

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (Sede en Las Palma)

Sentencia 1339/2019, de 17 de diciembre de 2019

Sala de lo Social

Rec. n.º 860/2019

SUMARIO:

Prestación por riesgo durante la lactancia natural. Integración de la perspectiva de género y la perspectiva del niño. Denegación por no haberse determinado con claridad qué agentes, procedimientos o condiciones de trabajo podían influir negativamente en la lactancia. Evaluación de riesgos que únicamente los establece de forma genérica, sin que conste grado y duración de la exposición. Además del impacto de género incuestionable de la prestación, existe otro impacto sobre el niño (lactante), que se ve privado de su derecho a la alimentación natural en una fase vital esencial de su corta vida, en la que el recién nacido necesita no solo una aportación de nutrientes adecuada (leche materna), sino también el contacto emocional derivado del vínculo afectivo que se establece a través de la lactancia materna. La evaluación de riesgos del puesto de trabajo se ha llevado a cabo de forma global, abstracta y no individualizada y, además, sin actualizar, de tal forma que no se ha adaptado al nuevo estado biológico de la trabajadora, en período de lactancia, al tratarse (como el embarazo) de una situación dinámica que requiere un tratamiento específico. Por tanto, la evaluación de riesgos en la que se ha basado la Mutua para denegar la prestación no cumple con las directrices que sirven de guía a la Directiva 92/85/CE y que, a tenor de la STJUE de 19 de octubre de 2017 (Asunto C-531/15, Otero Ramos -NSJ057278-), exigen un examen sistemático de todos los aspectos de la actividad profesional, que comprende al menos tres fases: identificación de peligros; identificación de las categorías de trabajadoras que están expuestas; evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos. Concretamente, en lo que atañe a las mujeres en período de lactancia, los empresarios deben realizar un examen periódico de los riesgos durante todo ese período, que debe tener en cuenta la situación individual de la trabajadora para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. Se reconoce el derecho a percibir la prestación por riesgo durante la lactancia.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 9.2 y 39.1.

Directiva 92/85/CE (Mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la mujer embarazada), arts. 2 y 4.

Ley Orgánica 3/2007 (LOIEMH), arts. 4 y 15.

Ley 31/1995 (LPRL), art. 26.4.

RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), arts. 188 y 189.

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 45.1 e)

Ley 36/2011 (LRJS), art. 96.

PONENTE:

Doña Gloria Poyatos Matas.

En Las Palmas de Gran Canaria, a 17 de diciembre de 2019.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Ilmos. Sres. Magistrados D./Dña. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000860/2019, interpuesto por Dña. Serafina, frente a Sentencia 000066/2019 del Juzgado de lo Social Nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000937/2018-00 en reclamación de Prestaciones siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. GLORIA POYATOS MATAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en Autos, se presentó demanda por D^a Serafina, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL , y la MUTUA DE ACCIDENTES DE CANARIAS (MUTUA COLABORADA CON LA SEGURIDAD SOCIAL N.º 272).

Segundo.

En la citada sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- La parte actora ha venido prestando servicios por cuenta ajena con categoría profesional de Animadora Sociocultural.

Las contingencias profesionales están cubiertas por la Mutua demandada.

La actora es madre de dos hijos, uno de ellos nacido el NUM000/18, el cual se encuentra recibiendo lactancia materna. (conforme)

SEGUNDO.- La actora solicitó prestaciones por riesgo durante la lactancia, petición que fue desestimada por resolución de la Mutua de 24/8/18.

TERCERO.- El puesto de trabajo de la actora se halla afecto a los siguientes riesgos laborales:

- golpes
- caídas al mismo nivel
- accidente de tráfico en misión
- atropellos o golpes con vehículos.
- contacto eléctrico por operaciones elementales (conexión y desconexión de equipos)
- cortes
- caída de objetos manipulados
- contacto con productos químicos y agentes biológicos de los grupos 2, 3 o 4 (Pinturas, barnices, disolventes etc), siendo el tipo de exposición inhalatoria.
- sobreesfuerzos por manipulación manual de cargas por manejo de personas en sillas de ruedas para ayudarlas en el traspaso al baño por Manejo repetitivo de pesos arrastre y empuje, con cargas 80kg + de 5 veces al día; Subir y bajar escaleras + de 10 veces; Flexionar tronco y trabajo en cuclillas porcentaje con el 20% de la jornada; Bipedestación mantenida 6 horas jornada
- disconfort ambiental por temperaturas extremas (frío o calor) de 30º para trabajos sedentarios con 4 horas diarias de exposición y 40º en trabajos no sedentarios con 4 horas diarias de exposición y Ruido + 80 dB(A) con tiempo de exposición 5 horas al día.
- sobreesfuerzo derivado del uso continuo y mantenido de la voz
- alto nivel de exposición social (atención a terceros) de forma permanente o muy frecuente sin ayudas suficientes (apoyos, pausas, etc) que puedan dar lugar a situaciones de tensión/dificultades de control elevadas/estrés que provoquen perturbaciones o malestar significativo (con agresiones o golpes involuntarios) (d. 4 y 5 actora)

CUARTO.- A la actora se le reconoció en fecha 05.12.2017 el derecho a la prestación derivada de riesgo durante el embarazo con fecha de efectos 30.11.2017.

QUINTO.-La actora percibió prestación de maternidad del 20/4/18 a 9/8/18. Ha permanecido en situación de incapacidad temporal del 31/8/18 a 10/12/18.

SEXTO.- La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 1850,10 euros mensuales. SEPTIMO.- No resulta posible la adaptación del puesto de trabajo de la actora.

OCTAVO.- Se agotó la vía previa sin efecto."

Tercero.

En el fallo de la sentencia de la instancia, literalmente se recoge:

"Que desestimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Serafina, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y MUTUA DE ACCIDENTES DE CANARIAS (MUTUA COLABORADORA CON LA SEGURIDAD SOCIAL N.º 272), sobre PRESTACIONES , debo absolver y absuelvo a

las demandadas de todas las pretensiones contra las mismas formuladas, las cuales son expresamente desestimadas."

Cuarto.

Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por D^a Serafina, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La demandante doña Serafina interpone recurso de suplicación frente a la sentencia dictada el 20 de febrero de 2019 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos 937/18, seguidos en materia de Seguridad Social (prestación por riesgo durante la lactancia natural), en cuyo fallo se desestima la demanda por no haberse determinado con claridad los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pudieran influir negativamente en la lactancia.

El recurso ha sido impugnado por la Entidad colaboradora de la Seguridad Social demandada, Mutua de Accidentes de Canarias (MAC).

Segundo.

En un primer motivo, al amparo del art. 193 b) LRJS Legislación citada LRJS art. 193.b solicita la revisión de los hechos probados.

Específicamente se solicita la modificación del hecho probado tercero para añadir al mismo un párrafo con el siguiente tenor literal:

"El plan de prevención de riesgos laborales: Evaluación de puesto de Animador sociocultural establece 10. Trabajadores especialmente sensibles:

- Existen agentes, procedimientos, y condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la trabajadora embarazada o en Lactancia: SI"

Se ampara la recurrente en prueba documental (Folio 84 de autos que obra en del ramo de prueba de la demandada, MAC).

La impugnante se opuso a la modificación propuesta, destacando que la recurrente refiere a la anilina que contiene los barnices, pero ello supone la introducción de hechos nuevos que no fueron alegados ni en la demanda ni en el acto del juicio. Tampoco consta en las actuaciones las fichas de los productos que continene presuntamente esta sustancia.

Para que prospere la revisión del hecho probado deben concurrir los siguientes requisitos:

- No se pueden plantear válidamente en el recurso cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas deben rechazarse en el recurso, en virtud del principio dispositivo (STS 4 octubre 2007)

-Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

-Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. El error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999), pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia.

-Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

-Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso devendría inútil la variación.

Sentadas tales premisas, debe estimarse la modificación por los siguientes motivos. En primer lugar porque el párrafo que se pretende añadir al listado de riesgos laborales del puesto de trabajo de la actora, tiene incidencia directa respecto a la prestación solicitada (riesgo durante la lactancia natural).Ello es así porque

literalmente se contiene en el documento señalado por la actora que " Sí existen agentes , procedimientos y condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la trabajadora embarazada o en lactancia"

En segundo lugar porque se extrae de forma nítida, clara y directa de la propia literalidad del folio 84, contenido en el Plan de Prevención de riesgos Laborales del puesto de trabajo de la actora (animadora sociocultural), en su concreto centro de trabajo (Centro de atención al Discapacitado del Ayuntamiento de la DIRECCION000). Además tal documento se contiene en el ramo de prueba documental de la MAC, siendo por tanto incontrovertido su contenido.

En tercer lugar, tal adición no es una cuestión nueva o que genere indefensión a la Mutua impugnante pues, repetimos, se contiene en el propio plan de prevención de riesgos, conocido por la Mutua, que además lo incluyó en su propia prueba documental.

Por todo ello, se estima la propuesta modificativa de la recurrente

Tercero.

En el segundo motivo de censura jurídica, la recurrente, al amparo del apartado c) del art.193 de la LRJS Legislación citadaLRJS art. 193 , solicita el examen de la infracción las normas sustantivas o de la jurisprudencia, por entender infringida las siguientes normas sustantivas aplicables al presente caso:

- Art. 26 Ley 3171995 de 8 de noviembre de Prevención de riesgos laborales (LPRLLegislación citadaLPRLL art. 26)

- Arts. 135Legislación citadaLGSS art. 135Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. y 135 ter del Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junioLegislación citadaLGSS art. 135 TERReal Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. que aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS). O arts. 188 y 189 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

- Art. 45.1 dLegislación citadaET art. 45.1.dReal Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.) y 48.5 del Estatuto de los Trabajadores (ETLegislación citadaET art. 48.5Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.)

- Disposición Adicional 11.7 de la LO 3/2007, de 22 de marzo de Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres (LIEMH)

-Directiva 92/85 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

-Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

-Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo sobre prestaciones económicas por maternidad, paterni dad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural.

Entiende la recurrente que en el actual litigio de la lectura de la evaluación de riesgos laborales del puesto de trabajo de la actora se deduce claramente la existencia de riesgos perjudiciales para la lactancia materna (riesgos por agentes químicos, riesgos por factores psicosociales, fatiga mental y física, etc.) debiendo ser en todo caso la demandada a quien corresponde la carga de la prueba. Se añade, además, que la actora ya fue perceptora de prestación por riesgo durante el embarazo en el mismo puesto de trabajo. Además, en este caso también el amamantamiento se ve dificultado por el estrés psicosocial y la influencia de los tiempos de trabajo lo que dificultan a la actora la lactancia natural al tener dificultades para la extracción y conservación de la leche materna.

La impugnante se opuso poniendo de relieve que no consta que la actora se halle expuesta a una sustancia particular, dado que únicamente se establece de forma genérica la exposición a pinturas , barnices, disolventes etc. , sin que conste el grado y duración a la exposición a esa sustancia , tal y como se expone en la STS 21 de marzo de 2013, que exige que los riesgos deben conocerse con detalle , extensión , características y tiempo de exposición al riesgo.

A)- Marco Jurídico. Derecho a la lactancia natural Internacional

A.1-ONU. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), ratificado por España en 1980 (BOE» núm. 69, de 21 de marzo de 1984), establece en su art. 11:

"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: (...) f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción (...)"

Por su parte el art. 2 de la convención recuerda que los estados deben cumplir con el principio de diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones internacionales:

"Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a (...) c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación (...)"

Y en su art. 5 b):" Los Estados Partes, tomarán medidas apropiadas para: (...)

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos"

- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificado por España (BOE nº313 de 31 diciembre de 1990). En su artículo 3.1 y 2 se dispone:

"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".

A.2- Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Convenio nº 183 sobre la protección de la maternidad (2000) en cuyo art. 10 y 11 (madres lactantes) que reconoce: "la mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo".

A.3- Consejo de Europa

-En la Carta Social Europea de 1961, ratificada por España en 1980 (BOE nº153 de 26 de junio de 1980), se establece en su art. 17:

"Derechos de las madres y los niños a una protección social y económica.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las madres y los niños a una protección social y económica, las Partes Contratantes adoptarán cuantas medidas fueren necesarias y adecuadas a ese fin, incluyendo la creación o mantenimiento de instituciones o servicios apropiados".

De otro lado el art. 16 reconoce el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica.

Unión Europea (UE)

A.4- El art. 24.2 de la Carta Europea de derechos Fundamentales de la UE (2000) se recuerda que : " En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial "

- Directiva 92/85/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. El artículo 2 establece:

"A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: (...)

c) trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales."

En lo que atañe a la evaluación de los riesgos y a la información de las sobre dicha evaluación, el artículo 4 dispone:

"1. Para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I, el empresario, directamente o por medio de los servicios de protección y prevención mencionados en el artículo 7 de la Directiva 89/391 , deberá determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición en las empresas o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, para poder:

- apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2;
- determinar las medidas que deberán adoptarse.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 89/391, en la empresa o establecimiento de que se trate, se comunicará a todas las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, y a las trabajadoras que puedan encontrarse en una de las situaciones citadas en el artículo 2, y/o a sus representantes, los resultados de la evaluación contemplada en el apartado 1 y todas las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo."

En cuanto a las consecuencias de la evaluación de los riesgos, los apartados 1 a 3 del artículo 5 de dicha Directiva establecen:

"1. Sin perjuicio del artículo 6 de la Directiva 89/391, si los resultados de la evaluación mencionada en el apartado 1 del artículo 4 revelan un riesgo para la seguridad o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora a que se refiere el artículo 2, el empresario tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo.

2. Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada.

3. Si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud."

- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (refundición)

El artículo 2 define discriminación directa como : "la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable (...). A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá (...)

c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85."

El artículo 14.1 extiende la prohibición de las discriminaciones, entre otras, a las condiciones de trabajo: "No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: (...) c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado (...)"

En relación a la carga de la prueba y el acceso a la justicia en supuestos de discriminación directa o indirecta, el artículo 19.1 prevé:

«Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato (...)"

Derecho español

A.5- El art. 9.2 de la Constitución Española (CE)Legislación citadaCE art. 9.2) preceptúa:

"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

Y el art. 39.1 de la CE)Legislación citadaCE art. 39.1 dispone: "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (...)"

- La prestación social vinculada al riesgo durante la lactancia natural fue integrada en el ordenamiento español mediante la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH) . Su art.4 establece: " Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas. La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas".

Su art. 8 califica expresamente de discriminación directa por razón de sexo "todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad".

Y su art. 15: " El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos (...)"

- Los artículos 188 Legislación citadaLGSS art. 188Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. y 189 de la LGSS Legislación citadaLGSS art. 189Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. (RDL 8/2015) regulan la prestación por riesgo durante la lactancia natural:

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

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

- El Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, desarrolla en sus arts. 49 a 51 la situación protegida, la prestación económica y el procedimiento.

-El artículo 26.4 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre Legislación citadaLPRL art. 26.4 establece, en relación a los apartados 1 y 2 en los que se regula la evaluación de riesgos laborales y su repercusión sobre el embarazo o lactancia natural:

"Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores Legislación citadaET art. 45.1.d) Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores., si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo".

-Por su parte el art. 45.1 e) del Estatuto de los Trabajadores Legislación citadaET art. 45.1.e) Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (RDleg. 2/2015), incluye entre las causas de suspensión del contrato, la situación de riesgo durante la lactancia natural.

-Por último, en relación a la carga de la prueba en casos de discriminación, se preceptúa en el art. 96 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS Legislación citadaLRJS art. 96): " 1. En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad(...)"

B)-Resolución del caso. Integración de la perspectiva de género y la perspectiva del niño/a

La sentencia recurrida desestimó la petición de la actora de prestaciones por riesgo durante la lactancia natural, porque en el plan de prevención de riesgos laborales que evalúan el puesto de trabajo de la actora animadora sociocultural, "contiene una declaración global y genérica de unos riesgos susceptibles de poder estar aparejados a un puesto de aquella naturaleza, sin precisión alguna sobre los efectos que los mismos pudieran tener sobre la salud de la madre o del lactante. Así, efectivamente se indica que existen agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la lactancia o que existen agentes biológicos de los grupos 2 ,3 o 4 que pueden influir negativamente , pero sin mayores detalles que permitan establecer sus características , composición y alcance de la exposición por inhalación (...) En suma no hay verdadera especificación respecto de esos riesgos y por ello no procede sino la desestimación (...)"

Expuesto el marco jurídico de aplicación, nos hallamos ante una controversia que afecta a una prestación de género (riesgo durante la lactancia natural). Se trata de una situación de necesidad protegible exclusiva de las madres trabajadoras, lo que debe llevarnos a extremar las cautelas interpretativas en cumplimiento del principio de diligencia debida vinculante para los poderes públicos (incluido el judicial). Se trata de no incurrir en discriminación directa de la trabajadora actora a través de una interpretación restrictiva que dificulte el acceso de las mujeres a la justicia (Recomendación nº33 del Comité de la CEDAW) integrando la perspectiva de género como metodología de impartición de justicia equitativa, de acuerdo con el mandato contenido en el art. 4 Legislación citadaCE art. 4 y 15 de la LOIEMH en relación con el Legislación citadaCE art. 15 art. 1 Legislación citadaCE art. 1, 9.2 Legislación citadaCE art. 9.2º y 10.2 Legislación citadaCE art. 10.2º y 96 de la CE Legislación citadaCE art. 96 en relación con la STC nº140/2018 de 20 de diciembre de 2018 Jurisprudencia citadaSTC, Pleno, 20-12-2018 (STC 140/2018), en relación al control de convencionalidad.

Tal y como hemos venido diciendo en nuestras sentencias Rec. 1027/2016 Jurisprudencia citadaSTSJ, Sala de lo Social, Canarias, Sección 1ª, 07-03-2017 (rec. 1027/2016); Rec. 1237/2016 Jurisprudencia citadaSTSJ, Sala de lo Social, Canarias, Sección 1ª, 02-05-2017 (rec. 1237/2016); Rec 1596/2018 Jurisprudencia citadaSTSJ, Sala de lo Social, Canarias, Sección 1ª, 12-03-2019 (rec. 1596/2018); Rec. 19/2019 Jurisprudencia citadaSTSJ, Sala de lo Social, Canarias, Sección 1ª, 12-03-2019 (rec. 19/2019); Rec 369/2019 Jurisprudencia citadaSTSJ, Sala de lo Social, Canarias, Sección 1ª, 02-07-2019 (rec. 369/2019), entre otras, en casos en los que se involucren patrones estereotípicos o relaciones asimétricas de género, debe integrarse la perspectiva de género en la impartición de justicia, tanto en la interpretación de normas procesales, como sustantivas y también, o en su caso, en la valoración de la prueba.

Además del impacto de género incuestionable de la prestación reclama existe otro impacto sobre el niño/a (lactante), que se ve privado de su derecho a la alimentación natural, en una fase vital esencial en su corta vida, en la que el recién nacido necesita no solo una aportación¹⁰ de nutrientes adecuada a sus necesidades (leche materna), sino también el contacto emocional derivado del vínculo afectivo que se establece entre la madre y su bebé a través de la lactancia materna. Por ello también debe tenerse presente el "interés superior del niño" como criterio jurídico hermenéutico derivado del art. 3.1 de la Convención internacional sobre los Derechos del niño, vinculante para los Estados que establece:

"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."

A mayor abundamiento la Observación nº16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño establece en su párrafo 12: "Los derechos del niño son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. El Comité ha establecido cuatro principios generales en la Convención que son la base de todas las decisiones y actos del Estado relacionados con las actividades y operaciones empresariales de conformidad con un enfoque basado en los derechos del niño (...) La obligación de que el interés superior del niño sea una consideración primordial es especialmente importante cuando los Estados están sopesando prioridades que se contraponen (...)"

También la Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), en cuyo párrafo 5 se recoge: "La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana (...)"

Y en el 13: "Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho".

El anterior mandato dirigido a las autoridades públicas, también se incluye de forma expresa en el art. 24.2 de la Carta de los derechos Fundamentales de la UE.

Esta hermenéutica interpretativa impone a la Comunidad internacional el mandato de asegurar la aplicación de los derechos del niño en su integridad e insta a los gobiernos a evaluar sus sistemas jurídicos y de bienestar social, teniendo en cuenta los principios fundamentales contenidos en la Convención sobre los Derechos del niño. Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la presente Convención (art. 4) y entre tales derechos se incluye el cuidado que sea necesario para asegurar el bienestar del niño/a. Un bienestar que en el presente caso, conecta con el derecho a la lactancia materna natural sin ningún peligro para su salud infantil y como una manera singular de obtener nutrientes adecuados para su desarrollo físico y psicosocial.

Aplicando la normativa expuesta al caso que nos ocupa, debemos partir de los hechos probados de la sentencia recurrida, tras la estimación de la modificación fáctica propuesta por la recurrente.

-La actora presta servicios como animadora sociocultural en el¹¹ centro de atención al discapacitado (Ayuntamiento de la DIRECCION000). (HP1º y folios 81 y ss. -Plan de prevención de riesgos laborales-)

-A la actora se le reconoció en fecha 5/12/17 el derecho a prestación derivada de riesgo durante el embarazo con fecha de efectos 30/11/17 (HP4º).

-La trabajadora es madre de dos hijos, uno de ellos nacido el NUM000/18, el cual se encuentra recibiendo lactancia materna (HP1º).

-El puesto de trabajo de la demandante se halla afecto, entre otros, de los siguientes riesgos (HP 3º):

* Contacto con productos químicos y agentes biológicos de los grupos 2,3 o 4 (pinturas, barnices, disolventes, etc.), siendo el tipo de exposición inhalatoria.

*Alto nivel de exposición social (atención a terceros) de forma permanente o muy frecuente sin ayudas suficientes (apoyos, pausas, etc..) que puedan dar lugar a situaciones de tensión/dificultades de control elevadas/estrés que provoquen perturbaciones o malestar significativo (con agresiones o golpes involuntarios).

*El plan de prevención de riesgos laborales: Evaluación de puesto de animador sociocultural, establece en el apartado 10 (trabajadores especialmente sensibles) : Existen agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la trabajadora embarazada o en Lactancia: Sí.

-La operaria percibió prestación de maternidad del 20/4/18 al 9/8/18 y ha permanecido en situación de Incapacidad temporal del 31/8/18 al 10/12/18.

-No resulta posible la adaptación del puesto de trabajo de la actora.

En base a lo anterior , ha resultado probada la existencia de diferentes riesgos laborales que pueden influir negativamente en la lactancia natural, no solo porque así se recoge de forma explícita en el Plan de Prevención de riesgos del puesto de trabajo de la actora (folio 84 de autos), sino también porque se hace referencia entre los diversos riesgos , a los productos químicos y agentes biológicos por inhalación así como a los factores de riesgo psicosocial (situaciones de tensión/dificultades de control elevadas/estrés, malestar significativo).

Por lo que respecta a la carga de prueba en materia de riesgos que pueden redundar negativamente en la lactancia natural, debe recordarse la Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2017 (Asunto C-531/15, caso Otero Ramos), en la que se cuestionó por el TSJ de Galicia la aplicación de las reglas relativas a la carga de la prueba previstas en el art. 19 de la Directiva 2006/54 para demostrar la existencia de riesgo durante la lactancia natural, en el sentido del art. 26.3 de la Ley 31/1995, que transpuso el art. 5.3 de la Directiva 92/85 al Derecho interno. Según se recoge literalmente en esta sentencia:

" (...) dado que la condición de mujer en período de lactancia está estrechamente ligada a la maternidad y, en particular, «al embarazo o al permiso por maternidad», las trabajadoras en período de lactancia deben tener la misma protección que las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz.

En consecuencia, el trato menos favorable a una trabajadora debido a su condición de mujer en período de lactancia debe considerarse incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54 y, por lo tanto, constituye una discriminación¹² directa por razón de sexo.

En este marco, procede señalar que, por lo que se refiere a la protección del embarazo y la maternidad, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a garantizar dicha protección, el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2006/54 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra (sentencia de 30 de septiembre de 2010, Roca Álvarez, C-104/09 , EU:C:2010:561 , apartado 27 y jurisprudencia citada).

Como señaló la Abogado General en el punto 57 de sus conclusiones, cuando los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia no han sido evaluados con arreglo a las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 , se priva a la trabajadora afectada y a su hijo de la protección que ha de otorgárseles en virtud de esta Directiva, ya que pueden estar expuestos a los riesgos potenciales cuya existencia no haya sido correctamente demostrada al evaluar los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la trabajadora afectada. A este respecto, no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en período de lactancia que a cualquier otro trabajador, ya que su situación específica requiere imperativamente un trato especial por parte del empresario.

En consecuencia, la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia (...) 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, como se desprende del apartado 60 de la presente sentencia, una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006. (...)"

En esta sentencia se declara finalmente en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas que: "El artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una trabajadora en período de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional u otro órgano competente del Estado miembro de que se trate la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo por no haberse llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85/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"

En el caso que nos ocupa , sí se ha efectuado la evaluación de riesgos del puesto de trabajo de la actora a través del plan de prevención de riesgos que obra en la prueba documental de la Mutua demandada (Folios 81 a 87 de autos), pero de forma global, abstracta y no individualizada , y además tal valoración tiene fecha de 2/6/14 (folio 81 de autos), por lo que tampoco se ha actualizado la valoración teniendo en cuenta "los peligros específicos" derivados del nuevo estado biológico de la actora, en¹³ periodo de lactancia, al tratarse (como el embarazo), de una situación dinámica que requiere un tratamiento específico, siguiendo la jurisprudencia europea. Es decir, que se ha realizado una valoración genérica, sesgada, no actualizada e incompleta al no especificarse con mayor o mejor precisión los productos químicos o agentes biológicos de exposición inhalatoria que maneja la

actora ni tampoco se detallan los concretos "agentes , procedimientos y condiciones" que pueden influir negativamente en la lactancia.

Por tanto la evaluación de riesgos en la que se ha basado la Mutua codemandada para denegar el acceso a las prestaciones por riesgo durante la lactancia, no cumple con las directrices que sirven de guía a la Directiva 92/85 y que a tenor de la Sentencia del TJUE antes referida (C- 531/15), exigen un examen sistemático de todos los aspectos de la actividad profesional, que comprende al menos tres fases:

" La primera fase consiste en la identificación de los peligros (agentes físicos, químicos y biológicos; procedimientos industriales; movimientos y posturas; fatiga mental y física; otras cargas físicas y mentales). La segunda fase prevé la identificación de las categorías de trabajadoras (trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia) que están expuestas a uno o varios de estos riesgos. La tercera fase, la evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos, representa «la fase más delicada del proceso, ya que la persona que lleva a cabo la evaluación debe ser competente y tener debidamente en cuenta la información pertinente [...] a la hora de aplicar los métodos adecuados para decidir si el peligro detectado conlleva efectivamente una situación de riesgo para los trabajadores».

Las páginas 11 y 12 de las directrices precisan que «los riesgos pueden variar en función de si las trabajadoras están embarazadas, han dado a luz recientemente o están en período de lactancia». Concretamente, en lo que atañe a las mujeres en período de lactancia, los empresarios deben realizar un examen periódico de los riesgos durante todo ese período para evitar o reducir en la medida de lo posible la exposición de estas trabajadoras a riesgos para la salud o la seguridad, en particular la exposición a determinadas sustancias, como el plomo, los disolventes orgánicos, los pesticidas y los antimetabólicos. En efecto, algunas de ellas pueden pasar a la leche materna y el niño es especialmente sensible a las mismas. Estas directrices indican también que, en determinados casos, puede ser necesario recabar el asesoramiento de especialistas en el ámbito de la medicina del trabajo.

Además, estas directrices contienen dos cuadros detallados en las páginas 13 a 35. El primero se refiere a la evaluación de los riesgos, los peligros de carácter general y las situaciones asociadas a los que están expuestas la mayoría de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o en período de lactancia. El segundo, titulado «Peligros específicos», señala en su introducción que, puesto que el embarazo es un estado dinámico que implica transformaciones constantes, las mismas condiciones de trabajo pueden plantear distintos problemas de salud y seguridad a cada mujer en función de la fase del embarazo, tras la reincorporación al puesto de trabajo o durante el período de lactancia. Algunos de estos problemas pueden prevenirse y afectan en general a todas las mujeres; otros dependen de las circunstancias individuales y del historial médico personal.

De este modo, de las Directrices se desprende 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 (...)"

En la misma línea también se pronunció el TJUE en su Sentencia de 19 de septiembre de 2018 (C-41/17 - González Castro), en cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia , en relación a trabajadora , vigilante de seguridad, que desempeñaba su trabajo a turnos rotatorios a la que se le denegó el acceso a las prestaciones por riesgo durante la lactancia , sin realizarse valoración alguna de riesgos y por tanto sin tenerse en cuenta la situación individual de la trabajadora para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo.

Lo anterior no queda subsanado con el fámelico informe médico aportado por la Mutua demandada en su ramo de prueba (folio 88) de 24 de agosto de 2018, en el que literalmente se recoge: " valoradas las fichas técnicas de los productos que manipula (enviados por el servicio de prevención) ninguno de ellos supone riesgo para la lactancia por lo que se deniega la prestación" . A este informe se hace referencia en el Fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, pero el mismo es tan abstracto como lo es el plan de prevención de riesgos, y tampoco ha tenido en cuenta el estado biológico actual de la trabajadora, pues la lactancia natural lleva consigo cambios hormonales importantes en el cuerpo de las mujeres, como es la liberación de la oxitocina que e inhibe por el estrés, el dolor o cualquier situación que active el sistema nervioso, con la consiguiente liberación de adrenalina y noradrenalina, aspecto que debe por tanto tenerse en cuenta en la vida de una mujer lactante, al igual que el mayor desgaste metabólico de las madres durante la lactancia.

Y debe insistirse, por último, en el doble impacto de las prestaciones por riesgo a la lactancia, no sólo respecto a la madre trabajadora sino también respecto al niño/a lactante, pues tal y como ha explicado esta Sala en sentencia de 26 de octubre de 2018, (Rec. 701/2018 Jurisprudencia citada STSJ, Sala de lo Social, Canarias, Sección 1ª, 26-10-2018 (rec. 701/2018)), y reiterado en nuestra Sentencia de 7 de junio de 2019 (Rec. 223/2019):

" Las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia, al margen de antecedentes históricos propios en la regulación de la OIT (Convenio 103 , entre otros) y del Derecho Comunitario (Directiva 92/85 de 19 de octubre, Directiva 79/7 y Directiva 2006/54), parten de un bien jurídico protegido que no es sólo la integridad física de la mujer trabajadora, sino que en función del embarazo y posible maternidad y/o lactancia de un hijo, por lo que éste se convierte en sujeto protegido como derecho a la salud del feto o del recién nacido a través de la propia salud de la madre. De ahí que a la consecuencia propia del ordenamiento jurídico laboral referente a la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia surge, cuando la trabajadora tras el parto, y durante el periodo de lactancia natural, existen riesgos laborales específicos que pueden influir negativamente en la salud de la mujer o el menor"

Y en la misma línea recordábamos en nuestra sentencia de 20 de julio de 2016 (Rec.506/2016 Jurisprudencia citada STSJ, Sala de lo Social, Canarias, Sección 1ª, 20-07-2016 (rec. 506/2016))15, en relación a la lactancia natural en un asunto en el que se cuestionaba también el derecho de la trabajadora a acceder a las prestaciones por riesgo durante la lactancia:

" Particular interés presta la recurrente a la posibilidad de distanciar las mamadas o interrumpirlas temporalmente sin que ello implique pérdida de producción láctea, dibujando así un marco más próximo a lo que la trabajadora en su escrito de impugnación denomina " proceso mecánico industrializado ", en el que se programa a la mujer para que cada número de horas produzca leche. La lactancia es un período de la vida en el que la madre ofrece al recién nacido un alimento adecuado a sus necesidades, la leche materna, no sólo considerando su composición sino también en el aspecto emocional, ya que el vínculo afectivo que se establece entre la madre y su bebé constituye una experiencia especial, singular y única."

En base a todo lo expuesto, debe estimarse también este motivo del recurso y previa revocación de la sentencia recurrida procede estimar la demanda y reconocerse a la actora el derecho a percibir las prestaciones por riesgo durante la lactancia, a tenor de una base reguladora de 1850'10 euros mensuales (HP 6º) y durante el periodo legalmente establecido en el art. 189 LGSSLegislación citada LGSS art. 189 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.. Por lo que respecta a los efectos de inicio del cobro de la prestación, aunque no se establecen expresamente en el relato fáctico, deberán fijarse a partir de la finalización de la prestación de maternidad de la actora (10/8/18) , debiendo devolver , en su caso, a la Entidad Gestora, las prestaciones por Incapacidad temporal que ha percibido entre el 31/8/18 y el 10/12/18.

Cuarto.

Conforme a lo dispuesto en el art. 235 LRJSLegislación citada LRJS art. 235, no procede la imposición de las costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Doña Serafina frente a la sentencia dictada el 20 de febrero de 2019 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria (autos 937/18) que revocamos y estimando la demanda planteada se revoca la resolución de 24 de agosto de 2018 de la Mutua codemandada, reconociéndose el derecho de la actora a acceder a las prestaciones por riesgo durante la lactancia, condenándose a la Mutua de Accidentes de Canarias (Mutua Colaboradora de la Seguridad Social nº 272) a abonar a la actora las prestaciones en tal concepto, devengadas a su favor con efectos del día 10 de agosto de 2018 y hasta el 20 de enero de 2019, a tenor de una base reguladora de 1850'10 euros mensuales, con las devoluciones que procedan, en su caso, según indicamos en el apartado cuarto de esta resolución. Sin Costas. Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la

notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el Legislación citadaCC art. 229.4 artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/cLegislación citadaCC art. 230 Las Palmas nº 3537/0000/66/0860/19 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.