



Roj: **STS 871/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:871**

Id Cendoj: **28079140012019100125**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/02/2019**

Nº de Recurso: **4016/2017**

Nº de Resolución: **89/2019**

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

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 5653/2017,**
STS 871/2019

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4016/2017

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 89/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D.^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 6 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Bartolomé Torres García en nombre y representación de Dña. Margarita frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 1 de septiembre de 2017 dictada en el recurso de suplicación número 1150/2016, formulado por Dña. Margarita contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Alicante de fecha 20 de julio de 2015 dictada en virtud de demanda formulada por Dña. Margarita frente a la Consejería de Sanidad, Mutua de Accidentes de Trabajo y enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (DIRECCION000) e Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre prestaciones.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de julio de 2015 el Juzgado de lo Social número 3 de Alicante dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda origen de las presentes actuaciones promovida por Margarita, frente a CONSELLERÍA DE SANIDAD, MUTUA DE ACCIDENTES Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DÉLA SEGURIDAD SOCIAL IBEMUTUAMUR, e INSTITUTO



DE LA SEGURIDAD SOCIAL, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra en el presente procedimiento."

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos, que se transcriben según constan en la recurrida, si bien pueda contener algunas erratas menores de fácil subsanación e irrelevantes a los fines de la resolución de los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina:

"PRIMERO.- La demandante, Margarita , provista de D.N.I. N° NUM000 , y con n° afiliación a la seguridad social NUM001 , cuyas demás circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, viene prestando sus servicios para la Generalitat Valenciana en el Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante, como estatutaria temporal eventual S. temporales/extraordinarios, con la categoría AI, médico SAMU -doc. n° 2 ramo prueba actora y hecho no discutido-.

SEGUNDO.- La actora desempeña su babor en la base Alfa I sita en la localidad de Alicante, en la base del HOSPITAL000 , siendo su horario de trabajo a jornada completa de 09'00 a 09'00 horas del día siguiente, cada seis días.

TERCERO.- La Generalitat (SAMU) tiene concertadas las contingencias profesionales con la mutua codemandada DIRECCION000 desde fecha 01.01.14, siendo ésta la responsable de la prestación de riesgo durante la lactancia, así como la expedición de certificación médica a tal fin.

Con anterioridad a esa fecha era el INSS, quien mediante informe del EVI, expedía certificación de riesgos durante la lactancia natural al personal sanitario adscrito al SAMU -hechos no discutidos-.

CUARTO .- La demandante dio a luz a un hijo en fecha 11.02.15 permaneciendo en periodo de baja por maternidad hasta fecha 02.06.15. La actora se encuentra en situación de lactancia natural.

QUINTO.- Por la actora se formuló solicitud de certificación médica sobre riesgo embarazo o lactancia en fecha 10.04.15, emitiéndose por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Generalitat Valenciana, informe de adaptación de puesto de trabajo para protección durante la lactancia de fecha 23.04.15, el cual se da enteramente por reproducido dada su extensión, cuyo objeto es valorar si la actividad aboral que realiza la trabajadora presenta algún riesgo que pueda tener repercusión sobre la lactancia y en su caso, determinar las medidas preventivas que corresponda, estableciendo como recomendaciones: 1. - *En relación con la exposición a agentes biológicos: La posibilidad de sufrir una exposición biológica accidental no debe ser considerada como riesgo para la lactancia, al igual que la presencia del agente biológico en el lugar de trabajo no supone la retirada del puesto. La aplicación de medidas de precaución universal constituye la estrategia fundamental para prevenir el riesgo laboral*

contra los microorganismos vehiculizados por la sangre y otros fluidos. También se deben adoptar medidas de precaución para prevenir la transmisión aérea, por gotas y por contacto.

2.- *Riesgo Físico: Exposición a Radiaciones Ionizantes: Restricciones similares al resto de los trabajadores.*

3.- *Riesgo químico: Se debe evitarla exposición durante la lactancia a agentes citostáticos. No riesgo de exposición a sustancias etiquetadas R64 o H362, por perjudicar a los niños alimentados con leche materna.*

4.- *Riesgo ergonómico: No procede la adaptación. Se debe proporcionar las condiciones adecuadas (instalaciones y tiempo).*

5.- *Turnos y Organización del Trabajo. No procede por riesgo de lactancia. Se debe proporcionar las condiciones adecuadas para facilitar la lactancia f. 32 a 36 de las actuaciones.*

SEXTO.- Según declaración empresarial sobre descripción y exposición a riesgos durante el embarazo o lactancia natural relativo a la actora, no se contemplan riesgos laborales por agentes físicos, ni por agentes químicos, ni por agentes biológicos, ni por condiciones de trabajo, contemplándose únicamente riesgo por turnicidad, horario de 09'00 a 09'00 horas, cada seis días - f. 38 y 39 de las actuaciones que forma parte del expediente administrativo de Consellería de Sanitat.

SÉPTIMO. - Consta informe de la Generalitat Valenciana, Servid d'Emergències Sanitàries d'Àlacant, de fecha 29.04.2015, en relación al informe de adaptación/cambio de puesto de trabajo de la actora, por riesgo durante la lactancia de la actora del siguiente tenor "...se informa que habiendo intentado la adopción de las medidas necesarias para evitar la exposición de dicha trabajador al riesgo, conforme a lo dispuesto en el art. 26 de la ley de Prevención de Riesgos Laborales , según redacción dada por Ley 3/2007 de 22 de marzo, estas no han sido posibles o son insuficientes por los siguientes motivos: NO RESULTA TÉCNICAMENTE POSIBLE LA ADAPTACIÓN/CAMBIO DEL PUESTO DE TRABAJO DEBIDO A LAS ESPECIALES CARACTERÍSTICAS DEL PUESTO DE MÉDICO/SAMU Y LA NO EXISTENCIA DE OTRO PUESTO DE TRABAJO DIFERENTE, ACORDE CON LA SITUACIÓN DE RIESGO DE LA TRABAJADORA, lo que comunicamos a los efectos oportunos".



OCTAVO.- La demandante actualmente se encuentra en excedencia por cuidado de hijos menores de tres años.

NOVENO.- En fecha de 10.04.15 la actora presentó a la Mutua codemandada, solicitud certificación médica sobre riesgo embarazo o lactancia por no existir adaptación en su puesto de trabajo, dictándose acuerdo por la Mutua demandada de fecha 12.05.15 denegando la expedición de certificación médica de riesgo, por lo que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación. Comunicación frente a la que se interpuso por la actora la oportuna reclamación administrativa previa, que es desestimada por otra de fecha 22.5.15 en base a "Que no concurre circunstancia laboral que impida a D^a Margarita , la compatibilización del proceso de lactancia con el normal desarrollo de su trabajo".

DÉCIMO.- Se solicita por la actora el reconocimiento de prestación por riesgo durante la lactancia natural y sobre una base reguladora diaria, no controvertida de 74'5900 euros; siendo su fecha de efectos económicos, tampoco discutida, la del 03.06.15 y hasta que el niño cumpla los 9 meses.

DÉCIMO PRIMERO.- Constan sentencias dictadas por los Juzgados de los Social n° 1 y 2 de Alicante, estimando las demandas de prestación de riesgo durante la lactancia en caso de enfermeras adscritas al SAMU en la provincia de Alicante -doc. n° 5, 6 y 7 ramo prueba actora"

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Dña. Margarita , dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana sentencia con fecha 1 de septiembre de 2017 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimando el recurso de suplicación formulado por D^a Margarita contra la Sentencia de fecha 20 de julio de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Alicante , en autos 465/15 sobre Seguridad Social (Prestación por riesgo de lactancia), siendo parte recurrida la Mutua DIRECCION000 , el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Generalitat Valenciana (Conselleria de Sanitat), confirmamos la referida sentencia. Sin costas."

CUARTO.- El letrado D. Bartolomé Torres García, en nombre y representación de Dña. Margarita mediante escrito presentado el 24-10-2017 formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 29 de enero de 2013 (recurso n° 9/2013). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 188 y 189 del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre , que aprobó el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 26.1 2 y 4 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y evacuado el trámite de impugnación, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la improcedencia del recurso. E instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de enero de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante, médico SAMUR, presta servicios en la base Alfa 1 en Alicante, HOSPITAL000 en horario de trabajo de 9 horas a las 9 horas del día siguiente, a jornada completa en turnos cada seis días y se encuentra en situación de lactancia natural, riesgo contratado con DIRECCION000 . En el informe emitido por la empresa no se contempla riesgos laborales por agentes físicos, químicos ni biológicos ni por condiciones de trabajo y sí únicamente por turnicidad, horario de 9 horas a 9 horas del día siguiente, no resultando técnicamente posible la adaptación/cambio puesto de trabajo debido a las especiales características del puesto y la no existencia de otro puesto diferente acorde con la situación de riesgo. Solicitada la prestación por riesgo para la lactancia, fue denegada por la Mutua desestimando el Juzgado de lo Social la pretensión en sentencia confirmada en suplicación.

Recorre la trabajadora en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 29 de enero de 2013 por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco .

La sentencia de comparación confirmó la sentencia estimatoria de la demanda sobre prestación de riesgo para la lactancia natural. La trabajadora prestaba servicios como enfermera a bordo de una ambulancia medicalizada en los servicios de enfermería, en jornada laboral de 24 horas con turnos alternos de tres o cuatro días de descanso posteriores. Asume la obligación de prolongar el servicio una vez finalizado el turno si existen razones relacionadas con el mismo. Se informa de la exposición a agentes químicos, biológicos en caso de contagios. La Mutua demandada denegó la prestación solicitada en tanto que el Juzgado de lo Social estimó la demanda en sentencia confirmada por la referencial que apoya su decisión en la imposibilidad de reubicar a la actora en otro servicio y en que éste se lleva a cabo en una ambulancia medicalizada, habiéndose afirmado la existencia de riesgos químicos, biológicos, turnicidad y nocturnidad.



No obstante apreciar una serie de diferencias entre las demandantes, existe en ambos casos la coincidencia de turnicidad, apreciada como riesgo en los informes emitidos para cada trabajadora, de forma que no se trata de establecer una suma de riesgos idénticos sino que valorada como riesgo una de condiciones en las que se desempeña el servicio, para las dos beneficiarias, dicha condición es causa bastante para establecer la contradicción entre las resoluciones comparadas.

SEGUNDO.- La demandante alega en el único motivo de recurso la infracción de los artículos 188 y 189 del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 26.1.2 y 4 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales .

Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos similares acerca del reconocimiento de la prestación por riesgo para la lactancia natural y mas recientemente en el recurso 4164/2017 señalado para votación y Fallo en la misma fecha que el presente, de cuya sentencia, dictada el 24 de enero de 2019 reproducimos sus razonamientos a continuación:

"**TERCERO.-** 1.- Las entidades gestoras recurrentes denuncian que la sentencia recurrida ha incurrido en infracción de los artículos 135 bis LGSS (actual artículo 188 LGSS) en relación al artículo 26 LPRL .

2. La doctrina tradicional de la Sala en supuestos como el presente, estaba contenida en diversas sentencias, una de las cuales es, precisamente, la traída aquí como referencial (SSTS de 1 de octubre de 2012, Rcd. 2373/2011 ; de 21 de marzo de 2013, rcud. 1563/2012); de 24 de junio de 2013 (rcud. 2488/2012), de 7 de abril de 2014 , Rcd. 1724/2013 y de 28 de octubre de 2014, rcud. 2542/2013 ; entre otras). De dichas sentencias se extraía básicamente que:

a) La prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los arts. 135 bis y ter (hoy 188 y 189 LGSS) han de cumplirse todos los requisitos legalmente previstos de manera sucesiva. Conforme a ello, la situación protegida queda vinculada a una suspensión del contrato de trabajo que, a su vez, requiere: 1º) la constatación de un riesgo que se produce cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente sobre la salud de la mujer y de su hijo; 2º) que la adaptación de las condiciones de trabajo por parte del empresario no sea posible o no permita eliminar el riesgo; y 3º) que tampoco sea posible el traslado de la trabajadora a "un puesto o función diferente y compatible con su estado", aplicando los principios propios de la movilidad funcional, o, incluso, a "un puesto no correspondiente a su grupo o categoría".

b).- Por ello no cabe el percibo de la prestación cuando los riesgos no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia , en la forma que se desprende del art. 26.1 LPRG, en relación con el 16 de la misma disposición, pues ello impediría a su vez conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación y, eventualmente, agotadas las previsiones del artículo 26 LPRL , de incluir la situación en la causa de suspensión del contrato de trabajo a que se refiere el art. 48.5 ET .

c).- La complejidad de la situación protegida se pone de relieve, porque no responde sólo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a puesto compatible; medidas que de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no podría verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora tampoco tendría que soportar -al margen de la procedencia en su caso del anticipo de la prestación- el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas. y

d).- La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es, de acuerdo con el artículo 26 de la LPRL , una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo. En cuanto tal, sólo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primer lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo (entre otras, SSTS de 18 de marzo de 2011 -rcud 1863/10 -; y de 23 de enero de 2012 - rcud 1706/11 -).

3.- Ahora bien, como expresó nuestra STS de 26 de junio de 2018, Rcd. 1398/2016 , la doctrina contenida en la STJUE de 19 de octubre de 2017, Asunto Otero Ramos, C-531/15 , aconseja una reflexión sobre la cuestión de la distribución de la carga de la prueba. El Tribunal de la Unión admite la inversión de la carga de la prueba cuando la evaluación de riesgos no se hubiese llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85 . Dicho precepto impone al empresario el deber de determinar, directamente o por medio de los servicios de prevención, "la naturaleza, el grado y duración de la exposición en las empresa o establecimientos de que



se trate, de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 (en periodo de lactancia, para el caso)". Ello exige un examen específico de la situación de la trabajadora que tenga en cuenta su situación individual para determinar si su salud o la de su hijo están expuestas a un riesgo. De ahí que, cuando los riesgos que presenta un puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia no han sido evaluados con arreglo a lo dispuesto en el citado artículo 4 de la Directiva, se priva a la afectada y a su hijo de la protección que debería otorgársele. Por tanto, no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en periodo de lactancia que a cualquier otro trabajador. Esa falta en la evaluación del riesgo supone, para el Tribunal de la Unión, un trato menos favorable a una mujer, vinculado a la lactancia, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2.2 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.

CUARTO.- 1.- Tal como expresaron nuestra STS de 11 de julio de 2018, Rcd. 396/2017 y, de manera especial, la STS de 26 de junio de 2016, del pleno de la Sala ya citada, se modificó la doctrina tradicional de la Sala en un doble sentido. Por un lado, en supuestos en que la evaluación de riesgos no perfile de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, resultará contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se le niegue a la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos sí constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia, incumbiendo la carga de la prueba sobre tal cuestión a cargo del empresario que es quien, en tales casos dispone del principio de facilidad probatoria; teniendo en cuenta, además que, entre sus obligaciones preventivas, figura no sólo la evaluación general de riesgos, sino, también de manera específica, la incidencia que tales riesgos puedan o no tener en la mujer en los supuestos de embarazo y lactancia.

Por otro lado, en relación a la controversia litigiosa la cuestión de la relevancia que el sistema de trabajo a turnos y/o nocturno pueda tener en la protección de la lactancia natural, siguiendo la solución avanzada ya en la STS de 3 de abril de 2018 (rcud. 762/2017), en un supuesto de una enfermera cuyo puesto de trabajo y funciones eran análogas a los del presente caso- y siguiendo la doctrina sentada definitivamente por el Pleno en su reiterada STS de 26 de junio de 2018, debemos poner de relieve que 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 vea 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.

2.- La anterior doctrina ha sido avalada por la reciente STJUE de 19 de septiembre de 2018, Asunto González Castro, C- 41/2017, dictada en un supuesto de trabajadora en situación de lactancia que realiza gran parte de su trabajo en período nocturno combinado con trabajo a turnos. En efecto, dicha sentencia del TJUE ha reiterado y precisado la doctrina sentada en la STJU - caso Otero Ramos- y al respecto ha señalado, por un lado, que el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 se aplica a una situación en la que una trabajadora en período de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional u otra autoridad competente del Estado miembro de que se trate la evaluación del riesgo de su puesto de trabajo por no haber sido realizada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, y, por tanto, que la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia, con arreglo a las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, debe considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad, en el sentido de esta Directiva, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54. Por otro lado,

El Tribunal de Justicia ha precisado a este respecto que, para ser conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. El Tribunal de Justicia ha precisado a este respecto que, para ser conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un examen específico



que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. Así, el artículo 4 de la Directiva 92/85 es la disposición general que define las medidas que deben adoptarse con respecto a todas las actividades que puedan conllevar un riesgo específico para la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. En cambio, el artículo 7 de esa Directiva es una disposición específica aplicable al supuesto de trabajo nocturno, que, como reconoció el legislador de la Unión, puede presentar un riesgo particular para las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia.

De este modo, si los artículos 4 y 7 de la Directiva 92/85 persiguen la misma finalidad de protección de las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz o en período de lactancia contra los riesgos que presentan sus puestos de trabajo, el artículo 7 de la Directiva 92/85 tiene por objeto, más concretamente, reforzar esta protección estableciendo el principio de que las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz o en período de lactancia no estarán obligadas a realizar un trabajo nocturno desde el momento en que presenten un certificado médico que dé fe de la necesidad de dicha protección desde el punto de vista de su seguridad o de su salud. Por tanto, la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, establecida en el artículo 7 de la Directiva 92/85, no puede estar sujeta a requisitos menos estrictos que los que se aplican en el marco del artículo 4, apartado 1, de la misma Directiva.

3.- En conclusión, el TJUE señala que la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la trabajadora afectada, realizada en el marco del artículo 7 de la Directiva 92/85, debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de dicha trabajadora para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. En el supuesto de que tal examen no se haya realizado, existirá un trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad a los efectos de esa Directiva y constituirá una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54, que permite la aplicación del artículo 19, apartado 1, de dicha Directiva.

QUINTO.- 1.- La aplicación de la doctrina expuesta y ya consolidada en nuestra jurisprudencia que se aparta de la doctrina anterior (mantenida, entre otras en la sentencia de contraste) debe conllevar la desestimación del recurso. En efecto, en el presente asunto nos encontramos con una evaluación de riesgos que recoge todos aquéllos que concurren en el puesto de la actora; pero que, no obstante, no hace particular mención ni precisión sobre la afectación de las condiciones del puesto sobre la eventual situación de maternidad o lactancia de la trabajadora.

Ante tal escenario, 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; y a partir de tal extremo, aplicar las previsiones del artículo 26 LPRL y 188 LGSS, puesto que en la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y presenta elementos de prueba que permitan indicar que las medidas de protección previstas en los apartados 1 y 2 de del artículo 26 LPRL, es decir, la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto, no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas medidas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente.

Nada de esto ha sucedido en el presente caso, en el que, además, la empleadora ha incumplido el mandato contenido en el artículo 26.1 LPRL, conforme al cual, "la evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico".

Por ello, frente a la justificación de la denegación de la prestación por parte de la Entidad Gestora basada exclusivamente en no considerar el trabajo de la actora una actividad de riesgo, la constatación del listado de riesgos comunes de dicha actividad basta, en un caso como el presente, permite sostener que ninguna duda cabe del efecto que algunos de ellos tienen sobre la lactancia materna -recuérdese que en otras situaciones similares. 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 esencial similitud de supuestos contemplados en la sentencia recurrida y la resolución cuyos términos son la anterior referencia conduce a aplicar la doctrina de mérito por razones de homogeneidad y seguridad jurídicas y en consecuencia a estimar el recurso de la demandante sin que haya lugar a la imposición de las costas.



FALLO

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

: Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Bartolomé Torres García en nombre y representación de Dña. Margarita frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 1 de septiembre de 2017 dictada en el recurso de suplicación número 1150/2016, casar y anular dicha sentencia y resolviendo el debate de suplicación, estimar el recurso de esa naturaleza, revocar la sentencia de instancia y con estimación de la demanda declarar el derecho de Dña. Margarita a las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural, condenamos a la Mutua de Accidentes de Trabajo y enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (DIRECCION000) al abono de la referida prestación sobre la base reguladora acreditada por el período comprendido entre el 3 de junio de 2015 y la fecha en la que el lactante cumple los nueve meses, subsidiariamente a la Entidad Gestora para el caso de que resultara insolvente la Mutua y a estar y pasar por esta declaración. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO