

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 56/2019 de 24  
Ene. 2019, Rec. 4164/2017**

**Ponente: Blasco Pellicer, Ángel Antonio.**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4164/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**Sentencia núm. 56/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 24 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), representados y asistidos por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 17 de julio de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 89/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, de fecha 19 de octubre de 2016, recaída en autos núm. 11/2016, seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Frida, frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS); y SUMMA 112 Servicio de Urgencias Médicas de Madrid, sobre Materias Seguridad Social.

Ha sido parte recurrida D<sup>a</sup>. Frida, representada y asistida por la letrada D<sup>a</sup>. Ana Victoria González Velasco.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de octubre de 2016 el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.-La actora comenzó a prestar servicios con la categoría de DUE de Urgencias, con plaza en propiedad desde el 5 de mayo de 2014, realizando su labor en la actualidad, en el SUMMA 112, estando su puesto de trabajo situado en el SUAP 21, situado en la C/ José de Cadalso s/n de Madrid. La actora fue nombrada personal estatutario fijo en la citada fecha.

SEGUNDO.- La demandante realiza servicios en turnos de trabajo de 12 y 24 horas, teniendo una jornada laboral de lunes a domingo, con una jornada laboral completa de 1.536 horas de trabajo efectivo, según certificado obrante en autos (documento nº 5 de la actora).

TERCERO.- Las labores que lleva a cabo la actora, son las derivadas de la actividad asistencial, tanto en domicilio como en vía pública, en situaciones de urgencia y emergencia, actividades que puede llevar a cabo en los diferentes recursos del SUMMA 112. Su puesto es de los que no figura como exentos de riesgo, en la relación de puestos de trabajo que ha confeccionado la empresa previa consulta de los representantes de los trabajadores. La asistencia que realiza es in situ y durante el traslado en los servicios de transporte sanitario correspondientes. Tiene encomendada la adopción de medidas de carácter sanitario que se consideren necesarias, y para cuyo ejercicio se requiera la titulación correspondiente a esta categoría. También lleva a cabo el registro de la actividad de enfermeros y cumplimentación de toda la documentación que sea necesaria según la normativa y procedimientos. Lleva a cabo el mantenimiento, revisión y custodia de utillaje y aparatos asignados a su cargo. Los materiales y productos que utiliza son Instrunet, lejía y alcohol. Obra en autos los riesgos del puesto de trabajo, que dada su extensión se dan por reproducidos.

CUARTO.- La demandante, tuvo un hijo el 18 de abril de 2015, iniciándose en dicha fecha el permiso maternal.

QUINTO.- Con fecha 4 de agosto de 2015, la actora solicitó al INSS el reconocimiento de la situación de riesgo durante la lactancia natural y el pago de la prestación económica prevista a tal efecto.

SEXTO.- EL 9 de septiembre de 2015, interpuso reclamación previa, reincorporándose la actora el 18 de septiembre de 2015 a su puesto de trabajo, tras agotar el periodo de lactancia y maternidad, y solicitó una excedencia por cuidado de hijo

SÉPTIMO.- EL 5 de octubre de 2015, el INSS resolvió denegar la prestación solicitada por la actora

OCTAVO.- La excedencia de la actora ha finalizado el 18.01.16

NOVENO.- La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 2.365,31 €, con duración desde el 18/09/2015 al 18/01/2016. (Auto de Aclaración de 4 de noviembre de 2016)

DÉCIMO.- La demandante está afiliada al sindicato SATSE. No consta que ostente cargo representativo o sindical alguno".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda planteada por Dña. Frida contra INSS, TGSS, SUMMA 112 debo absolver a las demandadas de los pedimentos deducidos en su contra en el escrito de demanda".

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D<sup>a</sup>. Frida ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 17 de julio de 2017, presentando la recurrente y la representación del INSS y la TGSS, sendos escritos en los que solicitaban la aclaración de la misma, en dicho auto consta la siguiente parte dispositiva: "Que procede la aclaración interesada por la actora y rechazar la que formulan las entidades gestoras, en los términos reseñados en el fundamento jurídico único de esta resolución".

Quedando el fallo de la sentencia recurrida del tenor literal siguiente: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por doña Frida, contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2016, dictada por Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid en autos número 11/2016, seguidos a instancia de la recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y SUMMA 112 SERVICIO DE URGENCIA MÉDICA DE MADRID, y en su consecuencia revocamos la referida y estimando la demanda, declaramos su derecho a percibir la prestación por riesgo durante la lactancia por el periodo 18-09-2015 al 18-01-16, base reguladora de 2.365,16 euros, en el porcentaje legalmente establecido, condenando al INSS y TGSS a estar y pasar por ello"

**TERCERO.-** Por la representación del INSS y la TGSS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 28 de octubre de 2014, Rcu. 2542/2013 .

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala se procedió a admitir 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. Evacuado dicho traslado, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- 1.-**La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora es la determinación del reconocimiento o no del derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural de una trabajadora que presta servicios como ATS-DUE en el servicio de urgencias del SUMMA 112 en jornada de turnos de 12 y 24 horas, realizando tareas propias de su cargo en actividad asistencial en situaciones de urgencia y emergencias tanto en domicilio como en la vía pública.

**2.-** La sentencia recurrida es la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de octubre de 2016, dictada en el rec. 89/2017 , que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid, declara el derecho de la trabajadora a percibir la prestación por riesgo durante la lactancia durante el periodo de 18 de septiembre de 2015 al 18 de enero de 2016, en el porcentaje legalmente establecido, con una base reguladora de 2.365,16 euros. La Sala de Madrid, remitiéndose a varios precedentes del mismo Tribunal, razonó que dado que la actora realiza sus funciones tanto en domicilio como la vía pública desplazándose en Unidades Móviles de Emergencia resulta difícil que se pueda sustituir la "toma" directa con la extracción de leche, no sólo por la falta de intimidad sino por la conservación de la leche.

**SEGUNDO.- 1.-** La representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) han interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina, para lo que, como es preceptivo aportan sentencia de contraste. En este caso, la de la propia Sala del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2014, dictada en el rcud. 2542/2013 . SE trata de una resolución que contempla el caso de una trabajadora que prestaba servicios como ATS-DUE para el Servicio Murciano de Salud, en el servicio de urgencias del Hospital Comarcal del Noroeste, en turnos rotatorios de mañana-tarde (14 horas en cada turno y noche (10 horas) con libranza de tres días.

Con tales hechos, la sentencia referencial, tras reiterar que la prestación de riesgo sobre a lactancia 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, acaba concluyendo que en el supuesto examinado a sentencia recurrida apreció la existencia de riesgo para la lactancia natural por las circunstancias concretas de la forma de prestación del tiempo de trabajo, al realizarse esté a turnos y en jornada nocturna. Respecto a la incidencia de estas circunstancias de la prestación laboral en el citado riesgo la sentencia invocada como contradictoria señala que ni la turnicidad ni la nocturnidad son factores de riesgo contemplados en el RSPRL ni en el caso concreto se han acreditado circunstancias que las puedan configurar como tal, por lo que resulta inadecuado considerarlos como una de las causas de reconocimiento de la prestación, cual hace la sentencia recurrida, por mucho que -como se indicaba en el informe técnico aportado por la actora y recoge

aquella resolución- sea recomendable no hacer turnos nocturnos o rotatorios y que los mismo no sobrepasen las 8 horas y que tengan adecuados periodos de descanso; como ciertamente sería deseable -en tanto que desiderátum- para todos los trabajadores. Consideración no obstada por el hecho de que el art. 26.1 LPR contemple "la no realización de trabajo nocturno" respecto de la trabajadora en situación de embarazo o parto reciente, "cuando resulte necesario"; que no es el caso". Dada la identidad del asunto planteado en la sentencia recurrida con el de la citada de contraste, procede aplicar la doctrina contenida en esta última .

**2.-** De lo expuesto resulta forzoso concluir, en coincidencia en este punto con el informe del Ministerio Fiscal, que cabe apreciar la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación toda vez que en la sentencia aquí recurrida viene a suceder lo mismo que en la sentencia casada en la sentencia de contraste, dándose la triple identidad de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 219 LRJS . En efecto, tal como se acaba de reseñar, los hechos de las dos sentencias son sustancialmente iguales, como idénticas son las pretensiones en ambos casos y los fundamentos esgrimidos. Sin embargo, las sentencias comparadas resuelven en forma diametralmente, lo que hace necesario la unificación doctrinal correspondiente.

**TERCERO.- 1.-** Las entidades gestoras recurrentes denuncian que la sentencia recurrida ha incurrido en infracción de los artículos 135 bis LGSS (actual artículo 188 LGSS ) en relación al artículo 26 LPRL .

**2.-** La doctrina tradicional de la Sala en supuestos como el presente, estaba contenida en diversas sentencias, una de las cuales es, precisamente, la traída aquí como referencial ( SSTS de 1 de octubre de 2012, Rjud. 2373/2011 ; de 21 de marzo de 2013, rcud. 1563/2012 ); de 24 de junio de 2013 (rcud. 2488/2012), de 7 de abril de 2014 , Rjud. 1724/2013 y de 28 de octubre de 2014, rcud. 2542/2013 ; entre otras). De dichas sentencias se extraía básicamente que:

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

b).- Por ello no cabe el percibo de la prestación cuando los riesgos no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia , en la forma que se desprende del art. 26.1 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. 48.5 ET .

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

d).- La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es, de acuerdo con el artículo 26 de la LPRL , una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo. En cuanto tal, sólo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primer lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo (entre otras, SSTs de 18 de marzo de 2011 -rcud 1863/10 -; y de 23 de enero de 2012 - rcud 1706/11 -).

**3.-** Ahora bien, como expresó nuestra STS de 26 de junio de 2018, Rcd. 1398/2016 , la doctrina contenida en la STJUE de 19 de octubre de 2017, Asunto Otero Ramos, C-531/15 , aconseja una reflexión sobre la cuestión de la distribución de la carga de la prueba. El Tribunal de la Unión admite la inversión de la carga de la prueba cuando la evaluación de riesgos no se hubiese llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 92/85 . Dicho precepto impone al empresario el deber de determinar, directamente o por medio de los servicios de prevención, "la naturaleza, el grado y duración de la exposición en las empresa o establecimientos de que se trate, de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 (en periodo de lactancia, para el caso)". Ello exige un examen específico de la situación de la trabajadora que tenga en cuenta su situación individual para determinar si su salud o la de su hijo están expuestas a un riesgo. De ahí que, cuando los riesgos que presenta un puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia no han sido evaluados con arreglo a lo dispuesto en el citado artículo 4 de la Directiva, se priva a la afectada y a su hijo de la protección que debería otorgársele. Por tanto, no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en periodo de lactancia que a cualquier otro trabajador. Esa falta en la evaluación del riesgo supone, para el Tribunal de la Unión, un trato menos favorable a una mujer, vinculado a la lactancia, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2.2 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006 , relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

**CUARTO.- 1.-** Tal como expresaron nuestra STS de 11 de julio de 2018, Rcd. 396/2017 y, de manera especial, la STS de 26 de junio de 2016 , del pleno de la Sala ya citada, se modificó la doctrina tradicional de la Sala en un doble sentido. Por un lado, en supuestos en que la evaluación de riesgos no perfile de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, resultará contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se le niegue a la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos sí constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia, incumbiendo la carga de la prueba sobre tal cuestión a cargo del empresario que es quien, en tales, casos dispone del principio de facilidad probatoria; teniendo en cuenta, además que, entre sus obligaciones preventivas, figura no sólo la evaluación general de riesgos, sino, también de manera específica, la incidencia que tales riesgos puedan o no tener en la mujer en los supuestos de embarazo y lactancia.

Por otro lado, en relación a la controversia litigiosa la cuestión de la relevancia que el sistema de trabajo a turnos y/o nocturno pueda tener en la protección de la lactancia natural, siguiendo la solución avanzada ya en la STS de 3 de abril de 2018 (rcud. 762/2017 ), en un supuesto de una enfermera cuyo puesto de trabajo y funciones eran análogas a los del presente caso- y siguiendo la doctrina sentada definitivamente por el Pleno en su reiterada STS de 26 de junio de 2018 , debemos poner de relieve que la delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil, porque lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se vea dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral y, desde esa óptica, no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades de la madre al hijo, puesto que tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias. Por eso la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y

jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. No cabe, pues, limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación del hijo.

**2.-** La anterior doctrina ha sido avalada por la reciente STJUE de 19 de septiembre de 2018, Asunto González Castro, C- 41/2017 , dictada en un supuesto de trabajadora en situación de lactancia que realiza gran parte de su trabajo en período nocturno combinado con trabajo a turnos. En efecto, dicha sentencia del TJUE ha reiterado y precisado la doctrina sentada en la STJU -caso Otero Ramos- y al respecto ha señalado, por un lado, que el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 se aplica a una situación en la que una trabajadora en período de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional u otra autoridad competente del Estado miembro de que se trate la evaluación del riesgo de su puesto de trabajo por no haber sido realizada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 , y , por tanto, que la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia, con arreglo a las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 , debe considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad, en el sentido de esta Directiva, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54 . Por otro lado, El Tribunal de Justicia ha precisado a este respecto que, para ser conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 , la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo.

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

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

**3.-** En conclusión, el TJUE señala que la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la trabajadora afectada, realizada en el marco del artículo 7 de la Directiva 92/85 , debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de dicha trabajadora

para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. En el supuesto de que tal examen no se haya realizado, existirá un trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad a los efectos de esa Directiva y constituirá una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54 , que permite la aplicación del artículo 19, apartado 1, de dicha Directiva.

**QUINTO.- 1.-** La aplicación de la doctrina expuesta y ya consolidada en nuestra jurisprudencia que se aparta de la doctrina anterior (mantenida, entre otras en la sentencia de contraste) debe conllevar la desestimación del recurso. En efecto, en el presente asunto nos encontramos con una evaluación de riesgos que recoge todos aquéllos que concurren en el puesto de la actora; pero que, no obstante, no hace particular mención ni precisión sobre la afectación de las condiciones del puesto sobre la eventual situación de maternidad o lactancia de la trabajadora.

Ante tal escenario, habrá de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia la que haya de desarrollar la actividad probatoria en contrario; y a partir de tal extremo, aplicar las previsiones del artículo 26 LPRL y 188 LGSS , puesto que en la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y presenta elementos de prueba que permitan indicar que las medidas de protección previstas en los apartados 1 y 2 de del artículo 26 LPRL , es decir, la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto, no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas mediadas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente.

Nada de esto ha sucedido en el presente caso, en el que, además, la empleadora ha incumplido el mandato contenido en el artículo 26.1 LPRL , conforme al cual, "la evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico".

Por ello, frente a la justificación de la denegación de la prestación por parte de la Entidad Gestora basada exclusivamente en no considerar el trabajo de la actora una actividad de riesgo, la constatación del listado de riesgos comunes de dicha actividad basta, en un caso como el presente, permite sostener que ninguna duda cabe del efecto que algunos de ellos tienen sobre la lactancia materna -recuérdese que en otras situaciones similares. se identificaba como riesgo "la exposición a agentes químicos y biológicos"-, sin que la falta de precisa evaluación de tal eventualidad pueda situar a la trabajadora en una posición de exclusión del acceso a la protección.

**2.-** En consecuencia, oído el Ministerio Fiscal, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia por las razones expuestas en los fundamentos de esta resolución, sin que -por imperativo legal- proceda la imposición de costas.

## **FALLO**

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

:

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), representados y asistidos por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

2.- Confirmar la sentencia dictada el 17 de julio de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 89/2017 , que resolvió el

formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid, de fecha 19 de octubre de 2016 , recaída en autos núm. 11/2016, seguidos a instancia de D<sup>a</sup>. Frida , frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS); y SUMMA 112 Servicio de Urgencias Médicas de Madrid, sobre Materias Seguridad Social.

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

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

Así se acuerda y firma.