

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 53/2019 de 24
Ene. 2019, Rec. 2037/2017**

Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2037/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 53/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 24 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Ángela , representada y defendida por la Letrada Sra. García Colomé, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 23 de marzo de 2017, en el recurso de suplicación nº 570/2017 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 6 de octubre de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Mataró , en los autos nº 477/2016, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Mutual Midat Cyclops, Servicios Ambientales del Vallés oriental, S.A. sobre seguridad social.

Han comparecido en concepto de recurridos el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada Sra. Álvarez Moreno, Mutual Midat Cyclops, representada y defendida por el Letrado Sr. Aguirre González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de octubre de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Mataró, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimar la demanda interpuesta por la demandante Ángela , dirigida contra el INSS, contra MC MUTUAL y contra la empresa SERVICIOS AMBIENTALES DEL VALLÉS ORIENTAL, SA; declarando a la Sra. Ángela en situación de riesgo durante la lactancia natural, con suspensión del contrato de trabajo y derecho a recibir la prestación correspondiente por riesgo durante la lactancia natural, con efectos desde el día 17 de agosto de 2016 y hasta el día 29 de noviembre de 2016, si previamente no concurre otra causa de extinción, y con base reguladora de 82,05 euros diarios, con CONDENA de la mutua demandada MC MUTUAL a satisfacer las prestaciones y al resto de partes a estar y pasar por el contenido de aquella declaración".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

1º.- Ángela , con DNI NUM000 y domicilio en Canet de Mar, tuvo una hija el día 29 de febrero de 2016.

2º.- Presta servicios por cuenta de la empresa "SERVICIOS AMBIENTALES DEL VALLÉS ORIENTAL, SA", con CIF A61854436, domicilio en Granollers y que tiene cubiertas las contingencias profesionales con la mutua MC MUTUAL.

3º.- La Sra. Ángela recibió declaración de embarazo de riesgo de fecha 13 de agosto de 2015, con reconocimiento del derecho a recibir prestaciones derivadas del riesgo durante el embarazo en fecha 26 de noviembre de 2015, tuvo su hija el día 29 de febrero de 2016, causó baja por maternidad hasta el día 3 de julio de 2016, compactó lactancia entre los días 4 y 23 de julio de 2016 e inició entonces el disfrute de unas vacaciones que, en principio, debían tener duración hasta el día 23 de agosto de 2016, incluido, con reincorporación al trabajo el día 24 de agosto de 2016, iniciando, pero, proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común el día 17 de agosto de 2016, que se prolongó hasta el día 6 de septiembre de 2016, en que recibió alta médica.

4º.- La Sra. Ángela reclamó en fecha 19 de mayo de 2016 la declaración de riesgo durante la lactancia natural. La mutua demandada MC MUTUAL denegó esta declaración en fecha 13 de junio de 2016, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre , y el artículo 49 del RD 295/2009, de 6 de marzo , con denegación de inicio del procedimiento para obtener prestación por riesgo durante la lactancia en aplicación de los artículos 39 , 47 y 51 del RD 295/2009 . MC MUTUAL desestima en fecha 18 de julio de 2016 la reclamación previa presentada por la Sra. Ángela .

5º.- La Sra. Ángela desarrolla en su trabajo funciones de chofer de recogida de residuos, categoría Chofer D, en jornada completa y horarios semanales alternativos entre las 20 horas y las 2 horas de la madrugada aproximadamente y entre las 04 horas de la madrugada y las 12, 13 o 15 horas del mediodía en función del día también aproximadamente, llevando a cabo recogida de contenedores los miércoles entre las 13:00 y las 16:00 horas cada quince días. Dispone de una pausa de cuarenta minutos. Comparte jornada con dos peones de recogida de residuos.

6º.- La Sra. Ángela conduce el camión siguiendo la ruta que enlaza los diferentes puntos de recogida, manteniéndose en el interior de la cabina mientras se hace la recogida de los contenedores de ruedas, bajando del camión para únicamente de accionar la grúa del mismo

con el fin de hacer la recogida de los contenedores soterrados, dirigiéndose entonces a las plantas incineradoras, en las que vacía el camión, encargándose entonces de limpiar la culera y vaciar el depósito de lixiviados, llevando a cabo pequeños trabajos de mantenimiento de los contenedores cada quince días, utilizando únicamente herramientas manuales, vaciando los contenedores previamente de forma manual en estas de mantenimiento y en todo caso puede utilizar una plataforma de la que disponen para mover en su caso los contenedores desde su zona hasta el camión. La Sra. Ángela desarrolla su prestación de trabajo mayoritariamente en el interior de la cabina del camión, pero también hay determinados momentos en los que su trabajo se hace fuera del camión, como sería para recoger contenedores soterrados, para hacer las descargas del camión en las plantas incineradoras o para hacer el mantenimiento de los contenedores. Cuando baja para hacer las descargas en las plantas, la demandante puede entrar en contacto con materia orgánica y agentes biológicos, y cuando tiene que bajar para hacer mantenimiento de los contenedores, la demandante se expone, durante el vaciado manual de los mismos, a materia orgánica. En el lugar de trabajo correspondiente a la Sra. Ángela se identifican como riesgos para trabajadoras embarazadas, o para trabajadoras que han dado a luz recientemente, o para trabajadoras en periodo de lactancia, los siguientes:

- manipulación manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular, dorsolumbares;

- movimientos y posturas, desplazamientos (tanto en el interior como en el exterior del establecimiento), fatiga mental y física y otras cargas físicas;
- choques, vibraciones o movimientos;
- exposición a agentes biológicos de los grupos 2, 3 ó 4.

7º.- En relación con la categoría de Chofer D, la evaluación de los riesgos de recogida orgánica y resto de la empresa "SERVICIOS AMBIENTALES DEL VALLES ORIENTAL, SA" de diciembre de 2013 se identifica, entre otros, como a riesgo moderado del puesto de trabajo la exposición a sustancias nocivas, principalmente en la recogida de envases y en el interior de los contenedores, indicándose como medidas preventivas fundamentalmente el uso de ropa de trabajo que cubra todo el cuerpo y el uso de guantes de seguridad, y se identifica también como riesgo moderado el riesgo por exposición a agentes biológicos presentes en la materia orgánica en descomposición, indicándose como medidas preventivas fundamentalmente evitar el contacto directo con la materia orgánica en descomposición con el uso de ropa de trabajo que cubra todo el cuerpo y con el uso de guantes de-protección.

8º.- La empresa declara en fecha 1 de junio de 2016 que no existe puesto de trabajo compatible con el estado de lactancia natural de la Sra. Ángela en relación con su lugar de trabajo.

9º.- En fecha 1 de septiembre de 2016, se dicta auto adoptando la medida cautelar reclamada por la parte demandante, declarando a la demandante en situación de riesgo durante la lactancia, con derecho a recibir abono del subsidio correspondiente, dejada sin efecto en resolución de fecha de hoy por haber estado en incapacidad temporal la Sra. Ángela entre los días 17 de agosto y 6 de septiembre de 2016.

10º.- No ha sido discutida en el juicio la base reguladora de 82,05 euros propuesta en su caso por la mutua demandada."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 23 de marzo de 2017 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el letrado de MUTUAL MIDAT CYCLOPS contra la sentencia dictada en fecha 6 de octubre de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Mataró en los autos nº 477/2016, debemos revocar y revocamos dicha resolución. Y desestimando la demanda planteada por la Sra. Ángela contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; MC MUTUAL -MUTUAL MIDAT CYCLOPS, MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES Nº 1; y SERVEIS AMBIENTALS DEL VALLES ORIENTAL, S.A. (S.A.V.O.S.A.), debemos absolver y absolvemos a la parte demandada de las pretensiones en su contra ejercitadas. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. García Colomé, en representación de D^a Ángela , mediante escrito de 22 de mayo de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 12 de enero de 2016 . SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 188 y 189 LGSS , art. 26.4 Ley Prevención Riesgos Laborales y arts. 49 a51 RD 295/2009, 6 de marzo .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 27 de octubre de 2017 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 24 de enero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate.

En esencia, se discute sobre el derecho de la demandante (ahora recurrente) a percibir la prestación de riesgo durante la lactancia natural.

1.Hechos probados.

No cuestionado en suplicación el relato de hechos elaborado por el Juzgado de lo Social y reproducido más arriba, lo que ahora interesa es extraer y ordenar los relevantes a nuestros efectos:

A) La trabajadora presta su actividad 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 y en buen estado.

B) La exposición a los agentes biológicos de los grupos 2, 3, o 4 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 otros riesgos específicos de su situación biológica (fatiga, vibraciones, etc.) e inespecíficos pero presentes en su puesto de trabajo (riesgo moderado de exposición a sustancias nocivas).

C) La empresa certifica que no hay otro puesto de trabajo compatible con su estado de salud.

2.Sentencia recurrida.

La sentencia recurrida (STSJ de Cataluña, 23/03/2017, rec. 570/2017) estima el recurso de suplicación presentado por la Mutua colaboradora. Revoca la sentencia de instancia y niega el derecho a la prestación económica por riesgo durante la lactancia.

Considera que no concurre el supuesto de hecho del artículo 26.4 LPRL (y correspondientes normas legales y reglamentarias de Seguridad Social) por falta de especificación de los concretos riesgos biológicos a los que estaría expuesta la trabajadora en periodo de lactancia.

También entiende que no queda acreditada la repercusión negativa para la salud de la trabajadora o de su hija lactante.

A diferencia de la sentencia de instancia, no analiza la posible repercusión del horario a turnos de la trabajadora (una semana desde las 20,00 hasta las 2,00 y otra desde las 4,00 hasta las 12 horas, aproximadamente) y por el desempeño habitual de una parte importante de la jornada en horario nocturno.

3.Recurso de casación unificadora.

Con fecha 22 de mayo de 2017 el Abogado y representante de la trabajadora formaliza su recurso de casación unificadora.

Tras el análisis de los hechos probados en las sentencias opuestas y de su divergente solución, denuncia la infracción de los artículos 188 y 189 LGSS de 2015, el artículo 26 LPRL y los artículos 49 a51 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo .

Considera que la sentencia de contraste está en línea con lo querido por el legislador, que la recurrida posee doctrina errónea y que debe confirmarse la sentencia del Juzgado de lo Social.

4. Impugnaciones al recurso.

A) Con fecha 15 de noviembre de 2017 el Abogado y representante de la Mutua Colaboradora de la Seguridad Social (Mutual Midat Cyclops) formula su impugnación al recurso.

Considera que ni las sentencias opuestas son contradictorias, ni el escrito cumple con las exigencias legales (razonar sobre la pertinencia y fundamentación del motivo de recurso), pues se limita a reproducir los preceptos legales aplicables.

Invoca doctrina de esta Sala Cuarta (en especial la STS 17 marzo 2011, rec. 1865/2010) para concluir que en el caso no ha quedado probada la existencia de riesgos específicos para la lactancia. Asimismo, recuerda que, conforme a STS 1 octubre 2012 (rec. 2373/2011), ni la turnicidad ni la nocturnidad son factores de riesgo contemplados por la regulación aplicable.

B) Con fecha 1 de diciembre de 2017 la Letrada de la Administración de la Seguridad Social formula sus alegaciones al recurso.

Invoca abundante jurisprudencia conforme a la cual es imprescindible que se haya descrito y acreditado la existencia de riesgo específico para la lactancia natural a fin de lucrar la prestación de Seguridad Social reclamada, lo que no ha ocurrido.

Subraya las diferencias con la prestación por riesgo durante el embarazo y que la prestación solo procede si hay riesgo específico (lo que implica evaluación de riesgos concordante). También advierte que la empresa no ha justificado activamente la imposibilidad de recolocar a la trabajadora.

5 . Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 11 de enero de 2018 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS .

Considera que han quedado acreditado tanto los riesgos cuanto la imposibilidad de recolocar a la trabajadora, por lo que el recurso debe prosperar.

6.Preceptos cuya aplicación se discute.

A fin de agilizar la ulterior exposición interesa examinar ahora detalladamente los preceptos que inciden directamente sobre el litigio, y sobre cuya eventual infracción se discute.

1.Ley General de la Seguridad Social de 2015.

El artículo 188 LGSS regula la situación protegida en la prestación de riesgo durante la lactancia natural y lo hace en los siguientes términos:

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 , dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

2.Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Recordemos que la exigencia de la evaluación de los riesgos a efectos de su prevención se contiene en los arts. 14 y ss. LPRL , señalando, en particular el art. 16 que la misma "ha de tener una especial dimensión en supuestos especiales, como los de la situación de maternidad o lactancia natural de la trabajadora, a los que se refiere el art. 26".

El artículo 26 LPRL , rubricado como "protección de la maternidad" posee el siguiente contenido en sus primeros cuatro apartados:

1. 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. 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 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, 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 artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores , durante el período 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 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 , si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo.

3.Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo.

Mediante RD 295/2009, de 6 de marzo, se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. El primer párrafo de su artículo 49.1 dispone lo siguiente:

A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora por cuenta ajena durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo ésta 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 , dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

SEGUNDO.- Análisis de los presupuestos procesales.

Además de constituir una exigencia legal expresa, controlable incluso de oficio a fin de evitar que se desnaturalice este excepcional recurso, la contradicción entre las resoluciones contrastadas ha

sido cuestionada por la impugnación al recurso de la Mutua. Eso redobla la necesidad de examinarla de inmediato, antes de abordar, en su caso, las infracciones normativas denunciadas.

La citada impugnante también considera que el recurso debió inadmitirse por incumplimiento de las exigencias legales.

1.El presupuesto del artículo 219.1 LRJS.

A) El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales. El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada.

2.Sentencia referencial.

La sentencia de contraste (STSJ de Cantabria, 12/01/2016, rec. 717/2015) desestima el recurso de suplicación presentado por la Mutua colaboradora y el INSS, confirmando así la sentencia de instancia que reconoció la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia natural.

La demandante es conductora de un camión de recogida de residuos urbanos en horario nocturno, con una evaluación específica de su puesto de trabajo en la que figuran la exposición a sustancias nocivas, la exposición a agentes biológicos, la fatiga, las vibraciones, etc..

Para la sentencia de contraste los distintos riesgos físicos, biológicos y psicosociales (horario nocturno) que presenta el específico puesto de trabajo de la trabajadora, no habiendo podido el empresario reubicarla en otro puesto de trabajo sin riesgo, encaja en el supuesto de hecho del artículo 26.4 LPRL , esto es, riesgos durante la lactancia natural.

3.Consideraciones específicas sobre la contradicción.

De acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal, entendemos que concurre el requisito de la contradicción del artículo 219.1 LRJS .

Aparece la identidad sustancial en los hechos (trabajadoras en periodo de lactancia natural que tienen como profesión la conducción de camiones de recogida de residuos urbanos, que prestan su actividad en todo o en parte en horario nocturno, con exposición según las evaluaciones específicas de riesgos laborales a agentes físicos y biológicos).

Los fundamentos de las respectivas posiciones procesales (art. 26.4 LPRL y normas legales y reglamentarias de Seguridad Social concordantes) son los mismos.

También concurre identidad en las pretensiones (reconocimiento de la situación de riesgo durante la lactancia natural).

Pese a ello, la sentencia recurrida no reconoce la existencia de una situación de riesgo durante la lactancia natural, lo que sí hace la sentencia de contraste.

4 . Consideraciones sobre el escrito de interposición.

De acuerdo con el artículo 224.1.b) LRJS el escrito de interposición del recurso deberá contener "la fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada y, en su caso, del quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia". La Mutua impugnante considera que esta exigencia se ha incumplido por la recurrente.

Aunque el escrito de formalización del recurso no se recrea en el desarrollo de esta vertiente, de necesario cumplimiento, tampoco puede reprochársele que se haya desentendido de su cumplimiento. Tras el detenido análisis de la contradicción (éste sí), el recurso contrapone la solución de cada una de las sentencias comparadas, pero también identifica claramente los preceptos que considera infringidos, apunta las razones de ello y formula su petición (confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social).

Esa valoración sobre la suficiencia de lo argumentado en el recurso, dada claridad de los términos del debate, queda confirmada al comprobar que tanto las dos impugnantes cuanto el Ministerio Fiscal han comprendido, sin género de duda, el alcance del debate y formulado sus propias posiciones sin atisbo alguno de indefensión.

Por ello, si bien el recurso podría haber contenido un mejor desarrollo argumental, lo cierto es que brinda los elementos suficientes como para, sin necesidad de interpretaciones o suposiciones, tener una idea exacta de lo pretendido y de sus razones.

TERCERO.- Doctrina concordante.

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

Asimismo el Tribunal de Luxemburgo ha resuelto algunos asuntos que han propiciado un cambio de dirección en nuestra jurisprudencia.

1.Doctrina de la Sala: Primera etapa.

En las primeras de nuestras sentencias, analizamos la particularidad que pudiera representar la evaluación de riesgos en relación a la lactancia natural, y señalamos allí que tal evaluación debía de ser específica y debía alcanzar la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición, para concluir que no se acredita el riesgo en un supuesto - como el entonces examinado- en que en los informes aportados no contenían elementos concretos que pudieran conducir al conocimiento de los riesgos en cuestión (STS/4ª de 17 marzo 2011(3) -rcud. 1864/2010, 1865/2010 y 2448/2010-, 18 marzo 2011 (4) -rcud. 1290/2010, 1863/2010, 1966/2010 y 2257/2010-, 3 mayo 2011 -rcud. 2707/2010-, 22 noviembre 2011 -rcud. 306/2011- y 25 enero 2012 -rcud. 4541/2010-, todas ellas respecto a situaciones análogas, cuya doctrina reprodujo posteriormente la STS/4ª de 23 enero 2012 -rcud. 1706/2011 -).

En esta primera etapa la doctrina de la Sala en supuestos similares al presente aparece reconocida por SSTs 1 octubre 2012 rec. 2373/2011); 21 marzo 2013, rec. 1563/2012); 24 junio 2013 (rec. 2488/2012); 7 abril 2014 (rec 1724/2013) o 28 octubre 2014 (re. 2542/2013). Su contenido puede resumirse del siguiente modo:

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

los principios propios de la movilidad funcional, o, incluso, a "un puesto no correspondiente a su grupo o categoría".

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

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

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

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

2 . El caso Otero Ramos.

La STJUE 19 octubre 2017 (C-531/15, Otero Ramos) incide de manera importante sobre la expuesta doctrina, en particular sobre la cuestión de la distribución de la carga de la prueba. En ella el Tribunal de la Unión admite la inversión de la carga de la prueba cuando la evaluación de riesgos no se hubiese llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el art. 4.1 de la Directiva 92/85. Dicho precepto impone al empresario el deber de determinar, directamente o por medio de los servicios de prevención, "la naturaleza, el grado y duración de la exposición en las empresa o establecimientos de que se trate, de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 (en periodo de lactancia, para el caso)". Ello exige un examen específico de la situación de la trabajadora que tenga en cuenta su situación individual para determinar si su salud o la de su hijo están expuestas a un riesgo. De ahí que, cuando los riesgos que presenta un puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia no han sido evaluados con arreglo a lo dispuesto en el citado art. 4 de la Directiva, se priva a la afectada y a su hijo de la protección que debería otorgársele. Por tanto, no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en periodo de lactancia que a cualquier otro trabajador. Esa falta en la evaluación del riesgo supone, para el Tribunal de la Unión, un trato menos favorable a una mujer, vinculado a la lactancia, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del art. 2.2 c) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

La STJUE añade que esta misma distribución del gravamen probatorio habrá que aplicar en relación con la existencia o inexistencia de puesto adaptable, lo que enlaza con lo que razonábamos al principio de este Fundamento: "...debe señalarse que las mismas reglas de prueba se aplican en el marco del artículo 5 de la Directiva 92/85 . En particular, en la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y presenta elementos de prueba que permitan indicar que las medidas de protección previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo, es decir, la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto, no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas medidas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente".

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

3.Doctrina de la Sala: segunda etapa.

A raíz de la citada STJUE las SSTS 26 junio 2016 (Pleno) y 11 julio 2018 (rec. 396/2017) modificaron la doctrina tradicional de la Sala en un doble sentido.

Por un lado, en supuestos en que la evaluación de riesgos no perfile de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, resultará contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se le niegue a la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos sí constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia, incumbiendo la carga de la prueba sobre tal cuestión a cargo del empresario que es quien, en tales, casos dispone del principio de facilidad probatoria; teniendo en cuenta, además que, entre sus obligaciones preventivas, figura no sólo la evaluación general de riesgos, sino, también de manera específica, la incidencia que tales riesgos puedan o no tener en la mujer en los supuestos de embarazo y lactancia.

Por otro lado, en relación a la relevancia que el sistema de trabajo a turnos y/o nocturno pueda tener en la protección de la lactancia natural, siguiendo la solución avanzada ya en la STS de 3 de abril de 2018 (rcud. 2018 (762/2017)), la delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil. Lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se vea dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral y, desde esa óptica, no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias. Por eso la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. No cabe, pues, limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación del hijo.

4.El caso González Castro.

La anterior doctrina ha sido avalada por la reciente STJUE de 19 de septiembre de 2018, Asunto González Castro, C- 41/2017 , dictada en un supuesto de trabajadora en situación de lactancia que realiza gran parte de su trabajo en período nocturno combinado con trabajo a turnos. En

efecto, dicha sentencia del TJUE ha reiterado y precisado la doctrina sentada en la STJU -caso Otero Ramos- y al respecto ha señalado, por un lado, que el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 se aplica a una situación en la que una trabajadora en período de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional u otra autoridad competente del Estado miembro de que se trate la evaluación del riesgo de su puesto de trabajo por no haber sido realizada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 , y , por tanto, que la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia, con arreglo a las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 , debe considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad, en el sentido de esta Directiva, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54 . Por otro lado, El Tribunal de Justicia ha precisado a este respecto que, para ser conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 , la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo.

El Tribunal de Justicia ha precisado a este respecto que, para ser conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 , la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. Así, el artículo 4 de la Directiva 92/85 es la disposición general que define las medidas que deben adoptarse con respecto a todas las actividades que puedan conllevar un riesgo específico para la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. En cambio, el artículo 7 de esa Directiva es una disposición específica aplicable al supuesto de trabajo nocturno, que, como reconoció el legislador de la Unión, puede presentar un riesgo particular para las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia.

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

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

CUARTO.- Resolución.

1. Estimación del recurso de casación.

A) La aplicación de la doctrina expuesta y ya consolidada debe conllevar la estimación del recurso. En efecto, en el presente asunto nos encontramos con una evaluación de riesgos que recoge

buena parte de ellos que concurren en el puesto de la actora. Una evaluación que refiere los riesgos para mujeres embarazadas o lactantes, tal y como el HP sexto describe (manipulación manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular, dorsolumbares; movimientos y posturas, desplazamientos (tanto en el interior como en el exterior del establecimiento), fatiga mental y física y otras cargas físicas; choques, vibraciones o movimientos; exposición a agentes biológicos de los grupos 2, 3 ó 4), aunque sin mencionar la turnicidad y la nocturnidad.

En esas condiciones, resulta errónea la doctrina de la sentencia recurrida conforme a la cual la prestación debe denegarse porque no aparecen suficientemente descritos los riesgos existentes; porque "quedan poco precisos" y "se desconoce los agentes concretos cuya exposición para la madre supone un riesgo para el hijo/a lactante, con causa exclusiva en las tareas habituales de ésta".

B) Yerra la sentencia recurrida cuando atribuye a la insuficiente prueba desenvuelta por la demandante la consecuencia de desestimar su petición.

De acuerdo con cuanto hemos expuesto en el Fundamento anterior, en un escenario como el descrito, ha de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia quien desarrolle la actividad probatoria en contrario. De acuerdo con las previsiones del artículo 26 LPRL y 188 LGSS , así como con la jurisprudencia reseñada, en la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y presenta elementos de prueba sobre el particular, incumbe al empresario acreditar que las medidas de protección no eran técnica u objetivamente posibles o irrazonables.

C) La Administración de la Seguridad Social apunta en su escrito de impugnación que la empresa es quien debe responder, que no la Mutua, del pago de la prestación, puesto que no ha cumplido con sus obligaciones legales. Es probable que la empleadora no haya llevado a cabo la conducta legalmente exigida, puesto que lo único que consta es la afirmación (en modo alguno acreditación) de que resulta imposible la adaptación o cambio de puesto de trabajo.

Pero el debate en suplicación (tras haber condenado el Juzgado de lo Social exclusivamente a la Mutua) no ha versado sobre la responsabilidad en el abono de la prestación, sino sobre el derecho a percibirla. Por lo tanto, no podemos ahora alterar los términos en que la controversia accede a este tercer grado, ni entrar a examinar si cabe hablar de responsabilidad empresarial por abono de prestación o, supuesto que hubiere incumplido el mandato legal, de abono de salarios por impedir el desarrollo de la actividad (art. 30 ET).

D) Lo cierto es que a pesar de los serios indicios de que el trabajo habitual de la demandante es incompatible con la lactancia natural, máxime cuando la evaluación de riesgos se refiere a ello, y sin trasladar la carga probatoria a los sujetos demandados, la sentencia recurrida deniega el derecho a la prestación. Se desconoce, de este modo, el tenor de la doctrina que tanto el TJUE cuanto esta Sala viene manteniendo últimamente. Afirmar que existe el riesgo y denegar la prestación porque no se ha concretado cuál en concreto y cómo incide en la trabajadora constituye doctrina errónea. El recurso, por tanto, debe prosperar y resolverse el litigio en los acertados términos que acogió la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.

2. Aplicación de doctrina sobrevenida.

Tanto la sentencia recurrida cuanto los escritos de impugnación al recurso basan sus posiciones en doctrina acuñada por sentencias de esta Sala Cuarta correspondientes a lo que hemos denominado "Primera etapa". De ese modo podría pensarse que ahora resolvemos hechos acaecidos cuando esa doctrina estaba viva con doctrina posterior y que ello pudiera afectar a la seguridad jurídica o a otros valores constitucionales.

Conviene salir al paso de tal reflexión, como venimos haciendo al hilo de diversos temas. El Auto de 2 noviembre 2015 (rec. 2186/2014) y diversas SSTs posteriores como la 536/2018 de 17 mayo (rec. 97/2017) contienen la siguiente doctrina:

La irretroactividad de la leyes o normas no es trasladable a la jurisprudencia, a la que se le otorga la condición de complementar el ordenamiento jurídico (art. 1.6 del CC). Así se ha dicho que "En el presente caso se trata de que la jurisprudencia ha variado, no las normas. El canon de irretroactividad desfavorable exigible a las leyes resulta, por tanto, inaplicable. Ello con independencia de que en las relaciones inter privados (como las derivadas de los contratos laborales) esa calificación atinente a perjuicios o beneficios cambia drásticamente en función del sujeto que contemplemos".

Del mismo modo, y en el ámbito de los Derecho Humanos, se ha tomado la doctrina del Tribunal Europeo en la que, en relación con el principio de seguridad jurídica que aquí se invoca, ha señalado que "las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante (STEDH de 18 de diciembre de 2008, caso Unédic contra Francia , § 74). La evolución de la doctrina jurisprudencial no es en sí opuesta a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes (STEDH de 14 de enero de 2010, caso Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia, § 38)".

También se ha acudido a la doctrina constitucional en la que se "pone de relieve que en el sistema de civil law en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al Tribunal Supremo español, la jurisprudencia no es, propiamente, fuente del Derecho -las Sentencias no crean la norma-, por lo que no son miméticamente trasladables las reglas que se proyectan sobre el régimen de aplicación de las leyes. A diferencia del sistema del common law, en el que el precedente actúa como una norma y el overruling, o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en el Derecho continental los tribunales no están vinculados por la regla del prospective overruling, rigiendo, por el contrario, el retrospective overruling (sin perjuicio de la excepción que, por disposición legal, establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la Sentencia, como así se prevé en el art. 100.7 LJCA en el recurso de casación en interés de ley)" Y, más explícitamente, se ha dicho que "Hace mucho tiempo que nuestra doctrina constitucional explicó cómo la Sentencia que introduce un cambio jurisprudencial "hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice" (STC 95/1993, de 22 de marzo)".

Por su lado, la STJUE 13 diciembre 2018 (C-385/17 , Hein) ha confirmado la necesidad de que las novedades interpretativas derivadas de su doctrina se proyecten sobre hechos anteriores:

Debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la interpretación que este hace, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE , de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, concurren los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma[...]

[...] el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales protejan, sobre la base del Derecho nacional, la confianza legítima [...] en cuanto al mantenimiento de la jurisprudencia de las más altas instancias jurisdiccionales nacionales...

En definitiva, no existe vulneración de la tutela judicial efectiva (24.1 CE) ni se infringe el principio de seguridad jurídica (9.3 CE) o el de confianza legítima por el hecho de haber cambiado nuestra doctrina y aplicar al caso la que se mantiene cuando el mismo es resuelto.

3. Debate planteado en suplicación.

A) El artículo 228.2 LRJS dispone en su primer tramo que "Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada".

Puesto que la sentencia recurrida posee doctrina contraria a la que venimos sosteniendo y debemos anularla, también debemos resolver lo procedente sobre el recurso de suplicación interpuesto en su día por MC Mutual.

B) Recurre en suplicación el letrado de MUTAUL MIDAT CYCLOPS la sentencia dictada en fecha 6 de octubre de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Mataró en los autos nº 477/2016 que, estimando la demanda, declaró a la actora en situación de riesgo durante la lactancia natural, con efectos desde el día 17 de agosto de 2016 y hasta el día 29 de noviembre de 2016, si previamente no concurre otra causa de extinción, con base reguladora de 82,85 euros diarios, condenando a la Mutua MC MUTUAL a satisfacer las prestaciones, y al resto de las partes a estar y pasar por tal declaración.

Recurso que articula en un único motivo, correctamente amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, en el que se denuncia la infracción, por indebida aplicación, de los artículos 188 y 189 del T.R.L.G.S.S., aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, así como del artículo 26.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y de los artículos 49 a 51 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, solicitando la revocación de la sentencia por no tener derecho la actora a percibir la prestación de riesgo durante la lactancia natural y, subsidiariamente, que la fecha de efectos sea el día 7 de septiembre de 2016, día posterior al alta médica.

C) Por las expuestas razones, la petición principal del recurso formulado por la Mutua no puede prosperar. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social se atiene a la doctrina correcta y debe confirmarse: la demandante tiene derecho a percibir la prestación por riesgo durante la lactancia puesto que ha aportado serios indicios de que desempeña un puesto de trabajo incompatible con la lactancia materna y la empleadora sostiene que le resulta imposible adaptarlo o cambiarlo, sin que tales asertos hayan sido objeto de debate por el cauce procesal pertinente.

D) El recurso de suplicación formula una petición subsidiaria respecto de los efectos temporales de la prestación. La sentencia del Juzgado de lo Social condena al abono de la prestación por riesgo durante la lactancia desde el día 17 de agosto de 2016 (así lo dispone el fallo), pese a que la trabajadora estuvo de baja médica desde el 17 de agosto hasta el 6 de septiembre. Lo que interesa a la Mutua es que la fecha de efectos de la prestación que debe abonar, al haber fracasado su petición principal, sea el día 7 de septiembre de 2016, día posterior al alta médica.

La petición subsidiaria de la Mutua debe prosperar, de acuerdo con lo previsto en 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. Su artículo 50.1 regula la prestación económica del subsidio en estudio del siguiente modo:

La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos, condiciones y con el procedimiento previstos en el capítulo IV para la prestación por riesgo durante el embarazo, debiendo entenderse referida a la distinta naturaleza del riesgo todas las previsiones contenidas en el mismo.

A su vez, el artículo 45.1 ("Incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo"), aplicable por la remisión expuesta, aborda directamente el tema planteado por el recurso y concreta el modo en que debe actuarse cuando la trabajadora acede a la suspensión por riesgo durante la lactancia desde la incapacidad temporal:

Cuando la trabajadora se encuentre en situación de incapacidad temporal y, durante la misma, solicite la prestación de riesgo durante el embarazo, no procederá el reconocimiento, en su caso, del subsidio, hasta que se extinga la situación de incapacidad temporal por cualquiera de las causas legal o reglamentariamente establecidas.

4. Costas.

El artículo 235.1 LRJS contempla la imposición de costas a la parte vencida en el recurso; al haber estimado en parte la suplicación interpuesta por la Mutua no cabe realizar esa condena por más que fracase su pretensión principal.

FALLO

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

:

- 1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Ángela , representada y defendida por la Letrada Sra. García Colomé.
- 2) Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 23 de marzo de 2017 .
- 3) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar parcialmente el recurso de tal clase interpuesto por Mutua Midat Cyclops (rec. 570/2017).
- 4) Revocar la sentencia dictada el 6 de octubre de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Mataró , en los autos nº 477/2016, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Mutua Midat Cyclops, Servicios Ambientales del Vallés oriental, S.A. sobre Seguridad Social, en el exclusivo sentido de establecer en el 7 de septiembre de 2016 la fecha de inicio de la prestación por riesgo durante la lactancia que debe abonar la citada Mutua.
- 5) Declarar la firmeza de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en los términos resultantes de la rectificación mencionada.
- 6) No realizar declaración imponiendo costas respecto de ninguno de los recursos resueltos.

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

Así se acuerda y firma.