



Roj: **STS 1575/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1575**

Id Cendoj: **28079140012019100290**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2019**

Nº de Recurso: **763/2017**

Nº de Resolución: **323/2019**

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

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 13798/2016,**
STS 1575/2019

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **763/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 323/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 24 de abril de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Covadonga , representada y asistida por el letrado D. Óscar Blanco López, contra la sentencia dictada el 9 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 546/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid, de fecha 11 de mayo de 2016 , recaída en autos núm. 168/2016, seguidos a instancia de D^a. Covadonga , frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS); Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS); y la empresa SUMMA 112, sobre materias Seguridad Social.

Ha sido parte recurrida el INSS, representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social; y el SUMMA 112, representado y asistido por el letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 11 de mayo de 2016 el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"1)-D^a Covadonga , viene prestando sus servicios como personal estatutario para la empresa SUMMA 112 con una antigüedad desde el 5-5-14, categoría profesional de enfermera (DUE emergencias), con un salario bruto mensual de 2.400,30 euros con prorrata de pagas extras.

2)-La actora es madre de una niña nacida en fecha NUM000 -15.

3)-La actora realiza una jornada de 1.536 horas anuales de trabajo efectivo, distribuidas en jornadas de 12 horas, con un horario de 8,30h a 20,30h de lunes a domingo, desempeñando actualmente sus funciones en el vehículo de intervención rápida VIR-02 turno C de la localidad de Moraleja de Enmedio.

4)-En la evaluación de puestos de trabajo, consta que las funciones que desempeña el enfermero VIR son: prestación de asistencia sanitaria propia de su titulación, tanto en domicilio como en vía pública, en situaciones de urgencia y emergencia. Dicha asistencia se realizará in situ y durante el traslado en los servicios de transporte sanitario correspondiente. Además tendrá encomendado la adaptación de medidas de carácter sanitario que se consideren necesarias; registro de actividad de enfermeros y cumplimentación de toda la documentación necesaria; y mantenimiento, revisión y custodia de utillaje y aparatos asignados a su cargo.

En dicha evaluación constan como riesgo: cortes y pinchazos; exposición a agentes químicos; manipulación manual de cargas; exposición a agentes biológicos; atrapamientos; accidentes de tráfico; proyección de partículas; carga postural; contactos térmicos; accidentes causados por seres vivos; atropellos por vehículos; inadecuada concepción del puesto de trabajo, caída de nivel; incendio y explosión y contactos eléctricos.

5)-En fecha 7-12-15 solicitó por escrito a la empresa que se declare expresamente que no puede ausentarse de su puesto de trabajo cada 3h para extraer la leche materna, no siendo contestado por la empresa. No existe un puesto adaptado a las circunstancias de la actora.

6)-En fecha 1-7-15 la actora solicitó la prestación de maternidad, que fue reconocida por resolución del INSS de fecha 16-7-15, con una duración del 1-7- 15 al 30-10-15 y una base reguladora de 74,22 euros/día.

La actora disfrutó del permiso de lactancia durante el mes de noviembre de 2015.

La actora se encuentra en excedencia desde el 1-12-15 y en ningún momento se ha incorporado a su puesto de trabajo tras el nacimiento de su hija.

7)-No consta probado que la actora haya alimentado a su hija con lactancia natural.

8)-En fecha 14-10-15 la actora solicitó al INSS el subsidio por riesgo de embarazo por lactancia, siendo desestimado por resolución de fecha 19-11-15.

9)-Según certificado de empresa de fecha 22-9-15 se declara que el puesto de trabajo no figura exento de riesgo en la relación de puestos de trabajo de la empresa.

10)-Según certificado de empresa de fecha 29-4-16 se hace constar que sí existen dependencias para extraer la leche materna y que si puede interrumpir su actividad para tal hecho.

11)-Por sentencia de 1-2-16 del Juzgado Contencioso nº 13 de Madrid se le reconocen a la actora un total de cuatro trienios, con derecho a percibir los atrasos correspondientes desde el 26-4-09, a razón de 173,85 euros/mes.

12)-Para el caso de prosperar la pretensión la base reguladora mensual sería 2.400,30 euros y la fecha de efectos sería el 31-10-15 y duración máxima hasta el 1-4-16.

13)-Interpuesta la preceptiva reclamación previa el 20-12-15 fue desestimada por resolución del INSS de fecha 12-2-16".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por D^a Covadonga frente al I.N.S.S. y T.G.S.S., y la empresa SUMMA 112 debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la parte demandada de todos los pedimentos de la misma".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a. Covadonga ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 9 de abril de 2016 , en la que consta el siguiente fallo:

"Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a Covadonga , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 31 de Madrid, de fecha once de mayo de dos mil dieciséis , en el procedimiento



seguido a instancia de la recurrente frente al SUMMA 112, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación de subsidio por riesgo durante la lactancia natural, confirmamos la expresada resolución".

TERCERO.- Por la representación de D^a. Covadonga se formalizó el presente 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 Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, en fecha 17 de junio de 2009, recurso nº 379/2009 .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado dicho traslado por el INSS, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de marzo de 2019, dicho señalamiento fue suspendido al haberse comprobado que en la Sala formada en el TSJ de Madrid que dictó la Sentencia recurrida se encontraba la Excmo. Sra. Magistrada D^a. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES, quien también se encontraba formando Sala en el presente recurso, señalándose nuevamente para el día 24 abril de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que suscita el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina, tal como establece el recurrente, consiste, en un supuesto de solicitud de prestación por riesgo durante la lactancia natural, en determinar si por el mero hecho de solicitar la prestación de riesgo por embarazo acompañada del certificado correspondiente ya se presume que la solicitante estaba llevando a cabo la lactancia natural con su hijo; o, por el contrario, tal dato debe ser probado con posterioridad a la emisión del citado certificado.

2.- La representación letrada de D^a Covadonga ha interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de diciembre de 2016 (R. 546/2016), que desestimó el recurso de suplicación interpuesto por la referida actora y confirmó la sentencia de instancia, igualmente desestimatoria de su demanda de reconocimiento del derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural. De los hechos probados se desprende lo siguiente: la actora tiene una hija nacida el NUM000 de 2015; venía prestando sus servicios como personal estatutario para la empresa SUMMA 112, categoría profesional de enfermera (DUE emergencias), realizaba jornadas de 12 horas, con un horario de 8,30h a 20,30h de lunes a domingo, desempeñando sus funciones en un vehículo de intervención rápida VIR-02 turno C. En suplicación se añadió una modificación fáctica, solicitada por la recurrente, que incluyó que la actora había venido alimentado a su hija con lactancia natural, al menos hasta el 18-9-2015, que es la fecha de emisión del certificado que se invoca. La Sala añadió que "aunque no se constata que con posterioridad a esa fecha tal situación se mantuviera ya que la permanencia no puede venir determinada por el simple hecho de que se le hubiera otorgado un permiso por lactancia".

La Sala concluye que sí se acreditan riesgos específicos para la lactancia natural (turnos de trabajo de doce horas, atención de urgencias y emergencias extra hospitalarias incompatibles con una extracción de leche en las dependencias de la empresa, no es posible llevarla a cabo en el trayecto,...), sin embargo, se comparte con la sentencia de instancia que la demandante no acredita la lactancia natural en el momento de reclamar el derecho, por lo que se confirma la desestimación de su demanda.

3.- El recurso denuncia infracción de los artículos 135 bis , 135 ter y Concordantes LGSS , en la redacción vigente al tiempo del recurso que fue impugnado por el INSS, alegando falta de contradicción y, subsidiariamente, que la sentencia recurrida es ajustada a derecho. El Ministerio Fiscal, en su preceptivo informe considera que no existe contradicción.

SEGUNDO.- 1.- Para acreditar la contradicción se aporta de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 17 de junio de 2009 (R. 379/2009), que estima el recurso de suplicación formulado por la actora y, revocando la sentencia de instancia, estima su demanda de reconocimiento de la prestación de riesgo durante la lactancia natural. Constan en los hechos de la sentencia referencial que la actora presta servicios en el Servicio denominado SUMMA 112 encargado de la coordinación de urgencias, y lo hace en turnos de 12 horas. En suplicación se incluye un nuevo hecho probado según el que: "la actora amamanta con lactancia materna a su hijo Irati de 4 meses de edad y con lactancia artificial a su hija Endika de 18 meses".



Analiza la Sala si las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la trabajadora recurrente o en su hijo durante el periodo de lactancia natural valorando al efecto el concreto trabajo desarrollado y en el caso se considera que la referida forma de prestación de servicios, turno de 12 horas interrumpidas, pueden influir negativamente en la salud de la madre y sobre todo en el menor durante el periodo de lactancia, a lo que se añade que la trabajadora no puede ausentarse de su puesto de trabajo cada tres horas para sacarse la leche ni tampoco existen dependencias donde poder almacenarla, por lo que se considera que concurren los requisitos necesarios para el reconocimiento de la prestación solicitada.

2.- De lo transcrito resulta que puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación por concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . En efecto, en ambos casos se trata de trabajadoras de servicios sanitarios de urgencias que prestan servicios en turnos de 12 horas, habiendo admitido ambas sentencias que el concreto puesto de trabajo de las actoras se halla sometido a riesgos específicos que implican riesgo para la madre o para el menor. Ambas trabajadoras aportaron junto con la solicitud de prestación el correspondiente certificado médico sobre la lactancia natural. Ahora bien, son diferentes las conclusiones alcanzadas por las sentencias recurridas que derivan de haberse considerado probado en la sentencia de contraste que la actora amamantaba con lactancia materna a su hijo de 4 meses de edad, a raíz el certificado médico emitido para la formulación de la solicitud de la correspondiente prestación, mientras que en la sentencia recurrida igualmente ha quedado acreditada dicha circunstancia, exigiéndose, indirectamente, que había que probar que la situación de lactancia materna se mantenía durante la duración de la aludida prestación, al basar el fallo en que "no se constata que con posterioridad tal situación se mantuviera".

TERCERO.- 1.- El recurso alega infracción de los artículos 135 bis , 135 ter y concordantes de la LGSS (en la actualidad hay que entender artículos 188 y 189 LGSS), así como del artículo 72 LRJS , alegándose, en síntesis, que si reúne los requisitos para tener derecho a la prestación de riesgo por lactancia natural.

De conformidad con el actual artículo 188 LGSS se considera situación protegida, a efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural 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.

Lo que se protege, por tanto, es el período de suspensión del contrato de trabajo nacido de la imposibilidad técnica o la inexigibilidad del traslado de puesto de trabajo de la trabajadora en situación de lactancia natural cuando el puesto ocupado habitualmente represente un riesgo para su salud o la del lactante. Situación que deberá ser acreditada por el Informe médico correspondiente con el que se deberá acreditar, también, la situación de lactancia natural y no artificial. Hay que distinguir, en consecuencia, esta situación protegida de otras que, eventualmente, pudieran concurrir con la situación de lactancia natural. Y es que el bien jurídico protegido, aun siendo la salud de la madre y la del lactante, conecta con una situación de riesgo vinculada al puesto de trabajo que debe desempeñar la trabajadora, de suerte que otras situaciones de alteración de la salud podrán dar lugar a otro tipo de prestaciones, pero no a la específica que nos ocupa. Existe, por tanto, una protección específica de la mujer que conecta, directamente con su condición, y que también está al servicio de la efectividad del principio de igualdad reconocido en la Constitución, tal y como prevén los artículos 4 y 14 de la Ley Orgánica de Igualdad .

2.- Conviene destacar que cada vez que el legislador se refiere al riesgo durante la lactancia se añade la expresión "natural". Con ello se pretende disipar cualquier duda interpretativa que pudiera hacer pensar que la situación protegida pudiera ser extendida al ámbito de la denominada lactancia artificial o no natural, a pesar de algunos esfuerzos doctrinales por incluir en dicho ámbito este tipo de lactancia", sin que la opción de la Ley Orgánica de Igualdad suponga ningún incumplimiento de la normativa comunitaria, habida cuenta de que la Directiva 85/92/CEE se refiere a trabajadora en período de lactancia (sin adjetivo) a cualquier trabajadora en periodo de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales.

Al respecto, resulta oportuno recordar que el artículo 51.2 del 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 (RDMPR) dispone que: "El procedimiento para el reconocimiento del derecho al subsidio se llevará a cabo, de acuerdo con lo establecido en los artículos 39 y 47, cuando se acredite la situación de la lactancia natural, así como la circunstancia de que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud o en la del hijo". Por su parte, tales preceptos hacen referencia a la necesidad de aportar, junto con la solicitud, un informe médico o certificado en el que conste que la trabajadora está en situación de lactancia natural. A partir de este punto, no exige la norma que, periódicamente, la trabajadora deba acreditar que sigue con la lactancia



natural. De la dicción normativa lo que se presume es, justamente, lo contrario que ha aplicado la sentencia recurrida: que la situación de lactancia natural sigue salvo prueba en contrario; lógicamente, a cargo de quien pretenda acreditarlo. Es más, al regular las causas de extinción de la prestación, la norma omite establecer que constituye causa de extinción el abandono de la lactancia natural, aunque parece lógico deducir que pondrá fin al disfrute de la prestación el abandono de la lactancia natural y su sustitución por otro tipo de alimentación; circunstancias que, en todo caso, deberán ser probadas por quien las alegue.

CUARTO.- Es la sentencia de contraste la que contiene la buena doctrina, lo que implica, oído el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso y con ello, la casación de la sentencia recurrida, sin que haya que efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas.

FALLO

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

- 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Covadonga , representada y asistida por el letrado D. Óscar Blanco López.
- 2.- Casar y anular la sentencia dictada el 9 de diciembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 546/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid, de fecha 11 de mayo de 2016 , recaída en autos núm. 168/2016, seguidos a instancia de D^a. Covadonga , frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS); Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS); y la empresa SUMMA 112, sobre materias Seguridad Social.
- 3.- Resolver el debate en Suplicación estimando el de tal clase y, en consecuencia, estimar la demanda formulada por D^a Covadonga frente al INSS y TGSS y la empresa SUMMA 112 a los que se condena en los términos solicitados en la demanda.
- 4.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas

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

Así se acuerda y firma.