



Roj: **STS 498/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:498**

Id Cendoj: **28079140012019100066**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2019**

Nº de Recurso: **3529/2017**

Nº de Resolución: **54/2019**

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

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 3614/2017,**
STS 498/2019

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3529/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 54/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

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 24 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Manuel Ramón Prieto Barrero, en nombre y representación de D.^a Noelia , contra la sentencia dictada el 23 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 747/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante, de fecha 23 de febrero de 2015 , recaída en autos núm. 704/2014, seguidos a su instancia frente a Ibermutuamur, Mututa Colaboradora con la Seguridad Social; el Instituto Nacional de la Seguridad Social; y la Consellería de Sanidad Valenciana en el Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante (SAMU), sobre derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia.

Han sido partes recurridas el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social; Ibermutuamur, Mututa Colaboradora con la Seguridad Social, representada por el letrado D. Jacinto Berzosa Revilla; y la Consellería de Sanidad de la Comunidad Valenciana en el Servicio; representada por la letrada de la Generalitat.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Con fecha 23 de febrero de 2015 el Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" **1º.** - D.^a Noelia , con DNI nº NUM000 , presta servicios para la Consellería de Sanidad en el Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante (SAMU), como personal estatutario temporal interina en plaza vacante, con la categoría profesional de ATS DUE, adscrita al SAMU de Guardamar del Segura, Unidad Vega 3.

2º : La demandante presta servicio en jornada de 24 horas de disponibilidad permanente y presencial de 9 a 9 horas, cada seis días. Por la noche, si no hay 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 las salidas como preparando el material necesario para la UVI medicalizada. Se producen asistencias de pacientes urgentes en domicilio y en 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 tratamiento 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 a agentes químicos (exposición de productos R64 o H 362) y agentes biológicos por contagio. También inciden factores físicos de riesgo ergonómicos (posturas forzadas de hombro y movilización normal de cargas y enfermos), psicosociales derivados del trato con pacientes y la organización del trabajo, con sobrecarga emocional por el manejo de situaciones críticas, al igual que factores crono-biológicos (turnicidad), que interfieren negativamente en las condiciones consideradas adecuadas y normales para la lactancia materna.

3º : La demandante dio a luz a su hijo D Marcelino el NUM001 /14, permaneciendo en el periodo de descanso por maternidad hasta el 31/05/14. La actora proporcionó a su hijo lactancia materna (doc. 1 y 6-7 actora).

4º: El Servicio de Prevención de Riesgos Laborales emitió informe el 20 y el 22/05/14, en el que proponía la adaptación de las condiciones de trabajo de la actora, recomendando evitar el turno de 24 horas en trabajo nocturno y debía extremar las medidas de higiene para evitar la transmisión de infecciones. Se indicaba que en caso de que la madre amamantase o procediera 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. 7-8 actora, expediente Consellería y Doc. 1 Mutua, pericial Sres. Ovidio y Pio).

5º: 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. 12 actora y expediente Consellería).

6º: Ante la imposibilidad de compatibilizar el trabajo y la lactancia natural, desde el 1/06/14 hasta el 31/10/14 la demandante se encontró en excedencia, disfrutando de vacaciones del 1 al 28/11/17 (doc. 2 a 5 actora).

7º: 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. A la actora se le reconoció la prestación por riesgo durante la lactancia del 25/05 al 2/11/11 (doc. 15 actora).

8º: La actora solicitó a Ibermutuamur el 11/04/14, la adaptación del puesto de trabajo y la certificación de riesgo durante la lactancia natural, petición que se le fue desestimada por resolución de 23/05/14 (doc. 11 y 13 actora).

9º: Contra tal decisión la actora planteó reclamación previa el 18/06/14, que fue desestimada. Igualmente presentó reclamación previa contra el INSS, la Consellería de Sanidad el 15/12/14, desestimadas el 13/01/15 y 26/01/15 respectivamente.

10º: El importe de la base reguladora asciende a 88,31 € día (doc. 16 a 19 actor)".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que, estimando la demanda planteada por D.^a Noelia , debo declarar y declaro su derecho a las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural en el periodo, del 1/06/14 al 4/11/14 inclusive, sobre una base reguladora diaria de 88,31 €, 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 de insolvencia de la Mutua, y absolviendo de la demanda a la Consellería de Sanidad".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de la Mutua Ibermutuamur ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 23 de mayo de 2017, en la que consta el siguiente fallo: "Estimando el recurso de suplicación formulado por MUTUA IBERMUTUAMUR contra la Sentencia de 23 de septiembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Alicante, en autos 704/14 sobre PRESTACIÓN DE RIESGO DURANTE LA LACTANCIA, siendo parte recurrida D.^a Noelia, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y GENERALIDAD VALENCIANA-CONSELLERIA DE SANIDAD, revocamos la referida Sentencia, sin costas y debiendo devolverse a la recurrente el depósito y consignación constituidos para recurrir".

TERCERO.- Por la representación letrada de la demandante se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del País Vasco, de 29 de enero de 2013 (RSU 9/2013). El motivo se fundamenta en el art. 207 e) de la LRJS, por infracción de los artículos 188 y 189 de la LGSS en relación con el art. 26.1, 2 y 4 de la LPRL.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a las representaciones procesales de las partes recurridas para que formalicen su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación y alegaciones, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que el recurso debe ser estimado.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de enero de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora es la determinación del reconocimiento o no del derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural de una trabajadora que presta servicios como ATS-DUE en el servicio de urgencias del SAMU en jornada de 24 horas de disponibilidad permanente o presencial de 9 a 9 horas, cada seis días, realizando tareas propias de su cargo en actividad asistencial en situaciones de urgencia y emergencias tanto en domicilio como en la vía pública.

2.- La sentencia recurrida es la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 23 de mayo de 2017, rec. 747/2016, que estimando el recurso de suplicación interpuesto por MUTUA IBERMUTUAMUR revocó la sentencia del juzgado de lo social que había acogido la demanda de la trabajadora y declaró el derecho a percibir la prestación por riesgo durante la lactancia natural durante el período de 1/6/2014 a 4/11/2014.

La sentencia del juzgado de lo social razonó que el carácter urgente de las asistencias médicas que realiza la trabajadora, al ser de naturaleza imprevista y de imposible planificación, impiden la necesaria organización de los tiempos y actos, no siendo imaginable la extracción de leche con la ambulancia en marcha y atendiendo al paciente, por lo que no se dan las condiciones de privacidad, tranquilidad e higiene necesarias, a lo que se añade la existencia de riesgos biológicos, ergonómicos y psíquicos por la turnicidad y nocturnidad que afecta a la cantidad de la leche.

La Sala de suplicación niega en cambio que la incidencia de las condiciones de turnicidad y nocturnidad sean factores de riesgo, a lo que añade que en el caso concreto no se han acreditado circunstancias que puedan figurar como tales y estima con ese argumento el recurso de la Mutua.

3.- La demandante formula el recurso de casación para la unificación de la doctrina, que en un único motivo denuncia infracción de los arts. 188 y 189 LGSS, en relación con el art. 26.1.2 y 4 LPRL, e invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 29 de enero de 2013, rec. 9/2013.

SEGUNDO. 1. - Debemos resolver en primer lugar si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS, que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

2. - Lo que sin duda merece una respuesta afirmativa, por cuanto en el caso de contraste se trata de una trabajadora de la misma categoría profesional, que está destinada en el servicio de urgencias médicas en horario de 24 horas de disponibilidad, sometido a turnicidad y nocturnidad, que debe atender los avisos de atención urgente que le sean requeridos.



En esas circunstancias considera acredita la existencia de riesgo para la lactancia natural por las concretas condiciones que concurren en la prestación de trabajo, al realizarse turnos y en jornada nocturna, además de la existencia de riesgos biológicos por el peligro de entrar en contacto con pacientes que presentan patologías infecciosas.

3 - De lo expuesto resulta forzoso concluir, en coincidencia en este punto con el informe del Ministerio Fiscal, que cabe apreciar la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación toda vez que en la sentencia aquí recurrida viene a suceder lo mismo que en la sentencia casada en la sentencia de contraste, dándose la triple identidad de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 219 LRJS .

Los hechos de las dos sentencias son sustancialmente iguales, como idénticas son las pretensiones en ambos casos y los fundamentos esgrimidos, sin que los matices diferenciales que concurren en uno y otro caso tengan relevancia suficiente para desvirtuar la sustancial coincidencia de ambos supuestos, toda vez que no se discute que las trabajadoras en uno y otro supuesto realizan su actividad a tiempo completo y desempeñan en consecuencia la jornada anual correspondiente, cualquiera que sea su distribución en los turnos de trabajo y días de descanso semanal.

En esas circunstancias de identidad, las sentencias en comparación han llegado a soluciones opuestas que es necesario unificar.

TERCERO. 1.- La respuesta que hemos de dar al asunto será coincidente con los recursos 4016/2017 y 4164/2017, deliberados en este mismo día y que afectan todos ellos a trabajadoras destinadas en servicios de urgencias médicas que deben acudir en ambulancias para prestar la atención urgente a los pacientes que la reclaman, y desarrollan su actividad en condiciones prácticamente idénticas de turnicidad y nocturnidad, sometidas los mismos riesgos laborales.

Por su total coincidencia con el caso de autos vamos a reiterar los mismos argumentos que exponemos en el asunto del recurso 4164/2017.

2.- La doctrina tradicional de la Sala en supuestos como el presente, estaba contenida en diversas sentencias, (SSTS de 1 de octubre de 2012, Rjud. 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 , rcud. 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 LPRL , 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 2018, 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 anterior, debe conllevar la estimación del recurso.

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 alguno 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.

2.- En consecuencia y de conformidad con el Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso, para casar y anular la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de igual clase interpuesto por MUTUA IBERMUTUAMUR y confirmar en sus términos la sentencia dictada por el juzgado de lo social. Sin costas.

FALLO

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

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^a Noelia , contra la sentencia dictada el 23 de mayo de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 747/2016 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante, de fecha 23 de febrero de 2015 , recaída en autos núm. 704/2014 , seguidos a su instancia frente a Ibermutuamur, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social; el Instituto Nacional de la Seguridad Social; y la Consellería de Sanidad Valenciana en el Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante (SAMU), sobre derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia.

2.- Casar y anular la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de igual clase formulado por a Ibermutuamur, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, para confirmar en sus términos la sentencia del Juzgado de lo Social que estimó la demanda.

3.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.