

## Sentencia T.S.J. Murcia 1012/2012, de 3 de diciembre

MURCIA

SENTENCIA: 01012/2012

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

PASEO GARAY, 7. PLANTA 2

Tfno: 968229215-18

Fax:968229213

NIG: 30030 44 4 2011 0004264

402250

TIPO Y N.º DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0000464 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: SEGURIDAD SOCIAL 0000376 /2011 JDO.  
DE LO SOCIAL n.º 003 de MURCIA

Recurrente/s: Herminia

Abogado/a: MARTA HERNANDEZ FERNANDEZ

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: FREMAP FREMAP, SERVICIO MURCIANO DE SALUD SERVICIO  
MURCIANO DE SALUD, HOSPITAL SAN CARLOS, INSS, TESORERIA  
GENERAL DE LA SEG. SOCIAL

Abogado/a: MARIA JOSEFA ORENES MIRALLES, LETRADO  
COMUNIDAD(SERVICIO PROVINCIAL), LETRADO SEGURIDAD SOCIAL

Procurador/a:

Graduado/a Social:

En MURCIA, a tres de Diciembre de 2012

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos Sres D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, de acuerdo

con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Herminia, contra la sentencia número 0364/2011 del Juzgado de lo Social número 3 de Murcia, de fecha 22 de Septiembre, dictada en proceso número 0376/2011, sobre SEGURIDAD SOCIAL, y entablado por Herminia frente a HOSPITAL SAN CARLOS; MUTUA FREMAP; SERVICIO MURCIANO DE SALUD; INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, quien expresa el criterio de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**—La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y en el que consta sentencia, en la que figuran declarados los siguientes hechos probados: "PRIMERO.- D.<sup>a</sup> Herminia figura afiliada al Régimen General de la Seguridad Social como consecuencia de sus servicios prestados para U.S.P. HOSPITAL SAN CARLOS MURCIA, S.L., teniendo dicha entidad cubiertas las contingencias profesionales, y la de Riesgo por lactancia y embarazo, con la MUTUA FREMAP. SEGUNDO.- La actora viene desempeñando su trabajo como Técnico de Rayos X. para el citado Hospital con turno fijo de mañanas gozando de jornada reducida desde 8-11-08 de 31,25% de la jornada, prestada en horario de 9:30 a 15:00 horas de Lunes a Viernes. TERCERO.- La actora dio a luz el NUM000 de 2010, iniciando el descanso por maternidad desde esa fecha, con fecha de finalizando prevista para el 19-2-11, encontrándose desde esa fecha su bebé en proceso de lactancia. En fecha 6-4-11 inició proceso de incapacidad temporal por enfermedad común, con una base reguladora de 28,51 €/día. CUARTO.- Solicitó prestación económica de Riesgo Laboral durante la lactancia natural, presentando formulario escrito sobre "solicitud de certificado médico sobre la existencia de Riesgo durante el embarazo o la lactancia natural". En el citado escrito alegó que la fecha de finalización del descanso maternal era el 19-2-11, y que la situación protegida era Riesgo durante la lactancia, que era Técnico de Rayos y acompañando:

1).- P-10 en el que se indicaba la fecha del parto y que estaba en fase de lactancia.

2).- CERTIFICADO DE EMPRESA sobre Actividad desarrollada y las condiciones de trabajo de la actora, en el que se citaba como riesgos de forma genérica se mencionaban como características de su puesto: Trabajo a turno fijo de mañana, exposición a radiaciones ionizantes, exposición con sustancias nocivas o tóxicas, exposición a contaminantes biológicos, fatiga mental, fatiga física por posición y desplazamiento (estas menciones extraídas de los datos recogidos por el Servicio de Prevención ajeno SERMECON de 29-3-10).

3).- DECLARACIÓN DE LA EMPRESA SOBRE INEXISTENCIA DE PUESTOS DE TRABAJO O FUNCIONES COMPATIBLES.

**Quinto.**—En fecha 18-2-11 se emite Certificado médico por la Mutua a los efectos previstos en los Arts. 26.2 de la LPRL y 39.2 y 39.5 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo en el que se indicaba que: Del examen médico de la trabajadora cuyos datos obraban al `pie del escrito, así como del análisis de la documentación que aporta, NO se evidenciaba que se encontrase sometida en la fecha de emisión a condiciones de su puesto de trabajo que pudieran influir negativamente en la lactancia natural. Por acuerdo de la Mutua de 18-2-11 se deniega el derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia, siendo notificado dicho acuerdo a la actora y a la empresa. SEXTO.- Que la trabajadora no prestando su conformidad con la citada Resolución presenta escrito de reclamación previa ante FREMAP y ante el INSS el 30-3-11 y por la Mutua en fecha Supervisor médico del Centro de Gestión de FREMAP, por la que se ratifica el anterior. SÉPTIMO.- La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 28,51 €/día. OCTAVO.- De las pruebas periciales (médica y técnica) de la Mutua se llega a la conclusión de que la actora en su puesto de trabajo, presta servicios en la Zona de radiología, ecografía (sin manejo de técnica de ultrasonidos) y scanner del Hospital San Carlos, siendo su principal tarea la de situar o colocar a los pacientes en la postura adecuada para práctica de las pruebas, saliendo de las respectivas de las salas correspondientes a las zonas de exposición antes de activar el mecanismo correspondiente. En los equipos que maneja la actora se utiliza desde el año 2007 sistema de revelado digital que no precisa el uso de líquido alguno, y el Técnico de rayos pasa la mayor parte del tiempo en una Sala desde donde se manejan los equipos de las salas contiguas. Su turno es fijo de mañana y en jornada reducida de 9,30 a 15 horas por razones de guarda legal. A la actora y al resto de técnico del equipo se les controla mensualmente el resultado de sometimiento a radiaciones sin que en el año 2009 y 2010 se le haya detectado sometimiento a radiación alguna. Según el Comité de Lactancia materna de la Sociedad Española de Pediatría, las radiaciones ionizantes no afectan a la leche materna, ni por tanto la leche al bebé. Tampoco está demostrado según la citada Sociedad, que la carga física, ni las posturas forzadas ni los movimientos repetitivos incidan en la lactancia materna los desplazamientos. La actora no está sometida en su puesto de trabajo a riesgos químicos, ni vibraciones, ni ruidos o temperaturas extremas, ni al uso de productos

farmacéuticos (como citotóxicos, anestésicos...etc.) al utilizar sistema digitalizado desde el año 2007 en el revelado. Tampoco hay constancia de riesgos biológicos, salvo los eventuales riesgos accidentales de pinchazo, de cualquier personal sanitario, si bien los técnicos de rayos no hacen tratamientos ni pinchan a pacientes. Tampoco maneja ni trata residuos sanitarios y está sometida a trabajo a turnos ni a trabajo nocturno. NOVENO.- Ha quedado agotada la Vía Previa Administrativa"; y el fallo fue del tenor siguiente: "Que desestimando la demanda formulada por D.ª Herminia, contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), SERVICIO MURCIANO DE SALUD, FREMAP, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, N.º 61, y U.S.P. HOSPITAL SAN CARLOS MURCIA, S.L., debo declarar y declaro no haber lugar pretensiones de la misma, absolviendo a las partes demandadas de dicha demanda, y confirmando el Acuerdo de la Mutua recurrido".

**Segundo.**—Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la Letrada doña Teresa García Carrillo, en representación de la parte demandante, con impugnación de la Letrada doña María José Orenes Miralles, en representación de la Mutua demandada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Fundamento Primero.**-La actora, doña Herminia, presentó demanda, solicitando: "mi derecho a percibir prestación económica de Riesgo laboral durante la lactancia natural, al amparo del art. 26 de la Ley de prevención de Riesgos Laborales, según redacción dada por la LO 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, ya que las condiciones de mi puesto de trabajo pueden influir negativamente en la salud de mi hijo lactante, en tanto en cuanto dure dicha situación, en cuantía y efectos reglamentarios".

La sentencia recurrida desestimó la demanda.

La actora instrumentó recurso de suplicación y pide que se estime la demanda.

Mutua Fremap se opone.

**Fundamento Segundo.**-Se instrumenta un motivo de recurso para la REVISION DE LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS A LA VISA DE LAS PRUEBAS DOCUMENTALES Y PERICIALES PRACTICADAS, AL AMPARO DE LO ESTABLECIDO EN EL ART. 191,B) DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL.

Se considera necesaria la modificación del Hecho Probado Octavo, con la siguiente redacción:

"(...)Del puesto de trabajo de la actor a se desprenden los siguientes riesgos, entre otros, para el desarrollo normal de la lactancia natural:

Exposición a radiaciones ionizantes, exposición a sustancias nocivas y tóxicas, exposición a contaminantes biológicos (presencia de residuos sanitarios y pacientes infecciosos), fatiga mental, fatiga física por bipedestación y desplazamiento. No existe otro puesto de trabajo compatible con la lactancia materna".

La parte recurrida se opone.

Vistas las alegaciones formuladas, la Sala entiende que la revisión es inviable, pues no existe prueba que no puede considerarse de inferior valor científico que avala el relato fáctico. No cabe sustituir el criterio de la Juzgadora "a quo"por el más subjetivo de parte, cuando no se evidencia erróneo.

**Fundamento Tercero.**-Se instrumenta otro motivo de recurso para el EXAMEN DE LAS INFRACCIONES DE NORMAS SUSTANTIVAS O DE LA JURISPRUDENCIA EN LA SENTENCIA DE INSTANCIA, AL AMPARO DE LO ESTABLECIDO EN EL ART. 191.C) DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL.

Se considera por la recurrente que la Sentencia de Instancia infringe por inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea entre otras, las siguientes disposiciones legales:

- Artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

- Artículo 135 bis y 135 ter de la LGSS, en su redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo.

Estima la parte recurrente que en el presente caso se dan los supuestos exigidos legalmente por el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con lo dispuesto en el artículo 135 de la LGSS, para que a la actora se le reconozca en situación de Riesgo durante la Lactancia Natural, pues consta acreditado en Autos la existencia de Riesgo en el trabajo de la actora, fundamentalmente riesgo biológico y de radiaciones ionizantes, además que atiende a pacientes que en ocasiones, no acuden suficientemente diagnosticadas, como es el caso de los pacientes que ingresan por Urgencias.

La Mutua se opone.

Vistas las alegaciones formuladas, la Sala entiende que el motivo no puede prosperar pues, conforme refiere el hecho probado octavo "De las pruebas periciales (médica y técnica) de la Mutua se llega a la conclusión de que la actora en supuesto de trabajo, presta servicios en la Zona de radiología, ecografía (sin manejo de técnica de ultrasonidos) y scanner del Hospital San Carlos, siendo su principal tarea la de situar o colocar a los pacientes en la postura adecuada para práctica de las pruebas, saliendo de las respectivas de la salas correspondientes a las zonas de exposición antes de activar el mecanismo correspondiente.

En los equipos que maneja la actora se utiliza desde el año 2007 sistema de revelado digital que no precisa el uso de líquido alguno, y el Técnico de rayos pasa la mayor parte del tiempo en una Sala desde donde se manejan los equipos de las salas contiguas.

Su turno es fijo de mañana y en jornada reducida de 9,30 a 15 horas por razones de guarda legal. A la actora y al resto de técnico del equipo se les controla mensualmente el resultado de sometimiento a radiaciones sin que en el año 2009 y 2010 se le haya detectado sometimiento a radiación alguna.

Según el Comité de Lactancia materna de la Sociedad Española de Pediatría, las radiaciones ionizantes no afectan a la leche materna, ni por tanto la leche al bebé.

Tampoco está demostrado según la citada Sociedad, que la carga física, ni las posturas forzadas ni los movimientos repetitivos incidan en la lactancia materna los desplazamientos.

La actora no está sometida en su puesto de trabajo a riesgos químicos, ni vibraciones, ni ruidos o temperaturas extremas, ni al uso de productos farmacéuticos (como citotóxicos, anestésicos...etc.) al utilizar sistema digitalizado desde el año 2007 en el revelado. Tampoco hay constancia de riesgos biológicos, salvo los eventuales riesgos accidentales de pinchazo, de cualquier personal sanitario, si bien los técnicos de rayos no hacen tratamientos ni pinchan a pacientes.

Tampoco maneja ni trata residuos sanitarios y está sometida a trabajo a turnos ni a trabajo nocturno"; y, de tales hechos, no cabe extraer que se produzca el riesgo que debería fundar la pretensión.

El motivo fracasa.

## **FALLO**

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por Herminia, contra la sentencia número 0364/2011 del Juzgado de lo Social número 3 de Murcia, de fecha 22 de Septiembre, dictada en proceso número 0376/2011, sobre SEGURIDAD SOCIAL, y entablado por Herminia frente a HOSPITAL SAN CARLOS; MUTUA FREMAP; SERVICIO MURCIANO DE SALUD; INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banesto, cuenta número: 3104000066046412, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banesto, cuenta corriente número 3104000066046412, Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, haciendo constar como concepto el de Recursos y como dígito el 35.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.