



Roj: **STS 1715/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1715**

Id Cendoj: **28079140012018100404**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/04/2018**

Nº de Recurso: **762/2017**

Nº de Resolución: **353/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Social, Comunidad Valenciana, Sección 1ª, 22-11-2016 (rec. 3638/2015), STS 1715/2018**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **762/2017**

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 353/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 3 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Ibermutuamur, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº 274, representada por la Procuradora D^a Elena Gil Bayo contra la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en recurso de suplicación nº 3638/2015, interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de enero de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante, en autos nº 746/2014, seguidos a instancia de D^a Tatiana contra Ibermutuamur, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Nº 274, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Consellería de Sanidad sobre seguridad social, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal

Ha comparecido en concepto de recurrido el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado y defendido por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y D^a Tatiana, representado y asistido por el Letrado D. Bartolomé Torres García.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de enero de 2014, el Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la demanda planteada por D^a Tatiana , debo declarar y declaro su derecho a las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural en el periodo, del 4/07/14 al 11/11/14 inclusive, sobre una base reguladora diaria de 101,87 €, condenando al INSS y a Ibermutuamur a estar y pasar por ello y a la indicada Mutua a su abono, con responsabilidad subsidiaria del INSS para caso».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «PRIMERO: D^a. Tatiana , con DNI nº NUM000 presta servicios para la Consellería de Sanidad en el Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante (SAMU), como personal estatutario fijo, con categoría profesional de enfermera, adscrita al SAMU Dama 1 (Elche).

SEGUNDO: La demandante presta servicio en jornada de 24 horas de disponibilidad permanente y presencial, cada seis días. Por la noche, si no ha salidas, pasa el tiempo en las dependencias del centro del SAMU mientras que durante el día está la mayor parte del tiempo en la ambulancia, tanto con la salidas como preparando el material necesario para la UVI medicalizada.

Se producen asistencias de pacientes urgentes en domicilio, y vías públicas, en situaciones de peligro para los trabajadores por las condiciones, físicas del medio (carreteras) o psíquicas de enfermos, riesgo biológico, estrés, posturas forzadas y mantenidas, manejo de pesos... El trabajo de la actora consiste en apoyar los tratamientos médico-quirúrgicos de emergencia que se practiquen, atendiendo la salud de los pacientes en riesgo o estado crítico.

En desempeño de ese trabajo, la actora se encuentra expuesta a agentes químicos y a agentes biológicos por contagio. También inciden factores psicosociales derivados del trato con pacientes y la organización del trabajo, con sobrecarga emocional por el manejo de situaciones críticas. La actora atiende por jornada unos 7-8 avisos (doc.1-2 y 5 actora, doc. 4 Mutua e interrogatorio actora).

TERCERO: La demandante dio a luz a su hija D^a Elena el NUM001 /14, permaneciendo en el periodo de descanso por maternidad hasta el 2/06/14. La actora proporciona a su hija lactancia materna.

CUARTO: El Servicio de Prevención de Riesgos Laborales emitió informe el 6/05/14, en el que proponía la adaptación de las condiciones de trabajo de la actora, recomendando evitar el turno de 24 horas en trabajo nocturno. Se indicaba que acaso de que la madre amamantase o proceda a extraer la leche en el lugar de trabajo, se debería poner a su disposición un lugar confortable y adecuado (limpieza, temperatura, privacidad) y un frigorífico.

Para el caso de que no fuera posible o que aun 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 a su estado. El informe era de APTA con limitaciones con relación con lactancia (doc. 3 actora. Doc. 4 Consellería y Doc. 9 y 15 Mutua, pericial Sr. Anselmo .

QUINTO: No resulta posible la adaptación del puesto de trabajo ni el TRASLADO de la demandante a otro de enfermera o de otro tipo en la Consellería de Sanidad, toda vez que el SAMU constituye un compartimento estanco respecto de las restantes unidades sanitarias de la Consellería demandada. Tiene unos procedimientos específicos de acceso y unas bolsas de trabajo propias. El 30/09/14 la Directora del Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante emitió informe determinando que no era posible la adaptación del puesto de la actora a ningún trabajo del SAMU (doc. 5 Consellería).

SEXTO: Ante la imposibilidad de compatibilizar el trabajo y la lactancia natural, desde el 4/07/14 la demandante se encuentra en excedencia (doc. 7-8 actora).

SÉPTIMO: Desde el 1/01/14 Ibermutuamur se hace cargo de las contingencias profesionales y de expedir la certificación médica por riesgo durante la lactancia. Con anterioridad a esa fecha se ocupaba de ello el INSS a través de los EVIS, que expedían certificación de riesgo durante la lactancia al personal de enfermería adscrito al SAMU (doc. 4-5 actora).

OCTAVO: La actora solicitó a Ibermutuamur el 15/04/14, la adaptación del puesto de trabajo y la certificación de riesgo -durante la lactancia natural, petición que se le fue desestimada por resolución de 14/05/14.

NOVENO: Contra tal decisión la actora planteó reclamación previa el 17/06/14, que fue desestimada.

DÉCIMO: El importe de la base reguladora asciende a 101,87 € día».



TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación legal de Ibermutuamur, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Nº 274, se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia en fecha 22 de noviembre de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por IBERMUTUAMUR contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de ALICANTE de fecha 15-1-2014 ; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por la representación legal de Ibermutuamur, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Nº 274, se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 31 de octubre de 2016 (rec. 3339/2015).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida INSS, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 25 de enero de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La trabajadora ha 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 (Elche), 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. En el desempeño de esta tarea, la demandante 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 NUM001 de 2014, disfrutando del descanso por maternidad hasta el 2 de junio de 2014. La hija recibe lactancia materna. 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 para la lactancia bajo las premisas de que se recomendaba evitar el turno de 24 horas en trabajo nocturno y de que se pusiera a disposición de la trabajadora un lugar confortable y adecuado y un frigorífico para el caso de que tuviera que amamantar o extraer la leche materna en el lugar de trabajo. 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. Se presentó demanda solicitando la prestación por riesgo durante la lactancia natural, siendo estimada por el Juzgado de lo Social número 1 de Alicante, en sentencia de 15 de enero de 2014 , dictada en los autos 746/2014, que ha sido confirmada por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, en sentencia de 22 de noviembre de 2016 , dictada en el recurso de suplicación 3638/2015.

La Sala de suplicación confirma la sentencia dictada en la instancia porque considera que las circunstancias del trabajo de la demandante junto a la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo justifican el derecho prestacional reconocido 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.

SEGUNDO.- La parte demandada interpone recurso de casación para la unificación de doctrina formulando un único motivo del recurso en el que se denuncia la infracción del art. 135 bis y 135 ter de la Ley General de la Seguridad Social y arts. 45.1 d) y 48.5 del Estatuto de los Trabajadores , y art. 49 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo , sobre prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural y de la Disposición Adicional 11.7 de la LO 3/2007, de 22 de marzo , para la igualdad de efectiva de mujeres y hombres, así como el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales , citando y aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala homónima, de 31 de octubre 2016, Rec. 3339/2015 , todo ello a los efectos de que se case la sentencia recurrida al no reunirse los requisitos para el acceso a la prestación reconocida en la misma.

La sentencia de contraste resuelve un supuesto en el que la trabajadora, como personal estatutario temporal, por acumulación de tareas, prestaba servicios en la misma Consejería, en el Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante, en UVI medicalizada, como enfermera y en jornada continua de 24 horas al día. Como riesgos específicos de su puesto de trabajo, relacionados con la lactancia, se consideran la exposición a agentes



citostáticos, no exposición a sustancias etiquetadas R64 o H632 por perjudicar a los niños alimentados con leche materna, exposición a agentes biológicos en caso de contacto, recomendándose que no se realicen trabajos en turno de 24 horas o nocturno. La trabajadora solicitó la prestación por riesgo durante la lactancia natural que fue rechazada por la Mutua. Se presentó demanda y la sentencia del Juzgado de lo Social estima la pretensión que fue revocada por la Sala de Suplicación, en la sentencia aquí invocada como de contraste, con base en que los riesgos que el juzgador de instancia ha entendido como suficientes para estimar la pretensión no son específicos en relación con la lactancia ya que es preciso conocer la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición al riesgo y su relevancia sobre la lactancia natural y de los que se han declarado probados solo se considera que afectan de forma específica a la demandante los biológicos, la nocturnidad y la turnicidad siendo que los agentes biológicos no son un riesgo específico para la lactancia natural sino genérico para cualquier trabajador al que le deberán ser puestos a su disposición los medios adecuados. Y respecto de la nocturnidad o turnicidad, la Sala de suplicación considera que al no ponerse de manifiesto que la toma directa de la leche no pueda suplirse con la extracción ni que ésta sea un método desaconsejado para la salud de la madre o de la hija, siendo posible la misma al prestar servicios en una UVI medicalizada, concluye en que no existen riesgos específicos que justifiquen la prestación reconocida en la sentencia de instancia.

Entre ambas resoluciones concurre la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la LRJS, tal y como advierten las partes y el Ministerio Fiscal.

En efecto, en ambos casos las trabajadoras prestan las mismas tareas, en el mismo Servicio y en el mismo medio así como mantienen la misma jornada. Junto a ello y a los efectos de la pretensión, los riesgos que se consideran son sustancialmente similares. Así, en ambos casos se aprecia la existencia de riesgos biológicos y la de turnicidad y nocturnidad, sin que esto es, en los dos supuestos se parte de similares circunstancias en la prestación del servicio, con exposición a riesgos biológicos y se recomienda en ellos evitar el trabajo nocturno y por turnos, poniendo de manifiesto la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo en orden a la jornada o nocturnidad. No obstante, en un caso se ha entendido que esos riesgos son específicos de la lactancia natural - caso de la sentencia recurrida- mientras que en el otro se ha negado que tengan tal condición, así como que la extracción de leche, en esas circunstancias, sea un método no aconsejable -valoración que realiza la sentencia recurrida- o que no esté acreditado tal circunstancia -según la sentencia de contraste-.

El hecho de que el trabajo se desarrolle en distintas localidades y que, por ello, se emitan informes por distintos Departamentos, tal y como pretende hacer valer la parte recurrida demandante, al impugnar el recurso, como circunstancia que, a su juicio, justificaría la falta de identidad, no es elemento que venga a alterar la realidad fáctica que se ha dejado acreditada en cada supuesto en relación con los riesgos específicos sobre los que se resuelve la pretensión que es lo determinante para analizar la existencia de identidad sustancial en los hechos sobre los que se emiten los respectivos pronunciamientos.

En definitiva, y como ya apuntara la sentencia de esta Sala, de 21 de marzo de 2013, rcud 1563/2012, "*Las analogías en ambos supuestos pueden apreciarse sin dificultad pues la apreciación de los riesgos propios de las funciones de ATS/DUE o de médico en el servicio de urgencias hospitalarias se llevó a cabo en los dos casos, sin especificación del concreto factor lesivo y sin establecer el eventual efecto sobre la lactancia natural. Es cierto que en el caso de la recurrida se añade la cuestión de la turnicidad o nocturnidad pero también ésta aparece huérfana de mayores precisiones. Por ello, coincidiendo con el criterio expresado por el Ministerio Fiscal, procede entrar a resolver sobre los motivos del recurso*".

TERCERO.- La sentencia de 19-10-2017 del Tribunal de la Unión Europea ha resuelto la cuestión prejudicial c-531/15 respuesta que cabe resumir en la aplicación del artículo 19 de la Directiva 2006/54 del artículo CE en el caso de que la trabajadora impugne la evaluación de riesgos porque no se haya hecho con arreglo al art. 4 de la Directiva 92/85, que la trabajadora debe acreditar que la evaluación no se ajustó al citado artículo 4 y, acreditado se presume la existencia de discriminación incumbiendo a la parte demandada demostrar que no hubo vulneración del principio de igualdad y que la evaluación se ajusta al artículo 4 de la directiva 92/85.

En el caso sometido a la cuestión prejudicial el INSS y la SEGADE habían denegado a la trabajadora la expedición de un certificado acreditativo de que las funciones del puesto de trabajo presentaban un riesgo para la lactancia.

En esta Sala los precedentes están representados por la STS de 21-3-2013 (Rcud 1563/2012) y las resoluciones a las que se remite, cuyos razonamientos son los siguientes: "SEGUNDO.- El recurso denuncia la infracción del art. 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social, (LGSS), en relación con el art. 26 de la Ley 31/ 1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

La prestación por riesgo durante la lactancia natural se introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico a raíz de la LO 3/2007, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, con el objetivo de mejorar la integración de la vida



laboral de la mujer en el ámbito laboral y de favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar, de acuerdo con lo previsto en la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, de aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

Ello supuso la inclusión del art. 135 bis LGSS, a cuyo tenor, " *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* ".

Dicha prestación económica se ajusta a los mismos términos y condiciones 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 (art. 135 ter LGSS).

El desarrollo reglamentario se plasmó en el RD 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, que sustituyó al RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

Además, la incorporación de la normativa europea supuso también la modificación del art. 26.4 LPRL, que dispone la protección de las trabajadoras frente a la situación de riesgo durante la lactancia natural cuando las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto.

Con arreglo a todo ello, el reconocimiento de la prestación aquí controvertida exige analizar si concurren los requisitos a los cuales la misma se vincula, puesto que la situación protegida -y la correspondiente prestación económica- se da cuando se hace necesaria la suspensión del contrato de trabajo porque no ha sido posible cambiar de puesto de trabajo a la trabajadora, siempre que así lo certifiquen, de forma objetiva los Servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en función de la entidad con la que la empresa tuviera concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio público de salud que asistiera facultativamente a la trabajadora o a su hijo.

TERCERO.- En relación a la protección de la mujer trabajadora que se halla ofreciendo lactancia natural a un hijo, esta Sala IV ha señalado que La exigencia de la evaluación de los riesgos a efectos de su prevención se contiene, en esencia, en los arts. 14 y siguientes LRPL, especialmente en el 16, " *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* " (STS 17 (3) de marzo de 2011 -rcud. 1864/2010, 1865/2010 y 2448/2010 -, 18 (4) de marzo de 2011 -rcud.1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010 -, 3 de mayo de 2011 -rcud. 2707/2010 -, 21 de septiembre de 2011 -rcud. 2342/2010 -, 22 de noviembre de 2011 -rcud. 306/2011 - y 25 de enero de 2012 -rcud. 4541/2010 -).

La doctrina contenida en las sentencias que se citan -todas ellas dictadas en supuestos idénticos al de la sentencia de contraste- se resume en los puntos siguientes:

a) La evaluación de los riesgos a que se refiere el art. 16 LRPL deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de lactancia natural a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del lactante, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turno.

b) La evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición.

Es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y seguimiento de la existencia del mismo (así lo expresábamos en la mencionada STS de 21 de septiembre de 2011 -rcud. 2342/2010 -).



Una vez determinados esos extremos, la acción inmediata que ha de seguirse por parte del empresario es la de adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora. Sólo cuando esa adaptación no resulte posible o la realizada sea insuficiente de forma que las actividades a desarrollar (número 2 del art. 26 LPRL) " pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado".

c) Incluso cuando no existan puestos de trabajo o función compatible, la norma específica que la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Y sólo cuando todo ello no sea posible, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1.d) ET , tal y como señala el art. 26.3 LPRL , durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

Como recordábamos en la citada STS de 22 de noviembre de 2011 (rcud. 306/2011) , "... para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los arts. 135 bis y ter LGSS , han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados" .

CUARTO.- En el caso que se examina es cierto que constan informes relaciones con los riesgos del puesto de trabajo y con las funciones de la trabajadora; pero únicamente se contiene una declaración global y genérica de unos riesgos susceptibles de poder estar aparejados a un puesto de aquella naturaleza, de médico del servicio de urgencias hospitalarias, sin precisión alguna sobre los concretos agentes nocivos detectados efectivamente en el puesto y de los efectos que los mismos pudieran tener sobre la salud de la madre o del lactante.

Así, se indican riesgos físicos, químicos y biológicos que se ciñen a: a) "la proximidad de radiación", sin mayores detalles que permitan establecer cuál es el uso, características y alcance de aparatos que emitan tales radiaciones en el caso concreto del puesto de la actora; b) "riesgos infecto contagioso con pacientes", sin enumerar siquiera a qué tipo de infección se refiere, ni en qué datos epidemiológicos habituales en el servicio de urgencias se fundamenta; y c) "contacto con sustancias farmacológicas", con carencia igualmente de precisión tanto respecto de las sustancias como del tipo de contacto.

Lo mismo cabe decir de la mención de riesgos de carácter psicosocial no especificado.

En suma, contrariamente a lo que afirma la sentencia recurrida, no hay una verdadera especificación respecto de esos riesgos y, por ello, nos hallamos ante un supuesto de gran similitud con el resuelto en la sentencia de contraste que, igual que tres antecedentes anteriores y otros posteriores arriba mencionados, analizaba la situación de ATS de los servicios de urgencia cuya pretensión se halla asimismo huérfana del bagaje probatorio adecuado.

QUINTO.- Cabe hacer una mención especial a la alegación de las circunstancias de trabajo a turnos o en jornada nocturna, consecuencia del sistema de guardias en urgencias.

En nuestra STS de 24 de abril de 2012 (rcud. 818/2011) -reiterada por las STS de 21 de junio y 22 de noviembre de 2012 (rcud. 2361/2011 y 1298/2011)- tuvimos ocasión de analizar un supuesto de riesgo para la lactancia natural en que el factor de riesgo se ceñía a la cuestión del tiempo de trabajo, en concreto, al sistema de turnos y distribución horaria. Y sostuvimos que, ciertamente tal riesgo se puede apreciar cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante, pero precisábamos que ello era así siempre y cuando la incompatibilidad de la "toma" directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche y ello porque se daban en aquellos supuestos las particulares circunstancias de que el lugar en que se desarrollaba la prestación de servicios impedía tanto la extracción de la leche como su conservación (tripulantes de cabina de aviones).

Podríamos añadir que, en cualquier caso, habría de acreditarse que la extracción fuera, en el supuesto concreto, método no aconsejable para la salud de la madre o del lactante.



Nada de todo esto aparece en el presente caso, en el que no se hace referencia alguna a la cuestión y, por ello, hemos de estar a lo dicho respecto de la necesidad de precisión, concreción y prueba; criterio que ha sido reiterado en las STS de 23 de enero de 2012 (rcud. 1706/2011) y 1 de octubre de 2012 (rcud. 2373/2011).

La falta de concreción y acreditación del riesgo basta, pues, para rechazar que se den las circunstancias de la situación protegida".

CUARTO.- Se denuncia la infracción del art. 135 bis y 135 ter de la Ley General de la Seguridad Social y arts. 45.1 d) y 48.5 del Estatuto de los Trabajadores , y art. 49 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo , sobre prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural y de la Disposición Adicional 11.7 de la LO 3/2007, de 22 de marzo , para la igualdad de efectiva de mujeres y hombres, así como el art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales .

El hecho del que debemos partir es el de la emisión de un informe sobre los riesgos y en las funciones del puesto de la trabajadora suponen para la demandante. Se ha cumplido la exigencia del artículo 4 de la Directiva 92/85, lo que en principio implica que no es exigible la inversión de la carga de la prueba. Es el propio informe el que cumple con la labor de decidir los riesgos y de probar que no cabe adaptación del puesto ni traslado a otro distinto, y aunque también aporta la solución para la práctica de la extracción con el fin de hacer compatibles lactancia natural y cumplimiento de las funciones propias del puesto de trabajo, la empresa no ha llevado a cabo las actuaciones necesarias.

Por todo lo expuesto y aceptando los parámetros que presenta la sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2017, deberá considerarse acreditada la existencia de riesgo para la lactancia, a tenor de la descripción del mismo que se contiene en el firme relato histórico así como la imposibilidad de cambio o adaptación del puesto de trabajo. En consecuencia la Sala entiende que la sentencia de suplicación aplicó la buena doctrina y visto el informe del Ministerio Fiscal desestimamos el recurso, con imposición de las costas a la recurrente a tenor de lo preceptuado en el artículo 235 de la LRJS .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Ibermutuamur, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social N° 274, frente a la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 3638/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de enero de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante , en autos nº 746/2014, seguidos a instancia de D^a Tatiana contra Ibermutuamur, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social N° 274, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Consellería de Sanidad sobre seguridad social, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal. Con costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano judicial de procedencia con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

Así se acuerda y firma.