

TRIBUNAL SUPREMO*Sentencia 160/2025, de 27 de febrero de 2025**Sala de lo Social**Rec. n.º 912/2023***SUMARIO:**

Subsidio por riesgo durante la lactancia natural. Fecha de efectos económicos. *Trabajadora a quien tras la conclusión del periodo de maternidad se le deniega el derecho prestacional, acogiéndose a permisos y vacaciones mientras reclamaba judicialmente frente a esa denegación para no acudir a un trabajo con riesgo.* Atendiendo a la finalidad de la protección y a las exigencias a las que se somete su reconocimiento, la solicitud del subsidio económico de riesgo durante la lactancia, de concurrir las exigencias legales que permiten su reconocimiento, va a provocar el derecho de la trabajadora a suspender el contrato de trabajo, para alejarse del riesgo, con derecho a aquel subsidio que viene a sustituir al salario que va a dejar de percibir. Por tanto, si a la trabajadora se le deniega su solicitud y, teniendo que acudir a la vía judicial para su reconocimiento, este derecho le es otorgado, necesariamente le tendrá que ser reconocido desde el momento en que lo reclamó, sea cual sea la situación que se haya producido desde la denegación hasta la sentencia judicial que haya dejado sin efecto la decisión de la Mutua, ya que las medidas a las que, en el marco de la relación laboral, haya acudido la trabajadora para evitar su asistencia al puesto de trabajo y con ello eludir el riesgo que durante la lactancia natural de su hijo pudiera provocarle su actividad laboral, no pueden servir para eludir el momento del nacimiento del derecho prestacional que, además, se va a extinguir cuando el hijo alcance los nueve meses. Es cierto que el subsidio económico viene a sustituir el salario que la trabajadora va a dejar de percibir ante la suspensión de la relación laboral, pero también lo es que, ante la denegación y negación de la existencia de un riesgo que se ha acreditado como concurrente, a la trabajadora no se le podía exigir que renunciara a un salario cuando le era denegado aquel subsidio que lo sustituye, estando justificado que se protegiera acudiendo a medidas como los permisos o vacaciones, que le iban a apartar, hasta tanto pudiera obtener una decisión judicial al respecto, de una actividad que entendía generadora del riesgo para la lactancia natural de su hijo. Lo anterior no va en contra del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, ya que no puede aceptarse que el hecho de haber estado la actora con permisos retribuidos y en periodo de vacaciones, en tiempo en el que correspondía la situación de riesgo durante la lactancia, vaya a generar un prohibido enriquecimiento injusto al haber percibido los salarios correspondientes a esas situaciones, ya que la empresa no ha resultado perjudicada patrimonialmente en tanto que la gestión y el pago del subsidio que se reclama debe realizarse por la Mutua, que en ningún momento asumió la existencia de riesgo. Además, el hecho de que la trabajadora haya tenido que acudir a los permisos y vacaciones fue la única medida a la que pudo acogerse, precisamente, para la protección de la salud propia y de su hijo, evitando con ello lo que ha quedado acreditado, que es estar prestando una actividad con riesgo para la lactancia de aquel. Por tanto, no concurren los elementos en los que descansa el principio general del enriquecimiento injusto que, según doctrina reiterada, precisa la concurrencia de una ventaja patrimonial para una de las partes junto con el empobrecimiento de la otra, que exista una conexión entre dichas situaciones y, también, una falta de causa o justificación. Del mismo modo, no es posible trasladar aquí el efecto jurídico que tiene la incapacidad temporal en su concurrencia con una situación de riesgo durante la lactancia natural, ya que no es lo mismo estar

Síguenos en...

con el contrato suspendido por incapacidad temporal, en la que no hay, precisamente, actividad laboral y, por tanto, tampoco concurre el riesgo durante la lactancia, estando la trabajadora protegida por el sistema de seguridad social, con la situación de una trabajadora que se ve obligada a tener que reincorporarse al trabajo en el que está presente el riesgo y solicitada de la Mutua correspondiente la protección del sistema, le es denegada cuando, finalmente, se ha constatado el riesgo y, por tanto, debió debe serle reconocida desde el mismo momento en que lo reclamó. Nada tiene que ver con la situación de incapacidad temporal, en la que la trabajadora está liberada de asistir al trabajo, con haber tenido que tomar unos permisos retribuidos o vacaciones que, en todo caso, no son situaciones de suspensión del contrato de trabajo y, como se ha indicado, fueron las únicas medidas a las que pudo acogerse la trabajadora para protección de su salud y la del hijo, ante la negativa de la Mutua de la existencia del riesgo. (Vid. STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 13 de diciembre de 2022, rec. núm. 691/2022, casada 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. 160/2025

Fecha de sentencia: 27/02/2025
Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA
Número del procedimiento: 912/2023
Fallo/Acuerdo:
Fecha de Votación y Fallo: 26/02/2025
Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes
Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SOCIAL
Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez
Transcrito por: TDE
Nota:
UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 912/2023
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. 160/2025

Síguenos en...



Excma. Sra. y Excmos. Sres.
D. Ángel Blasco Pellicer
D.ª María Luz García Paredes
D. Juan Molins García-Atance
D. Ignacio Garcia-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 la letrada Dª María Josep Martínez I Cledera, en nombre y representación de Dª Adela, contra la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2022, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 691/2022, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón, de fecha 9 de diciembre de 2021 recaída en autos núm. 460/020, seguidos a instancia de Dª Adela contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Umivale y contra la empresa VAERSA, sobre Seguridad Social.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, Umivale, asistida y representada por el Letrado Sr. D. Antonio Juan Baixauli Carbonell, y la empresa VAERSA, asistida y representada por el abogado e la Generalidad.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.

Con fecha 9 de diciembre de 2021 el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- La demandante Adela, que presta servicios para la empresa VAERSA, dio a luz el NUM000/2020, con finalización del permiso de maternidad el 28/5/2020. En fecha 21/4/2020 solicitó a Umivale certificado médico de existencia de riesgo durante la lactancia natural en fecha 21/4/2020, siendo denegada la prestación en fecha 12/5/2020, por no existir riesgo. Formulada reclamación previa el 14/5/2020, fue desestimada en fecha 27/5/2020.

SEGUNDO.- La demandante ocupa el puesto de trabajo de veterinaria de saneamiento ganadero, el cual principalmente se desarrolla en campo, visitando las diferentes granjas. Las funciones, responsabilidades y obligaciones son las siguientes (documento nº 35 del ramo de prueba de la demandante): "Las funciones presentes en el servicio de saneamiento ganadero contemplan la ejecución de las pruebas diagnósticas presentes en las programas de control, lucha y erradicación de determinadas enfermedades en las explotaciones ganaderas incluidas en el Registro de Explotaciones Ganaderas clasificadas como "reproducción y producción y otros centros de concentración" de la Conselleria de Agricultura, Desarrollo Rural, Emergencia Climática y Transición Ecológica y en aquellas instalaciones donde se demande su actuación per interés sanitario. 1. Controles serológicos oficiales de confirmación de analíticas positivas encaminados a la recuperación del estatus sanitario de las explotaciones de ovino y caprino en el marco de las Programas Nacionales de Erradicación de Brucelosis. 2. Sacrificio y toma de muestras ganglionares de animales positivos a la enfermedad de la Brucelosis ovina y caprina a petición del Servicio Veterinario Oficial. 3. Sacrificio y toma de muestras ganglionares de animales positivos a la enfermedad de la Tuberculosis caprina en pruebas de campo oficiales. 4. Controles serológicos de las explotaciones centinelas de ovino, caprinas y bovino presentes en el Programa Nacional de Lengua Azul. 5. Controles

Síguenos en...



oficiales de diagnóstico de la Tuberculosis en caprinos de aquellos rebaños que convivan o aprovechen pastes comunes con el ganado bovino en el caso de que alguna de las dos especies se detecte o no acredite como no libre de enfermedad, y de aquellos rebaños que, aunque no cumpliendo con el requisito de convivencia, se detecten mediante la encuesta epidemiológica y/o la base de espoligotipos como fuentes de la enfermedad para los rebaños de bovino. 6. Controles encaminados a la calificación, mantenimiento y recuperación del estatus sanitario de las explotaciones de bovino en el marco de los Programas Nacionales de Erradicación de Brucelosis, Tuberculosis, Leucosis y Perineumonía bovina. Marcado mediante microchip de los bovinos reaccionantes a la prueba oficial (intradermotuberculinización) para la detección de la Tuberculosis bovina. 7. Actuaciones adicionales en relación a los rumiantes (ovino, caprino y bovino) a petición del Servicio de Producción y Sanidad Animal de la Consellería de Agricultura, Desarrollo Rural, Emergencia Climática y Transición Ecológica. 8. Realizar además todas aquellas tareas análogas que le sean asignadas por su superior relacionadas con la misión propia del puesto, o que resulten necesarias por razones del trabajo".

TERCERO.- El puesto de trabajo de la demandante presenta los siguientes riesgos laborales (documento nº 35 del ramo de prueba de la demandante): 1. Caída de persona al mismo nivel: terrenos abruptos, irregularidades, resbaladizos., obstáculos explotaciones externas, centro de oficinas... 2. Caída a distinto nivel: al subir y bajar escaleras, oficinas, desniveles del terreno, acceso vehículos. 3. Caída de objetos en manipulación: recogida de restos, uso equipos/material, manipulación de cargas., archivos y útiles de oficina... 4. Caída de objetos por desplome o derrumbamiento: estabulaciones, mangas, encerramientos e inmovilización de animales, material de vehículos... 5. Proyección de fragmentos/partículas: uso jeringas, peladora eléctrica, aplicaciones desinfectantes... inyectables etc., pistola inoculación... 6. Pisada sobre objetos: presencia restos materiales, obstáculos, y materiales en desplazamientos por el centro, en explotaciones ganaderas... 7. Golpes y contactos con elementos móviles: ordenadores, peladora eléctrica... 8. Golpe y cortes por objetos y herramientas: jeringuillas, agujas, peladora eléctrica... cuttex, tijeras, pistola de inoculación. 9. Atrapamiento por entré objetos: manejo animal contra pared, paramentos, elementos fijos, etc., en tareas en la manga. 10. Sobreesfuerzos, posturas inadecuadas: manejo de cargas, tareas en saneamiento, extracción sangre y lectura vehículos a motor peladora eléctrica, etc. 11. Contactos térmicos: partes calientes de vehículos a motor, peladora eléctrica, etc. 12. Accidentes de circulación, atropellos y golpes por vehículos. (in itinere), in misión, atrapamiento por vuelco, etc. 13. Riesgos uso pvd: informes, gestión documental, supervisión personal, etc. 14. Incendio.: General en centros de oficinas, fuentes de ignición, productos inflamables etc., en explotaciones exteriores. 15. Contacto con sustancias caústicas/corrosivas: desinfectantes materiales, aceites... 16. Biológicos: Contacto directo manejo animales, zoonosis, infecciones parasitarias, picaduras, garrapatas etc. 17. Riesgo eléctrico: general de la instalación, CAE con titular del centro, cables, automatismos instalaciones. 18. Carga física: posturas movimientos tomas de muestra y manejo animales, uso pvd.. etc. 19. Fatiga mental, uso pvd, tarea de gestión y organización-supervisión... 20. Factores psicosociales/organizacionales. 21. Exposición a temperaturas ambientales extremas (cámaras de frío). 22. Daños causados por seres vivos (golpes tareas saneamiento, patadas, empujones...

CUARTO.- El trabajo de la demandante consiste en visitar rebaños de ganadería extensiva o de campo, sin que haya instalaciones para cambiarse de ropa o para resguardarse. Concorre riesgo de cortes o pinchazos, así como de golpes, al obtener muestras de los animales, siendo el trabajo de oficina realizado de forma puntual (prueba testifical de Eugenia, compañera de trabajo).

QUINTO.- La demandante finalizó el permiso de maternidad el 28/5/2020 (documento nº 1 del ramo de la parte demandante). Tras ello, disfrutó de permisos por asuntos propios, permiso por horas acumuladas de lactancia y vacaciones de forma continuada hasta el 28/8/2020 (documentos nº 11 del ramo de la parte demandante y nº 8 del ramo de la empresa). En la actualidad, la demandante se encuentra en situación de

excedencia por cuidado de hija menor de 3 años desde el 31/8/2021 (documentos nº 13, 14 y 15 del ramo de la parte demandante).

SEXTO.- La base reguladora de la prestación percibida por la demandante durante el permiso de maternidad es de 2.231,40 (hecho no controvertido).

SÉPTIMO.- La demandante percibió la nómina de julio de 2020 con una base de cotización de 2.287,29 euros (documento nº 12 del ramo de prueba de la parte demandante).

OCTAVO.- La hija de la demandante cumplió 9 meses el NUM001/2020 (hecho no controvertido)».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Adela contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, Umivale y la empresa VAERSA, se declara el derecho de la demandante a la prestación por riesgo durante la lactancia natural, con fecha de efectos económicos de 31 de agosto de 2020, con el 100% de la base reguladora de 2.287,29 euros».

SEGUNDO.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D^a Adela, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 13 de diciembre de 2022, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimar el recurso de suplicación formulado por la representación de D^a. Adela contra sentencia dictada por el juzgado de lo social núm. 1 de Castellón, en autos de Seguridad Social, confirmando la misma, sin costas».

TERCERO.

Por la representación de D^a Adela, 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 del País Vasco de 10 de septiembre de 2013 -Rec. 1323/2013-

CUARTO.

Por providencia de esta Sala de 8 de enero de 2024, 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 sosteniendo que entre los supuestos contrastados no concurren la contradicción que se invoca por la parte recurrente ya que en la de contraste no se debatió la fecha de efectos del subsidio sino si concurría el riesgo en el momento de la solicitud del subsidio. En la sentencia recurrida lo que analiza es si en el periodo que estuvo con permisos retribuidos tiene derecho a el subsidio por riesgo durante la lactancia. Por tanto, citando las SSTs de 24 de abril de 2019, rcud. 323/2019 y 24 de enero de 2019, junto con el art. 45.1, considera que no procede el abono del subsidio ya que percibió salarios desde el 28 de mayo de 2020, en que finalizó el permiso de maternidad, hasta que pasó a excedencia para cuidado de hijo menor, por lo que no procede prestación alguna desde el 29 de mayo de 2020; además de que al tomarse los permisos retribuidos para no incorporarse al trabajo no pudo estar entonces en riesgo alguno por actividad laboral.

El INSS se adhiere al escrito de impugnación de la Mutua.

Por la Generalidad Valenciana se alega la falta de identidad entre los supuestos contrastados y, en todo caso la falta de contenido casacional al afectar la cuestión suscitada a la valoración de la prueba.

QUINTO.

Síguenos en...

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso es improcedente, partiendo de la existencia de contradicción. Considera que es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina correcta a la vista del art. 188 de la Ley General de la Seguridad social (LGSS) y la STS de 24 de enero de 2019, rcud. 2037/2017 que, respecto del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo por el que se regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, no se permite la percepción de la aquí reclamada durante la situación de incapacidad temporal, aunque se trate de una situación de suspensión del contrato de trabajo, y, con más razón, si esa suspensión lo es por otras causas como la de autos.

SEXTO.

Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de febrero de 2024, 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 la fecha de efectos del subsidio económico en la situación de riesgo durante la lactancia natural cuando la trabajadora, a quien se le denegó el derecho prestacional, tras concluir el periodo de maternidad estuvo de permisos, vacaciones mientras reclamaba judicialmente frente a esa denegación.

La parte demandada ha formulado el citado recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana, de 13 de diciembre de 2022, rec. 691/2022, que desestima el de suplicación interpuesto contra la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón de La Plana, de 9 de diciembre de 2021, autos 460/2020, y, confirma la estimación parcial de la demanda y declaración del derecho de la actora a el subsidio por riesgo durante la lactancia natural, con efectos económicos desde el 31 de agosto de 2020.

2. La sentencia recurrida declara probado que la trabajadora, con la categoría profesional de veterinaria de saneamiento ganadero, dio a luz el NUM000 de 2020, finalizando el 28 de mayo de 2020. Previamente, el 21 de abril, la trabajadora solicitó de la Mutua demandada un certificado médico de existencia de riesgo durante la lactancia natural, lo que le fue denegado el 12 de mayo de 2020 por no existir riesgo. Frente a dicha denegación presentó reclamación previa que fue desestimada. En lo que ahora interesa, cabe destacar que la trabajadora disfrutó de permisos por asuntos propios, permiso por horas acumuladas de lactancia y vacaciones de forma continuada hasta el 28 de agosto de 2020. La trabajadora pasó a excedencia por cuidado de hija menor de 3 años, iniciada el 31 de agosto de 2021, en la que permaneció hasta el 7 de noviembre de 2021, en que la menor cumplió nueve meses de edad. La trabajadora presentó demanda frente a la denegación del subsidio económica, siendo dictada sentencia por el Juzgado de lo Social en la que estimó parcialmente la misma, al otorgarle efectos económicos a el subsidio reconocida desde el 31 de agosto de 2020 y frente a la cual la demandante interpuso recurso de suplicación.

La Sala de Suplicación desestima el recurso, destinado exclusivamente a la fecha de efectos del subsidio, porque la demandante, durante el periodo objeto de controversia, estuvo disfrutando de otros permisos de distinta finalidad, así como de vacaciones, momentos en los que estuvo percibiendo el salario. Ante ello y si el subsidio por riesgo durante la lactancia natural no se puede percibir si se está en incapacidad temporal hasta que se cese en esta situación, con mayor razón la fecha de efectos no podría retrotraerse a

Síguenos en...

momentos en que se está disfrutando permisos o situaciones incompatibles y que no son de suspensión de la relación laboral.

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 Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de 10 de septiembre de 2013, rec.1323/2013.

La sentencia referencial recoge como hechos base de su pronunciamiento los siguientes: la trabajadora, operaria de montaje aeronáutico, oficial segunda B, tuvo un hijo el NUM002 de 2010, finalizando el subsidio por maternidad el 28 de enero de 2011. El 13 de enero de 2011, cuando el hijo era menor de nueve meses, solicitó el certificado de riesgo durante la lactancia natural, lo que la Mutua le respondió en sentido negativo el 19 de enero de 2011, presentando la trabajadora reclamación previa ante el INSS que, por resolución de 28 de febrero de 2011 respondió indicando que es a la Mutua la que le corresponde el reconocimiento y pago del subsidio. Dicha trabajadora, desde el 29 de enero de 2011 al 9 de marzo de 2011, disfrutó de vacaciones. La empresa reconoció el derecho a el subsidio desde el 10 de marzo de 2011 al 9 de julio de 2011. La trabajadora presentó demanda que fue desestimada por el Juzgado de lo Social, al entender que el periodo que reclama la trabajadora estaba en situación de vacaciones, por lo que no concurría riesgo alguno a proteger. frente a cuya sentencia se interpuso por la actora recurso de suplicación.

La sentencia de contraste estima el recurso y declara el derecho a percibir el subsidio desde el día siguiente a la finalización del subsidio por maternidad porque el periodo de vacaciones que tomó la actora, seguidamente, lo fue porque se le denegó el derecho prestacional que, justamente, tras concluir ese periodo vacacional, le fue reconocida, siendo la decisión inicial de la mutua la que le impidió pasar a la situación de riesgo durante la lactancia natural que ya existía cuando la trabajadora lo reclamó.

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), al contrario de lo que entienden las partes recurridas.

En ambos casos se trata de trabajadoras que interesan en tiempo oportuno y desde la situación de prestación por maternidad, el derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia a la conclusión de aquella otra prestación. En los dos supuestos, a las trabajadoras les es denegado el derecho por no existir riesgo, acudiendo las trabajadoras a pedir permisos o vacaciones y, además, presentar reclamaciones previas y acudir a la vía judicial combatiendo aquella denegación de la Mutua. En esas situaciones, la sentencia recurrida reconoce el derecho prestacional pero eliminando del periodo reconocido el que la trabajadora no estuvo prestando servicios, seguidamente de concluir el subsidio de maternidad, mientras que en la referencial, esos periodos en los que no estuvo trabajando, no interfieren para otorgar el derecho prestacional en esos espacios temporales no trabajados.

SEGUNDO.

1. La parte recurrente identifica como preceptos legales infringidos los arts. 50 y 51 del RD 295/2009, en relación con el art. 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y arts. 188 y 189 de la LGSS.

Según sostiene dicha parte, y con base en la doctrina jurisprudencial que cita, es evidente que las condiciones del puesto de trabajo de la actora eran de riesgo para la lactancia natural, tal y como ha sido reconocido y no cuestionado. Por tanto, a la conclusión del subsidio por maternidad correspondía pasar a la situación de riesgo ya que así fue su petición que le fue denegada entonces y que provocó que solicitara los permisos que tenía a disposición para no acudir a un trabajo con riesgo. La sentencia recurrida al reconocer el derecho prestacional a partir de la suspensión del contrato por la excedencia,

Síguenos en...



está imponiendo un requisito inexistente para el acceso a esa protección; además, obvia que los permisos disfrutados, incluso la excedencia en la que se sitúa, lo fueron por la negativa a el subsidio por riesgo durante la lactancia. Niega que exista un enriquecimiento injusto porque la trabajadora se vio obligada a actuar de esa forma. Tampoco puede equipararse su situación como si estuviera en incapacidad temporal porque la regulación respecto de esta es de incompatibilidad de prestaciones.

2. El art. 188 de la LGSS, al regular la situación protegida, dispone que " A los efectos del subsidio 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, en relación con el subsidio económica, señala lo siguiente: "El subsidio económica por riesgo durante la lactancia natural se reconocerá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para el subsidio 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 del subsidio 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.

[...]

2. No se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del hijo, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados".

Además, ya el art. 26 de la Ley de Prevención de riesgos Laborales, 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".

3. La doctrina de esta Sala en relación con el subsidio que nos ocupa ha venido destacando que "La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural exonera al empresario de su obligación de remunerar el trabajo (artículo 45.2 ET). Precisamente por esta ausencia de salario existe el subsidio económico de seguridad social de riesgo durante la lactancia natural (actualmente, artículos 188 y 189 LGSS de 2015) que palia, así, la inexistencia de retribución. La ausencia de salario es la razón de ser del subsidio económica de seguridad social de riesgo durante la lactancia natural. Esta inescindible conexión entre la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural [artículo 45.1 e) ET] y la correspondiente prestación por ese riesgo (actualmente, artículos 188 y 189 LGSS de 2015) debe ser, así, especialmente subrayada" [STS 923/2020, de 19 de octubre (rcud 1887/2018)]

Igualmente se ha dicho que " 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 [...] 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" STS 323/2019, de 24 de abril (rcud 763/2017) citada por la parte recurrida]. En dicha sentencia se estimó la demanda otorgando el derecho al subsidio con efectos del día siguiente a la conclusión del subsidio por maternidad, siendo que, ante la negativa del derecho prestacional, no se había reincorporado al trabajo al haber disfrutado de un permiso de lactancia de un mes que fue seguido de una excedencia.

La STS 667/2018, de 26 de junio (rcud 1398/2016), aunque era objeto unificador de doctrina el derecho al subsidio, al resolver el debate en suplicación, reconoció el derecho a el subsidio por riesgo durante la lactancia a una trabajadora que, habiendo tenido un hijo el NUM003 de 2012, y finalizado el permiso por maternidad, el 3 de junio de 2012, "tras la reincorporación posterior a la baja por parto, la actora no prestó servicios efectivos, disfrutando de dos permisos sucesivos hasta el 31 de julio de 2012 y pasando a excedencia por cuidado de hijo hasta el 13 de noviembre de 2012", siendo estimada su pretensión en la que pedía el subsidio económica desde el 13 de junio de 2012.

La STS 53/2019, de 24 de enero (rcud 2037/2017, que se cita por la parte recurrida y el Ministerio Fiscal, al resolver el debate planteado en suplicación y atendiendo a lo que la Mutua allí demandada había petitionado, en orden a la fecha de efectos del subsidio por riesgo durante la lactancia, que entendía que debía ser la del siguiente día al alta médica en su situación de incapacidad temporal, dice que procede esa fecha de efectos porque "... el artículo 45.1 ("Incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo"), aplicable por la remisión expuesta, aborda directamente el tema planteado por el recurso y concreta el modo en que debe actuarse cuando la trabajadora accede a la suspensión por riesgo durante la lactancia desde la incapacidad temporal:

Síguenos en...

Cuando la trabajadora se encuentre en situación de incapacidad temporal y, durante la misma, solicite el subsidio de riesgo durante el embarazo, no procederá el reconocimiento, en su caso, del subsidio, hasta que se extinga la situación de incapacidad temporal por cualquiera de las causas legal o reglamentariamente establecidas".

4. A la vista de la anterior debemos concluir porque es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina correcta.

Atendiendo a la finalidad de la protección y a las exigencias a las que se somete su reconocimiento, es lo cierto que la solicitud del subsidio económico de riesgo durante la lactancia, de concurrir las exigencias legales que permiten su reconocimiento, va a provocar el derecho de la trabajadora de suspender el contrato de trabajo, para alejarse del riesgo, con derecho a aquel subsidio que viene a sustituir al salario que va a dejar de percibir. Por tanto, si a la trabajadora se le deniega su solicitud y, teniendo que acudir a la vía judicial para su reconocimiento, éste derecho le es otorgado, necesariamente le tendrá que ser reconocido desde el momento en lo que reclamó, sea cual sea la situación que se haya producido desde la denegación hasta la sentencia judicial que haya dejado sin efecto la decisión de la Mutua ya que las medidas a las que, en el marco de la relación laboral, haya acudido la trabajadora para evitar su asistencia al puesto de trabajo y con ello eludir el riesgo que durante la lactancia natural de su hijo pudiera provocarle su actividad laboral, no pueden servir para eludir el momento del nacimiento del derecho prestacional que, además, se va a extinguir cuando el hijo alcance los nueve meses.

Es cierto que el subsidio económico viene a sustituir el salario que la trabajadora va a dejar de percibir ante la suspensión de la relación laboral, pero también lo es que, ante la denegación y negación de la existencia de un riesgo que se ha acreditado como concurrente, a la trabajadora no se le podía exigir que renunciara a un salario cuando le era denegada aquel subsidio que lo sustituye, estando justificado que se protegiera acudiendo a medidas, como los permisos o vacaciones, que le iban a apartar, hasta tanto pudiera obtener una decisión judicial al respecto, de una actividad que entendía generadora del riesgo para la lactancia natural de su hijo.

Lo anterior no va contra el principio de prohibición del enriquecimiento injusto. En efecto, no puede aceptarse que el hecho de haber estado la actora con permisos retribuidos y en periodo de vacaciones, en tiempo en el que correspondía la situación de riesgo durante la lactancia, vaya a generar un prohibido enriquecimiento injusto al haber percibido los salarios correspondientes a esas situaciones ya que la empresa no ha resultado perjudicada patrimonialmente en tanto que la gestión y el pago del subsidio que se reclama debe realizarse por la Mutua, que en ningún momento asumió la existencia de riesgo; además, el hecho de que la trabajadora haya tenido que acudir a los permisos y vacaciones fue la única medida a la que pudo acogerse, precisamente, para la protección de la salud propia y de su hijo, evitando con ello lo que ha quedado acreditado, que es estar prestando una actividad con riesgo para la lactancia de aquel. Por tanto, no concurren los elementos en los que descansa el principio general del enriquecimiento injusto que, según doctrina reitera, precisa la concurrencia de una ventaja patrimonial para una de las partes junto con el empobrecimiento de la otra, que exista una conexión entre dichas situaciones y, también, una falta de causa o justificación, como se recordara ya en la STS de 20 de enero de 1987 y otras posteriores.

Del mismo modo, no es posible trasladar aquí el efecto jurídico que tiene la incapacidad temporal en su concurrencia con una situación de riesgo durante la lactancia natural ya que no es lo mismo estar con el contrato suspendido por incapacidad temporal, en la que no hay, precisamente, actividad laboral, y, por tanto, tampoco concurre el riesgo durante la lactancia, estando la trabajadora protegida por el sistema de seguridad social, con la situación de una trabajadora que se ve obligada a tener que reincorporarse al trabajo en el que está presente el riesgo y solicitado de la Mutua correspondiente la protección del sistema, le es denegada cuando, finalmente, se ha constatado el riesgo, y, por tanto, debió de serle reconocida desde el mismo momento en que lo reclamó. Nada tiene que ver con la situación de incapacidad temporal, en la que la trabajadora está

Síguenos en...



liberada de asistir al trabajo, con haber tenido que tomar unos permisos retribuidos o vacaciones que, en todo caso, no son situaciones de suspensión del contrato de trabajo y, como se ha indicado, fueron las únicas medidas a las que pudo acogerse la trabajadora para protección de su salud y la del hijo, ante la negativa de la Mutua de la existencia del riesgo.

TERCERO.

Lo anteriormente expuesto, oído el Ministerio Fiscal, nos lleva a estimar el recurso y casar la sentencia recurrida, por lo que, pasando a resolver el debate planteado en suplicación, debemos estimar el de tal clase interpuesto por la parte actora y, con revocación parcial de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón, de fecha 9 de diciembre de 2021, declarar el derecho de la parte actora al percibo del subsidio económica por riesgo durante la lactancia a partir del 29 de mayo de 2020, manteniendo el resto de sus pronunciamientos.

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 la letrada D^a María Josep Martínez I Cledera, en nombre y representación de D^a Adela, contra la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2022, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 691/2022.

2.- Casar la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el de tal clase interpuesto por la demandante D^a Adela, y con revocación parcial de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón, de fecha 9 de diciembre de 2021 en autos núm. 460/020, declarar el derecho de la demandante a percibir el subsidio reconocida desde el 19 de mayo de 2020, manteniendo la sentencia de instancia en el resto de sus pronunciamientos.

3.- No procede la 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...

