



Roj: **STS 3039/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3039**

Id Cendoj: **28079140012018100692**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2018**

Nº de Recurso: **396/2017**

Nº de Resolución: **739/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 3405/2016,**
STS 3039/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **396/2017**

Ponente: Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 739/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 11 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por MUTUALIA, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 2, representada y defendida por la Letrada Dña. Raquel Martínez Balbas, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 8 de noviembre de 2016, en el recurso de suplicación nº 1985/2016, interpuesto frente a la sentencia dictada el 8 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao, en los autos nº 1034/2015, seguidos a instancia de Doña Agueda, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social de Bizkaia, Transporte Sanitario Bizkaia S.L. y Mutualia Matepss número 2, sobre seguridad social.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida Doña Agueda, representada y defendida por el Letrado D. Alberto Abasolo Abasolo y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por el letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 8 de junio de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 7 de Bilbao, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Desestimo la demanda interpuesta por DÑA Agueda frente a INSS, TGSS TRANSPORTE SANITARIO URGENTE BIZKAIA SL y MUTUA MATEPSS NUMERO 2 en cuanto a la prestación de lactancia solicitada absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas respecto a dicha cuestión en la demanda, declarándose por otro lado, la incompetencia de Jurisdicción Social para el conocimiento de la pretensión indemnizatoria patrimonial acumulada en la demanda, sin pronunciamiento de fondo sobre dicha cuestión, y sin perjuicio de las acciones que a la parte pudieran corresponder sobre dicha materia ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«PRIMERO.- La actora DÑA Agueda mayor de edad con DNI N° NUM000 afiliada a la Seguridad Social n° NUM001 presta servicios por cuenta y cargo de la empresa, TRANSPORTE SANITARIO BIZKAIA S.L, que tiene cubierto el riesgo con la Mutua MUTUALIA MATEPSS N° 2 como enfermera de transporte sanitario. Realiza su actividad mensualmente siete días en turno de día con horario de 9:00 h a 21h y otros siete, en turno de noche con horario de 21:00 h a 9.00 h, descansando el resto.

Tiene su base operativa en el Centro de Carranza con dicho ámbito geográfico de actuación. Dicho centro cuenta con instalaciones que permiten extraer y conservar la leche materna convenientemente.

SEGUNDO.- Los cometidos de la actora son las de ayudar al responsable del equipo (conductor) en todas sus tareas, efectuar las técnicas y aplicar los conocimientos adquiridos en diplomatura como enfermera a los pacientes que lo necesiten, mantener estables a los pacientes, transportar a los pacientes aplicando las técnicas correctas en cada caso, limpieza del vehículo externa e interna, revisiones mecánicas del vehículo, rellenar documentos de traslados y hojas de liquidación establecer buena relación con el pacientes.

TERCERO.- La actora solicitó la prestación por riesgo de embarazo con fecha 2-2-15 siendo reconocida a partir del 1-4-15 por carga física y nocturnidad.

Tras el alumbramiento, el disfrute del permiso de maternidad, y las vacaciones, la actora se reincorpora a su puesto de trabajo el día 3-2-16.

CUARTO.- La Sra. Agueda solicita el reconocimiento de la prestación de riesgo laboral para la lactancia el 20-10-15. Por la Mutua MUTUALIA se requirió nueva documentación, y el 17-11-15 se le comunica a la actora, Acuerdo denegatorio por considerar que en su puesto de trabajo no se han acreditado riesgos que contraindiquen la lactancia.

QUINTO.- Evaluado el puesto de trabajo por parte de una facultativa especializada de la MUTUA se informa que en el puesto de trabajo no hay agentes químicos etiquetados con la frase R 6 y 61, no hay sustancias cancerígenas ni mutagénicas, no hay sustancias etiquetadas con la frase R 64 (pueden afectar a los niños alimentados con leche materna). Se indica además que la exposición a toxoplasma y virus de rubeola supone riesgo para embarazo pero no para la lactancia, y que los riesgos de seguridad y ergonómicos como manipulación de cargas, posturas forzadas etc no influyen en la lactancia natural.

SEXTO.- La base reguladora de la prestación solicitada correspondiente al periodo del 3-2-16 al 20-5-16 ascendería a 2.798,76 euros mensuales.

SEPTIMO.- Se ha agotado la vía de reclamación previa».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia con fecha 8 de noviembre de 2016, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n° 7 de los de Bilbao de 8-6-2016 , procedimiento 1034/15, por don Alberto Abásolo Abásolo, letrado que actúa en nombre y representación de doña Agueda , y con revocación de la misma, se declara el derecho de la actora a percibir la prestación correspondiente por riesgo durante la lactancia, condenando al INSS, TGSS, Mutualia, Mutua colaboradora de la Seguridad Social N° 2 y Transporte Sanitario Bizkaia, S.L., a estar y pasar por la anterior declaración, y a la entidad que cubre el riesgo a su satisfacción por el período correspondiente al que comprende del 3 de febrero al 20 de mayo de 2016, con una base reguladora de 2.798,76 euros mensuales, sin costas».

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Doña Raquel Martínez Balbas en representación de MUTUALIA, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social n° 2, mediante escrito de 10 de enero de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 25 de octubre de 2013 (Rec. 4027/2013).



CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 4 de mayo de 2017 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 las partes recurridas para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 19 de junio de 2018, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para unificación de doctrina es si tiene o no derecho a la prestación por riesgo durante el período de lactancia natural una enfermera de transporte sanitario que realiza mensualmente su actividad en turnos de siete días con horario de 9:00 a 21 h y siete días en turno de noche (de 21:00 a 9:00 h).

2. Consta probado que la actora tiene su base operativa en el Centro de Carranza con dicho ámbito geográfico de actuación y que dicho centro cuenta con instalaciones que permiten extraer y conservar la leche materna convenientemente. Los cometidos de la actora son las de ayudar al responsable del equipo (conductor) en todas sus tareas, efectuar las técnicas y aplicar los conocimientos adquiridos en diplomatura como enfermera a los pacientes que lo necesiten, mantener estables a los pacientes, transportar a los pacientes aplicando las técnicas correctas en cada caso, limpieza del vehículo externa e interna, revisiones mecánicas del vehículo, rellenar documentos de traslados y hojas de liquidación establecer buena relación con el paciente. La trabajadora solicitó la prestación por riesgo de embarazo con fecha 2-2-15 siendo reconocida a partir del 1-4-15 por carga física y nocturnidad. Tras el alumbramiento, el disfrute del permiso de maternidad, y las vacaciones, la actora se reincorpora a su puesto de trabajo el día 3-2-16, y solicita la prestación de riesgo laboral para la lactancia el 20-10-15. Por la Mutua MUTUALIA se requirió nueva documentación, y el 17-11-15 le comunica acuerdo denegatorio por considerar que en su puesto de trabajo no se han acreditado riesgos que contraindiquen la lactancia. Evaluado el puesto de trabajo por parte de una facultativa especializada de la MUTUA se informa que en el mismo no hay agentes químicos etiquetados con la frase R 6 y 61, no hay sustancias cancerígenas ni mutagénicas, no hay sustancias etiquetadas con la frase R 64 (pueden afectar a los niños alimentados con leche materna). Se indica además que la exposición a toxoplasma y virus de rubeola supone riesgo para embarazo, pero no para la lactancia, y que los riesgos de seguridad y ergonómicos como manipulación de cargas, posturas forzadas etc no influyen en la lactancia natural. La base reguladora de la prestación solicitada, correspondiente al periodo del 3-2-16 al 20-5-16 ascendería a 2.798,76 euros mensuales.

3. La sentencia impugnada, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 8 de noviembre de 2016 (rec. 1985/16) revoca la resolución de instancia (desestimatoria de la demanda formulada por la actora), declarando el derecho de la demandante a percibir la prestación correspondiente por riesgo durante la lactancia. Indica que no consta acreditado en este caso que existan lugares donde la preservación de la maternidad quede total y plenamente garantizada, como requiere la dignidad de la persona y el pudor que merece su propia intimidad, aunque se diga que hay un lugar donde extraer y conservar la leche materna, y, además, que, por mor de la aplicación de los criterios de la Asociación Española de Pediatría, cuando concurren turnos de doce horas, se producen "alteraciones en el ritmo de sueño del trabajo nocturno que alteran el ciclo circadiano de la secreción de leche, incidiendo en la lactancia."

SEGUNDO.- 1.- Disconforme con dicha sentencia se alza ahora en casación unificadora MUTUALIA, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 2, aportando como sentencia de contraste la pronunciada el 23 de octubre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (rec. 4027/2013) que, estimando los recursos de suplicación interpuestos, revoca la sentencia de instancia y desestima la demanda.

Los datos fácticos de los que parte son los que siguen: 1) La actora viene prestando servicios para la empresa demandada como conductora TTS, consistiendo su trabajo en recogida y traslado de enfermos en vehículos de ambulancias de urgencias, realizando turnos de 12 horas en horario de 21:00 a 9:00 horas. 2) Durante el período de embarazo se le reconoció la baja por riesgo durante el embarazo con efectos desde el 15/02/11 hasta la fecha del parto (1 de octubre de 2011). 3) La empresa CAPRESA realizó, en fecha 7/02/12, una valoración para determinar si existía riesgo para la lactancia en el que concluye "No observamos en la evaluación de riesgos correspondientes a su categoría profesional la presencia de ningún elemento de riesgo que pudiera afectar a la lactancia materna ni cuantitativa ni cualitativamente." Dicho informe fue contestado por la actora en escrito sellado por la Mutua el día 14/02/12, en el que muestra su total desacuerdo. 4) La actora solicitó certificado médico del facultativo del Servicio Público de Salud y presentó solicitud de certificado médico sobre la existencia de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural ante la Mutua, según sello de la misma,



que consta en el documento, en fecha 14/02/12 y le fue denegada por la Mutua demandada en escrito de fecha 20/02/12 por considerar que no concurre la situación de riesgo. 5) En el certificado de empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones de trabajo de la actora consta que el puesto de trabajo desempeñado presenta riesgos en la situación de embarazo o lactancia natural (no se marca ni se tacha la elección que no proceda o que proceda como exige el impreso), que los riesgos específicos, durante el embarazo o la lactancia natural quedan registrados en el documento adjunto, que no ha sido posible modificar las condiciones o tiempos de trabajo de la actora para evitar el riesgo, y que no existe otro puesto de trabajo compatible con su estado. 6) En los documentos adjuntos a este certificado, cuyo título es "DESCRIPCIÓN DE LOS RIESGOS Y EXPOSICIÓN DE LA DECLARACIÓN EMPRESARIAL" consta que la actora está expuesta a agentes químicos por exposición inhalatoria y dérmica, que está expuesta a riesgo provocado por Agentes Biológicos y en concreto "accidental, per contacte amb fluids biològics d'usuari malalt o per trasllat de malalt infectocontagiós. Tipus d'agent biològic: de qualsevol tipus, donat que l'exposició es accidental". Asimismo consta que realiza manejo de pesos, arrastre y empuje y concreta "Pes variable en funció del pes que presenti l'usuari transportat. Les càrregues poden ser molt elevades en tractar-se de persones, feqüentment amb sobrepés en els casos de poca o escassa mobilitat. Les condicions de manipulació varien a cada servei en funció de les condicions de usuari i característiques arquitectòniques del domicili o centres sanitaris." 7) La empresa no tiene ningún lugar habilitado para que la actora pueda extraerse la leche para la lactancia. 8) Según la declaración de la testigo perito propuesta por la empresa la limpieza de las ambulancias se realiza semanal y diariamente y la desinfección consiste en echar un producto dentro de la ambulancia, cerrarla para que dentro actúe el producto y dejar que permanezca cerrada la ambulancia alrededor de una hora antes de poder volver a entrar.

En su fundamentación, transcribiendo diversas sentencias dictadas en unificación y el propio criterio de la Sala, concluye que "no ha quedado acreditado el riesgo específico para la lactancia de la actora, llegando a afirmar la propia sentencia de instancia que tales riesgos son los que caracterizan a cualquiera que realiza el mismo trabajo, y lo mismo respecto a los turnos conforme a la mencionada doctrina jurisprudencial, siendo sin fundamento alguno lo afirmado por el impugnante de que si se da un riesgo general más ha de participar en él la lactante, pues la jurisprudencia es clara y precisa al exigir ese riesgo específico que en el presente caso ni se ha dado ni ha quedado mínimamente acreditado, siendo los informes desestimatorios."

2.- Por el Ministerio Fiscal se informa que la sentencia referencial se ajusta a la doctrina unificada.

El Letrado de la parte actora en su escrito de impugnación niega la existencia de contradicción -y señala la falta dependencias adecuadas-, mientras que el INSS en su escrito da por evacuado el trámite.

TERCERO.-1 . Debemos analizar prioritariamente si las resoluciones judiciales enfrentadas son realmente contradictorias, en tanto que el art. 219 LRJS exige -para la viabilidad del RCUD- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, y que el cumplimiento de esta exigencia se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS SG 13/07/17 -rcud 2976/15 ; 18/07/17 -rcud 1532/15 -; y 19/07/17 -rcud 3255/15 -), sin que tal contradicción pueda surgir -tan sólo- de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias (SSTS -por ejemplo- 05/07/17 -rcud 2734/15 -; 11/07/17 -rcud 2871/15 -; y 13/07/17 -rcud 2788/15 -) y sin que a la par sea exigible una identidad absoluta entre los supuestos a enjuiciar (SSTS, entre tantas anteriores, 30/06/17 -rcud 3402/15 -; 11/07 / 17 -rcud 2871/15 -; y 13/07/17 -rcud 2788/15 -).

Pero también debemos referir que si bien el indicado examen de la contradicción normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, de todas formas hay situaciones en las que «la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial de los supuestos contrastados únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata» (SSTS 09/12/10 -rcud 831/10 -; SG 20/10/15 -rcud 1412/14 -; SG 23/11/16 -rcud 815/15 -; 15/05/17 -rcud 1495/15 -).

2. La reseña de las sentencias comparadas, pone de manifiesto en este caso que entre ellas existen evidentes similitudes, por cuanto que en ambas se trata de enfermeras TTS sometidas a turnos de trabajo prolongados, con prestación de servicios en horario nocturno y diurno, que solicitan el subsidio por riesgo durante la lactancia natural con ese fundamento, y mientras que la resolución judicial impugnada acoge dicha prestación, la invocada como referencial la deniega al apreciar que no ha quedado probada la concurrencia de un riesgo específico.

En ambos casos las trabajadoras prestan tareas similares y en el mismo medio, coincidiendo turnos nocturnos de análogos periodos diarios. A los efectos de la pretensión, los riesgos que se consideran



son sustancialmente similares. Así, en ambos casos la turnicidad y nocturnidad referidas, no siendo específicamente considerados los biológicos. No obstante lo anterior, las conclusiones se muestran divergentes en una y otra, señalando en la de contraste que esos riesgos no son riesgos específicos para la lactancia, mientras que en la recurrida se valora la incidencia de la alteración del ritmo en la lactancia.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste, ha de estimarse por tanto que concurren los requisitos de contradicción exigidos por el art. 219 LRJS, pues ante circunstancias similares, las respectivas Salas de aplicación alcanzan pronunciamientos diversos que ofrecen apariencia de contradicción.

CUARTO.- 1. La parte recurrente denuncia la infracción de los arts. 135 bis y 135 ter del RD Legislativo 1/994 TRLGSS, en relación con la doctrina jurisprudencial que relaciona, conforme a la cual el régimen de jornada a turnos con distribución horaria nocturna no se considera per se un riesgo para la lactancia.

Con carácter previo hemos de subrayar que ha resultado acreditado que, evaluado el puesto de trabajo por parte de una facultativa especializada de la MUTUA, en el mismo no hay agentes químicos etiquetados con la frase R 6 y 61, no hay sustancias cancerígenas ni mutagénicas, no hay sustancias etiquetadas con la frase R 64 (pueden afectar a los niños alimentados con leche materna). Se indica además que la exposición a toxoplasma y virus de rubeola supone riesgo para embarazo pero no para la lactancia, y que los riesgos de seguridad y ergonómicos como manipulación de cargas, posturas forzadas etc., no influyen en la lactancia natural.

Sentado lo anterior, y con arreglo al criterio general establecido en la sentencia de 1 de octubre de 2012 (Rec. 2373/11), conociendo de la reclamación formulada por una ATS/DUE adscrita al servicio de urgencias de un Hospital, venimos afirmando que las circunstancias de trabajo a turnos o en jornada nocturna no son factores de riesgo contemplados en los Anexos VII y VIII del Reglamento de los Servicios de Prevención *"por mucho que resulte recomendable no hacer turnos nocturnos ni rotatorios y que los mismos no sobrepasen las 8 horas y que tengan adecuados períodos de descanso, como ciertamente sería deseable, como desiderátum para todos los trabajadores. Consideración no obstada por el hecho de que el art. 26.1 LPR (en transposición del art.7.1 de la Directiva 82/85/CEE) contemple la no realización de trabajo nocturno respecto de la trabajadora en situación de embarazo o parto reciente, cuando resulte necesario, que no es el caso"*.

Solución que ya aplicamos en la sentencia de 23 de enero de 2012 (rec. 1706/12) en un procedimiento tramitado a instancia de una camillera y que hemos seguido en otros litigios promovidos por personal sanitario en sentencias de 21 de marzo de 2013 (rec. 1563/12) - médico de urgencias hospitalarias -, 24 de junio de 2013 (rec. 2488/12) - enfermera en Servicio de Neonatología de un hospital -, y 7 de abril y 28 de octubre de 2014 (rec. 1724/13 y 2542/13) - ATS/DUE en servicio de urgencias de un centro hospitalario -.

Dicha pauta general, como ha declarado esta Sala, admite una excepción en aquellos supuestos en que la incompatibilidad de la toma directa no se pueda paliar con la extracción de leche y su conservación, en razón del lugar y de las condiciones en que se desarrolla la prestación de servicios, como en el caso de las tripulantes de cabina de aviones (sentencias de 24 de abril, 21 de junio y 22 de noviembre de 2012, rec. 818/11, 2361/11, 1265/11 y 2361/11), si bien constituyendo una excepción la prueba de las circunstancias determinantes de esa incompatibilidad corresponde a la trabajadora.

2.- Como señala esta Sala IV/ TS en sentencia de 26-junio-2018 -Pleno- (rcud. 1398/2016), en supuesto sustancialmente igual:

"En primer lugar, vamos a precisar que, en virtud de los arts. 26 LPRL y 135 bis LGSS, la situación protegida es la que se produce por la concurrencia de riesgos para la lactancia natural que obligan a la empresa a suspender el contrato mientras el menor no alcance nueve meses si la empresa no ha podido adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo ni cambiar a la trabajadora de puesto de trabajo. Como hemos apuntado en el Fundamento precedente, no consta en este caso declaración en este sentido de la empresa, pero sí se acredita que la empresa no ha ofrecido modificación de condiciones ni recolocación alguna, habiéndose cubierto el periodo indicado mediante el disfrute de permisos y de excedencia por cuidado de hijo, lo que evidencia una situación de hecho de apartamiento de la prestación de servicios por el periodo coincidente con el de lactancia materna protegida; sin que, por otra parte, la Entidad Gestora justificara la denegación en otra causa distinta que la inexistencia de riesgos -lo cual ratifica en el escrito de impugnación-. Por ello, no es objeto de esta *litis* la valoración de la conducta empresarial en la adopción de las medidas adecuadas ni puede exigirse que, ante la falta de declaración expresa al respecto por parte de la empleadora, a la trabajadora se le imponga la obligación de acreditar que no era posible la adaptación del puesto o la recolocación en otro distinto.

3. Nos encontramos ante la exigencia de la sentencia recurrida de que la evaluación de riesgos contemple de modo expreso la existencia de riesgos específicos.

Tras la inclusión de la prestación por riesgos durante la lactancia natural en nuestro ordenamiento jurídico por la Disp. Ad. 11ª de LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), que,



dando cumplimiento a la Directiva 92/85, modificó el art. 26.4 LRPL e incorporó los arts. 135 bis y ter LGSS , esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones en relación a la cuestión.

Precisamente en las primeras de nuestras sentencias, analizamos la particularidad que pudiera representar la evaluación de riesgos en relación a la lactancia natural, y señalamos allí que tal evaluación debía de ser específica y debía alcanzar la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición, para concluir que no se acredita el riesgo en un supuesto -como el entonces examinado- en que en los informes aportados no contenían elementos concretos que pudieran conducir al conocimiento de los riesgos en cuestión (STS/4ª de 17 marzo 2011(3) -rcud. 1864/2010 , 1865/2010 y 2448/2010-, 18 marzo 2011 (4) -rcud. 1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010-, 3 mayo 2011 -rcud. 2707/2010-, 22 noviembre 2011 -rcud. 306/2011- y 25 enero 2012 -rcud. 4541/2010-, todas ellas respecto a situaciones análogas, cuya doctrina reprodujo posteriormente la STS/4ª de 23 enero 2012 -rcud. 1706/2011 -).

Recordemos que la exigencia de la evaluación de los riesgos a efectos de su prevención se contiene en los arts. 14 y ss. LPRL , señalando, en particular el art. 16 que la misma «ha de tener una especial dimensión en supuestos especiales, como los de la situación de maternidad o lactancia natural de la trabajadora, a los que se refiere el art. 26».

Este aspecto de la inexistencia de específica evaluación de los riesgos desde la perspectiva de la incidencia de las condiciones del trabajo en la lactancia natural llevaba a resolver la cuestión de la carga de la prueba de la existencia de dicho riesgo específico, sosteniendo que corresponde «en parte a la trabajadora y en parte a la empleadora a las que va afectar tal importante vicisitud de la relación laboral» (STS/4ª de 18 marzo 2011 -rcud. 1863/2010 -, antes citada) y que esa distribución del gravamen probatorio, supone que es a la parte actora quien debe «desvirtuar las causas de denegación de la prestación».

4. Ahora bien, la doctrina de la STJUE de 19 octubre 2017, Otero Ramos, C-531/15 , aconseja una reflexión sobre la cuestión de la distribución de la carga de la prueba. En ella el Tribunal de la Unión admite la inversión de la carga de la prueba cuando la evaluación de riesgos no se hubiese llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el art. 4.1 de la Directiva 92/85 . Dicho precepto impone al empresario el deber de determinar, directamente o por medio de los servicios de prevención, «la naturaleza, el grado y duración de la exposición en las empresa o establecimientos de que se trate, de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 (en periodo de lactancia, para el caso)». Ello exige un examen específico de la situación de la trabajadora que tenga en cuenta su situación individual para determinar si su salud o la de su hijo están expuestas a un riesgo. De ahí que, cuando los riesgos que presenta un puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia no han sido evaluados con arreglo a lo dispuesto en el citado art. 4 de la Directiva, se priva a la afectada y a su hijo de la protección que debería otorgársele. Por tanto, no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en periodo de lactancia que a cualquier otro trabajador. Esa falta en la evaluación del riesgo supone, para el Tribunal de la Unión, un trato menos favorable a una mujer, vinculado a la lactancia, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del art. 2.2 c) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006 , relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

De esa doctrina se desprende que en supuestos en que la evaluación de riesgos no perfile de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, resultaría contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se le negara la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos sí constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia, como ocurre en el presente caso. Bastará a la trabajadora con acreditar que la evaluación de riesgos no se acomodaba a aquellas premisas esenciales.

5. En el actual litigio nos encontramos con una evaluación de riesgos que recoge todos aquéllos que concurren en el puesto de la actora; pero que, no obstante, no hace particular mención ni precisión sobre la afectación de las condiciones del puesto sobre la eventual situación de lactancia de la trabajadora.

Ante tal escenario, no cabe sostener que la pretensión de la demanda está huérfana de prueba de la existencia de riesgos específicos. Por el contrario, basta la lectura de la propia evaluación de riesgos -recogida en esencia en el Fundamento anterior- para deducir la concurrencia de circunstancias que, aceptada su incidencia sobre cualquier trabajador, tienen particular repercusión en el caso de la mujer en periodo de lactancia y, frente a tal apreciación que cabe hacer sin necesidad de especiales conocimientos técnicos -así, por ejemplo, respecto del riesgo de contagio por contacto con fluidos humanos diversos-, habrá de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia la que haya de desarrollar la actividad probatoria en contrario.

6. Precisamente, la STJUE del Asunto Otero Ramos añade que esta misma distribución del gravamen probatorio habrá que aplicar en relación con la existencia o inexistencia de puesto adaptable, lo que enlaza con lo que razonábamos al principio de este Fundamento: «...debe señalarse que las mismas reglas de prueba se



aplican en el marco del artículo 5 de la Directiva 92/85 . En particular, en la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y presenta elementos de prueba que permitan indicar que las medidas de protección previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo, es decir, la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto, no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas medidas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente».

7. Esta aproximación a la distribución de la carga de la prueba resulta acorde con la imprescindible vinculación entre las obligaciones de protección de la seguridad y salud de la trabajadora y el respeto al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres; y no sólo en el plano del Derecho de la Unión, puesto que resulta también más ajustada al cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 4 y 15 LOIMH, en tanto permite la consecución de la efectividad del principio de igualdad de oportunidades que informa el ordenamiento jurídico español.

Por ello, frente a la justificación de la denegación de la prestación por parte de la Entidad Gestora basada exclusivamente en no considerar el trabajo de la actora una actividad de riesgo, la constatación del listado de riesgos comunes de dicha actividad basta, en un caso como el presente, para sostener que ninguna duda cabe del efecto que algunos de ellos tiene sobre la lactancia materna -recuérdese que se identificaba como riesgo "la exposición a agentes químicos y biológicos"-, sin que la falta de precisa evaluación de tal eventualidad pueda situar a la trabajadora en una posición de exclusión del acceso a la protección.

(...) 1. Se suscita también en la controversia litigiosa la cuestión de la relevancia que el sistema de trabajo a turnos y/o nocturno pueda tener en la protección de la lactancia natural.

En efecto, con arreglo al criterio general establecido en la STS/4ª de 1 octubre 2012 (rcud. 2373/2011), conociendo de la reclamación formulada por una ATS/DUE adscrita al servicio de urgencias de un Hospital, las circunstancias de trabajo a turnos o en jornada nocturna no son factores de riesgo contemplados en los Anexos VII y VIII del Reglamento de los Servicios de Prevención (RD 39/1997, de 17 de enero) «por mucho que resulte recomendable no hacer turnos nocturnos ni rotatorios y que los mismos no sobrepasen las 8 horas y que tengan adecuados períodos de descanso, como ciertamente sería deseable, como desiderátum para todos los trabajadores». Esa solución ya fue aplicada en la STS/4ª de 23 enero 2012 (rcud. 1706/2011), en un procedimiento tramitado a instancia de una camillera, y ha sido seguida en otros litigios promovidos por personal sanitario en las STS/4ª de 21 marzo 2013 (rcud. 1563/2012) -médico de urgencias hospitalarias-, 24 junio 2013 (rcud. 2488/2012) -enfermera en Servicio de Neonatología de un hospital-, y 7 abril y 28 octubre 2014 (rcuds. 1724/2013 y 2542/2013, respectivamente)- ATS/DUE en servicio de urgencias de un centro hospitalario-.

Sin embargo, también hemos declarado que esa pauta general admite una excepción en aquellos supuestos en que la incompatibilidad de la toma directa no se pueda paliar con la extracción de leche y su conservación, en razón del lugar y de las condiciones en que se desarrolla la prestación de servicios, como en el caso de las tripulantes de cabina de aviones (STS/4ª de 24 abril, 21 junio y 22 noviembre 2012 -rcuds. 818/2011, 2361/2011, 306/2011 y 1298/2011, respectivamente-).

2. Ahora bien, en línea con esas últimas sentencias - y siguiendo la solución avanzada ya en la STS/4ª de 3 abril 2018 (rcud. 762/2017), en un supuesto de una enfermera cuyo puesto de trabajo y funciones eran análogas a los del presente caso- debemos poner de relieve que, no sólo el listado de los Anexos del Reglamento no es exhaustivo, sino que, además, la delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil, porque lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se ve dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral y, desde esa óptica, no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias. Por eso la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. No cabe, pues, limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación del hijo.

3. Por todo ello, debemos llevar a cabo una revisión de nuestra doctrina en los términos expuestos y, en consecuencia, declarar que es la sentencia de contraste la que ofrece una solución acomodada a Derecho".



QUINTO.- 1. Doctrina la expuesta, de aplicación al supuesto enjuiciado, y que, visto el informe del Ministerio Fiscal, nos lleva a desestimar el recurso formulado por MUTUALIA - Mutua colaboradora de la Seguridad Social nº 2- y a confirmar la sentencia recurrida que contiene la buena doctrina.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS , no procede la condena en costas.

FALLO

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

:

1º.- Desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por MUTUALIA, Mutua Colaboradora de la Seguridad Social nº 2, representada y defendida por la Letrada Dña. Raquel Martínez Balbas, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 8 de noviembre de 2016, dictada en el recurso de suplicación nº 1985/2016, interpuesto frente a la sentencia dictada el 8 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao , en los autos nº 1034/2015, seguidos a instancia de Dña. Agueda , contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Transporte Sanitario Bizkaia SL y Mutualia Matepss nº 2, sobre seguridad social.

2º.-Confirmar la sentencia recurrida.

3º.-Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.