



Roj: **STS 2608/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2608**

Id Cendoj: **28079140012021100594**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/06/2021**

Nº de Recurso: **3978/2018**

Nº de Resolución: **632/2021**

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

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Palma de Mallorca, núm. 3, 09/02/2016 (autos 1138/2014),  
STSJ BAL 483/2018,  
STS 2608/2021**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3978/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 632/2021**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.<sup>a</sup>. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

En Madrid, a 16 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.<sup>a</sup> Isabel Salvá Rosselló, en nombre y representación de la entidad Mutua Balear, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 183 contra la sentencia dictada el 9 de mayo de 2018, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, en el recurso de suplicación núm. 210/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca, de fecha 9 de febrero de 2016, recaída en autos núm. 1139/2014, seguidos a instancia de Dña. Teresa frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, IB Salut y la Mutua Balear, sobre derecho y cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 9 de febrero de 2016, el Juzgado de lo Social nº 3 de Palma de Mallorca, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Dña. Teresa , mayor de edad, con DNI nº NUM000 y número de afiliación a la Seguridad Social NUM001 , ha prestado servicios para el Servei de Salut del Govern de les Illes Balears, 061 de Ibiza, Servicio de urgencias del SAMU, contrato interina, con la categoría profesional de ATS-DUE de emergencias, antigüedad 31/12/2011, entidad que tiene suscrito documento asociativo con la Mutua Balear, base reguladora de 11419 euros/día. Su horario de trabajo consistía en seis días de presencia física al mes con un horario de 8:00 a 8:00 horas y con cinco días libres consecutivos por cada jornada de trabajo. La jornada de veinticuatro horas de trabajo se desarrollaba en dos ámbitos diferenciados: las dependencias de la base del Centro de Salud de la localidad de San Antonio (Servicio de atención urgente)- dependencias que cuentan con un área para consumir alimentos, sala con mesa y sillas, dos dormitorios, cuarto de baño con ducha y un frigorífico, contando el Centro de Salud con una sala de lactancia- y el lugar de atención al paciente, siendo el tiempo dedicado a la atención del paciente de entre un 10% y un 20% de la jornada. La Sra. María Purificación , como medidas de protección, disponía de los siguientes materiales: material de bioseguridad que minimiza el riesgo de corte y/o pinchazo, casco de seguridad, casco intercomunicadores helicóptero, gafa de protección, gafa antisalpicaadura, guantes de vinilo, guantes látex sin polvo, mascarillas antituberculosis, mascarillas barrera, protectores auditivos tipo "tapones", y analizador de presencia de gases con indicación de nivel de riesgo.

SEGUNDO.- Su hijo Miguel había nacido el NUM002 /2013, recibía lactancia materna exclusiva, y el permiso de maternidad había finalizado el 19/02/2014.

TERCERO.- En fecha 14/04/2014 presentó ante la Mutua Balear solicitud de certificado médico sobre la existencia de riesgo durante la lactancia natural. En el certificado de empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones de trabajo, suscrito por D. Eusebio , director de gestión de la Gerencia SAMU 061 Baleares, de fecha 14/04/2014, se refleja que "los riesgos durante la situación de embarazo o lactancia natural, que se contemplan en la evaluación realizada por el servicio de prevención, son los siguientes: exposición y manipulación de material biológico y químico que podría suponer riesgo debido a la transmisión por la leche materna". También se indica que "no existe puesto de trabajo compatible, sólo existe el puesto de UVI móvil (vehículo de emergencias sanitarias)". Se ha adjuntado el análisis ergonómico del puesto de trabajo, ficha profesigráfica de la empresa, que se da aquí por reproducida.

CUARTO.- La Mutua Balear, mediante escrito de 08/05/2014, resolvió denegar la solicitud formulada en base a los siguientes hechos: "No cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación, al considerar esta Mutua que no se produce la situación de riesgo durante la lactancia natural". Formulada reclamación previa, fue desestimada en resolución de 11/07/2014.

QUINTO.- La Mutua Balear, con anterioridad, había reconocido prestaciones por riesgo durante la lactancia natural a favor del personal adscrito al Servei Balear de Salut, Gerencia 061, en particular en ocho ocasiones entre el 10/05/2007 y el 11/12/2008.

SEXTO.- Mediante resolución de la Directora Gerente de la Gerencia de Atención a Urgencias 061, de fecha 21/05/2014, se concedió a la Sra. María Purificación la excedencia para el cuidado de su hijo Fidel solicitada, con efectividad del día 01/06/2014 y hasta la fecha final de excedencia solicitada 31/08/2014.

SÉPTIMO.- Mediante resolución de 06/08/2014, por la Gerencia del Servei d'atenció Mèdica Urgent le fue concedida la reducción de jornada del 10% solicitada, desde el 20/09/2014 hasta el 30/09/2014. Y mediante otra resolución de la misma fecha se le concedió la reducción del 50% de la jornada solicitada desde el 01/10/2014 hasta la desaparición de las circunstancias determinantes de la petición.

OCTAVO.- Mediante escrito presentado el 15/10/2014, la Sra. María Purificación comunicó al Director Gerente de Atención a Urgencias del 061 Baleares su renuncia voluntaria al nombramiento interino del puesto de enfermera de emergencias en el Centro de UME A-252 San Antonio, con efectos del 31/10/2014".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que DEBO DESESTIMAR la demanda interpuesta por Dña. Teresa contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Servei de Salut de les Illes Balears (IB-Salut) y la Mutua Balear, ABSOLVIENDO a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento".

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de Dña. Teresa ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, la cual dictó sentencia en fecha 9 de mayo de 2018, en la que consta el siguiente fallo: "Se estima el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de Dña. Teresa contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº 3 de Palma (Juzgado de Refuerzo) en fecha 9 de febrero de 2016 en los autos seguidos con el número 1139/2014, que se revoca, y en su lugar, se estima la demanda deducida por la recurrente frente al Servei de Salut de les Illes Balears (IB-SALUT),



la Mutua Balear MATEPSS N° 153 y el Instituto Nacional de la Seguridad Social y se declara el derecho de la demandante a percibir las prestaciones económicas por riesgo durante la lactancia natural, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a la Mutua Balear al pago de las prestaciones durante el tiempo en que se debieron percibir, en las condiciones y con los efectos legal y reglamentariamente previstos. Sin costas".

**TERCERO.-** Por la representación de la entidad Mutua Balear, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, de 18 de abril de 2012, rec. 833/2011.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 29 de marzo de 2019, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

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

**SEXTO.-** Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 9 de junio de 2021, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Planteamiento del recurso.

#### 1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si la demandante tiene derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia que la sentencia recurrida le ha reconocido.

La Mutua demandada ha formulado dicho recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de las Islas Baleares, de 9 de mayo de 2018, en el recurso de suplicación 210/2017, que estima el interpuesto por la parte actora frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca, de 9 de febrero de 2016, en los autos 1139/2014, y, con revocación de ésta, estima la demanda, reconociendo a la demandante el derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia reclamada.

En dicho recurso de unificación de doctrina se formula un solo punto de contradicción para el que se identifica como sentencia de contraste seleccionada la dictada por la misma Sala de lo Social, el 18 de abril de 2012, rec. 833/2011.

#### 2.- Impugnación del recurso.

El INSS se ha personado ante esta Sala pero se abstiene de formular alegaciones en impugnación del recurso.

#### 3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que considera que el recurso es improcedente dado que, a la vista de lo que se recoge en el hecho probado tercero de la sentencia recurrida, procede la prestación reclamada, tal y como ya se ha declarado por esta Sala, en sentencia de 3 de abril de 2018, rcud 762/2017.

### SEGUNDO. -Sentencia recurrida.

#### 1.- Hechos probados de los que se debe partir

Según los hechos probados, la demandante ha prestado servicios para el Servicio de Salud del Gobierno de las Islas Baleares, en el servicio de urgencias SAMU, desde el 31 de diciembre de 2011, como interina, con la categoría de ATS-DUE de emergencias, teniendo suscrita la empleadora el documento asociativo con la Mutua Balear.

La actora dio a luz un hijo en 2013, recibiendo éste lactancia natural. Tras haber finalizado el permiso por maternidad (19 de febrero de 2014), la trabajadora solicitó de la Mutua certificado sobre la existencia de riesgo durante la lactancia natural, siendo emitido certificado de empresa el 14 de abril de 2012 en el que se dice que la evaluación realizada por el Servicio de Prevención indica: exposición y manipulación de material biológico y químico que podría suponer riesgo debido a la transmisión por leche materna. El 8 de mayo de 2014, la Mutua emite resolución por la que se le deniega la prestación al entender que no se produce la situación de riesgo. Las condiciones laborales en las que la actora desarrollaba su actividad eran las siguientes. Horario de seis días de presencia física al mes con un horario de 8:00 a 8:00 horas, con cinco días libres consecutivos por cada



jornada de trabajo. La jornada de veinticuatro horas de trabajo se desarrollaba en dos ámbitos diferenciados: las dependencias de la base del Centro de Salud de la localidad de San Antonio (Servicio de atención urgente)- dependencias que cuentan con un área para consumir alimentos, sala con mesa y sillas, dos dormitorios, cuarto de baño con ducha y un frigorífico, contando el Centro de Salud con una sala de lactancia- y el lugar de atención al paciente, siendo el tiempo dedicado a la atención del paciente de entre un 10% y un 20% de la jornada. El otro espacio alternativo es la UVI móvil por medio de la cual se presta la asistencia en cualquier lugar imprevisible en la que exista una emergencia sanitaria. Esta Unidad está formada y tiene una serie de fases en el despliegue de su actividad, que se ha descrito en hechos probados, adicionados en vía de suplicación, incluyéndose las funciones que tiene la enfermera de la UVI. La demandante disponía, como medidas de protección, de los siguientes materiales: material de bioseguridad que minimiza el riesgo de corte y/o pinchazo, casco de seguridad, casco intercomunicadores helicóptero, gafa de protección, gafa antisalpicaadura, guantes de vinilo, guantes látex sin polvo, mascarillas antituberculosis, mascarillas barrera, protectores auditivos tipo "tapones", y analizador de presencia de gases con indicación de nivel de riesgo.

La trabajadora no se halla expuesta ni a radiaciones ionizantes ni a radiaciones no ionizantes, ni tampoco a agentes citostáticos, pero sí a agentes químicos tales como instrunet, alcohol, glutaraldehído, gribón (jabón), korsolox, betadine y lejía, así como a agentes biológicos tales como fluidos corporales: sangre, saliva, orina, tos, etc; enfermedades infecciosas transmisibles: TBC, VIH etc. El medio de contagio o transmisión puede ser tanto parental (sangre, secreciones, fluidos orgánicos, etc; como por contacto, o por vía aérea, teniendo la exposición de la trabajadora a tales riesgos un carácter permanente. Es baja la probabilidad respecto al acceso a lugares en que pudiera existir presencia de exposición a contaminantes químicos en el aire, una probabilidad no valorable directamente respecto a la manipulación de productos químicos con un nivel de riesgo incontrolado y una probabilidad media en cuanto a la manipulación de productos químicos para desinfectar material quirúrgico, realizar curas o posibilidad de contacto con fluidos corporales con nivel de riesgo semicontrolado. Respecto a la exposición a contaminantes biológicos, establece una probabilidad media y un nivel de riesgo moderado o semicontrolado, algunos de estos riesgos pueden afectar a la maternidad o a la lactancia; "la exposición y manipulación de material biológico y químico podría suponer riesgo debido a la transmisión por la leche materna", siendo el puesto de trabajo desempeñado de los que "no figuran como exentos de riesgo en la relación de puestos de trabajo".

La Mutua demandada reconoció al prestación por riesgos durante la lactancia a una compañera de la actora que desempeñaba un puesto de trabajo de iguales características que el desempeñado por ésta.

El Juzgado de lo Social dictó sentencia desestimatoria de la demanda al entender que no se han acreditado la existencia de riesgos específicos, concretos y relevantes en relación con la actividad laboral de la demandante y vinculados a la lactancia natural.

## 2.- Debate en la suplicación.

La parte actora interpone recurso de suplicación siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del TSJ en sentido estimatorio del recurso.

La Sala de lo Social considera, reiterando el criterio adoptado por la misma en otros supuestos similares, que se identifican riesgos ciertos y específicos para la lactancia natural derivados del desempeño por parte de la trabajadora de su trabajo de ATS/DUE en el servicio de urgencias SAMU. En concreto señala que " en el presente caso se encuentran adecuadamente perfilados los riesgos concretos y específicos que afectan a la trabajadora recurrente, en situación de lactancia maternal y por extensión a la lactante habida cuenta la transmisión por la leche materna de las patologías producidas por los agentes químicos o biológicos a cuya acción se encuentra expuesta su madre. Así mismo, resulta también acreditada la imposibilidad de adaptación del puesto de trabajo desempeñado por la demandante. Resta por determinar, a los efectos de resolver si la recurrente tenía o no derecho a las prestaciones que solicitó, si existe imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que el desempeñado por ella y que no tenga esos riesgos o bien posea unos niveles de riesgo tolerables y controlados. Y respecto de esta última cuestión cabe plantearse sobre quien recae la carga de la prueba".

## **TERCERO. - Examen de la contradicción**

### 1.- Doctrina general en materia de contradicción.

El art. 219.1 de LRJS, para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se



haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

## 2.- Sentencia de contraste

La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares, de 18 de abril de 2012, rec. 833/2011, confirma la sentencia del Juzgado, que había desestimado la demanda planteada por la actora, enfermera en una UVI móvil de emergencias extrahospitalarias en turnos de veinticuatro horas seguidas, frente a la mutua para que le abone la prestación de Seguridad Social de riesgo durante la lactancia natural.

Los hechos probados, en lo que ahora interesa, tan solo reseñan que la actora realiza tareas de asistencia de emergencias que sean recibidas por el teléfono de urgencias; con un turno rotatorio de seis guardias de 24 horas, librando cinco días entre guardias, conforme el profesiograma confeccionado de tareas realizadas, documento 3. Y que utiliza equipos de protección individual reglamentarios, a efectos de salvaguarda a la exposición a agentes biológicos: Casco de seguridad, casco intercomunicadores helicóptero, gafas, guantes de vinillo, guantes látex sin polvo, mascarillas de protección, pantallas faciales, protectores auditivos tipo "tapones".

Según afirma la Sala de suplicación, al examinar los motivos de revisión de los hechos probados, rechaza la descripción de las características específicas del puesto de trabajo porque el documento que se cita es la ficha profesiográfica que ya recoge el relato fáctico y el texto que se propone es de otro documento, el informe sobre riesgo de la lactancia en el 061 del Delegado de Prevención del Servicio. Por otro lado, rechaza otra revisión fáctica que se fundaba en diversos documentos, como el informe del Delegado de Prevención del Servicio, nuevamente en la ficha profesiográfica y otras evaluaciones de riesgo del IBSALUT, porque además de proponer un texto que es resultado de una valoración conjunta de todos ellos, señala que la sentencia de instancia se basa en otros informes (guía de valoración de riesgos laborales en el embarazo y la lactancia obrante a los folios 173 y siguientes elaborada por la Asociación Nacional de Medicina en el Trabajo en el Ámbito Sanitario (ANMTAS)

La Sala desestima el recurso partiendo de su propia doctrina -por cierto la misma en la que se apoya la sentencia aquí recurrida, recogida en la sentencia de 13 de febrero de 2012- porque hay ausencia de prueba de los riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y la situación de lactancia natural, lo que obtiene de los datos que ofrece la ficha profesiográfica. Admite que haya factores de riesgo en las condiciones de trabajo pero no se trata de riesgo específico que afecte a la situación de lactancia natural que no puedan ser contrarrestados mediante actuaciones preventivas, destacando el uso por la trabajadora de los equipos de protección. En concreto se dice que "cabe concluir que en el presente caso existen riesgos efectivamente concurrentes. Sin embargo, no ha quedado acreditado porqué estos riesgos también resultan específicos para la lactancia de la demandante.

En ningún lugar queda reflejado que la trabajadora entra o puede entrar en contacto en su quehacer diario con agentes químicos nocivos para la lactancia. No consta que tal riesgo para la lactancia pueda derivarse del contacto con "instrument, alcohol, glutaraldehído, gritón (jabón), Korsorex, Betanide o lejía", que son los productos químicos con los que entra en contacto la demandante en su puesto de trabajo conforme se deriva de la ficha profesiográfica que se da por reproducida en el hecho probado segundo, en la que se descarta el contacto con agentes citostáticos. [.....]

Tampoco de los factores biológicos que se plasman en la mencionada ficha cabe inferir la existencia de un riesgo específico para la lactancia, ni consta siquiera que se produzcan accidentes relacionados con este tipo de factores en el puesto de trabajo de enfermera del 061".

Dicha sentencia de contraste fue objeto de recurso de casación para la unificación de doctrina que concluyó con Auto de esta Sala, de 3 de julio de 2013, rcud 2890/2012, que inadmitió el recurso por falta de contradicción y contenido casacional.

## 3.- Sentencias con pronunciamientos contradictorios

Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios.

Nos encontramos ante dos resoluciones judiciales dictadas por la misma Sala, respecto de dos trabajadores que ostentan la misma categoría y que prestan el mismo servicio para la misma empleadora. Aunque la decisión adoptada en uno y otro caso reposa en esencia en la prueba practicada y en la declaración de hechos probados que se haya quedado configurado en cada caso, las circunstancias fácticas de las que han partido



una y otra sentencia son lo suficientemente similares como para entender que estamos ante la identidad necesaria para superar el juicio de contradicción. Todo ello sin obviar el inconveniente que en ocasiones se presenta a la hora de este análisis cuando los hechos declarados probados se remiten a documentos que dan por reproducidos o se hace alusión a los hechos que con valor fáctico se puedan recoger en la sentencia de instancia. Es por ello por lo que esta Sala, en algunos supuestos ha llegado a apreciar la falta de contradicción incluso ante supuestos en los que las actividades laborales eran de similar contenido (v.g. STS 29 de octubre de 2012, rcud 2332/2011)

Pues bien, tras una atenta lectura de lo que se recoge en la sentencia de contraste y de lo que se ha apreciado en la sentencia recurrida, llegamos a la conclusión de que existe la identidad necesaria para concluir en que existe contradicción en los pronunciamientos.

La actividad profesional de las demandantes es la misma y los hechos probados relativos a la situación y condiciones en las que prestan los servicios son sustancialmente similares y se han obtenido de las mismas referencias documentales, según admite, incluso, la propia recurrente. No obstante esa identidad, los pronunciamientos de las dos resoluciones judiciales son contradictorios.

En consecuencia, procede pasar a examinar la infracción de norma que se denuncia.

#### **CUARTO. - Motivos de infracción de norma**

##### 1. Preceptos legales denunciados y fundamentación de la infracción.

La parte recurrente, con amparo en el apartado e) del art. 207 de la LRJS, denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 188 y 189 de la Ley General de la Seguridad Social, así como de los artículos 49 y 50 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Según dicha parte, e insistiendo en que se está ante dos supuestos referidos a trabajadoras en las mismas condiciones laborales, en relación con el contenido de sus tareas, y que en los dos procesos se ha practicado la misma prueba, con idénticos informes, no comprende como en la sentencia recurrida se ha apreciado por la Sala de duplicación que existen riesgos específicos cuando en la sentencia referencial declaró lo contrario, por lo que en este momento pretende centrar el debate en poner de manifiesto que no hay dato fáctico alguno del que obtener que existan riesgos específicos para la lactancia natural.

La recurrente señala que la denegación que adopto de la prestación reclamada se amparaba en unas periciales que tomaron en consideración unas determinadas guías de valoración y en concreto la referencia en ellas al riesgo biológico que descarta que se conecten con la lactancia, lo que, además, fue asumido, según expone, por esta Sala en STS de 21 de septiembre de 2011. Ello unido a la promulgación del RD 298/2009 motivo que la Mutua denegara las prestaciones que hasta entonces había estado reconociendo

##### 2. Normativa a considerar

El art. 188 de la LGSS dispone lo siguiente: A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Por su parte, el art. 189 de la LGSS nos dice que "La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se reconocerá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación, en cuyo caso se extinguirá el día anterior al de dicha reincorporación.

El art 49 del RD 295/2009 dispone que " 1. A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora por cuenta ajena durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo ésta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

[....]



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

### 3. Doctrina de la Sala

Sobre la prestación que ahora nos ocupa esta Sala ha mantenido una doctrina que ha ido desarrollándose a la luz de los criterios que se han ido recogiendo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esta Sala, antes del RD 295/2009, y bajo la vigencia del RD 1251/2001, ante la complejidad de la situación protegida -en tanto que no solo atiende a la existencia del riesgo sino a decisiones empresariales referidas a la adaptación del puesto de trabajo o traslado a uno compatible- ya vino señalando que "la evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, debiendo alcanzar la determinación de la naturaleza, grado y duración de la exposición. Una vez determinada la existencia del riesgo y su alcance es cuando entrarán en juego las obligaciones de adaptación o de movilidad a cargo de la empresa a las que se ha hecho referencia en el fundamento anterior" ( STS de 18 de marzo de 2011, rcud 2257/2010). A tal efecto se venía exigiendo una prueba en la que se pusiera de manifiesto la existencia de los riesgos específicos y su incidencia en la madre lactante de forma que ante una ausencia de prueba de tales riesgos se negaba el derecho a la prestación. Este criterio se mantuvo también tras la entrada en vigor del RD 295/2009, en el entendimiento de que se estaba haciendo recaer sobre la parte que demanda el reconocimiento de la prestación la carga de la prueba sobre los riesgos específicos que estuvieran presentes en la actividad laboral, con repercusión en la lactancia natural. Así lo expresó claramente la STS de 23 de enero de 2012, rcud 1706/2011, al decir que " Como la presunción en que se funda el recurso no existe y la carga de la prueba gravita sobre quien demanda la prestación, procede, como ha informado el Ministerio Fiscal, desestimar el recurso, señalando que no consta ni la existencia de riesgo, ni la imposibilidad de ocupar, temporalmente, a la actora en turnos de día que no tengan una duración excesiva". Doctrina que fue seguida por posteriores sentencias ( STS de 25 de enero de 2012, rcud 4541/2010, citada en la de 21 de marzo de 2013, rcud 1563/2012, 24 de junio de 2013, rcud 2488/2012).

La STS de, 3 de abril de 2018, rcud 762/2017, seguida de las del Pleno de 26 de junio de 2018, rcud 1398/2016, y 11 julio 2018 (rec. 396/2017 ) dan un giro importante en atención a la doctrina del TJUE que se marcó en la sentencia de 19 de octubre de 2017, Asunto C-531/2015, a la luz de lo dispone el art. 4.1 de la Directiva 92/1985 y la carga probatoria.

Así, la de 26 de junio de 2018, rcud 1398/2016, y como en ella misma se dice, se encontraba con una sentencia recurrida en la que se exigía la necesidad de que la evaluación de riesgos indicara expresamente la existencia de riesgos específicos y reseñaba que 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 examinar la cuestión de la carga de la prueba. Y esta cuestión la resuelve atendiendo a lo recogido por el TJUE que vino 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). Por ello esta Sala dijo que "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"

La STS de 24 de enero de 2019, rcud 2037/2017, y las deliberadas en el mismo día, rcud 3529/2017, referida a una trabajadora ATS del Servicio de Emergencias Sanitarias SAMU de Alicante, y rcud 4164/2017, respecto de una trabajadora DUE de Urgencias en el SUMA 112 de Madrid, recuerdan la posterior STJUE de 19 septiembre 2018, González Castro, C-41/2017, que en la misma línea que su precedente, insiste en 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.

A esas sentencias le han seguido las de 6 de febrero de 2019, rcud 4016/2017, relativa a una Medico SAMU en Alicante; 26 de marzo de 2019, rcud 2170/2018, respecto de una camillera en transporte sanitario



especializado; 4 de diciembre de 2019, rcud 2343/2017, ATS/SAMU de Alicante; 19 de octubre de 2020, rcud 1887/2018, referida a una ATS/SAMU de Alicante; 27 de enero de 2021, rcud 3263/2018, en relación con una enfermera/SAMU de Alicante.

#### 4. Doctrina aplicable al caso

Como se advierte del recurso que ahora debemos resolver, la recurrente tan solo se centra en que la sentencia recurrida ha estimado la demanda sin tomar en consideración que no existe prueba alguna que avale la existencia de riesgos específicos ni que, en relación con lo de naturaleza biológica, se haya constatado que afecten a la lactancia.

Pues bien, partiendo de la doctrina que se ha recogido anteriormente, debemos considerar que es la sentencia recurrida la que ha resuelto conforme a la misma.

Y ello porque la sentencia recurrida ha dado por acreditado riesgos específicos y no genéricos, cuando de los hechos probados obtiene como tales los agentes químicos (como instrunet, alcohol, glutaraldehído, gribón (jabón), korsolex, betadine y lejía) y a agentes biológicos (como fluidos corporales: sangre, saliva, orina, tos, etc, e incluso enfermedades infecciosas transmisibles: TBC,VIH etc), a cuya acción se encuentra expuesta la actora, afirmando que afectan a la lactancia, tal y como lo obtiene de la evaluación efectuada por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, así como del certificado de empresa de 14 de abril de 2014 en el que se incide en que la manipulación de aquellos agentes podría suponer riesgo debido a la transmisión por leche materna.

En consecuencia, la sentencia de contraste no contiene la doctrina correcta, aunque realmente se forjó en un momento anterior a la doctrina que esta Sala ha fijado a raíz de la sentencias que antes hemos recogido y que, ciertamente, dio un vuelco en orden a la carga de la prueba sobre la evaluación de los riesgos en la situación de lactancia natural, siendo exigible que la que se presente haga expresa referencia a cómo afectan las condiciones de trabajo a aquella situación específica.

En definitiva, y como refería la STS de 26 de junio de 2018, antes citada, "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"

Finalmente, señalar que la sentencia de esta Sala que se invoca por la parte recurrente en su escrito de recurso está superada por las sentencias que aquí hemos recogido, dictadas a partir de 2018.

**QUINTO.-** Lo anteriormente razonado, oído el Ministerio Fiscal, permite concluir en el sentido de entender que el recurso debe ser desestimado, confirmando la sentencia recurrida, sin imposición de costas.

## FALLO

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

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D<sup>a</sup> Isabel Salvá Rosselló, en nombre y representación de la entidad Mutua Balear, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 183 contra la sentencia dictada el 9 de mayo de 2018, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, en el recurso de suplicación núm. 210/2017.

2.- Confirmar la sentencia recurrida dictada el 9 de mayo de 2018, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, en el recurso de suplicación núm. 210/2017 y declarar su firmeza.

3.- Sin imposición de costas

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

Así se acuerda y firma.