



Roj: **STS 3806/2025 - ECLI:ES:TS:2025:3806**

Id Cendoj: **28079140012025100720**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2025**

Nº de Recurso: **3767/2023**

Nº de Resolución: **741/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANA MARIA ORELLANA CANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 35, 21-12-2022 (proc. 631/2022),
STSJ M 6445/2023,
STS 3806/2025**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3767/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Orellana Cano

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Magdalena Hernández-Gil Mancha

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 741/2025

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva

D.^a Ana María Orellana Cano

D. Félix V. Azón Vilas

En Madrid, a 18 de julio de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.^a **Flor**, representada por la Letrada D.^a Isabel León Serrano, contra la la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 533/2023, de 31 de mayo (rec 208/2023) formulado frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 35 de Madrid con fecha 21 de diciembre de 2022, en los autos núm. 631/2022, seguido a instancia del recurrente sobre derechos fundamentales.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida Sanitas, S.A. de Hospitales, representada por el letrado D. Bruno Álvarez Padín; Asepeyo Mutua colaboradora con la Seguridad Social, representada por la procuradora D.^a Matilde Marín Pérez; y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado por el Letrado de la Seguridad Social.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Orellana Cano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Con fecha 21 de diciembre de 2022, el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid dictó sentencia, en los autos número 631/2022, en la que se exponían los siguientes hechos probados: «PRIMERO.- Doña Flor viene prestando servicios para la entidad demandada, SANITAS SA DE HOSPITALES (Sanitas, en lo sucesivo), desde 19 de mayo de 2010, con la categoría profesional de Médico Especialista en Ginecología y Obstetricia en el Hospital Sanitas DIRECCION000, percibiendo retribuciones salariales que en los 12 últimos meses han ascendido a la cantidad de 80.357,48 € (hechos no controvertidos).

SEGUNDO.- La relación entre las partes se inició al amparo de lo previsto en el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud. En fecha 16 de abril de 2015 las partes suscribieron el contrato de trabajo indefinido aportado como documento nº 1 por la demandante y documento nº 1 por Sanitas. Se da tal contrato por reproducido íntegramente.

En particular se indicaba en su texto lo siguiente en relación con las guardias:

"[...] La empleada deberá realizar las guardias que se fijen en el régimen de guardias para el servicio de Ginecología para tener derecho a percibir el importe correspondiente al Complemento de Disponibilidad y Productividad, así como la Retribución Variable o Bonus Anual y que en la actualidad son las que a continuación se indican:

- 33 guardias al año distribuidas según necesidades del servicio de la siguiente manera:

Guardias de 17 horas en Turno de Tarde/Noche de Lunes a Viernes.

Guardias dobles de 12 horas en Turno de Día o de Noche los Sábados, Domingos o Festivos [...].

TERCERO.- En el periodo comprendido entre el mes de abril de 2021 y el mes de marzo de 2022 la trabajadora ahora demandante percibió, por el concepto de guardias, la cantidad total de 29.800 € brutos, lo que ofrece un promedio mensual de 2.483,33 € brutos (documentos nº 2 a 16 de la parte demandante y nº 3 y 4 de los aportados por Sanitas).

CUARTO.- Desde el 18 de abril de 2022 y hasta el 26 de junio de 2022 doña Flor estuvo en situación de baja por riesgo durante el embarazo. Desde el NUM000 de 2022 y hasta el 16 de octubre de 2022 la trabajadora estuvo en situación de baja por maternidad. Del 17 al 27 de octubre de 2022 disfrutó de permiso por lactancia acumulado (hechos no controvertidos, documento nº 17 de la demandante, nº 6 y 7 de los aportados por Sanitas y nº 1 y 2 de los aportados por Asepeyo).

QUINTO.- Durante la baja por riesgo durante el embarazo y durante el permiso de lactancia acumulada la demandante percibió prestaciones por parte de la Mutua Asepeyo en una cuantía equivalente al 100% de la base de cotización de 4.139,40 € mensuales (base de cotización máxima).

SEXTO.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó resolución en fecha 1 de julio de 2022 reconociendo a doña Flor una prestación por nacimiento y cuidado de menor sobre una base reguladora diaria de 137,98 €, porcentaje del 100%, fecha de efectos económicos de NUM000 de 2022 y vencimiento en fecha 16 de octubre de 2022 (folio 5 del expediente administrativo aportado por el INSS).

SÉPTIMO.- La demandante no ha realizado guardias ni ha percibido cantidad alguna por tal concepto en el periodo comprendido entre el 18 de abril de 2022 y el 27 de octubre de 2022 (no controvertido y documentos nº 2 a 16 de la parte demandante y nº 3 y 4 de los aportados por Sanitas).

OCTAVO.- Con fecha 8 de junio de 2022 la trabajadora remitió burofax a la «empresa demandada solicitando se procediera a complementar el salario durante su situación de baja por riesgo de embarazo, baja por maternidad y en su caso durante el periodo de lactancia y a que se le abonasen los atrasos correspondientes a dicho complemento desde el 18 de abril de 2022 (documento nº 3 de los aportados junto con la demanda)».

SEGUNDO.-Frente a esa resolución se interpuso recurso de suplicación por la representación de Sanitas S.A de Hospitales, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia el 31 de mayo de 2023, en cuyo fallo se hizo constar lo siguiente: «Estimar el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D. Bruno Álvarez Padín en nombre y representación de Sanitas S.A. de Hospitales contra la sentencia de 21 de diciembre de 2022 del Juzgado de lo Social número 35 de Madrid en autos nº 631/2022. Revocamos el fallo de la misma y, en su lugar, desestimamos la demanda presentada y absolvemos a las demandadas de los pedimentos de la misma. Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir y de las consignaciones o avales en garantía del cumplimiento del fallo, una vez firme esta sentencia».

TERCERO.-Por la representación legal de Dª Flor se formalizó el presente recurso de casación para unificación de doctrina ante la misma Sala de Suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la parte recurrente propuso como sentencia de contraste la STS 43/2017, de 24 de enero, (1902/2015).

CUARTO.-Por providencia de esta Sala se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina y por diligencia de ordenación se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

El recurso fue impugnado por la parte recurrida, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y de Sanitas, S.A. de Hospitales, solicitando la confirmación de la sentencia recurrida.

Conferido el trámite de traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal, éste emitió informe en el que consideró que procedía la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.-Por necesidades del servicio se designó como nueva ponente a la Excm. Sra. Magistrada D^a Ana María Orellana Cano, y una vez instruida, se declararon conclusos los autos, señalándose para la deliberación, votación y fallo el día 15 de julio de 2025, fecha en la que tuvieron lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: 1.La controversia suscitada en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si vulnera el derecho a la igualdad y a la no discriminación que una médico especialista en ginecología no cobre las guardias no realizadas durante la suspensión de su contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, permiso por nacimiento y cuidado de menor y, lactancia acumulada.

2.La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 35 de los de Madrid de 21 de diciembre de 2022 (proc 631/2022) estimó la demanda, declarando la existencia de vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación de la actora, la nulidad radical de la conducta de la demandada consistente en la minoración retributiva durante la duración de la baja médica por riesgo de embarazo, licencia por maternidad y lactancia acumulada y, ordenó el restablecimiento de su derecho mediante la condena a la empleadora al abono de la suma de 15.974,61 euros, absolviendo a la Mutua Asepeyo y al Instituto Nacional de la Seguridad Social de las pretensiones deducidas en su contra.

3.La indicada sentencia fue recurrida en suplicación, dictándose la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 533/2023, de 31 de mayo (rec 208/2023), que estimó el recurso de suplicación, desestimando la demanda.

Debe tenerse en cuenta que la actora tuvo el contrato suspendido por riesgo durante el embarazo, desde el 18 de abril de 2022 al 26 de junio de 2022; por nacimiento y cuidado de menor, desde el NUM000 de 2022 al 16 de octubre de 2022; y, por permiso de lactancia acumulado en jornadas completas, desde el 17 al 27 de octubre de 2022. La sentencia recurrida considera que, como en los supuestos de suspensión del contrato, quedan exoneradas las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo, la falta del devengo del salario se produce por imperativo legal. Además, afirma que, durante estas situaciones, la demandante no estuvo desprotegida porque percibió las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social, en un importe del 100 % de la base de cotización. Atendiendo a lo anterior, declara que la empresa demandada no ha vulnerado el derecho a la igualdad y a la no discriminación por no haberle abonado a la trabajadora durante el periodo de suspensión del contrato, el importe equivalente a las guardias que no realizó.

4.En el recurso de casación para la unificación de la doctrina formulado por la parte actora, en primer lugar, se alega que la sentencia recurrida es contradictoria con la doctrina sentada por la STS 43/2017, de 24 de enero (1902/2015), que declaró discriminatoria la minoración salarial de una MIR, debido a la adaptación de su puesto de trabajo por razón del riesgo durante el embarazo, con eliminación de la prestación de servicios en régimen de guardias, durante este periodo.

En segundo lugar, como segundo punto de contradicción, se invoca que la sentencia recurrida es contradictoria con la STS 589/2019, de 16 de julio (rec 69/2018), que consideró contraria a derecho la práctica empresarial consistente en no computar como horas efectivamente trabajadas, a efectos del devengo del complemento personal de adaptación variable, las ausencias de los controladores aéreos por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, adopción o acogimiento, declarando el derecho de los afectados al abono de las diferencias retributivas que de ello hubieran podido derivarse.

Por el Auto de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2024, se acordó declarar la inadmisión parcial del presente recurso de casación para la unificación de doctrina respecto de este segundo punto de contradicción.

Como segundo motivo de recurso de casación para la unificación de doctrina, con base en el artículo 224 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, se invoca el quebranto en la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia por la infracción por la sentencia recurrida de los artículos 14 de la Constitución, 11 de la Directiva 92/1985, 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, 8 de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres 3/2007, de 22 de marzo, 17, 45 y 48 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia que reseña.

5.El Ministerio Fiscal informó en el sentido de que debía estimarse el recurso de casación para la unificación de doctrina, al ser la doctrina correcta la de la sentencia de contraste o referencial.

6.La empleadora demandada SANITAS, SA DE HOSPITALES presentó escrito de impugnación del recurso en el que alega, en primer lugar, la inadmisibilidad del recurso, al no existir contradicción entre la sentencia recurrida y las sentencias invocadas de contraste, ya que son distintos los supuestos fácticos que resuelven, el debate jurídico que se plantea en cada una y, las pretensiones deducidas. Y, en segundo lugar, se opone en cuanto al fondo, solicitando la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina. En el mismo sentido, se pronuncia el Instituto Nacional de la Seguridad Social en su escrito de impugnación, invocando, además, que ninguna responsabilidad tiene al respecto.

SEGUNDO: 1. Debemos examinar, en primer lugar, la concurrencia del requisito de contradicción exigido en el recurso de casación para la unificación de doctrina por el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste, que es la STS 43/2017, de 24 de enero (1902/2015).

Es aplicable al caso de autos, el artículo 219.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en la redacción anterior a la reforma operada por el apartado doce del artículo 24 de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia pues, aunque esta última norma entró en vigor el 3 de abril de 2025, de conformidad con el párrafo octavo de la disposición transitoria novena de la misma, la nueva regulación de los recursos de casación social será de aplicación a los recursos que se formulen contra las resoluciones dictadas a partir de su entrada en vigor y, la sentencia recurrida data de fecha anterior.

A tenor, por tanto, del artículo 219.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en su redacción originaria:

«El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos».

La contradicción se produce cuando existen pronunciamientos diferentes en procedimientos con hechos, fundamentos y pretensiones entre las que existe una igualdad sustancial, respecto de los mismos litigantes o entre litigantes distintos que se encuentren en idéntica situación. No se exige una identidad absoluta, bastando la diversidad de las decisiones, a pesar de ser los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

Consiguientemente, como declararon, entre otras, las SSTS 1161/2023, de 14 de diciembre (rcud 861/2021), 968/2022, de 20 diciembre (rcud 2984/2021), 893/2022, de 10 noviembre (rcud 2882/2021) y, 861/2022, de 26 octubre (rcud 4665/2019), para apreciar la concurrencia de la necesaria contradicción, ha de llevarse a cabo una comparación entre los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, no siendo admisible el mero examen abstracto de doctrinas al margen de la identidad de las controversias.

2.En las presentes actuaciones, la actora, que prestaba servicios como médico especialista en ginecología y obstetricia en la empresa codemandada, tuvo el contrato suspendido por riesgo durante el embarazo, desde el 18 de abril de 2022 al 26 de junio de 2022; por nacimiento y cuidado de menor, desde el NUM000 de 2022 al 16 de octubre de 2022; y, por permiso de lactancia acumulado en jornadas completas, desde el 17 al 27 de octubre de 2022.

Durante la situación de riesgo durante el embarazo y el permiso de lactancia acumulada en jornadas completas, la demandante percibió las prestaciones correspondientes a cargo de la mutua, en una cuantía equivalente al 100% de la base de cotización máxima, por aplicación del tope legal máximo.

Asimismo, por la Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 1 de julio de 2022, le fue reconocida la prestación por nacimiento y cuidado de menor, en un porcentaje del 100% de la base reguladora, con fecha de efectos económicos desde el NUM000 de 2022 hasta el 16 de octubre de 2022.

La demandante no realizó guardias médicas, ni percibió cantidad alguna por tal concepto, en el periodo comprendido entre el 18 de abril de 2022 y el 27 de octubre de 2022.

El 8 de junio de 2022, la trabajadora solicitó a la empresa que le abonara lo que le hubiese correspondido percibir en concepto de guardias médicas, durante su situación de riesgo por embarazo, de permiso por nacimiento y cuidado de menor y, en su caso, durante el periodo de lactancia acumulada, con efectos del 18 de abril de 2022.

Ante la negativa de la empresa demandada, ejercitó la presente acción de tutela de derechos fundamentales, por considerar vulnerado su derecho a la igualdad y a la no discriminación, que fue estimada por la sentencia del Juzgado de lo Social, que declaró la existencia de tal vulneración, la nulidad radical de la conducta de la empresa codemandada consistente en la minoración retributiva durante la duración de la baja médica por riesgo de embarazo, licencia por maternidad y lactancia acumulada y, ordenó el restablecimiento de su derecho mediante la condena a la empleadora al abono de la suma de 15.974,61 euros, absolviendo a la mutua y al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

La sentencia recurrida, estimó el recurso de suplicación, dejando sin efecto la sentencia del Juzgado de lo Social y, desestimó la demanda. Declara esta sentencia que, en el presente supuesto, el contrato de la actora estaba suspendido, habiendo percibido las prestaciones correspondientes calculadas conforme a la legalidad vigente y que, por ende, la empresa no tenía que abonarle a la trabajadora, durante este periodo, lo que hubiera percibido en concepto de guardias médicas, que no realizó.

3.La STS 43/2017, de 24 de enero (1902/2015) es la sentencia de contraste invocada por la parte recurrente.

En este supuesto, la actora prestaba servicios para el Servicio Madrileño de la Salud como médico interno residente de primer año.

El 26 de agosto de 2013, la actora solicitó al hospital donde prestaba servicios la adaptación del puesto de trabajo, en el mes de septiembre de 2013, por encontrarse en el octavo mes de gestación, permitiéndosele la exención de la realización de turnos prolongados y guardias, lo que le fue concedido el 3 de septiembre de 2013, fecha desde la que no realizó guardias médicas, disfrutando del permiso por maternidad desde el 17 de octubre de 2013 hasta el 6 de noviembre de 2014.

El 20 de diciembre de 2013 solicitó la adaptación del puesto de trabajo por riesgo durante la lactancia, con el mantenimiento del cobro del salario junto a todos los conceptos percibidos en la última nómina generada previa al parto.

La adaptación del puesto de trabajo le fue reconocida, pero no se le mantuvo el derecho a percibir el importe de las guardias que no había realizado, por lo que ejercitó la acción de tutela de derechos fundamentales, por considerar vulnerado su derecho a la igualdad y a la no discriminación, ya que, durante el periodo de adaptación del puesto de trabajo, debió percibir la media ponderada de los últimos meses en concepto de guardias y, por tanto, la falta de abono de ese concepto consideraba que suponía una discriminación indirecta por razón de su situación como mujer gestante.

La sentencia del Juzgado de lo Social desestimó la demanda y fue confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de suplicación.

La STS 43/2017, de 24 de enero (1902/2015), que es la indicada como de contraste, estimó el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la actora contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y, casando y anulando esta sentencia, resolvió el debate suscitado en suplicación, estimando el recurso de dicha clase y, en consecuencia, revocando la sentencia del Juzgado y, con estimación de la demanda, declaró la existencia de una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de la actora, la nulidad radical de la conducta de la demandada consistente en la minoración retributiva durante el periodo afectado por la adaptación del puesto de trabajo y, ordenó el restablecimiento de su derecho mediante la condena a la empresa al abono de la suma de 1.339,03 euros mensuales, por el periodo en que se mantuvo aquella situación, así como a la suma de 6.251 euros, en concepto de indemnización por daños morales.

La sentencia de contraste pone de manifiesto que la necesidad de actuar en materia de prevención de riesgos, durante el embarazo o la lactancia, supuso para la actora la no prestación de servicios en las guardias que pudieran haberle correspondido durante el periodo afectado y, la falta de percepción del correlativo complemento, por lo que examina si tal disminución retributiva, derivada de la no realización de guardias, constituye una discriminación que afirma que sería directa, y no indirecta, como sostenía la parte actora.

Y, tras realizar un examen de las distintas posibilidades que ofrece el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, destaca que, en el supuesto en el que la trabajadora continúe prestando servicios efectivos, con una adaptación del puesto de trabajo, tendrá derecho a percibir la misma retribución que se le venía abonando, por lo que debió la demandante percibir la media de lo que venía devengando en concepto de

guardias médicas. Y, declara que esta disminución retributiva en el puesto de trabajo adaptado por razón de maternidad y lactancia supone una discriminación directa, apreciándose, por tanto, la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

De este modo, la sentencia referencial o de contraste condena al hospital demandado a abonarle a la actora, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, la suma equivalente a la remuneración por guardias dejada de percibir, calculada según el promedio que por atención continuada había venido percibiendo con anterioridad y, 6.251 euros, en concepto de daños morales.

4. Sentado lo anterior, procede, a continuación, realizar el juicio de contradicción. Para ello, conviene tener presente que, en principio, existen datos coincidentes en ambos litigios. De este modo, en los dos procedimientos se ejercita la acción de tutela de derechos fundamentales por vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación, derivada de la falta de abono de la media de lo percibido en concepto de guardias, durante la situación de riesgo por embarazo. En los dos supuestos las actoras prestaban servicios como médicos en un hospital y dejaron de realizar guardias, como consecuencia del embarazo. Las pretensiones de las partes en ambos procesos coinciden, en el sentido de que pretenden que se les abone la media de lo percibido en concepto de guardias, durante este periodo, a pesar de no haberlas realizado. Por lo tanto, los fundamentos y las pretensiones coinciden, pero no las situaciones de las dos demandantes, ni los pronunciamientos de las dos sentencias.

Por esta razón, no se aprecia contradicción pues no existen pronunciamientos diferentes en procedimientos con hechos entre los que exista una igualdad sustancial, ya que las litigantes no se encuentran en idéntica situación, por lo que no hay identidad sustancial.

Es de especial relevancia, a estos efectos, lo declarado por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el fundamento jurídico sexto de la STS 43/2017, de 24 de enero (1902/2015).

Debe tenerse presente que, en materia de prevención de riesgos laborales, el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en sus tres primeros párrafos establece un triple nivel o grado de protección de las situaciones de riesgo durante el embarazo, que se extienden, conforme al párrafo cuarto, a la situación de riesgo durante la lactancia natural del menor de nueve meses. De este modo, el artículo 26 reseñado dispone lo siguiente:

«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».

Por lo tanto, 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 trabajadoras, el empresario procederá, en un primer nivel de protección a la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, incluida, en su caso, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. Si ello no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la embarazada o del feto, con la certificación pertinente, se le facilitará por la empresa desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. Y, si tampoco esto fuera posible o exigible, procederá la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1 d) del Estatuto de los Trabajadores.

Como se indicaba anteriormente, las actrices en los dos procesos de tutela, no se encuentran en la misma situación, pues mientras que, en el caso resuelto por la sentencia recurrida, la demandante se encontraba con el contrato suspendido, en la sentencia de contraste, se produjo una adaptación de puesto de trabajo, pero continuaba prestando servicios efectivos. Esta diferencia tiene consecuencias que inciden en la falta de contradicción, pues con el contrato suspendido, la actora percibió las correspondientes prestaciones de Seguridad Social y, sin embargo, con el desarrollo de su actividad en un puesto de trabajo compatible, continuó percibiendo la demandante las oportunas retribuciones abonadas por la empresa.

En esta línea, en el fundamento jurídico sexto, la sentencia de contraste, tras poner de manifiesto estos tres grados de protección, a saber, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, el cambio de puesto o función y, la suspensión del contrato de trabajo, destaca que, para el caso del cambio de puesto de trabajo, el artículo 26.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales impone la conservación de las retribuciones del puesto de origen y, que en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, se genera el derecho a la prestación de Seguridad Social, conforme a los artículos 26.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, 45.1 d) y 48.5 del Estatuto de los trabajadores y, 134 a 135 ter de la ya derogada Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto legislativo 1/1994.

Y continúa, con una afirmación muy relevante, en el punto 5 del fundamento jurídico sexto, en el que la sentencia referencial declara lo siguiente:

«Pues bien, en el Ordenamiento jurídico español la trabajadora que, por razón de su situación de riesgo durante el embarazo o lactancia, debe ser protegida con la suspensión del contrato de trabajo -por no ser posible la adaptación o el cambio de puesto-, pasa a percibir la prestación consistente en el 100 por 100 de la base reguladora correspondiente, la cual es la misma que la establecida para la prestación de incapacidad temporal por contingencia profesionales (arts. 135 y 135 ter LGSS). Esto comporta tomar como base reguladora la correspondiente al mes anterior a la baja y, por ende, a incluir en la misma el salario percibido en dicha mensualidad, incluyendo, en suma, todos los complementos salariales.

Se desprende de ello que, de no ser posible la adaptación o el cambio de puesto, a la trabajadora se la hubiera compensado con una prestación que mantendría el más perfecto equilibrio con el salario que venía percibido antes de incurrir en situación de riesgo, y tal equilibrio se produciría por incluirse en aquel el importe del complemento de atención continuada que hubiera percibido en la mensualidad anterior. Cabría pues afirmar que en esos supuestos de suspensión del contrato no hay duda del respeto al principio del mantenimiento de los derechos retributivos de las trabajadoras».

Consiguientemente, en los supuestos de suspensión del contrato, al amparo del artículo 26.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la beneficiaria sólo tendrá derecho a percibir la correspondiente prestación de Seguridad Social, en cuyo cálculo ya se han computado todas las retribuciones, incluidas las guardias. De este modo, la sentencia de contraste sienta el mismo criterio que el contenido en la sentencia recurrida, por lo que no se aprecia contradicción.

5. Como ha quedado reseñado anteriormente, en ambas sentencias, en la recurrida y en la de contraste, se resuelven situaciones diferentes, pero en la de contraste, obiter dicta se ofrece la misma solución a la controversia que en la sentencia recurrida, para los supuestos de suspensión del contrato.

De lo expuesto, se ha de colegir que los pronunciamientos de ambas sentencias son coincidentes.

Consiguientemente, se ha de colegir que no se aprecia contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, por lo que debió inadmitirse el recurso de casación para la unificación de doctrina en el trámite correspondiente, procediendo en el presente, la desestimación del recurso. En este sentido, se ha pronunciado reiteradamente esta Sala IV del Tribunal Supremo, entre otras, en las SSTS 788/2018, de 19 de julio (rcud 1521/2016), 434/2017, de 16 de mayo (rcud 3653/2015), 346/2017, de 25 de abril (rcud 3190/2015), 123/2017, de 14 de febrero (rcud 1520/2015), 107/2017, de 8 de febrero (rcud 614/2015), y 1036/2016, de 2 de diciembre (rcud 661/2014).



TERCERO: 1.Lo anteriormente razonado, conduce a afirmar que el presente recurso de casación para la unificación de doctrina debió inadmitirse, lo que en el presente trámite se traduce en la desestimación del mismo, declarando la firmeza de la sentencia recurrida.

2.De conformidad con el artículo 235 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, no ha lugar a la imposición de las 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 D^a. Flor .

2.Declarar la firmeza de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 533/2023, de 31 de mayo (rec 208/2023), que estimó el recurso de suplicación formulado contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 35 de los de Madrid de 21 de diciembre de 2022 (proc 631/2022).

3.No adoptar decisión especial en materia de costas procesales.

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

Así se acuerda y firma.