

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-
TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 667/2018, de 26 de junio de 2018

Sala de lo Social

Rec. n.º 1398/2016

SUMARIO:

Prestación por riesgo durante la lactancia natural. Denegación por la entidad gestora amparándose en una pretendida inexistencia de riesgos. Carga de la prueba. Exigencia por la sentencia de instancia de que la evaluación de riesgos contemple de modo expreso la existencia de riesgos específicos. *Enfermera que presta servicios de urgencias médicas realizando tareas de asistencia sanitaria a domicilio y, excepcionalmente, en la vía pública.* De la doctrina derivada de la STJUE de 19 de octubre de 2017 (Asunto C-531/15, Otero Ramos) se desprende que la evaluación de riesgos debe llevar a cabo un examen específico de las circunstancias de la trabajadora, teniendo en cuenta su situación individual para determinar si su salud o la de su hijo están expuestas a un riesgo. Por tanto, cuando el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia no ha sido evaluado en cuanto a los riesgos específicos, ello supone un trato menos favorable a una mujer vinculado a la lactancia y constituye una discriminación directa por razón de sexo. Ante ello, señala el Pleno que resultaría contrario al derecho a la igualdad y no discriminación que se le negara la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el período de lactancia. Por tanto, bastará a la trabajadora con acreditar que la evaluación de riesgos no se acomodaba a aquella premisa esencial. En el caso, basta la lectura de la evaluación de riesgos para deducir la concurrencia de circunstancias que tienen particular repercusión en el caso de la mujer en período de lactancia y, frente a tal apreciación que cabe hacer sin necesidad de especiales conocimientos técnicos –así por ejemplo respecto del riesgo de contagio por contacto de fluidos humanos diversos-, habrá de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia la que haya de desarrollar la actividad probatoria en contrario. Esta misma distribución del gravamen probatorio habrá que aplicar en relación con la existencia o inexistencia de puesto adaptable.

Trabajo a turnos o en jornada nocturna. A pesar de que no son consideradas como condiciones de trabajo que supongan un factor de riesgo por la normativa al respecto (RD 39/1997), sin embargo, admiten una excepción en aquellos supuestos en que la incompatibilidad de la toma directa no se puede paliar con la extracción de leche y su conservación, en razón del lugar y de las condiciones en que se desarrolla la prestación de servicios. La delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil, porque lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se ve dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral. 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, cual es salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en los casos en los que la madre ha optado por esa vía de alimentación. **Sala General.**

PRECEPTOS:

Directiva 92/85/CE (Mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la mujer embarazada), arts. 4.1 y 5.
Directiva 2006/54/CE (Aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación), art. 2.2 c).
RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 135 bis y 135 ter.
Ley 31/1995 (LPRL), arts. 14, 16 y 26.
RD 39/1997 (Servicios de Prevención), Anexos VII y VIII.

PONENTE:

Doña María Lourdes Arastey Sahún.

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesús Gullón Rodríguez, presidente
D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea
D. Luis Fernando de Castro Fernández
D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga
D. José Manuel López García de la Serrana
D^a. Rosa María Virolés Piñol
D^a. María Lourdes Arastey Sahún
D. Antonio V. Sempere Navarro
D. Ángel Blasco Pellicer
D. Sebastián Moralo Gallego
D^a. María Luz García Paredes

En Madrid, a 26 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Patricia , representada y asistida por la letrada D^a. Ana Isabel Sánchez Acebedo, contra la sentencia dictada el 9 de febrero de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, en recurso de suplicación nº 593/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Toledo , en autos núm. 1640/2012, seguidos a instancia de la ahora recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y Summa 112 Servicio de Urgencia Médica de Madrid.

Ha comparecido como parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) representado y asistido por el letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D^a María Lourdes Arastey Sahún.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 24 de septiembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Toledo dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO. Dña. Patricia viene prestando servicios como personal sanitario no facultativo en categoría de ATS-DUE para la empresa Summa 112, realizando sus funciones dentro de la UAD (Unidad de Asistencia Domiciliaria Rural).

SEGUNDO. Dña. Patricia tuvo un hijo en fecha 13 de febrero de 2012. El bebé fue diagnosticado de coartación de aorta, estando pendiente de cirugía. Por prescripción médica de fecha 18 de mayo de 2012 se le aconsejó la lactancia materna en exclusiva.

TERCERO. Dña. Patricia permaneció de baja maternal de 13 de febrero de 2012 hasta el 3 de junio de 2012.

CUARTO. El 21 de mayo de 2012 la trabajadora presentó solicitud de riesgo durante la lactancia natural. Tras los trámites que obran fue denegada por resolución de 23 de mayo de 2012 "por no ser considerado el trabajo que desempeña como actividad de riesgo" Interpuesta reclamación previa y tras los trámites que obran en autos fue desestimada expresamente por resolución de 24 de julio de 2012.

QUINTO. Del 4 de junio de 2012 a 13 de junio de 2012 la solicitante disfrutó de permiso con sueldo posterior al parto concedido por el Summa. Del 14 de junio de 2012 a 13 de julio de 2012 disfrutó de permiso de lactancia de un mes.

SEXTO. La trabajadora solicitó excedencia por cuidado de hijos desde el 14 de julio de 2012 al 13 de noviembre de 2012.

SÉPTIMO. Dña Patricia tenía jornada laboral de lunes a domingo, realizando la jornada laboral completa distribuida en 120 jornadas de 17 y 24 horas. Sus funciones son la "Prestación de asistencia sanitaria propia de su

titulación en domicilio, en situaciones de urgencia y excepcionalmente en vía pública en aquellas situaciones de urgencia y emergencia que así lo requieran. Además tendrá encomendada la adaptación de medidas operativas de carácter sanitario que se consideren necesarias y para cuyo ejercicio se requiera la situación correspondiente a esta categoría". La evaluación de riesgos del puesto de trabajo obra en autos y se da por reproducida en esta sede.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por Dña. Patricia , debo absolver y absuelvo al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social y Summa 112 Servicio de Urgencia Médica de Madrid de la acción ejercitada, confirmando la resolución administrativa impugnada.».

Segundo.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la demandante D^a. Patricia ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha (Albacete), la cual dictó sentencia en fecha 9 de febrero de 2016 , en la que consta el siguiente fallo:

«Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a. Patricia , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Toledo, de fecha veinticuatro de septiembre de dos mil catorce , en los autos nº 1640/12, sobre reclamación por reintegro de prestaciones, siendo recurrido INSS, TGSS y Summa 112 Servicio de Urgencia Médica de Madrid, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia de instancia».

Tercero.

Por la representación de D^a. Patricia se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de marzo de 2014, (rollo 1759/2013).

Cuarto.

Por providencia de esta Sala de fecha 20 de octubre de 2016 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

Quinto.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de abril de 2018 y, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, de conformidad con el art. 197 LO del Poder Judicial , se suspendió el señalamiento inicial acordándose el debate del asunto por el Pleno de la Sala el día 20 de junio de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para unificación de doctrina es si la demandante tiene o no derecho a la prestación por riesgo durante el período de lactancia natural, tratándose de una ATS/DUE que presta servicios en la Unidad de Asistencia Domiciliaria Rural de un Servicio autonómico de urgencias médicas, durante 120 días al año, en turnos de 17 y 24 horas, realizando tareas de asistencia sanitaria en domicilio y, excepcionalmente, en vía pública en las situaciones de urgencia y emergencia que así lo requieran.

2. Consta probado que la actora tuvo un hijo el 13 de febrero de 2012 -al que, por razones médicas, se aconsejó la alimentación mediante lactancia exclusivamente natural- y que, finalizada la licencia por maternidad, solicitó al INSS la prestación por riesgo durante la lactancia natural, que le fue denegada por la Entidad Gestora, exclusivamente «por no ser considerado el trabajo que desempeña como actividad de riesgo».

En el informe de evaluación de riesgos de su puesto de trabajo, que la sentencia de instancia da por reproducido, no se recoge la existencia de riesgos específicos para la lactancia, contemplándose como riesgos genéricos, entre otros: el manejo de productos químicos (instrunet -producto de desinfección para ámbito sanitario-alcohol, lejía), cortes y pinchazos con material utilizado en limpieza y desinfección, la exposición a agentes químicos y biológicos (tales como fluidos corporales, vómitos, sangre, etc.) y la carga mental por trabajo nocturno y a turnos (así lo reseña la sentencia en su fundamentación jurídica).

Es un hecho conforme que a la actora se le había reconocido la prestación con un hijo anterior y que, igualmente, obtuvo prestación por riesgo durante el embarazo de este segundo hijo; señalando la sentencia recurrida que tales reconocimientos se produjeron «bajo las mismas circunstancias (...) de profesión, categoría profesional, concreto trabajo desempeñado, horario realizado y exposición de riesgos laborales». También consta que, tras la reincorporación posterior a la baja por parto, la actora no prestó servicios efectivos, disfrutando de dos permisos sucesivos hasta el 31 de julio de 2012 y pasando a excedencia por cuidado de hijo hasta el 13 de noviembre de 2012.

3. La sentencia recurrida, confirmando la de instancia, desestima la pretensión del reconocimiento del derecho a lucrar el subsidio por riesgo durante la lactancia natural, al no haberse acreditado la existencia de riesgos específicos, y tampoco la imposibilidad de la adaptación de las condiciones de su puesto o de un cambio a otro de la misma o diferente categoría exento de esos riesgos o con niveles de riesgos tolerables o controlados. En respuesta a la alegación vertida en el recurso de suplicación referida al trabajo a turnos o en jornada nocturna, la sentencia recurrida reproduce el contenido de la STS/4ª de 21 marzo 2013 (rcud. 1563/2012).

4. Disconforme con dicha sentencia se alza ahora en casación unificadora la demandante, aportando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 10 de marzo de 2014 (rollo 1759/2013) en la que se estimó la demanda y se declaró el derecho de la allí demandante a percibir la prestación por riesgo durante la lactancia natural, que le había sido denegada por el INSS por no presentar su puesto de trabajo un riesgo específico que afectara a esa concreta situación.

En el relato fáctico de esa sentencia figura que la demandante prestaba servicios como ATS/DUE para el SUMMA 112 en la Unidad Medicalizada de Emergencias, en una UVI móvil, con una jornada laboral de 24 horas, trabajando un día de cada seis; y que desarrollaba labores propias de su titulación tanto en domicilio como en vía pública en situaciones de urgencias y emergencias. Consta igualmente probado que su puesto de trabajo no aparece como exento de riesgo y que la empresa certificó la existencia de riesgo para la lactancia con indicación de que no resultaba posible asignarle a otro compatible con su estado al estar sometidos los restantes a riesgos similares.

La sentencia de contraste se remite a lo ya resuelto en sentencias previas dictadas por la misma Sala de lo Social de Madrid y en particular a la fechada el 29 de febrero de 2012 (rollo 5494/2011), referida también a una ATS/DUE perteneciente a la Unidad Medicalizada de Urgencias del SUMMA 112, en la que se había razonado, en sustancia, que la forma de la prestación de servicios mediante la realización de turnos de 24 horas puede influir negativamente en la salud de la madre y del hijo, y que la previsión relativa al trabajo nocturno durante el embarazo contenida en el art. 7 de la Directiva 92/85/CEE resulta extrapolable a la lactancia.

5. La reseña de las sentencias comparadas pone de manifiesto que entre ellas existen evidentes similitudes por cuanto que en ambas se trata de enfermeras del SUMMA 112, destinadas a servicios de asistencia domiciliaria, urgencias y emergencias, sometidas a turnos de trabajo prolongados con prestación de servicios en horario nocturno, las cuales solicitan el subsidio por riesgo durante la lactancia natural con ese fundamento. No obstante, mientras que la sentencia recurrida deniega la prestación a la actora al considerar que las características horarias de su actividad laboral no representan un riesgo específico para la lactancia, la invocada como referencial concede el subsidio a la recurrente al apreciar ese riesgo.

6. Es cierto que en la sentencia de contraste se declara probado que la empleadora procedió a notificar la existencia de riesgo por lactancia con la indicación de que no resultaba técnica ni objetivamente posible asignar a la trabajadora a otro puesto de trabajo compatible con su estado dado que los restantes estaban expuestos a riesgos similares. Pero tal dato no impide apreciar la contradicción puesto que, aunque no consta en la sentencia recurrida la imposibilidad de que la empresa aplicara medidas adecuadas para evitar el sometimiento al riesgo, lo cierto es que ni ésa fue la causa de denegación de la prestación por parte de la resolución administrativa, ni los hechos probados revelan que la empresa ofreciera adaptación o reubicación de puesto a la trabajadora, la cual dejó de prestar los servicios que tenía asignados hasta agotar la excedencia por cuidado de hijo en la misma fecha que el menor cumplía 9 meses, lo que, como después se dirá, sirve para entender que, en efecto, no hubo satisfacción por parte de la empresa de aquella obligación de adaptar o recolocar.

7. Por consiguiente, como también propone el Ministerio Fiscal, ha de aceptarse la concurrencia del requisito de la contradicción exigido por el art. 219.1 LRJS, ya que nos encontramos ante trabajadoras que se hallaban en circunstancias análogas, respecto de las cuales cabe analizar en qué medida estaba identificado el riesgo del que habría de derivarse el derecho a la prestación controvertida.

Segundo.

1. El recurso de casación unificadora se ciñe a un único motivo, mediante el cual se denuncia la infracción de los arts. 135 bis y ter del RDLeg. 1/1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), y art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), así como la Directiva 95/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la 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).

Reproduce así la recurrente las alegaciones de la demanda inicial, en las que señalaba que la forma en que se lleva a cabo la prestación del servicio genera los riesgos para la lactancia natural cuya protección pretende, tanto por el posible contacto con agentes biológicos o químicos, como por las repercusiones derivadas del trabajo nocturno y a turnos.

2. En primer lugar, vamos a precisar que, en virtud de los arts. 26 LPRL y 135 bis LGSS, la situación protegida es la que se produce por la concurrencia de riesgos para la lactancia natural que obligan a la empresa a suspender el contrato mientras el menor no alcance nueve meses si la empresa no ha podido adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo ni cambiar a la trabajadora de puesto de trabajo. Como hemos apuntado en el Fundamento precedente, no consta en este caso declaración en este sentido de la empresa, pero sí se acredita que la empresa no ha ofrecido modificación de condiciones ni recolocación alguna, habiéndose cubierto el periodo indicado mediante el disfrute de permisos y de excedencia por cuidado de hijo, lo que evidencia una situación de hecho de apartamiento de la prestación de servicios por el periodo coincidente con el de lactancia materna protegida; sin que, por otra parte, la Entidad Gestora justificara la denegación en otra causa distinta que la inexistencia de riesgos -lo cual ratifica en el escrito de impugnación-. Por ello, no es objeto de esta litis la valoración de la conducta empresarial en la adopción de las medidas adecuadas ni puede exigirse que, ante la falta de declaración expresa al respecto por parte de la empleadora, a la trabajadora se le imponga la obligación de acreditar que no era posible la adaptación del puesto o la recolocación en otro distinto.

3. Nos encontramos ante la exigencia de la sentencia recurrida de que la evaluación de riesgos contemple de modo expreso la existencia de riesgos específicos.

Tras la inclusión de la prestación por riesgos durante la lactancia natural en nuestro ordenamiento jurídico por la Disp. Ad. 11ª de LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), que, dando cumplimiento a la Directiva 92/85, modificó el art. 26.4 LRPL e incorporó los arts. 135 bis y ter LGSS, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones en relación a la cuestión.

Precisamente en las primeras de nuestras sentencias, analizamos la particularidad que pudiera representar la evaluación de riesgos en relación a la lactancia natural, y señalamos allí que tal evaluación debía de ser específica y debía alcanzar la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición, para concluir que no se acredita el riesgo en un supuesto -como el entonces examinado- en que en los informes aportados no contenían

elementos concretos que pudieran conducir al conocimiento de los riesgos en cuestión (STS/4ª de 17 marzo 2011(3) -rcud. 1864/2010 , 1865/2010 y 2448/2010-, 18 marzo 2011 (4) -rcud. 1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010-, 3 mayo 2011 -rcud. 2707/2010-, 22 noviembre 2011 -rcud. 306/2011- y 25 enero 2012 -rcud. 4541/2010-, todas ellas respecto a situaciones análogas, cuya doctrina reprodujo posteriormente la STS/4ª de 23 enero 2012 -rcud. 1706/2011 -).

Recordemos que la exigencia de la evaluación de los riesgos a efectos de su prevención se contiene en los arts. 14 y ss. LPRL , señalando, en particular el art. 16 que la misma «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».

Este aspecto de la inexistencia de específica evaluación de los riesgos desde la perspectiva de la incidencia de las condiciones del trabajo en la lactancia natural llevaba a resolver la cuestión de la carga de la prueba de la existencia de dicho riesgo específico, sosteniendo que corresponde «en parte a la trabajadora y en parte a la empleadora a las que va afectar tal importante vicisitud de la relación laboral» (STS/4ª de 18 marzo 2011 -rcud. 1863/2010 -, antes citada) y que esa distribución del gravamen probatorio, supone que es a la parte actora quien debe «desvirtuar las causas de denegación de la prestación».

4. Ahora bien, la doctrina de la STJUE de 19 octubre 2017, Otero Ramos, C-531/15 , aconseja una reflexión sobre la cuestión de la distribución de la carga de la prueba. En ella 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 art. 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 art. 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 art. 2.2 c) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006 , relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

De esa doctrina se desprende que 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, resultaría contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se le negara la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos sí constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia, como ocurre en el presente caso. Bastará a la trabajadora con acreditar que la evaluación de riesgos no se acomodaba a aquellas premisas esenciales.

5. En el actual litigio 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 lactancia de la trabajadora.

Ante tal escenario, no cabe sostener que la pretensión de la demanda está huérfana de prueba de la existencia de riesgos específicos. Por el contrario, basta la lectura de la propia evaluación de riesgos -recogida en esencia en el Fundamento anterior- para deducir la concurrencia de circunstancias que, aceptada su incidencia sobre cualquier trabajador, tienen particular repercusión en el caso de la mujer en periodo de lactancia y, frente a tal apreciación que cabe hacer sin necesidad de especiales conocimientos técnicos -así, por ejemplo, respecto del riesgo de contagio por contacto con fluidos humanos diversos-, habrá de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia la que haya de desarrollar la actividad probatoria en contrario.

6. Precisamente, la STJUE del Asunto Otero Ramos añade que esta misma distribución del gravamen probatorio habrá que aplicar en relación con la existencia o inexistencia de puesto adaptable, lo que enlaza con lo que razonábamos al principio de este Fundamento: «...debe señalarse que las mismas reglas de prueba se aplican en el marco del artículo 5 de la Directiva 92/85 . En particular, 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 este artículo, 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 técnicas u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente».

7. Esta aproximación a la distribución de la carga de la prueba resulta acorde con la imprescindible vinculación entre las obligaciones de protección de la seguridad y salud de la trabajadora y el respeto al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres; y no sólo en el plano del Derecho de la Unión, puesto que resulta también más ajustada al cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 4 y 15 LOIMH, en tanto permite la consecución de la efectividad del principio de igualdad de oportunidades que informa el ordenamiento jurídico español.

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, para sostener que ninguna duda cabe del efecto que algunos de ellos tiene sobre la lactancia materna -recuérdese que se identificaba como riesgo "la exposición a agentes químicos y biológicos"-, sin que la falta de precisa evaluación de tal eventualidad pueda situar a la trabajadora en una posición de exclusión del acceso a la protección.

Tercero.

1. Se suscita también en 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.

En efecto, con arreglo al criterio general establecido en la STS/4ª de 1 octubre 2012 (rcud. 2373/2011), conociendo de la reclamación formulada por una ATS/DUE adscrita al servicio de urgencias de un Hospital, las circunstancias de trabajo a turnos o en jornada nocturna no son factores de riesgo contemplados en los Anexos VII y VIII del Reglamento de los Servicios de Prevención (RD 39/1997, de 17 de enero) «por mucho que resulte recomendable no hacer turnos nocturnos ni rotatorios y que los mismos no sobrepasen las 8 horas y que tengan adecuados períodos de descanso, como ciertamente sería deseable, como desiderátum para todos los trabajadores». Esa solución ya fue aplicada en la STS/4ª de 23 enero 2012 (rcud. 1706/2011), en un procedimiento tramitado a instancia de una camillera, y ha sido seguida en otros litigios promovidos por personal sanitario en las STS/4ª de 21 marzo 2013 (rcud. 1563/2012) -médico de urgencias hospitalarias-, 24 junio 2013 (rcud. 2488/2012) -enfermera en Servicio de Neonatología de un hospital-, y 7 abril y 28 octubre 2014 (rcuds. 1724/2013 y 2542/2013, respectivamente)- ATS/DUE en servicio de urgencias de un centro hospitalario-.

Sin embargo, también hemos declarado que esa pauta general admite una excepción en aquellos supuestos en que la incompatibilidad de la toma directa no se pueda paliar con la extracción de leche y su conservación, en razón del lugar y de las condiciones en que se desarrolla la prestación de servicios, como en el caso de las tripulantes de cabina de aviones (STS/4ª de 24 abril, 21 junio y 22 noviembre 2012 -rcuds. 818/2011, 2361/2011, 306/2011 y 1298/2011, respectivamente-).

2. Ahora bien, en línea con esas últimas sentencias - y siguiendo la solución avanzada ya en la STS/4ª de 3 abril 2018 (rcud. 762/2017), en un supuesto de una enfermera cuyo puesto de trabajo y funciones eran análogas a los del presente caso- debemos poner de relieve que, no sólo el listado de los Anexos del Reglamento no es exhaustivo, sino que, además, la delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil, porque lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se ve dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral y, desde esa óptica, no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias. Por eso la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. No cabe, pues, limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello

se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación del hijo.

3. Por todo ello, debemos llevar a cabo una revisión de nuestra doctrina en los términos expuestos y, en consecuencia, declarar que es la sentencia de contraste la que ofrece una solución acomodada a Derecho.

Cuarto.

1. Lo dicho nos lleva a estimar el recurso de la trabajadora y a casar y anular la sentencia recurrida. Por tanto, resolviendo el debate suscitado en suplicación, debemos estimar el recurso de dicha clase interpuesto por la demandante inicial y revocar la sentencia de instancia, estimando así la demanda y declarando el derecho de la actora a lucrar la prestación por riesgo durante la lactancia natural con efectos de 13 de junio de 2012 hasta la concurrencia de la causa legal de extinción calculada según la base reguladora reconocida por el INSS en el acto del juicio.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS , no procede la condena en 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 unificación de doctrina interpuesto por D^a Patricia contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 9 de febrero de 2016 (rollo 593/2015), recaída en el recurso de suplicación formulado por dicha parte contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Toledo de fecha 24 de septiembre de 2014 en los autos núm. 1640/2012, seguidos a instancia de la ahora recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y Summa 112 Servicio de Urgencia Médica de Madrid. En consecuencia, casamos y anulamos dicha sentencia y, con estimación del citado recurso de suplicación, revocamos la sentencia del Juzgado de instancia y, estimando la demanda inicial, declaramos el derecho de la actora a lucrar la prestación por riesgo durante la lactancia natural con efectos de 13 de junio de 2012 hasta la concurrencia de la causa legal de extinción calculada según la base reguladora reconocida por el INSS en el acto del juicio, condenando a dicha Entidad Gestora al abono de la misma. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.