

Unificación de doctrina en torno a la determinación del reconocimiento del derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural.

Comentario a la STS núm. 54/2019, de 24 de enero, Sala de lo Social, Sección 1ª

Unification of doctrine regarding the determination of the recognition of the right to risk benefit during breastfeeding: commentary STS no. 54/2019, of January 24, Social Chamber, Section 1ª

FARAH AMAADACHOU KADDUR

*PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
UNIVERSIDAD DE GRANADA (CAMPUS DE MELILLA)*

Resumen

A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 54/2019, de 24 de enero, de la Sala de lo Social, en las páginas siguientes se pretende acometer un análisis jurídico-crítico en torno a la cuestión central que se plantea en el presente recurso de casación unificadora sobre la determinación del reconocimiento o no del derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural de una trabajadora, que en este caso presta servicios como ATS-DUE en el servicio de urgencias del SAMU, en jornada de 24 horas de disponibilidad permanente o presencial de 12 horas, cada 6 días, realizando tareas propias de su cargo en actividad asistencial en situaciones de urgencia y emergencias, tanto en domicilio como en la vía pública. Finalmente, y en sintonía con la doctrina del TJUE, será determinante en la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la afectada, la inclusión de un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora para determinar la existencia o no de riesgo para la salud o la seguridad de ella o la de su hijo.

Abstract

Regarding the Supreme Court ruling no. 54/2019, of January 24, of the Social Chamber, the following pages seek to undertake a legal-critical analysis of the central issue raised in the present appeal on the determination of whether or not to recognize the right to a risk benefit during a worker's breastfeeding period, which in this case provides services as an ATS-DUE in the SAMU emergency service, on a 24-hour day of permanent availability or in person for 12 hours, every 6 days, carrying out tasks inherent to their position in healthcare activity in urgent and emergency situations, both at home and in public. Finally, and in line with the doctrine of the ECJ (TJUE), the inclusion of a specific examination that takes into account the individual situation of the worker to determine whether or not there is a risk to the health or safety of her or her child will be decisive in the assessment of the risks presented by the job of the person concerned.

Palabras clave

riesgo durante la lactancia natural, derecho a la prestación; prevención de riesgos laborales; suspensión del contrato de trabajo; discriminación directa por razón de sexo; evaluación de riesgos individualizada

Keywords

risk during breastfeeding; right to benefit; prevention of occupational hazards; suspension of the employment contract; direct discrimination based on sex; individualized risk assessment

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que aquí se comenta, viene a consolidar la protección a dispensar ante la situación de riesgo durante la lactancia materna, a propósito de la doctrina más reciente del TJUE sobre la materia que en estos momentos nos ocupa. Entre los principales elementos sobre los que se sustancia el presente supuesto de hecho, conviene destacar desde el inicio, la particularidad residenciada en el trabajo nocturno y/o el trabajo a turnos, que como ya se tendrá ocasión de abordar, van a ser determinantes para la valoración y la resolución final del caso. Además, con la circunstancia añadida de que la nocturnidad y la turnicidad se desarrollan durante prolongadas jornadas laborales, lo cual incrementa considerablemente el grado de dificultad de llevar a cabo la lactancia natural.

Otra de las cuestiones interesantes que también se suscita está directamente vinculada sobre la determinación de quién debe soportar la carga de la prueba, y como se recoge en la sentencia, no debe ser la trabajadora afectada la que tiene que demostrar el riesgo específico que puede generar la organización del tiempo de trabajo sobre la lactancia. Por tanto, es la empresa, y no la trabajadora afectada, la que debe probar la influencia o la consecuencia del trabajo sobre esta práctica maternal. En definitiva, junto a la delimitación de la contingencia, así como su ámbito de aplicación, el presente pronunciamiento judicial aborda el tema relativo a la carga de la prueba en la acreditación del riesgo que puede generar para la lactancia materna y, en concreto, el deber de incluir en la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de dicha trabajadora afectada.

2. RESOLUCIÓN JUDICIAL COMENTADA

- **Tipo de resolución:** Sentencia
- **Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Social
- **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:** Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego
- **Votos particulares:** Carece
- **ECLI:** ES:TS:2019:498
- **Fuente de consulta:** CENDOJ

3. ITINERARIO PROCESAL. CUESTIÓN CONTROVERTIDA Y HECHOS PROBADOS

El Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante dicta sentencia, con fecha 23 de febrero de 2015, en la que se declara como hechos probados los que se detallan a continuación. La demandante presta servicios para la Consellería de Sanidad en el Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante (SAMU) y, en concreto, como personal estatutario temporal interina en plaza vacante, con la categoría profesional de ATS DUE. La demandante presta sus servicios en jornada de 24 horas de disponibilidad permanente y presencial de 12 horas, exactamente de 9 a 9 horas, cada 6 días.

Durante el día, la trabajadora está la mayor parte del tiempo en la ambulancia, tanto en caso de salidas, como preparando el material necesario para la UVI medicalizada. Mientras que, por la noche, si no hay salidas, la trabajadora pasa el tiempo en las dependencias del centro del SAMU. En el transcurso de la jornada, se realizan asistencias de pacientes urgentes en domicilio y en vías públicas, en situaciones de peligro para los trabajadores por las condiciones físicas del medio o psíquicas de enfermos, manejo de pesos, posturas forzadas y mantenidas, riesgo biológico, estrés, etcétera.

Queda probado que el trabajo de la parte actora consiste en apoyar los tratamientos médico-quirúrgicos de emergencia que se practiquen, atendiendo la salud de los pacientes en situación de riesgo o estado crítico. Con motivo del desempeño de este trabajo, la trabajadora se encuentra expuesta a agentes químicos y agentes biológicos por contagio. También queda constatado que inciden factores físicos de riesgo ergonómicos, en concreto, debido a posturas forzadas de hombro y movilización de cargas y enfermos; factores psicosociales derivados del trato con los pacientes y la organización del propio trabajo, con una sobrecarga emocional ocasionada en buena parte por el manejo de situaciones críticas; y factores cronobiológicos vinculados a la turnicidad que interfieren negativamente en las condiciones consideradas adecuadas y normales para la lactancia materna.

La parte actora dio a luz a su hijo, permaneciendo en periodo de descanso por maternidad hasta el 31 de mayo de 2014, y proporcionó a su hijo lactancia materna.

Con fecha de 20 y 22 de mayo de 2014, el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales emitió informe en el que proponía adaptar las condiciones de trabajo a la actora. En dicho documento se recomendaba evitar el turno de 24 horas en trabajo nocturno y extremar las medidas de higiene a fin de evitar la transmisión de infecciones. Igualmente, indicaba que en caso de que la madre amamantase o bien procediera a extraer la leche en el lugar de trabajo, se debería poner a su disposición un lugar confortable y adecuado, en cuanto a la limpieza, temperatura y privacidad, así como un frigorífico. No obstante, el informe también contemplaba que en caso de que finalmente no fuera posible o que aun así, persistiese la situación de riesgo, proponía la posibilidad de proceder a cambiar de puesto de trabajo o, en su defecto, optar por la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia, siempre y cuando persistiera la imposibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo anterior o, en su caso, a otro compatible a su estado. Sin embargo, el informe era de apta con limitaciones.

Finalmente, no resulta posible llevar a cabo la adaptación necesaria del puesto de trabajo ni tampoco el traslado de la trabajadora afectada a otro de enfermera o de otro tipo en la Consellería de Sanidad. La razón principal reside en que el SAMU constituye un compartimento estanco de las restantes unidades sanitarias, y cuenta con una serie de procedimientos específicos de acceso y, además, cuenta con unas bolsas de trabajo propias. En relación a esta cuestión concreta, la directora del Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante se pronuncia a través de la emisión de un informe con fecha de 30 de septiembre de 2014, determinando que no era posible proceder a la adaptación del puesto que venía ocupando la demandante a ningún otro trabajo dentro del SAMU.

Dada la imposibilidad de poder compatibilizar la lactancia natural con el desempeño de su trabajo, desde el 1 de junio de 2014 hasta el 31 de octubre del mismo año, la actora se

encontraba en situación de excedencia, disfrutando su periodo vacacional del 1 hasta el 28 de noviembre de 2017.

Desde el 1 de enero de 2014 la Mutua Ibermutuamur se hace cargo de las contingencias profesionales, así como de la expedición de la correspondiente certificación médica por riesgo durante la lactancia. Con anterioridad a dicha fecha se ocupa el INSS mediante los EVIS, que expedían la certificación de riesgo durante la lactancia al personal de enfermería del SAMU. A la demandante se le reconoció la prestación por riesgo durante la lactancia del 25 de mayo al 2 de noviembre de 2011.

Con fecha de 11 de abril de 2014, la trabajadora afectada solicitó a la Mutua la adaptación de su puesto de trabajo y la certificación de riesgo durante la lactancia natural, petición que fue desestimada mediante resolución emitida el 23 de mayo de 2014.

Contra tal decisión la demandante planteó la reclamación previa el 18 de junio de 2014, que fue también desestimada. Asimismo, presentó reclamación previa contra el INSS, la Consellería de Sanidad el 15 de diciembre de 2014, ambas desestimadas el 13 de enero de 2015 y el 26 de enero de 2015 respectivamente.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante de 23 de febrero de 2015, estima la demanda presentada por la trabajadora afectada, y declara su derecho a las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural en el periodo comprendido entre el 1 de junio y el 4 de noviembre de 2014, sobre una base reguladora diaria de 88,31€. Dicha sentencia condena al INSS y a Ibermutuamur, a la Mutua a su abono, y en caso de insolvencia de la misma como responsable subsidiario el INSS, y absuelve a la Consellería de Sanidad.

Con posterioridad, la citada sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante de 23 de febrero de 2015 fue recurrida en suplicación por la Mutua Ibermutuamur ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia con fecha de 23 de mayo de 2017, en cuyo fallo estima el recurso de suplicación formulado por la Mutua contra la sentencia del Juzgado de lo Social, siendo parte recurrida la trabajadora afectada, el INSS y la Generalidad Valenciana – Consellería de Sanidad. En consecuencia, procede a revocar la referida sentencia.

Con motivo de este giro en sede judicial, la trabajadora interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada el 29 de enero de 2013 por la Sala de lo Social del País Vasco (RSU 9/2013). La fundamentación jurídica de dicha motivación se sustenta en el art. 207 e) de la LRJS, por vulneración de los artículos 188 y 189 de la LGSS en relación con el art. 26.1, 2 y 4 de la LPRL.

4. ANÁLISIS CRÍTICO-JURÍDICO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL BÁSICA

La sentencia que aquí se comenta forma parte de un repertorio de resoluciones judiciales emitidas en estos últimos meses y a las que conviene ineludiblemente referenciar: SSTs 53/2019, de 24 de enero (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro); 56/2019, de 24 de enero (Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer); 89/2019, de 6 de

febrero (Ponente: Excm.a Sra. D.^a María Milagros Calvo Ibarlucea); 244/2019, de 26 de marzo (Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez).

En la STS 53/2019, de 24 de enero, se discute sobre el derecho a percibir la prestación de riesgo durante la lactancia natural de una trabajadora que presta sus servicios como conductora de un camión de recogida de residuos, con exposición esporádica a sustancias nocivas y a los agentes biológicos que pudiera haber en las materias orgánicas en descomposición presentes en los contenedores que debe recoger y mantener limpios. La exposición a los agentes biológicos consta en la evaluación específica de riesgos laborales de su puesto de trabajo en situación de embarazo, maternidad reciente o periodo de lactancia, así como otro tipo de riesgos específicos de su situación biológica, tales como, por ejemplo, fatiga, vibraciones, entre otros. Y, también riesgos inespecíficos pero presentes en su puesto de trabajo.

La empresa certifica que no hay otro puesto de trabajo compatible con su estado de salud. En este caso, nos encontramos con una evaluación de los riesgos presentes en el puesto de trabajo de la afectada, aunque sin mencionar la turnicidad y la nocturnidad. Por consiguiente, resulta errónea la doctrina de la sentencia recurrida conforme a la cual la prestación debe denegarse, dado que no aparecen suficientemente descritos los riesgos existentes. En cualquier caso, incumbe a la parte empresarial acreditar debidamente que las medidas de protección no eran técnica u objetivamente posibles o irrazonables, es decir, ha de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia quien desarrolle la correspondiente actividad probatoria en contrario. Con el añadido, en este supuesto, de afirmar la existencia del riesgo y al mismo tiempo denegar la prestación porque no se ha concretado cuál en concreto y cómo incide en la trabajadora afectada, en consecuencia, constituye manifiestamente doctrina errónea.

De ahí pues, que el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora afectada contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 23 de marzo de 2017, debe prosperar.

En la STS 56/2019, también de 24 de enero, la trabajadora afectada comenzó a prestar servicios con la categoría de DUE de Urgencias, realizando su labor en el SUMMA 112. La actora fue nombrada personal estatutario fijo. Como obra en los hechos probados de esta sentencia, la demandante realiza sus servicios en turnos de trabajo de 12 y 24 horas, teniendo una jornada laboral de lunes a domingo, con una jornada laboral completa de 1536 horas de trabajo efectivo. En concreto, las laborales que desempeña la actora, son las derivadas de la actividad asistencial, tanto en domicilio como en la vía pública, en situaciones de urgencia y emergencia, actividades que puede llevar a cabo en los diferentes recursos del SUMMA 112. Además, su puesto en concreto no figura como entre los exentos de riesgo en la relación de puestos de trabajo que ha confeccionado la propia empresa, previa consulta de los representantes de los trabajadores. También queda probado que la asistencia que realiza, en este caso en concreto, es in situ y durante el traslado en los servicios de transporte sanitario correspondientes. Igualmente, tiene encomendada la adopción de medidas de carácter sanitario que se consideren necesarias, y para cuyo ejercicio se precise la titulación correspondiente a esta categoría. Otra de las asignaciones que lleva a cabo es el registro de la actividad de enfermeros y cumplimentación de toda la documentación que sea necesaria según la normativa y procedimientos. Junto a las tareas descritas, hay que adicionar la labor

que desempeña en cuanto al mantenimiento, revisión y custodia de utillaje y aparatos asignados a su cargo.

En este caso, nos encontramos con una evaluación de riesgos que recoge todos los que concurren en el puesto de la parte actora, pero, sin embargo, no se hace una referencia específica en torno a la afectación de las condiciones del puesto sobre la eventual situación de maternidad o lactancia de la trabajadora afectada.

En este contexto, el Tribunal Supremo entiende que debe ser la parte que niega la situación de riesgo durante la lactancia la que tiene que llevar a cabo la actividad probatoria en contrario. Y, por consiguiente, aplicar las previsiones contenidas en el art. 26 LPRL y el art. 188 LGSS, en la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para proteger su seguridad o salud y presenta elementos de prueba que indican que la adaptación de las condiciones laborales de la trabajadora afectada o la posibilidad de efectuar un cambio de puesto, no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas medidas eran técnicamente posibles.

En este supuesto, nada de esto ha sucedido y, además, se constata el incumplimiento del art. 26.1 LPRL por parte de la empleadora. En consecuencia, se procede a desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS y la TGSS, y la confirmación de la sentencia dictada el 17 de julio de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que se declara el derecho a percibir la prestación por riesgo durante la lactancia.

En la STS 89/2019, de 6 de febrero, la demandante, médico SAMUR, presta servicios en horario de trabajo de 9 horas a las 9 horas del día siguiente, a jornada completa en turnos cada 6 días y se encuentra en situación de lactancia natural. En este supuesto, el informe emitido por la empresa no se contemplan riesgos laborales por agentes físicos, químicos ni biológicos ni por condiciones de trabajo y sí únicamente por turnicidad, no resultando técnicamente posible la adaptación o, en su caso, el cambio de puesto de trabajo dada las características especiales que presenta el puesto, unido a la inexistencia de otro puesto de trabajo diferente acorde con la situación de riesgo.

Tras solicitar la prestación por riesgo para la lactancia, fue denegada por la Mutua desestimando el Juzgado de lo Social la pretensión en sentencia confirmada en suplicación. Razón por la cual, la trabajadora afectada en este caso, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

En el presente asunto nos encontramos con una evaluación de riesgos que recoge todos aquéllos que concurren en el puesto de la actora, pero, sin embargo, no hace una mención específica ni precisión sobre la afectación de las condiciones del puesto sobre la eventual situación de maternidad o lactancia de la trabajadora. Por consiguiente, una vez más, es la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia quien tiene que proceder a desarrollar la actividad probatoria en contrario. En la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante el periodo necesario para la protección de su seguridad o bien de su salud y presenta elementos de prueba que permitan indicar que las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o bien

el cambio de puesto no eran factibles, incumbe a la figura del empresario acreditar que estas medidas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente.

En el presente caso, nada de esto ha sucedido y, además, se constata que la empleadora ha incumplido el mandato contenido en el art. 26.1 LPRL.

Por tanto, frente a la justificación de la denegación de la prestación por parte de la Entidad Gestora sustentada únicamente en no considerar el trabajo de la parte actora como una actividad de riesgo, la verificación del listado de riesgos comunes de dicha actividad permite sostener que ninguna duda cabe del efecto que algunos de ellos tienen sobre la lactancia materna, sin que la falta de una evaluación específica de tal eventualidad pueda derivar a la trabajadora en una posición de exclusión del acceso a dicha protección.

En consecuencia, por todo lo expuesto, se procede a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 1 de septiembre de 2017.

Otra sentencia clave y reciente que conviene referenciar, es la STS 244/2019, de 26 de marzo, en la que se debe resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina sobre si cabe reconocer el derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural a una trabajadora que presta sus servicios como camillera en servicio de transporte urgente con ambulancia, en régimen de turnos semanales de dos días en turno de mañana de 9 a 21 horas, dos en turno de noche de 21 a 9 horas, y cinco de descanso.

Tras reclamar el derecho por la parte demandante, el Juzgado de lo Social de los de Vizcaya, estimó la demanda y procedió a reconocer tal derecho. Sin embargo, la sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el 27 de febrero de 2018, revoca la sentencia de instancia y desestima la pretensión de la parte actora, por no quedar acreditada la concurrencia de algún factor de riesgo en el contexto de la prestación laboral, y quedando probada la ausencia de cualquier producto por inhalación o contacto que pudiera ser calificado como tóxico o pernicioso para la lactancia materna. Igualmente ha quedado probado que el centro de trabajo cuenta con instalaciones para que la trabajadora pueda extraer la leche materna con tranquilidad, higiene e intimidad, y pueda guardarla debidamente conservada.

En cualquier caso, la trabajadora demandante hace hincapié sobre el trabajo a turnos y la nocturnidad, dado que trabaja 2 días seguidos en turno de mañana, 2 días seguidos en turno de noche y descansa los 5 días siguientes.

En conclusión, procede la aplicación de la doctrina ya expuesta y consolidada en nuestra jurisprudencia que se aparta de la anterior y, obrando en consecuencia, en este supuesto se ha de estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina.

En el presente caso, aun cuando no exista para la demandante el riesgo de contacto con sustancias químicas que puedan afectar a la lactancia natural, sin embargo, no se ha llevado a cabo una evaluación del riesgo que comporta el trabajo a turnos que desempeña la parte actora. Situación en la que, como ya se viene aplicando y ahora se reitera, corresponde a la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia la que haya de

desarrollar la actividad probatoria en contrario. Puesto que en la medida en que una trabajadora que se encuentra 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, además, presenta elementos probatorios que permiten indicar que las medidas de protección previstas en los apartados 1 y 2 del art. 26 LPRL, concretamente la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o la opción de cambio de puesto, no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas medidas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente.

Una vez más, nada de esto ha sucedido en el presente supuesto litigioso, en el que, además, la empleadora ha incumplido el mandato del art. 26.1 LPRL.

Para concluir, frente a la justificación de la denegación de la prestación por parte de la sentencia recurrida basada exclusivamente en no considerar el trabajo que desempeña la parte actora como una actividad de riesgo, la verificación de las condiciones en las que la demandante desempeña su actividad, unido a las circunstancias anteriormente expuestas, procede la estimación del recurso para casar y anular la sentencia recurrida y resolver de este modo el debate suscitado en suplicación desestimando el planteado por la Mutua frente a la sentencia de 24 de noviembre de 2017 dictada por el Juzgado de lo Social núm.7 de Bilbao.

5. POSICIONES DE LAS PARTES Y PRECEPTOS RELEVANTES

Como ya se ha señalado y ahora se reitera, la cuestión que se dirime en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina 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 6 días, ejecutando tareas propias de su cargo en actividad asistencial en situaciones de urgencias y emergencias en domicilio y en vías públicas.

Por tanto, la trabajadora afectada interpone el presente recurso de casación 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 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante, con fecha de 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 (INSS); y la Consellería de Sanidad Valenciana en el Servicio de Emergencias Sanitarias de Alicante (SAMU), sobre la cuestión discutida en torno al derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia materna.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante dictada el 23 de febrero de 2015, estima la demanda planteada por la trabajadora afectada y declara su derecho a las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural en el periodo, del 1 de junio de 2014 al 4 de noviembre de 2014 inclusive, sobre una base reguladora diaria de 88,31€, condenando al INSS y a la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, y en el caso de ésta última a proceder a su abono, con responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia de la Mutua, y absuelve a la Consellería de Sanidad.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social razona sobre el carácter urgente de las asistencias médicas que realiza la trabajadora afectada, entendiendo que el carácter imprevisible y de imposible planificación, impiden organizar los tiempos y actos, no siendo posible extraer la leche con la ambulancia en marcha y atendiendo al paciente, en consecuencia no se dan las condiciones de privacidad, tranquilidad e higiene necesarias, todo ello unido a la existencia de riesgos biológicos, ergonómicos y psíquicos ocasionados por la turnicidad y nocturnidad que afecta a la cantidad de la leche.

Con posterioridad, dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con fecha de 23 de mayo de 2017 dicta sentencia en cuyo fallo procede a estimar el recurso de suplicación formulado por la Mutua contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante, de 23 de septiembre de 2015 que había acogido la demanda de la trabajadora, siendo parte recurrida la trabajadora, el INSS y la Generalidad Valenciana-Conselleria de Sanidad, revocando la referida sentencia.

En líneas generales, la Sala de suplicación niega la incidencia de las condiciones de turnicidad y nocturnidad como factores de riesgo, y añade que en el presente supuesto no se han acreditado circunstancias que puedan figurar como tales, y bajo esta argumentación estima el recurso interpuesto por la Mutua.

Una vez fijadas las posiciones, y tras formalizar el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la trabajadora, 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 sobre la base de lo dispuesto en el art. 207 e) de la LRJS dedicado a los motivos del recurso de casación, por infracción de los arts. 188 y 189 de la LGSS en conexión con el art. 26.1, 2 y 4 de la LPRL, por consiguiente, estos son los preceptos relevantes que inciden directamente sobre el presente litigio y sobre cuya eventual infracción se discute en esta sede judicial.

Como punto de partida, conviene recordar el contenido que regulan los preceptos en cuestión. Para comenzar, los arts. 188 y 189 de la LGSS se encuentran ubicados en el Capítulo IX dedicado específicamente al riesgo durante la lactancia natural. El primero de ellos, el art. 188 LGSS delimita la situación protegida, y establece que, a los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera a tales efectos el periodo 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 art. 26.4 LPRL, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados. Y, el art. 189 de la LGSS establece que 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 cuando el hijo cumpla nueve meses, salvo que la trabajadora beneficiaria se haya incorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o bien a otro compatible con su situación, en cuyo caso se extinguirá el día anterior a la fecha de su reincorporación.

Otro precepto clave es el art. 26 LPRL, rubricado «protección de la maternidad», y especialmente el contenido de sus primeros cuatro apartados en el que dispone lo siguiente:

1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el art. 16 LPRL 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. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.
2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del INSS o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.
El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.
En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.
3. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1.d) ET, durante el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.
4. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el periodo 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 INSS 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 9 meses contemplada en el art. 45.1.d) ET, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo.

La sentencia de contraste trata de una trabajadora que ostenta la misma categoría profesional, destinada al servicio de urgencias médicas en horario de 24 horas de disponibilidad, sometida a condiciones de turnicidad y nocturnidad, debiendo atender los avisos de atención urgente que le sean requeridos. Bajo tales condiciones, se considera acreditada la existencia de riesgo para la lactancia natural por las condiciones específicas que concurren en su prestación de servicio, al realizar turnos y en jornada nocturna, junto con la existencia de riesgos biológicos por el peligro que entraña estar en contacto con pacientes que presentan patologías infecciosas.

Por tanto, cabe apreciar la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación, dándose la triple identidad de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el art. 219 LRJS. De lo expuesto cabe concluir que los hechos contemplados en las dos sentencias son sustancialmente iguales, como idénticas son las pretensiones en ambos supuestos y la fundamentación esgrimida, sin que la concurrencia de los matices diferenciales tenga la suficiente entidad y relevancia para desvirtuar la coincidencia de ambas situaciones. En definitiva, dadas las circunstancias de identidad, las sentencias comparadas han derivado en soluciones diametralmente opuestas que es necesario unificar.

6. COMENTARIO SOBRE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADA

Al hilo de lo anteriormente expuesto, corresponde ahora abordar los contenidos doctrinales de la sentencia analizada tras los pronunciamientos efectuados por el TJUE que al abordar la materia obliga a introducir un cambio importante en la doctrina del Tribunal Supremo.

Para comenzar, la doctrina tradicional de la Sala en supuestos similares al presente, aparece contenida en múltiples sentencias entre las que cabe citar, al menos, las siguientes: SSTs de 1 de octubre de 2012, Rcd. 2373/2011; de 21 de marzo de 2013, Rcd. 1563/2012; de 24 de junio de 2013, Rcd. 2488/2012; de 7 de abril de 2014, Rcd. 1724/2013; y de 28 de octubre de 2014, Rcd. 2542/2013. En sus trazos más gruesos, el contenido sustancial en el que se fundamenta la doctrina tradicional puede resumirse de la siguiente manera:

1.- La prestación por riesgo durante la lactancia natural puede percibirse en los términos previstos en los arts. 188 y 189 LGSS, cumpliendo con todos los requisitos legalmente previstos de manera sucesiva. En base a ello, la situación protegida queda vinculada a una suspensión del contrato de trabajo que, a su vez, requiere, en primer lugar, la verificación de un riesgo que se produce cuando las condiciones de trabajo pueden influir de manera negativa sobre la salud tanto de la mujer como la de su hijo. En segundo lugar, que la adaptación de las condiciones de trabajo por parte del empresario o bien no sea posible o no permita eliminar el riesgo. Y, en tercer lugar, que tampoco sea factible el traslado de la trabajadora afectada a un puesto o función diferente pero que resulte compatible con su estado, aplicando los principios de la movilidad funcional, o a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría.

2.- Conforme a ello, no cabe el percibo de la prestación cuando los riesgos no figuran debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia natural, de conformidad con lo dispuesto en el art. 26.1 en conexión con el art. 16, ambos de la LPRL. Esta circunstancia impediría conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación y agotadas las previsiones contenidas en el art. 26 LPRL, de incluir la situación en la causa para proceder a la suspensión del contrato de trabajo, según lo dispuesto en el apartado quinto del art. 48 ET.

3.- La complejidad que reviste la situación protegida no responde únicamente a la decisión sobre la existencia o no del riesgo, sino que reside también en un conjunto de actuaciones empresariales sobre la adecuación del puesto de trabajo o el traslado a un puesto de trabajo que resulte compatible. Las medidas que aun siendo posibles y procedentes, no se adoptasen generan la eventual responsabilidad empresarial con motivo de esta omisión, en la medida en que el derecho que ostenta la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no podría verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación del puesto o bien a la movilidad, de la misma manera que la entidad gestora tampoco tendría que soportar el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido debidamente con sus obligaciones de carácter preventivo.

4.- A tenor del art. 26 LPRL, la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural es una medida subsidiaria cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo. De modo que, sólo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y valorar como insuficientes o ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, como son, en primera instancia, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, en caso de que tal adaptación resultase imposible o ineficaz, habría que proceder a efectuar el cambio de puesto de trabajo (SSTS de 18 de marzo de 2011, Rcd. 1863/10; de 23 de enero de 2012, Rcd.1706/11).

Bajo tales coordenadas, la inexistencia de una evaluación específica de los riesgos en relación a la incidencia de las condiciones de trabajo sobre la lactancia llevaba a resolver la cuestión de la carga de la prueba sobre la existencia de dicho riesgo específico, entendiendo que corresponde en parte a la trabajadora y en parte a la empleadora afectadas, y la distribución del gravamen probatorio, supone que es la parte actora quien debe proceder a desvirtuar las causas de denegación de la prestación.

Sin embargo, a merced de la resolución de algunos asuntos por parte del Tribunal de Luxemburgo, se ha propiciado un cambio de rumbo importante en nuestra doctrina jurisprudencial, y entre ellos cabe citar, al menos, los siguientes.

En primer lugar, con motivo de la STJUE de 19 de octubre (C-531/15, Asunto Otero Ramos), tiene una importante incidencia en el cambio sobre la doctrina tradicional expuesta, en particular, es determinante sobre la cuestión relativa a la distribución de la carga de la prueba. En este pronunciamiento judicial el Tribunal de la Unión Europea admite la inversión de la carga de la prueba en los casos en los que la evaluación de riesgos no se hubiese llevado a cabo con arreglo al art. 4.1 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 periodo de lactancia. Dicho precepto impone a la parte empresarial el deber de determinar,

ya sea directamente o bien a través de los servicios de protección y prevención, la naturaleza, el grado y, también, la duración de la exposición en las empresas o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras a las que se refiere el art. 2 (dedicado a definir «trabajadora embarazada», «trabajadora que ha dado a luz» y «trabajadora en periodo de lactancia») para poder apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras, y determinar las medidas que deben adoptarse.

De lo expuesto se extrae la exigencia de realizar un examen específico de la situación en la que se encuentra la trabajadora, teniendo en cuenta su situación individual para determinar si su salud o bien la de su hijo están expuestas a algún tipo de riesgo. Por consiguiente, la falta de evaluación, conforme a lo dispuesto en el art. 4 de la Directiva, de los riesgos que entraña un puesto de trabajo de una trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia, conlleva la privación de la protección que debería otorgarse tanto a la trabajadora afectada como a su hijo. En consecuencia, no se puede tratar de la misma manera a una trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia que cualquier otro trabajador. Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la ausencia de evaluación del riesgo ocasiona un trato menos favorable a una mujer, vinculado a la lactancia y, por consiguiente, constituye una discriminación directa por razón de sexo, en consonancia con lo dispuesto en el art. 2.2 c) 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.

Según la STJUE esta misma distribución del gravamen probatorio hay que aplicarse para valorar la existencia o no de un puesto de trabajo adaptable.

La conclusión que puede extraerse de todo ello es que, en aquellos supuestos en los que la evaluación de riesgos no contempla de manera específica la incidencia de los riesgos que entraña el puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, supone una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora, así como la privación de la posibilidad de acreditar que los riesgos constatados pueden incidir durante el periodo de lactancia natural. Despejada esta cuestión determinante, bastará a la trabajadora afectada con acreditar que la evaluación de riesgos no cumple con dichas premisas esenciales.

Con motivo de esta STJUE, sobre el caso Otero Ramos, se modificó la doctrina tradicional de la Sala en un doble sentido, como ya quedó reflejada en las SSTS de 26 de junio de 2016; y de 11 julio de 2018.

En primer lugar, en los casos en los que la evaluación de riesgos no determina específicamente la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, resultará contraria al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se le niegue la posibilidad de acreditar que los riesgos constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante la lactancia. Además, la carga de la prueba recae sobre el empresario, que es quien dispone del principio de facilidad probatoria, y teniendo en cuenta que entre sus obligaciones preventivas no sólo figura la evaluación general de riesgos sino también la incidencia que puedan tener sobre la mujer embarazada o durante el periodo de lactancia.

En segundo lugar, en cuanto a la cuestión relativa a la repercusión o relevancia del sistema de trabajo a turnos y/o nocturno sobre la protección de la lactancia materna, lo que se pretende es verificar la dificultad o, en su caso, el impedimento del acto de amamantar por el mero desempeño de la actividad laboral. A tales efectos, no será suficiente 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 de que el hijo realice las tomas alimentarias que necesita. Razón por la cual, no puede de ninguna manera desdeñarse la influencia que indudablemente tienen los tiempos de trabajo sobre la lactancia como elemento determinante tanto en la calidad como en la cantidad del amamantamiento. De no entenderlo así, resultaría contraria a su propia finalidad protectora. De ahí que, la turnicidad o el trabajo con horarios y jornadas que impiden la alimentación regular del menor, hacen necesario la puesta a disposición de la trabajadora de todas las condiciones que resulten necesarias para poder llevar a cabo la extracción y posterior conservación de la leche materna. En sintonía con todo ello, no cabe limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles a través de la leche materna, ya que lo contrario, entroncaría con el fin que persigue la norma de salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en los supuestos en los que la madre ha optado por esta vía de alimentación para su hijo.

Recientemente, esta doctrina ha sido avalada por la STJUE de 19 de septiembre de 2018 (C-41/2017, Asunto González Castro). En dicha sentencia la trabajadora en situación de lactancia, desempeña gran parte de su trabajo en periodo nocturno combinado con trabajo a turnos. En este caso, el Tribunal de Luxemburgo viene a reiterar y precisar la doctrina del caso Otero-Ramos. En su argumentación esgrimida alude, por un lado, al art. 19.1 sobre la carga de la prueba, 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, en el que se establece que los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona se considera perjudicada por la no aplicación 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, correspondiendo a la parte demandada mostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato. El TJUE señala que este artículo se aplica a una situación en la que la trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia natural impugna ante un órgano jurisdiccional nacional u otra autoridad competente del Estado miembro, la evaluación del riesgo de su puesto de trabajo, al no haber sido debidamente realizada con arreglo a lo estipulado en el art. 4.1 de la ya reiterada Directiva 92/85. La inexistencia de la correspondiente evaluación del riesgo del puesto de trabajo que desempeña una trabajadora en periodo de lactancia, conforme a los requisitos exigidos en dicho art. 4.1 de la Directiva 92/85, implica un trato menos favorable para la mujer y, por consiguiente, constituye una discriminación directa por razón de sexo, según el art. 2.2 c) de la Directiva 2006/54.

El TJUE también ha precisado que, en base al art. 4.1 de la Directiva 92/85, la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo que desempeña una trabajadora en periodo de lactancia debe incluir un examen específico que tome en consideración la situación individual en la que se encuentra dicha trabajadora, para concluir finalmente si su salud o su seguridad o bien las de su hijo están expuestas a algún tipo de riesgo. De modo que, la disposición general que define las medidas que deben ser adoptadas ante las actividades

que conlleven un riesgo específico para la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en periodo de lactancia, es el mencionado art. 4 de la Directiva 92/85.

Por otro lado, el art. 7 también de la Directiva 92/85, es la disposición específica que corresponde aplicar en los casos de trabajo nocturno, en el que se reconoce que puede entrañar un riesgo particular para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o estén en periodo de lactancia.

Desde una perspectiva de conjunto, queda patente la finalidad compartida por ambos preceptos, arts. 4 y 7 de la Directiva 92/85, de proteger a las trabajadoras que se encuentren en cualquiera de las tres situaciones anteriormente descritas, frente a los riesgos que entrañan sus correspondientes puestos de trabajo. No obstante, conviene matizar que el art. 7 de esta Directiva pretende reforzar esta protección mediante el establecimiento del principio de que las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en periodo de lactancia, no están obligadas a desempeñar un trabajo nocturno a partir del momento en el que aporten un certificado médico que dé fe de la necesidad de dispensar dicha protección para su seguridad o salud.

Para concluir, el Tribunal de la Unión señala que la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora afectada, debe incluir un examen específico en el que se tome en consideración la situación individual de dicha trabajadora para determinar si finalmente su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. En caso de que no se proceda a realizar dicho examen, supondrá un trato menos favorable a una mujer y constituirá una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del art. 2.2 c) de la Directiva 2006/54, en conexión con el art. 19.1 de dicha Directiva.

7. APUNTE FINAL SOBRE LA RESOLUCIÓN ADOPTADA

La respuesta al presente asunto coincide con las SSTs 56/2019, de 24 de enero, y 89/2019, de 6 de febrero, que afectan a trabajadoras destinadas en servicios de urgencias médicas que deben acudir en ambulancias para poder prestar atención urgente a los pacientes que lo demandan, y desempeñan su actividad en condiciones prácticamente idénticas de turnicidad y nocturnidad, y sometidas a los mismos riesgos laborales.

La aplicación de la doctrina ya expuesta y consolidada en nuestra jurisprudencia que se aparta de la anterior debe conllevar la estimación del recurso planteado por la trabajadora afectada. De ahí que, el recurso debe prosperar y resolverse la controversia litigiosa en los acertados términos que acogió la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante, de fecha 23 de febrero de 2015, que estimó la demanda.

En este caso, nos encontramos con una evaluación de riesgos que recoge todos los que concurren en el puesto de trabajo que desempeña la parte actora, sin embargo, no hace particular mención ni precisión sobre la incidencia o afectación de los mismos sobre las condiciones específicas del puesto con respecto a la eventual situación de maternidad o lactancia natural.

Como ya se ha señalado y ahora se reitera, esta circunstancia requiere que la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante el periodo de lactancia desarrolle la

actividad probatoria en contrario, y aplicar las previsiones contenidas en el art. 26 LPRL y 188 LGSS, dado que en la medida en que una trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante el tiempo necesario para la protección de su seguridad o de su salud o las de su hijo y, además, presenta elementos de prueba que permiten indicar que la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto no eran factibles, incumbe a la parte empresarial acreditar que eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente.

Lamentablemente, nada de esto ha sucedido en el presente supuesto, en el que además, la empleadora ha incumplido el mandato del art 26.1 LPRL, en base 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».

Bajo tales premisas, frente al argumento de denegación de la prestación efectuado por parte de la Entidad Gestora sustentado únicamente en no considerar el trabajo de la actora como una actividad de riesgo, la verificación del listado de riesgos comunes de dicha actividad en un caso como el que nos ocupa, es suficiente para sostener que ninguna duda cabe del efecto que alguno de ellos tienen sobre la lactancia, sin que la ausencia de una evaluación específica sobre dicha eventualidad pueda situar a la trabajadora en una posición de exclusión del acceso a la protección.

Por consiguiente, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora afectada, para casar y anular la sentencia recurrida y confirmar en sus términos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que estimó la demanda sobre el derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia.

Para concluir y como última observación, es justo reconocer la complejidad que entraña la delimitación de la prestación de riesgo durante la lactancia natural. En cualquier caso, resulta remarcable los acertados términos en los que se resuelve la cuestión litigiosa, tanto en la sentencia aquí comentada, como en las concordantes también referenciadas a lo largo de estas páginas. La evolución que sobre esta cuestión precisa ha experimentado la doctrina jurisprudencial supone una clara mejora en la interpretación de las normas y, de este modo, con lo que la norma correctamente entendida dice, mucho más protectora y más acorde tanto con el derecho a la igualdad y no discriminación, como con el propio objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en los que la madre legítimamente opta por esta vía de alimentación para su hijo/a.

Otro elemento destacable y que hay que resaltar en la presente sentencia reseñada, es la repercusión que indiscutiblemente tiene el tiempo de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural, razón por la cual, no puede desdeñarse como elemento que influye tanto en la cantidad como en la calidad del amamantamiento. De ahí que, en los supuestos de trabajo a turnos o nocturno, con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, hay que tener en cuenta la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias para extraer y conservar adecuadamente la leche materna.

Dada la importancia y sensibilidad de la cuestión que subyace de fondo, sobran las razones para confirmar y reafirmar con absoluta rotundidad el acierto de la doctrina acuñada por las sentencias referenciadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, posteriormente acogida por el Tribunal Supremo y percibida como un gran avance. En particular, desde la perspectiva de la prevención y protección de la salud de la mujer en el ámbito laboral anudada, en este caso, a la lactancia natural, y encaminada a la consecución de la igualdad efectiva en materia de salud laboral. En este sentido, no está de más recordar que la integración y la presencia de la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud laboral es una nota distintiva comunitaria propia de cualquier sociedad democrática avanzada que se precie.

En particular, es todo un acierto la exigencia de incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora afectada a fin de determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo/a están expuestas a un riesgo, así como la consideración de discriminación directa por razón de sexo cuando tal examen no se ha realizado en los términos requeridos. Otro de los aspectos positivos ya reseñados es la oportuna clarificación de que ha de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia quien debe proceder a desarrollar la actividad probatoria en contrario. En consecuencia, por las razones expuestas en la argumentación jurídica esgrimida, es justo afirmar que la concatenación de estos elementos determinantes recibe una justa ponderación en la resolución final adoptada en sede judicial.