



Roj: **STS 3610/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3610**

Id Cendoj: **28079140012020100879**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2020**

Nº de Recurso: **1887/2018**

Nº de Resolución: **923/2020**

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

Ponente: **IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 6870/2018,**  
**STS 3610/2020**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1887/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 923/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 19 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.<sup>a</sup> Amparo representada por la Procuradora D.<sup>a</sup> Rosa María Correcher Pardo bajo la dirección letrada de D. Jesús Santos Cerdán contra la sentencia de fecha 6 de febrero de 2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de suplicación núm. 341/2017, formulado frente a la sentencia de fecha 4 de septiembre de 2015, dictada en autos 893/2014 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Alicante, seguidos a instancia de dicha recurrente, contra Mutua Ibermutuamur, Instituto Nacional de la Seguridad Social y Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana, sobre prestación de riesgo durante la lactancia.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de partes recurridas Ibermutuamur, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 274, representada y asistida por el letrado D. José Jacinto Berzosa Revilla y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y asistido por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Con fecha 4 de septiembre de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Alicante, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Estimando íntegramente la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D<sup>a</sup>. Amparo frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, CONSELLERÍA DE SANIDAD y MUTUA IBERMUTUAMUR sobre PRESTACIÓN DE RIESGO DURANTE LA LACTANCIA, DECLARO el derecho de la actora a percibir la referida prestación, absolviendo a la Conselleria de Sanidad de las pretensiones deducidas en su contra y condenando al INSS y a Mutua Ibermutuamur a estar y pasar por dicha declaración, y a la referida Mutua, al abono de la citada prestación sobre una base reguladora de 69,91 euros diarios, con efectos desde el día siguiente a la finalización de la baja por maternidad, salvo que la actora haya encadenado a esta el disfrute de su periodo de vacaciones, en cuyo caso será desde el día siguiente a la finalización de dicho periodo: y hasta que los menores cumplan nueve meses o hasta que legalmente proceda su extinción".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Dña. Amparo, cuyos datos personales obran en autos, viene prestando servicios en la categoría profesional ATS/SAMU del Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante, en la unidad SAMU ALFA 10 de DIRECCION000 (Alicante), con horario de 9:30 a 21:30 horas.

El día 6/06/14 dio a luz a dos menores en parto múltiple, proporcionándoles lactancia natural y disfrutando de la prestación de maternidad con fecha de efectos económicos de 6/06/14 hasta el 9/10/14.

La actora tiene una mayor susceptibilidad a contraer infecciones en la mama, de hecho en la fecha del juicio había sufrido tres procesos de mastitis tal y como se infiere del documento 10 de su ramo de prueba.

La cobertura de los riesgos profesionales corresponde a la MUTUA IBERMUTUAMUR desde el 1/01/14.

SEGUNDO.- La actora solicitó evaluación sobre adaptación del puesto de trabajo para la protección durante la lactancia al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales Unidad Periférica núm. 7 de Alicante, quien emitió en fecha 16/09/14, el correspondiente Informe, cuyo contenido se da por reproducido. Entre las recomendaciones relativas a los turnos y organización del trabajo, el Informe señala que "se debe proporcionar las condiciones adecuadas en instalaciones y tiempo, para ejercer el derecho a la lactancia natural. En el caso de la trabajadora, presenta especial susceptibilidad a desarrollar patología inflamatoria en las mamas, por lo que hay que extremar las medidas higiénicas y horarios para la extracción adecuada de la leche". En relación con el riesgo químico, señala que "se debe evitar la exposición durante la lactancia a agentes citostáticos (...)".

A continuación, la Dirección de Emergencias Sanitarias dictó Resolución de fecha 22/09/14 en la que concluía que "no resulta técnicamente posible la adaptación/cambio del puesto de trabajo debido a las especiales características del puesto ATS/SAMU y la no existencia de otro puesto de trabajo diferente, acorde con la situación de riesgo de la trabajadora".

TERCERO.-La demandante presentó así mismo solicitud de certificación médica sobre riesgo durante la lactancia natural frente a la Mutua el 19/09/14, resolviendo Ibermutuamur el 24/09/14 en el sentido de denegar la expedición de certificación médica de riesgo, por lo que no cabía iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación.

CUARTO.- Frente a la anterior resolución, la actora interpuso reclamación previa, que fue desestimada por la Mutua en fecha 20/10/14.

QUINTO.- La actora presta sus servicios como enfermera SAMU en el Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante, en la unidad SAMU ALFA 10 de DIRECCION000 (Alicante). A lo largo del año dicho servicio recibe alrededor de 1000 avisos de emergencia, de los cuales aproximadamente un 5% está constituido por avisos de helicóptero medicalizado. En caso de salida en helicóptero, según las circunstancias del aviso (distancia, tipo de emergencia, etc), el servicio puede durar varias horas, e incluso una vez que se pone el sol, el helicóptero no puede regresar a la base, por lo que el personal sanitario debe pernoctar, en la base más cercana al lugar en el que han prestado el servicio de emergencia.

Por lo que respecta a la base de DIRECCION000, en la que habitualmente se encuentra la actora, se trata de una sala de unos veinte metros cuadrados que consta de un cuarto de baño utilizado; por todo el personal, en el que se limpian los restos biológicos tras cualquier intervención, y dos neveras, una en la que únicamente puede conservarse medicinas, y otra en la que el personal sanitario introduce alimentos. Por lo que respecta al uniforme de trabajo, consiste en ropa de calle, no estando provisto de batas, pijama o similar.

SEXTO.-La base reguladora diaria asciende a 69,91 euros".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia con fecha 6 de febrero de 2018, en la que



consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la MUTUA IBERMUTUAMUR, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Alicante y su provincia, de fecha 4 de septiembre de 2015, en virtud de demanda presentada a instancia de D<sup>a</sup> Amparo , y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, desestimando la demanda y absolviendo a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra".

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Doña Amparo , el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 22 de noviembre de 2016, rec. 3638/2015.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 20 de noviembre de 2018, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a las partes recurridas para que formalizaran su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar que procede la estimación del recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos.

**SEXTO.-** Por Providencia de fecha 28 de julio de 2020 y por necesidades del servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 14 de octubre de 2020.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. - Cuestión planteada y la doctrina previa de la Sala

1.- La cuestión planteada en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es si la recurrente tiene o no derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural ( artículo 135 bis LGSS de 1994 y artículo 188 LGSS de 2015), prestación que le ha sido denegada por la sentencia recurrida, revocatoria de la sentencia de instancia que se la había concedido.

2.- La Sala cuenta ya con una amplia doctrina sobre la prestación de riesgo durante la lactancia natural y, en particular, en primer lugar, sobre la necesidad o no de que queden acreditados riesgos específicos para la lactancia y no meramente genéricos y, en su caso, sobre quién recae esta carga probatoria, cuestiones sobre la que ha habido una evolución y rectificación de la doctrina de la Sala como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Y, en segundo término, sobre la repercusión que puede tener sobre la lactancia natural el tiempo de trabajo y, en especial, los horarios y turnos de trabajo.

Adicionalmente, en este contexto, hay que tener muy en cuenta las eventuales declaraciones empresariales sobre la posibilidad o no de adaptar o cambiar el puesto de trabajo y los informes que existan de los servicios de prevención de riesgos laborales al respecto.

3.- Particular interés tiene para el presente recurso la STS 353/2018, 3 de abril de 2018 (rcud 762/2017) que desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de noviembre de 2016 (rec. 3638/2015), siendo precisamente esta sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana la esgrimida como sentencia de contraste en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

Siempre que se pueda entrar en el fondo del asunto por existir contradicción entre la sentencia recurrida y la aquí esgrimida como referencial ( artículo 219.1 LRJS), razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley imponen que en este caso la respuesta sea la misma que ya dimos en la citada STS 353/2018, 3 de abril de 2018 (rcud 762/2017).

La sentencia recurrida en el presente recurso sustenta la denegación del derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural en la inexistencia de riesgos específicos para la lactancia natural al ser los riesgos meramente genéricos.

Sobre esta cuestión ya se ha avanzado que existe una abundante doctrina de la Sala, que se pronuncia además sobre la distribución de la carga probatoria y los horarios y turnos de trabajo en estos casos. Esta doctrina habrá de seguirse igualmente en esta sentencia por las expresadas razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.

Con algún precedente anterior, como es precisamente la citada STS 353/2018, 3 de abril de 2018 (rcud 762/2017), se trata de la STS (Pleno) 667/2018, 26 de junio de 2018 (rcud 1398/2016), seguida por las SSTS 739/2018, 11 de julio de 2018 (rcud 396/2017), 53, 54 y 56/2019, las tres de 24 de enero de 2019 ( rcuds



2037/2017, 3529/2017 y 4164/2017), 89/2019, 6 de febrero de 2019 (rcud 4016/2017), 244/2019, 26 de marzo de 2019 (rcud 2170/2018) y 828/2019, 4 de diciembre de 2019 (rcud 2343/2017).

Estas sentencias tienen en cuenta la STJUE de 19 octubre 2017 (Otero Ramos, C-531/15) y, asimismo, la STJUE 19 de septiembre de 2018 (González Castro, C-41/17), que lógicamente mencionan solo las SSTS posteriores a ella.

## **SEGUNDO. - La sentencia recurrida**

**1.-** La sentencia aquí recurrida es la de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de febrero de 2018 (rec. 341/2017), que estimó el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua Ibermutuamur (en adelante, la Mutua) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Alicante de 4 de septiembre de 2015, que había estimado la demanda formulada por la trabajadora frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social INSS), la Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana y la Mutua, sobre prestación de riesgo durante la lactancia natural.

La sentencia del juzgado de lo social había estimado la demanda de la trabajadora, reconociendo su derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural, pero la sala de suplicación estimó el recurso de tal clase de la Mutua y desestimó la demanda de la trabajadora.

**2.-** De los hechos probados más arriba recogidos, interesa recordar ahora los que a continuación se mencionan.

**a)** La trabajadora venía prestando servicios como ATS/SAMU del servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante, en la unidad SAMU ALFA 10 de DIRECCION000 (Alicante), con horario de 9.30 h. a 21.30 h., en ciclos de tres semanas, a razón de 3 días (lunes, sábado y domingo) la primera semana, 2 días (jueves y viernes) la segunda semana y 2 días (martes y miércoles), la tercera semana, en turnos de 12 horas.

A lo largo del año, el servicio recibe alrededor de 1000 avisos de emergencias, de los cuales aproximadamente un 5% está constituido por avisos de helicóptero medicalizado. En caso de salida en helicóptero, según las circunstancias del aviso (distancia, tipo de emergencia, etc.), el servicio puede durar varias horas e, incluso, una vez que se pone el sol, el helicóptero no puede regresar a la base, por lo que el personal sanitario debe pernoctar en la base más cercana a la del lugar en el que se ha prestado el servicio.

**b)** La base de DIRECCION000, en la que se encuentra la actora habitualmente, consiste en una sala de unos 20 metros cuadrados, con un cuarto de baño utilizado por todo el personal, en el que se limpian los restos biológicos tras cualquier intervención, y dos neveras, una en la que únicamente se pueden conservar medicinas y otra en la que el personal sanitario introduce alimentos.

El uniforme de trabajo consiste en ropa de calle, no estando provisto de batas, pijama o similar.

**c)** El 6 de junio de 2014 la trabajadora dio a luz dos hijos en parto múltiple, proporcionándoles lactancia natural y disfrutando de la prestación de maternidad hasta el 9 de octubre de 2014.

La trabajadora tiene una mayor susceptibilidad a contraer infecciones en la mama, constando tres procesos de mastitis por ella sufridos.

**d)** La trabajadora solicitó evaluación sobre adaptación del puesto de trabajo para la protección durante la lactancia al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la correspondiente Unidad, que emitió informe en fecha 16 de septiembre de 2014.

En lo relativo a turnos y organización del trabajo, el informe señala que

"se debe(n) proporcionar las condiciones adecuadas en instalaciones y tiempo para ejercer el derecho a la lactancia natural. En el caso de la trabajadora, presenta especial susceptibilidad a desarrollar patología inflamatoria en las mamas, por lo que hay que extremar las medidas higiénicas y horarios para la extracción adecuada de la leche".

En relación con el riesgo químico el informe señala que "se debe evitar la exposición durante la lactancia a agentes citostáticos."

**e)** La dirección de Emergencias Sanitarias dictó resolución el 22 de septiembre de 2014, en la que concluía que "no resulta técnicamente posible la adaptación/cambio del puesto de trabajo debido a las especiales características del puesto ATS/SAMU y la no existencia de otro puesto de trabajo diferente, acorde con la situación de riesgo de la trabajadora".

**f)** La trabajadora solicitó a la Mutua certificación médica de riesgo durante la lactancia natural, resolviendo la Mutua el 24 de septiembre de 2014, en el sentido de denegar la expedición de certificación médica de

riesgo, por lo que no cabía iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la prestación por riesgo durante la lactancia natural.

Frente a tal resolución, la trabajadora interpuso reclamación previa, que fue desestimada por la Mutua el 20 de octubre de 2014.

**3.-** Interpuesta demanda por la trabajadora, la demanda fue estimada por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Alicante de 4 de septiembre de 2015 (autos 893/2014).

La sentencia del juzgado de lo social sustenta la estimación de la demanda, en primer lugar, en la propia naturaleza del servicio de emergencias que hace muy complicada la organización del tiempo para proceder a la lactancia o a la extracción de la leche materna, no siendo la base en el que la trabajadora presta sus servicios el más adecuado, pues carece de una sala en la que aquella pueda amamantar o extraer la leche en condiciones de intimidad.

En segundo lugar, el cuarto de baño de la base, utilizado por todos los compañeros y en que se limpian restos biológicos, no garantiza -considera el juzgado de lo social- unas condiciones óptimas de higiene para la lactancia.

En tercer lugar, al tratarse un parto múltiple, la necesidad y tiempo de extracción de la leche es mayor, por lo que la trabajadora presenta una mayor susceptibilidad a desarrollar patología inflamatoria en las mamas, habiendo sufrido ya tres procesos de mastitis.

El juzgado de lo social tiene, en cuenta, finalmente, el informe del servicio de prevención de riesgos laborales que se ha recogido en el anterior apartado 2 d) y la resolución de 22 de septiembre de 2014 de la dirección de Emergencias Sanitarias mencionada en el anterior apartado 2 e).

**4.-** La Mutua interpuso recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social, siendo estimado el recurso por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de febrero de 2018 (rec. 341/2017).

La sala de suplicación señala que se trata de examinar si las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la de su hijo durante el periodo de lactancia natural, para lo que hay que considerar el concreto puesto de trabajo de la trabajadora y las circunstancias en la que presta servicios. Y para la sentencia del TSJ lo único que ha quedado demostrado es que en el puesto de trabajo de la trabajadora existe un riesgo "genérico" para cualquier trabajador, pero no un riesgo "específico" para la lactancia, que es la cuestión a dilucidar a los efectos de la prestación solicitada, "y que no ha sido demostrado".

La sentencia recurrida entiende que no se ha acreditado que se manejen productos con riesgo específico para la lactancia o agentes nocivos que sean susceptibles ser absorbidos por el organismo de la madre y transmitidos al niño a través de la leche materna.

Con respecto a la nocturnidad y turnicidad, la sentencia recurrida tiene presentes las SSTS 21 de marzo de 2013 y 28 de octubre de 2014 (rcud 2542/2013).

**TERCERO. - El recurso de casación para la unificación de doctrina, sus impugnaciones y la existencia de contradicción**

**1.-** La trabajadora ha interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de febrero de 2018 (rec. 341/2017).

La sentencia finalmente invocada como sentencia de contraste es la ya mencionada sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de noviembre de 2016 (rec. 3638/2015). El recurso denuncia la infracción de los artículos 26 LPRL y 135 bis y ter LGSS de 1994, en relación con el artículo 45.1 e) ET.

**2.-** El recurso ha sido impugnado por la Mutua, alegando inexistencia de contradicción e inexistencia de infracción por ajustarse la sentencia recurrida a la doctrina de esta Sala.

También el INSS ha impugnado el recurso de casación, alegando, igualmente, ausencia de contradicción y de infracción legal por ajustarse la sentencia recurrida a la doctrina de esta Sala.

**3.-** Partiendo de la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, el Ministerio Fiscal interesa en su informe la estimación del recurso, citando al efecto la STS (Pleno) 26 de junio de 2018 (rcud 1398/2016) y la STS 24 de enero de 2019 (rcud 3529/2019).



**4.-** Debemos examinar, en primer lugar, si existe contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia referencial ( artículo 219.1 LRJS), que es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 6 de febrero de 2018 (rec. 341/2017).

Los hechos a considerar de esta sentencia de contraste son los siguientes:

**a)** La trabajadora había venido prestando servicios para la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana, en el Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante (SAMU), como personal estatutario fijo y con la categoría profesional de enfermera, adscrita al SAMU Dama 1 ( DIRECCION001 ), en jornada de 24 horas de disponibilidad permanente y presencial cada seis días.

Por la noche, si no hay salidas, pasa el tiempo en las dependencias del centro y durante el día está la mayor parte en la ambulancia, tanto con las salidas como preparando el material para la UVI medicalizada. Su función consiste en apoyar los tratamientos médico-quirúrgicos de emergencia que se practiquen.

**b)** En el desempeño de esta tarea, la trabajadora está expuesta a agentes químicos y biológicos por contagio, incidiendo factores psicosociales en el manejo de situaciones críticas.

La trabajadora dio a luz una hija el 11 de febrero de 2014, disfrutando del descanso por maternidad hasta el 2 de junio de 2014. La hija recibe lactancia materna.

**c)** El Servicio de Prevención de Riesgos Laborales emitió informe el 6 de mayo de 2014 en el que concluía que la trabajadora era apta con limitaciones en relación con la lactancia, proponiéndose la adaptación de las condiciones de trabajo, evitar el turno de 24 horas en trabajo nocturno y de que se pusiera a disposición de la trabajadora un lugar confortable y adecuado (limpieza, temperatura y privacidad) y un frigorífico para el caso de que tuviera que amamantar o extraer la leche materna en el lugar de trabajo.

Para el caso de que no fuera posible o que, aún así, se mantuviese la situación de riesgo, se proponía el cambio de puesto de trabajo o, en su defecto, la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia, mientras persistiera la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

**d)** La trabajadora solicitó la adaptación del puesto de trabajo y la certificación de riesgo durante la lactancia natural, lo que le fue denegado el 14 de mayo de 2014 por la Mutua.

Contra tal decisión, la trabajadora presentó reclamación previa el 17 de junio de 2014, que fue desestimada.

**e)** La trabajadora presentó demanda solicitando la prestación por riesgo durante la lactancia natural, demanda que fue estimada por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante de 15 de enero de 2014 (autos 746/2014), que fue confirmada por la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de noviembre de 2016 (rec. 3638/2015).

**f)** La sentencia referencial confirma la sentencia dictada en la instancia porque considera que las circunstancias del trabajo de la trabajadora, junto con la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo, justifican el derecho prestacional reconocido por el juzgado de lo social, sin que el hecho de que disponga de equipos de protección frente a agentes biológicos sea suficiente garantía para reducir o eliminar el riesgo asociado al puesto de trabajo cuando aquellos agentes no son previstos ni detectados, así como la falta de previsión de tiempos disponibles para la extracción de la leche materna y el estrés emocional que genera su actividad profesional con incidencia en la producción y calidad del alimento materno.

**5.-** De conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, apreciamos que existe contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste por concurrir las identidades requeridas por el artículo 219.1 LRJS.

En efecto:

**a)** En ambos casos, las trabajadoras realizan su trabajo en servicios de emergencias sanitarias y lo hacen en condiciones similares. No son relevantes, a los efectos del presente recurso, las diferencias de horario de trabajo entre una y otra y que en la referencial la trabajadora esté durante el día la mayor parte del tiempo en la ambulancia o que en la recurrida la trabajadora tenga que atender los avisos de helicóptero medicalizado que se producen, toda vez que lo que aquí importa es si la lactancia natural puede realizarse sin riesgo en condiciones adecuadas.

**b)** En los dos supuestos, el servicio de prevención de riesgos laborales realizó propuestas de adaptación de las condiciones de trabajo para la realización de la lactancia natural.

**c)** También en los dos casos, la dirección de emergencias sanitarias declaró que no era posible la adaptación de las condiciones de trabajo ni el cambio a otro puesto de trabajo.



**d)** En los dos supuestos, la Mutua denegó la certificación médica de la existencia de riesgo durante la lactancia natural, lo que impide iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación ( artículo 39.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural).

**e)** Tras desestimarse en los dos casos las reclamaciones previas de las trabajadoras, las demandas por ellas interpuestas fueron estimadas por los juzgados de lo social que les reconocieron a ambas el derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural.

**f)** Finalmente, y con las anteriores semejanzas, los pronunciamientos de la sentencia recurrida y de la referencial son distintos, toda vez que la primera deniega el derecho a la prestación, mientras que la de contraste lo reconoce.

#### **CUARTO. - La jurisprudencia de la Sala**

**1.-** Ya se ha dicho que la Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la prestación de riesgo durante la lactancia natural ( artículo 135 bis LGSS de 1994; artículo 188 LGSS de 2015).

Se han citado, en este sentido, la STS 353/2018, 3 de abril de 2018 (rcud 762/2017), que confirma la sentencia de contraste invocada en el presente recurso; la STS (Pleno) 667/2018, 26 de junio de 2018 (rcud 1398/2016); y las posteriores SSTs 739/2018, 11 de julio de 2018 (rcud 396/2017), 53, 54 y 56/2019, las tres de 24 de enero de 2019 ( rcuds 2037/2017, 3529/2017 y 4164/2017), 89/2019, 6 de febrero de 2019 (rcud 4016/2017), 244/2019, 26 de marzo de 2019 (rcud 2170/2018) y 828/2019, 4 de diciembre de 2019 (rcud 2343/2017).

Como asimismo se ha anticipado, esta doctrina ha examinado, en particular, en primer lugar, la necesidad o no de que queden acreditados riesgos específicos para la lactancia y no meramente genéricos y, en su caso, sobre quién recae esta carga probatoria, cuestiones sobre la que ha habido una evolución y rectificación doctrinal de la Sala como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Y, en segundo término, sobre la repercusión que puede tener sobre la lactancia natural el tiempo de trabajo y, en especial, los horarios y turnos de trabajo.

**2.-** Como sintetiza la STS 828/2019, 4 de diciembre de 2019 (rcud 2343/2017), sobre la concurrencia de riesgos específicos para la lactancia natural:

"...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) -rcuds 1864/2010, 1865/2010 y 2448/2010-, 18 marzo 2011 (4) -rcuds 1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010-, 3 mayo 2011 -rcud 2707/2010-, 22 noviembre 2011 -rcud 306/2011-, 25 enero 2012 -rcud 4541/2010-, y 21 mayo 2013 -rcud 1563/2012-, todas ellas respecto a situaciones análogas)."

"Partiendo de la exigencia de la evaluación de los riesgos a efectos de su prevención (ex art. 14 y ss. LPRL y, en particular (el hecho de) la evaluación ha de tener una especial dimensión en supuestos especiales, como los de la situación de maternidad o lactancia natural de la trabajadora, llevó a la Sala a resolver la cuestión de la carga de la prueba de la existencia de dicho riesgo específico en el sentido de entender que correspondía "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, asimismo, que esa distribución del gravamen probatorio, suponía que era la parte actora quien debía "desvirtuar las causas de denegación de la prestación"."

"Sin embargo, en la STS/4ª/Pleno de 26 junio 2018 (rcud. 1398/2016) el obligado respeto a la doctrina de la STJUE ( sentencia 19 de octubre de 2017, Otero Ramos, C-531/15), nos llevó a una reflexión sobre la cuestión de la distribución de la carga de la prueba. Destacábamos allí que el Tribunal de la Unión venía a admitir 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 artículo 4.1 de la Directiva 92/85, que 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)". Para el Tribunal de la Unión, resulta necesario realizar un examen específico de la situación de la trabajadora que tenga en cuenta su situación individual a fin de determinar si su salud o la de su hijo están expuestas a un riesgo. Por ello, 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 artículo 4 de la Directiva, se priva a la afectada y a su hijo de la protección que debería otorgársele. El Tribunal de la Unión sostiene -con



criterio que ha sido reiterado en la STJUE de 19 septiembre 2018, González Castro, C-41/2017- que no cabe tratar del mismo modo a una trabajadora en periodo de lactancia que a cualquier otro trabajador. Y concluye que la falta en la evaluación del riesgo supone un trato menos favorable a una mujer, vinculado a la lactancia que constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 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. En suma, esta Sala declaró que, de la doctrina judicial europea debía extraerse la conclusión de que, en los casos en que la evaluación de riesgos no perfilara 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, (...)".

"Y hemos añadido que dicha "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 artículos 4 y 15 (de la Ley Orgánica 3/2007, de 5 de septiembre, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), en tanto permite la consecución de la efectividad del principio de igualdad de oportunidades que informa el ordenamiento jurídico español".

**3.-** La STS 828/2019, 4 de diciembre de 2019 (rcud 2343/2017) sigue indicando que "también nos hemos pronunciado -en la indicada STS/4ª/Pleno de 26 junio 2018 (rcud 1398/2016)- sobre la cuestión de la relevancia que el sistema de trabajo a turnos y/o nocturno pueda tener en la protección de la lactancia natural."

"Recordábamos allí el criterio general establecido en la STS/4ª de 1 octubre 2012 (rcud 2373/2011) que partía de entender 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 (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 periodos de descanso, como ciertamente sería deseable, como desiderátum para todos los trabajadores". Solución esa que ya había sido aplicada en la STS/4ª de 23 enero 2012 (rcud 1706/2011) y posteriormente 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-. Pero pusimos de relieve que también habíamos 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)". Y, tal y como habíamos avanzado en la STS/4ª de 3 abril 2018 (rcud 762/2017), pusimos 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".

"Estos criterios han sido reiterados en la STS/4ª de 3 abril 2018 (rcud 762/2017), 11 julio 2018 (rcud 396/2017), 24 enero 2019 (rcud 3529/2017 y rcud 4164/2017), 6 febrero 2019 (rcud 4016/2017) y 26 marzo 2019 (rcud 2170/2018)."

#### **QUINTO. - La infracción legal denunciada, las previsiones legales y su aplicación al caso**

**1.-** El recurso de casación unificadora denuncia la infracción los artículos 26 LPRL y 135 bis y ter LGSS de 1994 -actuales artículos 188 y 189 LGSS de 2015-, en relación con el artículo 45.1 e) ET.





2.- Resultará esclarecedor examinar estas disposiciones legales.

**a)** De conformidad con el artículo 26.1 LPRL, de aplicación a la lactancia natural ( artículo 26.4 LPRL), si los resultados de la evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 LPRL revelan una posible repercusión sobre la lactancia, el empresario ha de adoptar 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".

La adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada es así, en consecuencia, la primera medida que debe adoptarse cuando la evaluación de riesgos revela una posible repercusión sobre la lactancia.

**b)** Si esta primera medida de adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulta "posible" o, a pesar de dicha adaptación, las condiciones del puesto de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora, y así se certifique por los órganos competentes (en nuestro caso, la Mutua), el artículo 26.2 LPRL (de aplicación a la lactancia natural en virtud del artículo 26.4 LPRL), la trabajadora debe pasar a "un puesto de trabajo o función diferente compatible con su estado". El empresario debe determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos ( artículo 26.2 LPRL).

El cambio de puesto o función se ha de llevar a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional (se trata del artículo 39 ET) y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto ( artículo 26.2 LPRL).

De no existir puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto de trabajo no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, conservando el derecho a las retribuciones de su puesto de origen ( artículo 26.2 LPRL).

El cambio de puesto o de función (incluso a puesto de grupo o categoría equivalente) es así, por tanto, la segunda medida que debe adoptarse, si la primera (adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo) no es posible o no es efectiva para garantizar la salud de la trabajadora.

**c)** Según dispone el artículo 26.3 LPRL (al que remite el artículo 26.4 LPRL), si el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, es cuando podrá declararse el paso de la trabajadora 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 e) ET.

Y esta es, precisamente, la situación protegida a efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural ( artículo 135 bis LGGS de 1994 y artículo 188 LGSS de 2015).

En efecto, estos preceptos, de idéntica redacción, establecen que:

"A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 (LPRL), dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados."

El riesgo durante la lactancia natural es causa de suspensión del contrato de trabajo [ artículo 45.1 e) ET]. La suspensión finaliza el día en que el lactante cumpla nueve meses o cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado ( artículo 48.7 ET y artículos 135 ter LGSS de 1994 y 189 LGSS de 2015).

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 la prestación económica 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 de la prestación 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.

Sea como fuere, la suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora es la tercera medida que debe adoptarse si el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. Y esa es, precisamente, la "situación protegida" a efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural (en la actualidad, artículo 188 LGSS).



3.- En el presente supuesto, el informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de 16 de septiembre de 2014 manifestó que "se debe(n) proporcionar las condiciones adecuadas en instalaciones y tiempo para ejercer el derecho a la lactancia natural. En el caso de la trabajadora, presenta especial susceptibilidad a desarrollar patología inflamatoria en las mamas, por lo que hay que extremar las medidas higiénicas y horarios para la extracción adecuada de la leche".

Tras este informe, la dirección de Emergencias Sanitarias dictó resolución el 22 de septiembre de 2014 en la que se afirmaba que "no resulta técnicamente posible la adaptación/cambio del puesto de trabajo debido a las especiales características del puesto ATS/SAMU y la no existencia de otro puesto de trabajo diferente, acorde con la situación de riesgo de la trabajadora".

Es decir, la dirección de Emergencias Sanitarias entendió que no eran posibles las medidas primera y segunda previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 LPRL. Según se ha expuesto en el anterior apartado de este fundamento de derecho, la tercera medida prevista en el artículo 26.3 LPRL es la que debe adoptarse cuando no son posibles ni la primera ni la segunda y esa tercera medida [la suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora ex artículo 45.1 e) ET] se vincula con la prestación económica de seguridad social de riesgo durante la lactancia natural ( artículo 135 bis LGSS de 1994 y artículo 188 LGSS de 2015), siendo aquel "periodo de suspensión del contrato de trabajo" precisamente la "situación protegida" por esta prestación.

En el presente caso el informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales sostuvo que "se debe(n) proporcionar las condiciones adecuadas en instalaciones y tiempo para ejercer el derecho a la lactancia natural", añadiendo que, por la "especial susceptibilidad (de la trabajadora) a desarrollar patología inflamatoria en las mamas, hay que extremar las medidas higiénicas y horarios para la extracción adecuada de la leche."

La dirección de Emergencias Sanitarias contestó que no era posible adaptar/cambiar el puesto de trabajo de la trabajadora en la línea requerida por el servicio de prevención de riesgos laborales (lo que antes hemos denominado medida primera) y que tampoco era posible asignar a la trabajadora otro puesto de trabajo diferente (medida segunda). Tales circunstancias son las que, en el diseño legal, activan la medida tercera (la suspensión del contrato de trabajo) que conlleva la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural.

Esta prestación no debería habersele denegado a la trabajadora. Y ello porque la respuesta de la dirección de Emergencias Sanitarias (imposibilidad de adaptar/cambiar el puesto de la trabajadora o destinarla a otro puesto) tenía como consecuencia que, si la trabajadora se mantenía en su puesto y no se suspendía su contrato de trabajo pasando a percibir la prestación de riesgo durante la lactancia natural, la lactancia no se realizaría en "las condiciones adecuadas en instalaciones y tiempo" ni extremando "las medidas higiénicas y horarios para la extracción adecuada de la leche" que requería el informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales. La imposibilidad de realizar la "extracción adecuada de la leche" en las "condiciones adecuadas" significa que, no suspenderse el contrato de trabajo de la trabajadora, no se eliminan los riesgos para la lactancia natural.

Además de la especial susceptibilidad de la trabajadora a desarrollar patología inflamatoria en las mamas, hay que recordar, entre otras cosas, las condiciones de la sala en la que habitualmente se encuentra la trabajadora, el cuarto de baño y nevera de la que puede disponer, la ropa que lleva y, en fin, que tiene que atender avisos de helicóptero medicalizado.

En el presente supuesto, y al igual de lo que ya dijimos en la STS 828/2019, 4 de diciembre de 2019 (rcud 2343/2017, FD segundo, 4), "no cabe siquiera afirmar que la evaluación de riesgos era genérica", pues describía "con suficiencia" aquellos que tenían "especial y directo impacto sobre la situación de lactancia natural." Tampoco se plantean en el presente caso y al modo de que pasaba en la STS 353/2018, 3 de abril de 2018 (rcud 762/2017, FD cuarto), especiales problemas probatorios, toda vez que es la propia dirección de la entidad empleadora la que declara que no pueden realizarse las adaptaciones o cambios propuestos por el informe del servicio de prevención de riesgos laborales.

Aún a pesar de lo anterior, cabe decir que, tanto en relación con la exigencia de riesgos específicos para la lactancia natural, como en la carga probatoria, la sentencia recurrida en el presente recurso se sitúa en el marco de una jurisprudencia superada y rectificada por la Sala, lo que, sin que pueda serle reprochado al órgano jurisdiccional habida cuenta de la fecha en que dictó su sentencia, no impide la aplicación de la nueva jurisprudencia, como ya dijimos en la STS 53/2019, 24 de enero de 2019 (rcud 2037/2017, FD cuarto, 2). Debemos subrayar, finalmente, que, desde la STS (Pleno) 667/2018, 29 de junio de 2016 (rcud 1398/2016, FD tercero, 2), hemos insistido que el riesgo para la lactancia natural no solo se produce por la exposición a contaminantes transmisibles por la vía de la leche materna, sino que también debe garantizarse que se den las debidas condiciones que permitan la adecuada extracción y conservación de la leche materna.

**SEXTO. - La estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina**



1.- De conformidad con lo razonado y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina y, resolviendo el debate de suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por la Mutua y confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Alicante de 4 de septiembre de 2015 estimatoria de la demanda frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana y la Mutua, sobre prestación de riesgo durante la lactancia natural.

2.- Sin costas.

## FALLO

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

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dña. Amparo , representada por la procuradora Dña. Rosa María Correcher Pardo y asistida por el letrado D. Jesús Santos Cerdán.

2.- Casar y anular la sentencia dictada el 6 de febrero de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (rec. 341/2017) y, resolviendo el debate de suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por la Mutua Ibermutuamur y confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Alicante de 4 de septiembre de 2015 (autos 893/2014) estimatoria de la demanda formulada por Dña. Amparo frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Consellería de Sanidad de la Generalitat Valenciana y la Mutua Ibermutuamur, sobre prestación de riesgo durante la lactancia natural.

3.- Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.