dichos requisitos.

3. El examen del escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, pone de manifiesto que se incumple, desde luego, en el presente caso, uno de los requisitos de contenido que exige el artículo 224 de la LRJS . En efecto, establece el número 1 de dicho precepto, que *"el escrito de interposición del recurso deberá contener :*

b) La fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada y, en su caso, del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia."

El escrito de recurso no cumple con esta obligación de fundamentar la denuncia de infracción legal que ya establecía el artículo 222 de la LPL derogada. Como recuerda la Sala en su sentencia de 23 de abril de 2013 (rcud. 622/2012), con cita de la sentencia de 5 de marzo de 2008 (rcud. 4298/2006), "La exigencia de alegar de



forma expresa y clara la concreta infracción legal que se denuncia "no se cumple con solo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia "(S. 25 de abril de 2002 - R. 2500/2001). Así se deduce no sólo del art. 222 LPL , sino de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en ese orden Social, cuyo art. 477.1 prescribe que "el recurso habrá de fundarse en la infracción de las normas aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso", mientras que el artículo 481.1 de la LEC impone que en el escrito de interposición deberán exponerse, con la necesaria extensión, los fundamentos del recurso. El incumplimiento de esta regla constituye causa de inadmisión, según el artículo 483.2.2º de la LEC (Autos de inadmisión de 14 de marzo de 2001 (R. 1589/2000), 9 de mayo de 2001 (R. 4299/2000), 10 de enero de 2002 (R. 4248/2000) y de 27 de febrero de 2002 (R. 3213/2001), y Sentencias de 25 de abril de 2002 (R. 2500/2001), 11 de marzo de 2004 (R. 3679/2003), 19 de mayo de 2004 (R. 4493 / 2003), 8 de marzo de 2005 (R. 606/2004) y 28 de junio de 2005 (R. 3116/04)."

Y en el caso, el recurso no sólo no articula un motivo específico para fundamentar la infracción legal cometida en la sentencia impugnada y el quebranto producido en la doctrina, sino que limita a señalar en el último párrafo del único motivo de recurso, dedicado todo el a justificar la contradicción, que "Por todo ello y a tenor de lo dispuesto en el art. 228.2 de la LRJS procede que la Sala declare que la sentencia recurrida quebranta la unidad de doctrinas, casando y anulando.....", pero sin la menor cita de preceptos o preceptos y norma o normas que pudieran haber sido infringidas por la sentencia recurrida.

4. Aún cuando el incumplimiento procesal referenciado -que constituía ya inicialmente causa de inadmisión del recurso de casación unificadora interpuesto por la entidad aseguradora demandada (artículo 225.4. LRJS), - deviene más que suficiente en este momento procesal de dictar sentencia, en causa para su desestimación, conviene señalar, que tampoco concurre con respecto al único motivo del recurso el requisito de contradicción que para la viabilidad del recurso de casación unificadora exige el artículo 219.1 de la LRJS , al ser distintos los hechos enjuiciados en las sentencias comparadas.

En efecto, el análisis de los supuestos resueltos -y ya descritos- por la sentencia recurrida y de contraste confrontadas, pone de manifiesto, que si bien es cierto que las dos sentencias comparadas resuelven supuestos en los que se reclama la misma prestación por riesgo durante la lactancia natural y las dos demandantes tienen la misma categoría profesional, basta con la descripción de lo declarado probado en cuanto a los elementos fácticos, que han dado soporte en el caso de la sentencia recurrida al reconocimiento del derecho en la sentencia recurrida, y a la denegación del mismo en la sentencia de contraste, tal como ha quedado reflejado en el primero de los fundamentos de la presente resolución, para poner de manifiesto que las situaciones contempladas no son homologables a los fines de la unificación doctrinal que con este excepcional recurso se persiguen. Así, en el caso de la sentencia recurrida, partiendo de las funciones que lleva cabo la trabajadora, el puesto de trabajo y su evaluación, así como los informes técnicos y las certificaciones médicas aportadas a las actuaciones, concluye la Sala en la existencia de riesgo para la lactancia natural, y de ahí que confirme la resolución de instancia que reconoció a la demandante el derecho a la prestación. Por el contrario, en la sentencia de contraste, se rechaza expresamente -teniendo en cuenta las circunstancias individuales de la demandante y ponderando las circunstancias concurrentes- que se haya acreditado estar en situación de riesgo para la lactancia natural, y es por ello que la prestación es denegada.

5. En definitiva, se trata de dos sentencias que, en sendos supuestos particulares y concretos, adoptaron decisiones de signo diverso, con relación a la prestación por riesgo durante lactancia natural, en atención a las respectivas circunstancias acreditadas en cada uno de los procesos con respecto a dicha prestación, por lo cual no puede hablarse de discrepancia doctrinal alguna que precise de unificación.

TERCERO.-1. En definitiva, a tenor de los razonamientos precedentes - visto el informe del Ministerio Fiscal- el recurso pudo haberse inadmitido en el trámite que prevé el art. 225.5 de la LRJS y, como así no se hiciera, aquello que entonces constituyera motivo de inadmisión, se ha convertido en causa de desestimación en el presente momento procesal, procediendo declararlo así con las demás consecuencias legales a ello inherentes; con pérdida del depósito constituido e imposición de costas a la recurrente (artículos 228.3 y 235.1 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Jaime María Urquizu Iturrate, obrando en nombre y representación de la entidad aseguradora "**FRATENIDAD-MUPRESA**" (Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social número



275), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 30 octubre 2012, en recurso de suplicación nº 2351/2012 , interpuesto también por la citada entidad aseguradora contra la sentencia dictada en fecha 23 mayo 2012 (autos 205/2012) por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Eibar , en procedimiento seguido a instancia de D^a Antonieta contra dicha entidad aseguradora, **AMBULANCIAS GIPUZKOA S.COOP** , el **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** y la **TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** , en reclamación de prestación por riesgo durante lactancia natural, con imposición de costas a la recurrente y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano 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. Jordi Agustí Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ