

TRIBUNAL SUPREMO*Sentencia 161/2025, de 27 de febrero de 2025**Sala de lo Social**Rec. n.º 1182/2023***SUMARIO:**

Riesgo durante la lactancia natural. Procedimiento administrativo para el reconocimiento de la prestación económica. *Determinación de si la trabajadora puede acudir a la vía judicial en reclamación del subsidio cuando la entidad gestora o la mutua colaboradora, con quien la empresa tenga concertadas las contingencias profesionales, no emite el certificado médico de existencia de riesgo y decide no seguir con el trámite para el reconocimiento de la prestación, habiendo agotado la trabajadora la vía administrativa previa frente a esa denegación, o si es necesario que, previamente, la trabajadora presente una solicitud expresa de reconocimiento del subsidio ante la entidad competente.* Cuando se deniega la emisión del certificado médico se decide, también por la entidad gestora de la prestación, que no se va a seguir con el procedimiento para obtener la prestación económica, que es también lo que se le notifica a la trabajadora. Ante este panorama, a la actora, que ya ha reclamado de la entidad competente la certificación precisa para obtener el derecho prestacional e incluso ha presentado la declaración de la empresa en el que consta que no hay otro puesto sin el riesgo detectado, no le queda más solución que la de impugnar la decisión de la entidad gestora o colaboradora hasta entonces adoptada, mediante las vías que le suministra el ordenamiento jurídico, en materia de prestaciones de seguridad social, como son la reclamación previa y en caso de que sea denegada, formular posterior demanda, tal y como se obtiene del artículo 112.1 y 2 de la LPACAP. Siendo evidente que aquí estamos ante una resolución que impide continuar el procedimiento subsiguiente relativo a la obtención de la prestación económica, la actuación de la demandante era conforme a derecho, sin que el haber formulado una reclamación previa frente al INSS, tal y como la mutua le indicó, venga a incidir negativamente y privarle a la actora de la tutela judicial efectiva que demandaba, mediante la presentación de la demanda. La actora no está combatiendo un mero acto de instrucción o trámite sino una resolución que pone fin al procedimiento que a su instancia se ha incoado, dirigido a obtener el subsidio por riesgo durante la lactancia. Precisamente, si los pasos que debe seguir la trabajadora para obtener el subsidio comienzan, necesariamente, con la solicitud de emisión el certificado médico de riesgo, que de ser positivo va a permitirle reclamar el subsidio, su denegación no puede cerrarle una vía de impugnación ni obligarle a tener que presentar una segunda solicitud del derecho prestacional con una resolución negativa de emisión del certificado médico, emitido por los servicios de la propia entidad competente, ya que solo está prevista esa segunda solicitud, lógicamente, para cuando se obtiene el certificado, en el que la propia entidad competente en la materia viene a reconocer la existencia del riesgo, lo que le obliga, necesariamente, a seguir con el procedimiento a efectos de reconocer la prestación económica. Por tanto, la negativa a expedir el certificado de existencia de riesgo en el puesto de trabajo, y la negativa a iniciar el procedimiento de reconocimiento de la prestación, permite a la trabajadora acudir, una vez agotada la vía administrativa, a la vía judicial en defensa del derecho que cree ostentar y en el que las partes enfrentadas pueden presentar todos los medios de prueba necesarios para defender sus respectivas posiciones, en todos los puntos y extremos sobre los que obtener o denegar el derecho al subsidio, lo que se ajusta a los principios que rigen el proceso laboral, de concentración y

Síguenos en...

celeridad del artículo 74.1 de la LRJS, de forma que se agiliza así los procedimientos de concesión de pensiones públicas, sin que la entidad competente se vea perjudicada por tal forma de proceder, ya que dispone, como sucede en el caso, de la declaración de la empresa sobre la inexistencia de puesto de trabajo compatible, que podrá combatir en el acto de juicio. (*Vid.* STSJ de Andalucía/Málaga, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2023, rec. núm. 1338/2022, casada y anulada por esta sentencia).

PONENTE:

Doña María Luz García Paredes.

SENTENCIA

Magistrados/as

MARIA LUZ GARCIA PAREDES
ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER
JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE
IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 161/2025

Fecha de sentencia: 27/02/2025

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 1182/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/02/2025

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Procedencia: T.S.J. ANDALUCIA SALA SOCIAL

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

Transcrito por: TDE

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1182/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 161/2025

Excm. Sra. y Excmos. Sres.

D. Ángel Blasco Pellicer

D.^a María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio García-Perrote Escartín

En Madrid, a 27 de febrero de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Rafael Miguel de Lara Duran, en nombre y representación de D.^a Julieta, contra la sentencia dictada el 25 de enero de 2023, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, en el recurso de suplicación núm. 1338/2022, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga, de fecha 11 de mayo

Síguenos en...



de 2022, recaída en autos núm. 1295/2021, seguidos a instancia de D^a Julieta contra el INSS y TGSS, la Mutua Asepeyo y la entidad B. Braun Avitum Servicios renales SA, sobre prestación Seguridad Social.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, Mutua Asepeyo, INSS y TGSS representados respectivamente por la Procuradora D^a Matilde Marín Pérez y por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.

Con fecha 11 de mayo de 2022, el Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«Primero: Que D^a. Julieta, mayor de edad, presta servicios para la empresa B. Braun Avitum Servicios Renales SA, como ATS / DUE en el centro de diálisis B. Braun Avitum Servicios Renales SA.

Segundo: La actora tuvo un hijo el NUM000-21.

Tercero: En fecha 8-9-21 se emite declaración empresarial de riesgos, riesgo específico desplazamientos in itinere, tarea de manipulación manual de cargas: sobreesfuerzos, carga física, exposición agentes biológicos y químicos, carga mental y factores psicosociales. No se han podido adaptar los riesgos laborales detectados, puesto que no existen otros puestos exentos de riesgos.

Cuarto: - Que el 8-9-21 tuvo entrada en Asepeyo solicitud de informe médico de salud, lactancia, el hijo está recibiendo lactancia natural en el momento actual.

Quinto: - La evaluación de riesgos de B. Braun Avitum Servicios Renales SA, obra folios 56 a 61.

Sexto: - El 17-9-21 por la Mutua Asepeyo en relación a la solicitud de certificación médica presentada por la actora, trabajadora de B. Braun Avitum Servicios Renales SA, visto el informe del Servicio Público de Salud de 7-9-21 y la certificación de la empresa de fecha 8-8-21 donde se describen los cometidos efectuados por la actora en la empresa, se deniega la emisión del certificado médico por considerar que no se produce la situación de riesgo durante la lactancia natural. Se informa que no cabe iniciar el procedimiento para la obtención del subsidio de riesgo durante la lactancia natural. Frente a la resolución puede interponer reclamación previa ante la Entidad gestora en el plazo de 30 días. Folio 11.

Séptimo: Que contra dicha denegación la actora presentó reclamación previa ante el INSS el 4-10-21, por el INSS se dicta resolución el 17-1-22 declarándose incompetente en virtud de que el 14-5-21, fecha en la cual pudiera considerarse causada la prestación objeto de reclamación, la empresa B. Braun Avitum Servicios Renales SA, en la que presta sus servicios, tenía concertada la cobertura con la Mutua Asepeyo, siendo esta la competente para la gestión y pago, en su caso, de la prestación económica del riesgo de lactancia.

Octavo: Que la actora interpuso reclamación previa en la TGSS que dicta resolución desestimatoria declarándose incompetente el 4-11-21.

Noveno: Que la base reguladora es de 73,58 €.

Décimo: Que la demanda es de fecha 23-11-21.

Décimo Primero: La actora en el periodo de 3-9-21 a 15-2-22, ha continuado prestando servicios para la empresa B. Braun Avitum Servicios Renales SA, y percibiendo salario».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «Desestimar la demanda formulada por D^a. Julieta contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, TGSS, empresa B. Braun Avitum Servicios renales SA y la Mutua Asepeyo, absolviendo a las demandadas de la demanda formulada de contrario».

SEGUNDO.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D^a Julieta ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, la cual dictó sentencia en fecha 25 de enero de 2023, en la que consta el siguiente fallo: «Que DESESTIMANDO el recurso de suplicación interpuesto por D^a Julieta debemos CONFIRMAR Y

Síguenos en...



CONFIRMAMOS la sentencia dictada en fecha 11.05.2022 por el Juzgado de lo Social número Nueve de Málaga, en sus autos 1295/2021 promovidos por la indicada recurrente frente al INSS, la TGSS, la Mutua ASEPEYO y la entidad B. Braun Avitum Servicios renales SA.».

TERCERO.

Por la representación de 25 de enero de 2023, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, de 14 de diciembre de 2022, R. 1076/2022.

CUARTO.

Por providencia de esta Sala de 7 de noviembre de 2023, se admitió 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.

La Mutua demandada, como parte recurrida, ha impugnado el recurso alegando la inexistencia de identidad entre los supuestos de las sentencias contrastadas al ser distintas las entidades competentes para el reconocimiento de la prestación controvertida. En todo caso, sostiene que es exigible una solicitud expresa de la prestación sin que la sola emisión del certificado o informe médico sobre la existencia del riesgo sea suficiente como generador de la citada solicitud y si esto es así cuando se dice que existe riesgo también lo es cuando el citado certificado o informe es negativo, teniendo la trabajadora que interesar que se deje sin efecto ese certificado acreditando que el riesgo existe para, con ello, se proceda a la emisión de otro certificado y se inicie el procedimiento de reconocimiento del derecho. Añade que en ningún caso la trabajadora podría percibir la prestación porque estuvo trabajando del 3 de septiembre de 2021 al 15 de febrero de 2022.

QUINTO.

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado porque es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina correcta, partiendo de la existencia de contradicción. Así, considera que, a la luz de los arts. 46, 50 y 51 del Real Decreto (RD) 295/2009, y el art. 26.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), el procedimiento para el reconocimiento de la prestación arranca con la solicitud de la emisión del certificado médico sobre la existencia de riesgo durante la lactancia natural, tras lo cual la trabajadora presentara su solicitud ante la entidad gestora o colaboradora y, caso de desestimarse su solicitud deberá acudir a la vía judicial que es lo que realizó la trabajadora aquí recurrente. Por tanto, ante lo resuelto en la sentencia recurrida, procede anular la sentencia y devolver las actuaciones a la sala de suplicación para que resuelva la cuestión de fondo, referida al derecho prestacional que se reclama en demanda.

SEXTO.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de febrero de 2025, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.

1. La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la trabajadora puede acudir a la vía judicial en reclamación del subsidio por riesgo durante la lactancia cuando la Entidad Gestora o la Mutua Colaboradora, con quien la empresa tenga concertadas las contingencias profesionales, no emite el certificado médico de existencia de riesgo y decide no seguir con el trámite para el reconocimiento de la prestación, habiendo agotado la trabajadora la vía administrativa previa frente a esa

Síguenos en...



denegación, o si es necesario que , previamente, la trabajadora presente una solicitud expresa de reconocimiento del subsidio ante la entidad competente.

La parte actora ha formulado el citado recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía, sede en Málaga, de 25 de enero de 2023, rec. 1338/2022, que desestima el de suplicación interpuesto por dicha parte contra la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga, de 11 de mayo de 2022, autos 1295/2021, desestimatoria de la demanda en la que impugna la resolución de la Mutua Asepeyo, de 17 de septiembre de 2021, en la que se denegaba la emisión del certificado médico, reclamando que se reconociera su derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia natural, desde el 14 de febrero de 2022, hasta la concurrencia de causa legal de extinción.

2. La sentencia recurrida recoge en sus hechos probados que la trabajadora. ATS/DUE, con actividad en centro de diálisis, tuvo un hijo el NUM000 de 2021. La demandante estuvo trabajando desde el 3 de septiembre de 2021 y hasta el 15 de febrero de 2022. La empresa, el 9 de septiembre de 2021 emitió una declaración de riesgos en el puesto de trabajo de la actora, indicando en él que no es posible adaptarlo ya que no existen puestos de trabajo exentos de los riesgos detectados. El mismo día, la trabajadora presenta ante la Mutua Asepeyo, con la que la empresa tenía concertada las contingencias profesionales, la solicitud de informe médico de salud en relación con la lactancia natural de su hijo. La Mutua, a la vista del informe del Servicio Público de Salud, de 7 de septiembre de 2021, y la declaración de la empresa, deniega el 17 de septiembre de 2021 la emisión del certificado médico por considerar que no se produce la situación de riesgo durante la lactancia natural, indicando que no se puede iniciar el procedimiento para la obtención del subsidio correspondiente y que puede presentar reclamación previa ante la Entidad Gestora. Frente a dicha resolución la trabajadora formuló reclamación previa ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) quienes se declararon incompetentes al ser la Mutua Asepeyo la que tenía asumida la gestión y pago del subsidio reclamado. La trabajadora presentó demanda ante el Juzgado de lo Social que dictó sentencia desestimatoria de la pretensión por no existir el preceptivo certificado médico positivo de riesgo durante la lactancia.

La Sala de suplicación confirma la decisión de instancia y desestima el recurso de suplicación de la parte actora en el que formulaba dos motivos (uno de infracción procesal, por incongruencia, y otro de carácter sustantivo, pero solo relativo a la decisión de la instancia sobre el alcance de la falta de emisión de un certificado médico de existencia de riesgo para la lactancia). Según dicha Sala, lo que está impugnando la trabajadora es la decisión de la Mutua de no emitir el correspondiente certificado médico y en ningún caso una resolución del INSS - aun presunta- desestimatoria de una previa solicitud de reconocimiento de la prestación aquí reclamada. Y ello porque, según dicha sentencia, para obtener el reconocimiento del subsidio es necesario formular dos peticiones y/o solicitudes distintas: una primera para obtener el certificado médico del riesgo, y otra específica para el percibido de la prestación, con sus específicos y concretos requisitos. Dado que la demandante no presentó ante la entidad gestora la segunda solicitud su derecho no puede ser examinado en las presentes actuaciones.

3. En el recurso de unificación de doctrina se formula el punto de contradicción expuesto anteriormente para el que se identifica como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala, el 14 de diciembre de 2022, rec. 1076/2022.

En dicha sentencia referencial sucede que la trabajadora, ATS/DUE en la Agencia Pública Empresarial, dio a luz el NUM001 de 2021. El 20 de julio siguiente se emitió la declaración empresarial sobre situación de riesgo en el puesto de trabajo de la actora y las razones que impiden el cambio de puesto de trabajo o función. El 26 de julio siguiente solicita la emisión del certificado médico de riesgo para la lactancia en su puesto de trabajo. El 28 de julio de 2021, los médicos del equipo de valoración emiten certificado negativo. El 11 de agosto de 2021 presentó reclamación previa, resuelta por el INSS mediante comunicación notificada el 18 de agosto, en el que se indicaba que no se podía variar el certificado médico que se había emitido. En tal situación, la trabajadora presenta demanda que fue estimada por el Juzgado de lo Social, que reconoció el derecho al subsidio reclamado, siendo confirma por la Sala de lo Social.

La sentencia de contraste desestima el recurso de la Entidad Gestora. Uno de los motivos del recurso de suplicación se dirigía a la revocación de la sentencia de instancia por no haberse obtenido el certificado positivo de los servicios médicos del INSS, a lo que la sala da

Síguenos en...



respuesta señalando que, ante la declaración empresarial de riesgo, correspondía a la entidad gestora acreditar la inexistencia del riesgo en el puesto de trabajo para la lactancia natural. Y señala que el hecho de que la entidad gestora no haya emitido el certificado médico previsto en el art. 51 del RD 295/2009, no obsta para la percepción de la prestación reclamada pues bastaría a la entidad gestora con negarse a emitir ese certificado para impedir que se tuviese acceso a la prestación.

4. Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios, tal y como exige el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

En ambos casos se trata de trabajadoras que, tras concluir su periodo de baja por maternidad, solicitan el subsidio por riesgo durante la lactancia natural, para lo cual, en ambos casos, se obtiene no solo la declaración empresarial de existencia de riesgo a tal efecto, sino que solicitan de la entidad competente, que tiene encomendada el reconocimiento y la gestión del subsidio, la emisión del certificado médico de existencia del riesgo. En los dos casos se deniega su emisión por no concurrir el riesgo que se dice y frente a tal respuesta, en los dos casos, ambas trabajadoras formulan reclamación previa que no prospera y acuden a la vía judicial, obteniendo respuestas contrarias a su pretensión de reconocimiento del subsidio.

Por tanto, como bien indica el Ministerio Fiscal, procede pasar a examinar el motivo de infracción normativa que se denuncia sin que la falta de contradicción que se alega por la parte recurrida sea atendible ya que es de todo punto irrelevante que en un caso y otro la contingencia profesional la tuviera concertada la empleadora con el INSS o con la Mutua ya que, tanto una como otra, son competentes en la materia, bajo los mismos requisitos exigibles para el reconocimiento de la prestación.

SEGUNDO.

1. La parte recurrente identifica a lo largo de su escrito de interposición del recurso los arts. 47.3 del RD 295/2009 y art. 26.3 de la LPRL.

Según sostiene dicha parte, es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina correcta ya que, como en ella se indica, bastaría con que las entidades competentes deniegó la emisión del certificado positivo de existencia de riesgos en el puesto de trabajo para no reconocer el derecho prestacional que se reclama. De forma que esa circunstancia no puede ser obstáculo para el reconocimiento del subsidio por riesgo durante la lactancia natural.

2. El art. 188 de la LGSS, al regular la situación protegida, dispone que " 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".

Y el art. 189 de la citada Ley, en relación con la prestación económica, señala lo siguiente: "La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se reconocerá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para 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, en cuyo caso se extinguirá el día anterior al de dicha reincorporación".

Dicha prestación, que fue incluida por la Disposición Adicional 11ª de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y se reglamenta en el RD 295/2009, mediante la suspensión del contrato y en las condiciones establecidas, viene a ser una medida para proteger a la mujer trabajadora y a su hijo por la incidencia negativa que, en la salud de la madre o en la aquél, vayan a tener las condiciones del puesto de trabajo que la trabajadora atiende.

Así, el art 49 del RD 295/2009 dispone que " 1. A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora por cuenta ajena durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo ésta 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, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados".

Además, ya el art. 26 de la LPRL disponía lo siguiente: " 1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, 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 turnos [...]

4. Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo 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 o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo".

En cuanto al procedimiento a seguir para el reconocimiento de la prestación, que es el debate que aquí interesa, el art. 51 del citado RD dispone que "1. La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se llevará a cabo por la entidad gestora o colaboradora que resulte competente, de acuerdo con las reglas fijadas en los artículos 36 y 46, en el momento de la suspensión del contrato o de la actividad, con independencia de que durante la situación de riesgo durante la lactancia natural se produzca un cambio de la entidad que cubra las contingencias profesionales o comunes, según los casos.

2. 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.

3. Las entidades responsables de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, podrán establecer instrumentos de control periódico para una adecuada eficacia en la gestión de la prestación".

El art. 36 del RD, al que se remite el anterior que hemos recogido, hace referencia al reconocimiento del derecho al subsidio diciendo que corresponde a la entidad gestora o a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad social, con la que tenga concertada la empresa la cobertura de las contingencias profesionales.

El art. 39, al que se remite el citado art. 51, se encuentra recogido dentro de las normas relativas al subsidio por riesgo durante el embarazo aplicables a las trabajadoras por cuenta ajena, mientras que el art. 47 se ubica en la Sección que establece las normas aplicables a las trabajadoras por cuenta propia.

Pues bien, el referido art. 39, relativo al procedimiento para el reconocimiento del derecho, indica en su punto 1 que "el procedimiento se inicia a instancia de la interesada, mediante un informe que deberá solicitarse al facultativo del Servicio Público de Salud" o, conforme se indica en los anteriores preceptos, los Servicios de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

Seguidamente, con ese informe deberá recabar el certificado médico sobre la existencia del riesgo durante la lactancia. Así lo indica el punto 2 al decir que " La trabajadora, con el citado informe, acompañado de un certificado de la empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo, solicitará la emisión de la certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo, de acuerdo con lo dispuesto en

el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, ante la entidad gestora o colaboradora que corresponda". Además, señala que "En el caso que la entidad gestora o colaboradora considere que no se produce la situación de riesgo durante el embarazo denegará la expedición de la certificación médica a la que se refiere el párrafo anterior, comunicando a la trabajadora que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación.

En caso de que se certifique el riesgo, el punto 3 del art. 39 viene a dar solución a la situación en la que no ha sido posible el cambio de puesto de trabajo en la empresa, diciendo que ésta "declarará a la trabajadora afectada en situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo", que en nuestro caso sería durante la lactancia natural.

Y el apartado 4 viene a disponer que, para el reconocimiento del subsidio, "la trabajadora presentará la solicitud a la Dirección Provincial competentes de la correspondiente entidad gestora de la provincia en que aquella tenga su domicilio, o ante la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad social que corresponda", indicando que las solicitudes se formularán, en su caso, en los modelos establecidos al efecto y deberán contener los datos y circunstancias que establece el art. 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre".

Además, refiere dicho apartado 4 qué documentos se deben acompañar con dicha solicitud, tales como:

a. la certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo, en aquellos casos en los que no obre en poder de la entidad gestora o colaboradora.

b. declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora (en nuestro caso con la lactancia natural) o la imposibilidad de proceder, en otro caso, al traslado, etc.

El apartado 5, siguiendo con el procedimiento, y una vez presentada aquella documentación, dispone que "A la vista de la documentación presentada y una vez comprobados todos los requisitos formales, hechos y condiciones exigidos para acceder al subsidio, la entidad gestora dictará resolución expresa, que se notificará en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud de la interesada, a efectos del reconocimiento del derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo".

El apartado 6 permite la intervención de la Inspección de Trabajo cuando se produzcan contradicciones en las declaraciones y certificados presentados con la solicitud

3. La cuestión suscitada en el recurso se presenta como novedosa para esta Sala ya que, en relación con el procedimiento administrativo para el reconocimiento del subsidio por riesgo durante la lactancia o en el embarazo, es la primera vez que se suscita el debate enfrentado que presentan las sentencias comparadas.

Sobre el subsidio aquí reclamado sí que la Sala, valorando la propia finalidad de la prestación y atendiendo a la doctrina del TJUE, vino a fijar un criterio jurisprudencial en orden a la carga probatoria a la que ha de atenderse para dilucidar la existencia de la situación protegida a la que responde la prestación.

No obstante, y a la vista de lo que razona la sentencia recurrida, sí que podemos traer a colación la doctrina de esta Sala en orden a la incidencia de los procedimientos administrativos y en qué momento de los mismos es posible acceder a la vía judicial.

Esta Sala, ha venido recordando que la impugnación de los actos administrativos en materia de seguridad social, en su acceso a la jurisdicción social, tienen un cauce específico, tal y como se establecía en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1992, que remitía a la Ley de Procedimiento Laboral, en su momento vigente. Y esta previsión sigue existiendo en la actualidad, en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), con lo cual, la doctrina de esta Sala sigue siendo aplicable. Dicha doctrina vino a señalar, claramente, que "no contempla la impugnación directa de los actos de Seguridad Social de instrucción y de trámite, cualquiera que sea su alcance. El art. 71.2 es claro al respecto. La reclamación previa, que es el único medio de impugnación administrativa que prevé la LPL, solo cabe frente a la "resolución o acuerdo", esto es, frente al acto que pone fin a la vía administrativa, único contra el que el interesado puede luego demandar ante los tribunales sociales; en este caso, la conjunción disyuntiva "o" que utiliza el precepto hay que entenderla en su sentido de equivalencia o equiparación de los términos "resolución" y "acuerdo" como actos de conclusión administrativa, ..". Y añade, "Dicha limitación se corresponde con los principios de concentración, celeridad y

economía que inspiran el proceso laboral (art. 74.1 LPL), conforme a los cuales sería ilógico autorizar la impugnación de los actos de trámite de un expediente, cuando este, una vez finalizado, puede debatirse en su totalidad en el correspondiente proceso laboral. Además, la concentración de la controversia en torno a la resolución que pone fin al expediente es no solo aconsejable sino necesaria para una gestión rápida y eficaz de los procedimientos de concesión de pensiones públicas, que se vería sin duda dilatada extraordinariamente en el tiempo y en evidente perjuicio de los beneficiarios del sistema, si las Entidades Gestoras tuvieran que responder frente a cada acto intermedio de los miles de expedientes que debe resolver" (STS de 19 de enero de 2005, rcud 58/2004 y los que en ella se citan).

4. A la vista de aquella reglamentación y doctrina, es la sentencia de contraste la que contiene la correcta, ya que se ajusta a los mandatos reglamentarios y criterios jurisprudenciales antes recogidos.

Debemos recordar que la competencia para el reconocimiento del subsidio que aquí se reclama la ostenta la Entidad Gestora (INSS) o Mutua colaboradora, según que la empresa haya concertado la gestión de las contingencias profesionales con una u otra, con lo cual son estas entidades las que deben dar respuesta a las trabajadoras, en orden a la prestación reclamada. Concretamente, y respecto de las Mutuas, así lo recoge el art. 80.2 c) de la LGSS, en relación con la Disposición Adicional Undécima del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en la que se dispone que " El contenido de la colaboración en la gestión de subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, atribuida a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, comprenderá la declaración del derecho al subsidio, así como su denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción y, en general, todas las actuaciones tendentes a comprobar los hechos, condiciones y requisitos necesarios para el acceso al derecho y su mantenimiento.

Los actos por los que se declare el derecho a la prestación económica o por los que se deniegue, suspenda, restrinja, anule o extinga el derecho, serán motivados y se formalizarán por escrito, quedando supeditada la eficacia de los mismos a su notificación a los beneficiarios".

E igualmente, debemos recordar la conexión informativa que una y otra entidad deben mantener en la materia, tal y como dispone el 71.3, párrafo tercero, de la LGSS, en relación con el suministro de información a la Administración de la Seguridad Social, " las entidades gestoras y las entidades colaboradoras con la Seguridad Social podrán facilitarse, recíprocamente, los datos relativos a las beneficiarias que resulten necesarios para el reconocimiento y control de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural", lo que es relevante a la hora de recabar la información documental que sea necesaria a esos efectos y esté a su disposición.

Pues bien, en relación con el procedimiento y como se obtiene de los preceptos antes citados, éste ya se inicia a instancia de la interesada con su solicitud presentada ante la entidad gestora o colaboradora competente para que se emita el certificado de riesgos para la lactancia natural. En el caso de la sentencia de contraste, la trabajadora se dirigió a la entidad gestora (INSS) que era la que gestiona tales contingencias. En el caso de la sentencia recurrida, la trabajadora acudió a la entidad colaboradora (la Mutua demanda), interesando la emisión del certificado médico de existencia del riesgo. Así reza en el hecho probado quinto. Por tanto, el procedimiento ya está iniciado a instancia de la trabajadora.

A partir de entonces, se desarrollan una serie de trámites, lo que no implica que deban cubrirse todos si en un momento determinado la entidad gestora ya pone de manifiesto que no sigue más adelante o, en definitiva, que no procede el reconocimiento de la prestación. Esto es, el procedimiento por el cual se pretende obtener el subsidio por riesgo durante la lactancia se configura mediante un expediente administrativo en el que se desarrollaran una serie de actuaciones, todas las cuales sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, como refiere el art. 70 de la LPACAP, y que llevan a dar por concluido el procedimiento.

Así es, en la primera fase del procedimiento, destinado a obtener el certificado médico de existencia de riesgo, si la entidad gestora o colaboradora deniega la expedición del certificado, por no existir el riesgo, según aquellos preceptos, impide seguir con los trámites siguientes, consistentes en iniciar el procedimiento o actuaciones encaminadas a la obtención

ya de la prestación económica. Lo que sucedió en el caso de la sentencia recurrida, según indican los hechos probados.

A partir de aquí, la sentencia recurrida sostiene que el siguiente paso que debió dar la trabajadora era el de reclamar ante el INSS (sic la Mutua), el reconocimiento del subsidio y como no lo hizo no entra a conocer del derecho reclamado en la demanda, lo que no podemos necesariamente obtener de la lectura del art. 39 del RD 295/2009.

Es cierto que, según aquel precepto, con la emisión del certificado médico de riesgo, la empresa deberá proceder a la suspensión del contrato de trabajo, si no hay otro puesto de trabajo y, entonces, la trabajadora presentará una solicitud del subsidio ante la entidad competente, acompañándola de determinada documentación, a partir de cuyo momento se resolverá sobre la existencia de la situación protegida. Pero eso no fue lo que aconteció en el caso de las sentencias comparadas.

Lo único que recoge el citado precepto es lo que debe hacer la entidad gestora si no emite el certificado, pero no lo que debe realizar la trabajadora cuando ese certificado no se ha emitido. Así es, lo que dice el legislador es que cuando se deniega la emisión del certificado médico se decide, también por la entidad gestora de la prestación, que no se va a seguir con el procedimiento para obtener la prestación económica, que es también lo que se le notifica a la trabajadora. Ante este panorama, a la actora, que ya ha reclamado de la entidad competente la certificación precisa para obtener el derecho prestacional e incluso ha presentado el declaración de la empresa en el que consta que no hay otro puesto sin el riesgo detectado, no le queda más solución que la de impugnar la decisión de la entidad gestora o colaboradora hasta entonces adoptada, mediante las vías que le suministra el ordenamiento jurídico, en materia de prestaciones de seguridad social, como son la reclamación previa y en caso de que sea denegada, formular posterior demanda, tal y como se obtiene del art. 112.1 y 2 de la LPACAP, en la que se dice que "contra las resoluciones y actos de trámite, si éstos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada..." o el que proceda (que aquí, al estar ante actos de Seguridad Social se rige por el art. 71, según se obtiene de la Disposición Adicional 1ª de la LPACAP, tal y como ya hemos indicado).

Por tanto, siendo evidente que aquí estamos ante una resolución que impide continuar el procedimiento subsiguiente relativo a la obtención de la prestación económica, la actuación de la demandante era conforme a derecho, sin que el haber formulado una reclamación previa frente al INSS, tal y como la Mutua le indicó, venga a incidir negativamente y privarle a la actora de la tutela judicial efectiva que demandaba, mediante la presentación de la demanda.

La actora no está combatiendo un mero acto de instrucción o trámite sino una resolución que pone fin al procedimiento que a su instancia se ha incoado, dirigido a obtener el subsidio por riesgo durante la lactancia.

Precisamente, si los pasos que debe seguir la trabajadora para obtener el subsidio comienzan, necesariamente, con la solicitud de emisión el certificado médico de riesgo, que de ser positivo va a permitirle reclamar el subsidio, su denegación no puede cerrarle una vía de impugnación ni obligarle a tener que presentar una segunda solicitud del derecho prestacional con una resolución negativa de emisión del certificado médico, emitido por los servicios de la propia entidad competente, ya que solo está prevista esa segunda solicitud, lógicamente, para cuando se obtiene el certificado, en el que la propia entidad competente en la materia viene a reconocer la existencia del riesgos, lo que le obliga, necesariamente, a seguir con el procedimiento a efectos de reconocer la prestación económica.

Es más, tal y como se indica en los hechos probados de la sentencia recurrida, la propia entidad colaboradora le indicó a la trabajadora, al notificarle que no emitía el certificado médico y no iba a iniciar el procedimiento de reconocimiento del subsidio, que frente a dicha decisión podía interponer reclamación previa, que fue lo que hizo la trabajadora, ante la entidad que le indicó aquella, la mutua colaboradora, aunque indebidamente (INSS). Por tanto, resulta contradictorio que ahora, se le diga a la demandante que, además de formular una reclamación previa frente a la denegación del certificado, debía presentar también una solicitud de la prestación económica.

La negativa a expedir el certificado de existencia de riesgo en el puesto de trabajo, y la negativa a iniciar el procedimiento de reconocimiento de la prestación, insistimos, permite a la trabajadora acudir, una vez agotada la vía administrativa, a la vía judicial en defensa del derecho que cree ostentar y en el que las partes enfrentadas pueden presentar todos los medios de prueba necesarios para defender sus respectivas posiciones, en todos los puntos y

Síguenos en...



extremos sobre los que obtener o denegar el derecho al subsidio, lo que se ajusta a los principios que rigen el proceso laboral, de concentración y celeridad del art. 74.1 de la LRJS, de forma que se agiliza así los procedimientos de concesión de pensiones públicas, sin que la entidad competente se vea perjudicada por tal forma de proceder ya que dispone, como sucede en el caso, de la declaración de la empresa sobre la inexistencia de puesto de trabajo compatible, que podrá combatir en el acto de juicio.

TERCERO.

Lo anteriormente expuesto, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, con el matiz que seguidamente se indicará, nos lleva a estimar el recurso formulado por la actora, casar la sentencia recurrida y, a la vista de lo planteado en suplicación por la parte aquí recurrente, siendo evidente que la sentencia de suplicación, al igual que la de instancia que aquella confirma, no entraron a dar respuesta a la cuestión de fondo y que en los hechos probados tan solo se hace relato de la prueba documental, procede declarar la nulidad de todo lo actuado hasta el momento de dictar sentencia en la instancia para que por el Juez de lo Social, con libertad de criterio, entre a dar respuesta a la cuestión de fondo y resuelva sobre el derecho de la parte actora al subsidio reclamado y ambas partes, puedan, en su caso, combatir en un nuevo recurso de suplicación la decisión de fondo que en la instancia se haya adoptado.

Todo ello sin imposición de costas, a tenor del art. 235 de la LRJS.

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 el letrado D. Rafael Miguel de Lara Duran, en nombre y representación de D^a Julieta, contra la sentencia dictada el 25 de enero de 2023, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, en el recurso de suplicación núm. 1338/2022.

2. Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar en parte el interpuesto por la parte actora y, no habiéndose pronunciado la sentencia de instancia sobre la cuestión de fondo, dirigida al reconocimiento del subsidio por riesgo durante la lactancia natural, procede anular dicha sentencia de fecha 11 de mayo de 2022, recaída en autos núm. 1295/2021, para que, por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga, se dicte otra en la que resuelva la cuestión de fondo.

3.- Todo ello sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

