

# RIESGO ESPECÍFICO Y SUSPENSIÓN Y SUBSIDIO POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA

IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ

*Doctor en Derecho. Profesor Agregado*  
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Lactancia, riesgo laboral, prestaciones

El régimen jurídico de la suspensión de la relación de trabajo por riesgo durante la lactancia y el reconocimiento de la consiguiente prestación está siendo objeto de una intensa controversia judicial a raíz de las solicitudes planteadas por determinadas profesionales de la salud y un conjunto de tripulantes de cabina de pasajeros de una compañía aérea. Pretensiones que han exigido la intervención del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones. Esta elevada litigiosidad no deja de sorprender si se tiene en cuenta que el número medio mensual de procesos iniciados en los últimos cuatro años ha sido de 10,83.

No cabe duda que el reconocimiento de la prestación está condicionado al cumplimiento de un cauce procedimental sumamente complejo, sin que sea suficiente que se alegue el padecimiento de los riesgos genéricos asociados a un puesto de trabajo previstos en el plan de prevención. La negativa al reconocimiento del subsidio si se estima que no concurre dicho riesgo específico deja a la trabajadora en una situación compleja, pues debe tratar de demostrar lo contrario. Otro de los aspectos relevantes es la necesidad de que las empresas sean muy escrupulosas a la hora de proponer las alternativas necesarias para eludir la contingencia asociada a la lactancia. De no hacerlo corren el riesgo de que su actuación sea calificada como omisiva, lo que comporta el reconocimiento de la suspensión y de la prestación, y su posible responsabilidad.

## ABSTRACT

**Key Words:** Breastfeeding, labour risk and social security compensation (or employment benefits)

The judicial regime for contract termination under risk during breastfeeding and the compensation benefit recognition linked to it, it has been object of a judicial controversy. Different requests presented by health care professionals and some flight attendants from different airlines caused this situation. These interventions were tackled by the Supreme Tribunal in many times. This conflict are remarkable if we consider the number of presented processes in the past four years, which is 10,83.

Without a doubt acknowledging this compensation is bound to a very complex procedure, and its recognition of course; it's not sufficient that a person claims any general work related risk according to the prevention of health and safety at work. A worker that has been denied this compensation, because it seems that she has not risk for breastfeeding, leaves a room for uncertainty and she must demonstrate the opposite. Another important aspect of business is that they should propose alternatives when providing options and alternatives to breastfeeding. If businesses don't react it can be seen as a glaring omission and it may lead to a compensation withdrawal and of course not recognition, and its corresponding responsibility.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. RASGOS DEFINIDORES DE LA SUSPENSIÓN Y DEL SUBSIDIO POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL
3. LA IDENTIFICACIÓN DEL RIESGO ESPECÍFICO
4. VALORACIÓN FINAL: EL INCREMENTO DEL ESTÁNDAR MÍNIMO DE PREVENCIÓN
5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

### 1. INTRODUCCIÓN

El régimen jurídico de la suspensión de la relación de trabajo por riesgo durante la lactancia y el reconocimiento de la consiguiente prestación está siendo objeto de una intensa controversia judicial a raíz de las solicitudes planteadas por determinadas profesionales de la salud y un conjunto de tripulantes de cabina de pasajeros de una compañía aérea. Pretensiones que han exigido la intervención del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones<sup>1</sup>.

En concreto, los pronunciamientos del Alto Tribunal han centrado su atención particularmente en la descripción e identificación del riesgo susceptible de suspender la relación de trabajo, con el consiguiente derecho al subsidio.

Teniendo en cuenta que se trata de una prestación con un número (relativamente) reducido de solicitudes, lo cierto es que sorprende esta notable

<sup>1</sup> En relación a los profesionales de la salud pueden consultarse las SSTS 17 (3) de marzo de 2011 - rcud. 1864/2010 (RJ 3421); 1865/2010 (RJ 3424) y 2448/2010 (RJ 3423); 18 (4) de marzo de 2011 - rcud. 1290/2010 (RJ 3552), 1863/2010 (RJ 3553), 1966/2010 (RJ 5812) y 2257/2010 (RJ 5811); 3 de mayo de 2011 - rcud. 2707/2010 (RJ 4500); 21 de septiembre de 2011 - rcud. 2342/2010 (RJ 2011\7060); 22 de noviembre de 2011 - rcud. 306/2011 (RJ 2012\1467); y 25 de enero de 2012 - rcud. 4541/2010 (RJ 2460). En estos casos, la discrepancia en suplicación se halla, principalmente, entre las SSTSJ Andalucía\Málaga 26 de noviembre de 2009 - rec. 1115/2009 (JUR 2011\183218); y Castilla-La Mancha 11 de noviembre de 2009 - rec. 708/2009 (AS 2600), que deniegan el derecho a la prestación; y las SSTSJ Andalucía\Málaga 21 (2) de enero de 2010 - rec. 1455/2009 y 1501/2009; 4 (2) de marzo de 2010 - rec. 1930/2009 y 1885/2009; 20 y 27 de mayo de 2010 rec. 33/2010 y 97/2010; 15 de abril de 2010 - rec. 2275/2009; 4 de noviembre de 2010; y 16 de diciembre de 2010 - rec. 1290/2010 -, que lo reconocen. Finalmente, la STSJ Andalucía\Málaga 26 de noviembre de 2011 (JUR 183218) ha aceptado el criterio defendido en las sentencias del TS citadas. Manteniendo un criterio distinto a la doctrina unificada, STSJ Galicia 11 de abril 2012 - rec. 4767/2010 (JUR 146677). En relación a las peticiones de las tripulantes de cabina de pasajeros de la compañía aérea, STS 24 de abril de 2012 - rcud. 818/2011. La discrepancia en suplicación radica en el seno del TSJ de Madrid, pues, existe disparidad de criterios entre las Sentencias 24 de septiembre de 2010 - rec. 3405/2010 (JUR 368244) y 30 de diciembre de 2010 - rec. 4817/2010 (JUR 2011\149919), reconociendo y negando respectivamente la prestación y que centra el recurso en unificación de doctrina de la citada sentencia. No obstante, estas divergencias se reproducen en el mismo Tribunal en las Sentencias 16 de marzo de 2011 - rec. 936/2011 (JUR 167690) y 18 de mayo de 2011 - rec. 6294/2010 (AS 1852), negado y reconociendo respectivamente la citada prestación.

litigiosidad<sup>2</sup>.

En las páginas que siguen, previa descripción de los rasgos definidores de estas instituciones, se procederá al análisis de todos estos aspectos brevemente enunciados.

## 2. RASGOS DEFINIDORES DE LA SUSPENSIÓN Y DEL SUBSIDIO POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

Sin duda, la prestación por riesgo durante la lactancia natural presenta unos perfiles jurídicos muy particulares. El ordenamiento jurídico exige al empresario la alteración de las condiciones de trabajo pactadas en aquellas situaciones en las que concurra un riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses (arts. 45.1.d, 48.5 TRET y art. 26 LPRL)<sup>3</sup>. Se trata de un mandato de naturaleza imperativa que no sólo afecta al empresario, sino que, incluso, puede imponerse a la trabajadora afectada<sup>4</sup>.

Los rasgos definidores de estas instituciones son los siguientes:

a) En primer lugar, se trata de medidas dirigidas a proteger simultáneamente la estabilidad en el empleo (*favor negotii*) y el proceso del embarazo, en el que el sujeto beneficiado es la mujer y el recién nacido<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Según los datos de la Seguridad Social ([http://www.seg-social.es/Internet\\_1/Estadistica/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/index.htm)):

	número medio mensual de procesos iniciados (total nacional)	duración media de los procesos con alta (total nacional)
2011	6,5	144,7
2010	9,58	144,86
2009	7,92	147,21
2008	19,33	142,16
Promedio	10,83	144,73

<sup>3</sup> Un breve análisis de los avatares del proceso de trasposición de la Directiva 92/85/CEE, 28 de noviembre, sobre Aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia en, Marín Alonso (2001), p. 120 y 121; y Gorelli Hernández (1997), p. 304 y ss.

<sup>4</sup> La doctrina laboral ha destacado, en numerosas ocasiones, la naturaleza imperativa de esta normativa tanto para el empresario como para la trabajadora. Vid. al respecto, Marín Alonso (2001), p. 129 y 130; Gorelli Hernández (2002), p. 3; Rodríguez Ramos (1996), p. 424; Garrigues Giménez (2004), p. 67; Luque Parra (1997), p. 243, 249 y 250; Nores Torres (1998), p. 307; González Labrada (1997), nota 49, p. 193; Fernández Ramírez (1997), p. 273 y 274; Solà Monells (2005), p. 853; Rodríguez Copé (2004), nota 110, p. 160; y Molina González-Pumariega (2004), p. 159.

<sup>5</sup> Se ha destacado que “los intereses a proteger van más allá de los directamente relacionados con la salud de la trabajadora, pues se persiguen otros tan principales como los de indemnidad del feto o recién nacido a través de la evitación del contacto de la madre con elementos o sustancias que, posteriormente, podrían repercutir negativamente en aquéllos”. Mella Méndez (1999), versión digital.

b) En segundo lugar, el ordenamiento jurídico exige la adopción de una alteración de las condiciones de trabajo al margen de los cauces legales previstos para las situaciones en las que concurren “causas de empresa”.

c) En tercer lugar, y derivado de lo anterior, se trata de instituciones causales, pues, su operatividad se condiciona a la concurrencia de un determinado hecho o motivo (en concreto, superación de un riesgo).

d) En cuarto lugar, se trata de alteraciones en las condiciones de trabajo de carácter transitorio, pues, debe retornarse al estado anterior una vez desaparecido el riesgo;

e) En quinto lugar, sobre el empresario recae la obligación de adoptar las medidas oportunas para soslayar el riesgo que amenaza a la mujer trabajadora, al feto o al recién nacido, estableciéndose, por consiguiente, una obligación de resultados y no de medios.

f) Finalmente, aunque el cometido principal exigido es poner fin al riesgo, el itinerario para alcanzarlo está intensamente normado por la propia Ley.

En concreto, si concurre un riesgo para la lactancia natural, el empresario debe reaccionar (*está obligado*), llevando a cabo de forma secuencial (o sucesiva) y subsidiaria cinco posibles actuaciones (*ex art. 26.1º a 3º LPRL*):

1. Cabe eludir el riesgo adaptando el puesto de trabajo o la actividad que debe realizar la trabajadora<sup>6</sup>.

2. Si no fuera suficiente, puede tratarse de soslayar el riesgo mediante la no realización del trabajo nocturno o a turnos<sup>7</sup>.

3. Si tales adaptaciones no son posibles<sup>8</sup>, o bien, se aprecia que, pese a las mismas, las condiciones del puesto pueden repercutir negativamente en la salud de la trabajadora, debe tratarse de ubicarla en un puesto de trabajo o

<sup>6</sup> La doctrina ha criticado la redacción de la norma, pues, junto a la genérica formulación de la “adaptación de las condiciones”, se añade “la adaptación ‘del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada’, que no es sino una variante de aquélla”. Solà Monells (2005), p. 852. Extensamente al respecto vid., Molina González-Pumariiega (2004), p. 139 y ss.

<sup>7</sup> Debe entenderse que la posibilidad de que el empresario altere el trabajo nocturno o el trabajo a turnos no es más que una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, si bien por motivos ajenos a las denominadas ‘causas de empresa’. Gorelli Hernández (1997), p. 292 y 293; y Rodríguez Ramos (1996), p. 422. De hecho, un sector de la doctrina (Fernández Ramírez, 1997, p. 271) entiende que esta posibilidad constituye una especificidad de la regla contenida en el art. 36.4 TRET. De todos modos, pese a admitirse esta facultad modificatoria, también se ha sostenido acertadamente que no cabe proceder a una modificación del lugar de trabajo que suponga un cambio de residencia de la trabajadora. Marín Alonso (2001), nota 324, p. 132. Comparte este criterio, Solà Monells (2005), p. 853; y Molina González-Pumariiega (2004), p. 166. En contra, Luque Parra (1997), p. 271.

<sup>8</sup> En este sentido, se estima que pese a que la legislación española no lo prevea expresamente, debe interpretarse que los términos de “imposibilidad técnica u objetiva y de razonabilidad” que emplea el art. 5.2 Directiva 92/85 deben entenderse implícitos. Molina González-Pumariiega (2004), p. 143.

función diferente<sup>9</sup> (previa certificación del INSS o de la Mutua “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 la Salud o del Servicio Público de Salud equivalente, *ex art.* 26.2 LPRL<sup>10</sup>). A estos efectos, el empresario debe disponer de una relación de puestos de trabajo exentos de riesgos, elaborada previa consulta con los representantes de los trabajadores (párrafo 1º art. 26.2 LPRL)<sup>11</sup>.

4. Si no existiera un puesto de trabajo o función compatible con su estado, deberá ser destinada a un puesto que no corresponda con su grupo o categoría equivalente (párrafo 3º art. 26.2 LPRL)<sup>12</sup>.

5. Si esto último no resultara técnica y objetivamente posible, o no pue-

<sup>9</sup> Respetando, en tal caso, las reglas y criterios aplicables a los supuestos de movilidad funcional (párrafo 2º art. 26.2 LPRL), especialmente, el derecho de la trabajadora a percibir un salario superior si es destinada a un grupo superior. Vid. al respecto, Luque Parra (1997), p. 248; Nores Torres (1998), p. 310; y Molina García (1997), p. 295; y Molina González-Pumariiega (2004), p. 160 y 161. En contra, Fernández Ramírez (1997), p. 274. De todos modos, no parece que sean exigibles los requisitos del art. 39.2 TRET.

<sup>10</sup> Vid. al respecto, arts. 39 y 51 Decreto 295/2009, 6 de marzo, que Regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. La doctrina ha criticado la intervención del INSS en este estadio de la reubicación de la trabajadora embarazada. Vid. al respecto, Mella Méndez (1999), versión digital; González Ortega (1996), p. 173; Nores Torres (1998), p. 309; Pérez del Río (1999), p. 60; y Gorelli Hernández (2002), versión digital, p. 5 y 6. Por otra parte, atendiendo al contenido de la Directiva 92/85/CEE (art. 5), cabría argumentar que la legislación española se ha excedido en su trasposición, pues, según la normativa comunitaria el cambio de puesto de trabajo debe activarse sin necesidad de que la trabajadora aporte certificado médico alguno. Lousada Arochena (1998), p. 715. Tratando de hallar una interpretación que repare este “desajuste”, Marín Alonso y Gorelli Hernández (2001), p. 136 a 140 proponen que el requisito de la certificación no tiene carácter general, sino que está circunscrito a unos supuestos específicos (en concreto, a aquellas situaciones en las que a pesar de la adaptación del puesto de trabajo, siguen existiendo riesgos en dicho puesto de trabajo). Para Lousada Arochena (1998, p. 716), la exigencia del certificado debe interpretarse como una mejora de la legislación española respecto de la Directiva, por cuanto que cabe la posibilidad de exigir dicho cambio en los supuestos no previstos en la evaluación, pero sí si lo certifica el médico de la Seguridad Social. Extensamente, en lo relativo a la certificación médica vid., Gorelli Hernández (2002), versión digital, p. 5 a 9; y Molina González-Pumariiega (2004), p. 147 y ss.

<sup>11</sup> Referencia que debe entenderse hecha tanto a los representantes unitarios o sindicales de la trabajadora, así como a los delegados de prevención. Luque Parra (1997), p. 249.

<sup>12</sup> En tal caso, como se ha manifestado con anterioridad, debe considerarse que la trabajadora no sólo mantiene el derecho a la retribución de origen (párrafo 3º art. 26.2 LPRL), sino también el derecho a percibir la que corresponda en su nuevo destino de ser superior. Debiéndose respetar, aunque la norma no lo especifique, los límites previstos para la movilidad funcional. Cfr. González Ortega (1996), p. 173; Solà Monells (2005), p. 854; Cardona Rubert (2002), p. 57 y 58; y Molina González-Pumariiega (2004), p. 157.

da objetivamente exigirse por motivos justificados<sup>13</sup>, deberá suspenderse la relación de trabajo durante el tiempo necesario para la protección de su seguridad o salud (art. 26.3 LPRL). En cuyo caso la trabajadora pasará a percibir un subsidio por riesgo durante la lactancia (arts. 135 bis y ter LGSS)<sup>14</sup>.

Se trata, por tanto, de una medida última y excepcional para el caso de que no quepa ninguna de las anteriores<sup>15</sup>.

Ahora bien, en el instante que sea posible proporcionarle un puesto de trabajo a la trabajadora compatible con su estado, ésta debe incorporarse al mismo, aunque ello le coloque, técnicamente, en situación de movilidad funcional ordinaria o extraordinaria<sup>16</sup>. Sin que se le reconozca, en principio, un *ius resistantiae*<sup>17</sup>.

En tal caso, la suspensión de la relación de trabajo se mantendrá hasta que desaparezca el riesgo que amenaza a la trabajadora. O bien, cuando concurren las circunstancias que posibiliten la aplicación de alguna de las medidas que describen la secuencia anteriormente descrita (arts. 26.3 LPRL y 48.5 TRET).

No obstante, conviene advertir que, a pesar de lo reclamado por un sector de la doctrina, este supuesto suspensivo finaliza en el momento que el menor cumpla los nueve meses, o bien, si la madre se hubiera reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación (art. 48.5 TRET y art. 135 ter LGSS)<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> En cuanto al significado de estos conceptos jurídicos indeterminados, la expresión “imposibilidad técnica u objetiva”, coincidimos con Marín Alonso (2001, p. 132 y 133), cuando afirma que debe entenderse que “se trata de supuestos en los que pese al cumplimiento empresarial de las obligaciones en esta materia no hay puesto de trabajo exentos de riesgo, ya sea por la dinámica misma del proceso productivo, por motivos de organización del trabajo, o bien por tratarse de situaciones en las que la prestación de trabajo viene siempre acompañada de un determinado riesgo profesional que no puede evitarse en su totalidad”. Por otra parte, cuando se refiere a que el cambio no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, se refiere a “supuestos en los que pese a ser posible el cambio de puesto de trabajo, este es especialmente gravosos u onerosos para el empresario”. En términos similares, Gorelli Hernández (2002), versión digital, p. 9 y 10.

<sup>14</sup> Medida que lo que pretende es soslayar el desincentivo a la contratación de mujeres que supondría que el empresario tuviera que asumir el coste de esta contingencia, Marín Alonso (2001), p. 144. Como se sabe, tras la modificación legislativa operada por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, el acceso a la suspensión con derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo excluye como condición la exigencia de periodo previo alguno cotizado y convierte la prestación en el 100% de la base reguladora prevista para los procesos de incapacidad temporal por contingencias profesionales.

<sup>15</sup> Se entiende que en estas circunstancias la suspensión opera de forma automática siempre y cuando el empresario acredite alguno de estos extremos. Roldán Martínez (2006), p. 140.

<sup>16</sup> Mella Méndez (1999), versión digital.

<sup>17</sup> Solà Monells (2005), p. 855.

<sup>18</sup> En efecto, un sector de la doctrina ha reclamado que no cabe establecer un plazo máximo de duración, pues, va en contra de la protección del recién nacido. Debería considerarse, en cambio, que el facultativo que asiste a la trabajadora es el competente para determinar en qué momento ya no es necesario continuar con esta medida de protección. MORENO GENE (1997), versión digital; y GORELLI HERNÁNDEZ (1997), p. 302. En contra, GONZÁLEZ ORTEGA (1996), p. 175.

### 3. LA IDENTIFICACIÓN DEL RIESGO ESPECÍFICO

La configuración de esta obligación impuesta al empresario tiene una estructura compleja<sup>19</sup>. El factor que precipita la alteración de lo pactado (en sus diversas potenciales manifestaciones) y, en último término, la prestación por riesgo durante la lactancia, es la concurrencia de un determinado riesgo.

El empresario, en virtud de la obligación a la evaluación de los riesgos que establece el art. 16 LPRL, debe realizar un análisis exhaustivo y riguroso de los que pueden derivarse de un puesto de trabajo desde la perspectiva de una mujer durante el período de la lactancia natural (apartados 4 y 1 art. 26 LPRL); debiéndose incluir en el plan de prevención, así como las medidas para prevenirlos<sup>20</sup>. Esta tarea debe complementarse con la comunicación a la trabajadora que los mismos pueden afectar de manera especial a la lactancia (*ex art.* 18 LPRL)<sup>21</sup>.

El derecho a la prestación nace no sólo si concurren riesgos propios o exclusivos de las trabajadoras lactantes, sino también a los generales, que pueden afectar a cualquier trabajadora, pero agravados por la lactancia<sup>22</sup>. En este sentido, normativamente se establece que la contingencia debe referirse a “un riesgo para la seguridad y salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia” (art. 26.1 LPRL). Por consiguiente, no sólo debe tratarse de un riesgo real, sino que también debe actuarse en aquellas situaciones en las que sólo existen indicios de que el mismo pueda producirse<sup>23</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia ha afirmado que, además del riesgo efectivo concurrente en el desempeño de un concreto puesto de trabajo, el riesgo durante la lactancia natural objeto de protección ha de ser, siguiendo el tenor

<sup>19</sup> Como afirma la STS 17 de marzo de 2011 – rcud. 1864/2010 (RJ 3421): “Se trata de una situación protegida cuya complejidad se pone de relieve porque la misma 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 un puesto de trabajo compatible con la situación de la lactante”.

<sup>20</sup> STS 24 de abril de 2012 (rcud. 818/2011).

<sup>21</sup> Gorelli Hernández (2002), p. 2.

<sup>22</sup> Marín Alonso (2001), p. 124 y 125.

<sup>23</sup> Mella Méndez (1999), versión digital; Gorelli Hernández (1997), p. 290; y Molina González-Pumariega (2004), p. 135. No obstante, para la STSJ Murcia 21 de septiembre de 2009 (JUR 461555) – en un supuesto de riesgo para el embarazo - “lo decisivo es que el riesgo exista realmente en el puesto de trabajo ocupado”. Por otra parte, como recoge Blasco Lahoz (2010, versión digital), existe cierta discrepancia en la doctrina judicial, pues, en algunos supuestos, si el daño es potencialmente muy grave, debe reconocerse el subsidio, aunque la probabilidad de su perfección sea muy baja (STSJ Asturias 16 de octubre de 2009, JUR 477352); en cambio, en otros supuestos, la mera posibilidad de que el personal sanitario sufra un accidente biológico no puede ser admitido como riesgo durante la lactancia natural (STSJ Aragón 15 de abril de 2009, AS 1157).

literal del precepto, “específico”<sup>24</sup>. Esto es, debe ser relevante para la salud de las personas protegidas (la madre y/o el bebé). Y, en concreto, lo será si:

a) se presenta solo o con mayor intensidad en la concreta actividad desempeñada por la trabajadora o en el concreto medio de trabajo en que tal actividad se desenvuelve; y

b) afecta también de manera particular a la situación de lactancia natural.

A los efectos de la prestación, esta caracterización del riesgo durante la lactancia acota notablemente la contingencia protegida, pues, se refiere única y exclusivamente a “aquella actividad en la que la trabajadora está obligada a exponerse a factores particulares de peligro para su salud o la del lactante que no han podido ser contrarrestados en el centro de trabajo mediante actuaciones preventivas, y que habrían de ser evitados por prescripción facultativa en cualquier situación de la vida cotidiana”<sup>25</sup>. Interpretación que, en opinión del TS, es coherente con la literalidad del art. 26.1 LPRL, pues, en la medida que se exige de manera expresa “la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición” a los factores de riesgo detectados, es claro que tales peligros para la salud deben tener relevancia desde el punto de vista de la salud de la madre y/o del bebé.

En definitiva, no basta la existencia de ciertos riesgos, ni tampoco la apreciación subjetiva de la Entidad para la que presta servicios la trabajadora, sino que es preciso que aparezca de forma clara y precisa su existencia en el desempeño de las funciones propias de su puesto de trabajo<sup>26</sup>. De tal modo que, si se dan estas variables, la acción inmediata del empresario debe ser la adopción de “las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora”<sup>27</sup>.

Sin embargo, la identificación del riesgo es, sin duda, una tarea extraordinariamente compleja. Especialmente porque, a pesar de que existe una extensa normativa sobre, por ejemplo, la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos, cancerígenos o radiaciones ionizantes durante el trabajo<sup>28</sup>, la propia jurisprudencia ha evidenciado que, preci-

<sup>24</sup> SSTS 18 de marzo de 2011 – rcud. 1863/2010 (RJ 3553), y 25 de enero de 2012 - rcud. 4541/2010 (RJ 2460).

<sup>25</sup> STS 25 de enero de 2012 - rcud. 4541/2010 (RJ 2460). De hecho, como sostiene la sentencia citada, esta caracterización del riesgo durante la lactancia como un riesgo del puesto de trabajo concreto desempeñado por la trabajadora está implícita en la previsión legal de medidas de adaptación de dicho puesto o de traslado a otro distinto, de forma que desaparezcan los factores peligrosos específicos apreciados en su desempeño.

<sup>26</sup> STSJ Andalucía\Málaga 26 de noviembre de 2011 (JUR 183218).

<sup>27</sup> STS 22 de noviembre de 2011 - rcud. 306/2011 (RJ 1467).

<sup>28</sup> Respectivamente, Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo; Real Decreto 665/1997 del 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo; y Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el reglamento de protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.



samente, “la gran variedad de situaciones, de actividades, de índices de peligrosidad o de tiempos de exposición en cada caso, determina la imposibilidad de que se pueda conocer de forma objetiva, específica y completa los [riesgos] que concurren y su relevancia en relación con la lactancia” en cada caso supuesto<sup>29</sup>. Salvo, claro está, se aporten informes específicos que aporten conocimientos al respecto.

No basta con alegar una exposición genérica a los riesgos asociados a un determinado puesto de trabajo, sino que la evaluación –como se ha expuesto, pero conviene reiterar– “ha de ser específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición”<sup>30</sup>.

Extremo que sitúa al trabajador en una tesitura ciertamente compleja, pues, si (por los motivos que fueren) la empresa, la Mutua o los Servicios Médicos del INSS (según corresponda) no han identificado y/o certificado los potenciales riesgos asociados a la lactancia natural y, por ende, se niegan a reconocer la suspensión de la relación de trabajo y el consiguiente subsidio, corresponde al trabajador rebatir dicho posicionamiento demostrando efectivamente su existencia<sup>31</sup>. Lo que, sin duda, se trata de una labor gravosa en extremo y, se nos antoja, con remotas posibilidades de acabar con éxito.

De hecho, ante estas dificultades es probable que, como ha expuesto un sector de la doctrina<sup>32</sup>, la trabajadora acabe optando por solicitar la baja por enfermedad común. Especialmente, si reúne la cotización exigida, el convenio colectivo mejora el subsidio por esta contingencia alcanzando el 100% de su retribución y no ha realizado horas extras en los doce meses anteriores. La concurrencia o no de estas variables y los costes de litigación son, en realidad, los factores que impulsaran a las trabajadoras a reclamar o no ante los Tribunales su derecho.

En definitiva, si no se ha producido una evaluación adecuada de los riesgos o, simplemente, las entidades responsables se niegan a aceptar su existencia, la exigencia de la concurrencia de un “riesgo específico”, si bien es un requisito comprensible y razonable, puede acabar torciéndose en un obstáculo difícilmente insoslayable para dar cobertura al interés jurídico digno de tutela.

<sup>29</sup> STS 22 de noviembre de 2011 - rcud. 306/2011 (RJ 1467).

<sup>30</sup> STS 22 de noviembre de 2011 - rcud. 306/2011 (RJ 1467).

<sup>31</sup> STS 17 de marzo de 2011 – rcud. 1864/2010 (RJ 3421). Por ejemplo, en el supuesto de la compañía aérea (analizado por la STS 24 de abril de 2012, rcud. 818/2012), en el informe de evaluación de riesgos laborales se evalúan las tareas de las TCP embarazadas y consta la prohibición del puesto para las trabajadoras embarazadas y no consta prohibición ni restricciones para las trabajadoras en período de lactancia. Respecto a la embarazada, el se identifica un riesgo específico por compresión – descompresión. Y, como se recoge en la propia sentencia, los riesgos inherentes a este colectivo son: caída de personas al mismo nivel; caída de objetos en manipulación; caída de objetos desprendidos; sobreesfuerzos; contactos térmicos; contactos eléctricos indirectos; incendios; exposición a contaminantes biológicos; y horarios de trabajo.

<sup>32</sup> Zapirain Bilbao (2012), versión digital.

De hecho, la falta de determinación de la existencia de un riesgo específico en el puesto de trabajo que afecte a la lactancia natural, es el que ha llevado al Tribunal Supremo a negar repetidamente las solicitudes al subsidio en los supuestos relativos al personal sanitario<sup>33</sup>. En este sentido, el Alto Tribunal ha afirmado que el objeto del debate queda circunscrito “a la acreditación de riesgo/s específicos para estas situaciones femeninas, porque precisamente sin una conclusión clara al respecto no puede fiscalizarse el cumplimiento y agotamiento por la empresa de las sucesivas actuaciones impuestas por el art. 26 LPRL”<sup>34</sup>.

La particularidad de la STS de 24 de abril de 2012<sup>35</sup>, que resuelve una solicitud de una tripulante de cabina de pasajeros (en adelante, TCP) de una compañía aérea, es que, en comparación con los pronunciamientos anteriores, consigue dar un paso más en el análisis de esta prestación. Lo que no significa que se haya producido un cambio en la doctrina jurisprudencial. Debe partirse de la base de que el supuesto de hecho difiere notablemente del planteado en las sentencias anteriores, pues, los condicionantes “ambientales” y, consiguientemente, los riesgos asociados a este puesto de trabajo no tienen nada que ver con los presentes en los centros hospitalarios.

En este caso, se parte de la situación creada por la negativa de una compañía aérea y de la Mutua de considerar justificada la existencia de riesgos específicos para la lactancia. Lo que, en consecuencia, lleva a negar la posibilidad de alterar las condiciones o puesto de trabajo.

La particularidad del supuesto es que en suplicación<sup>36</sup> existe coincidencia a la hora de entender que existe un riesgo psicosocial asociado a la situación de lactancia de las TCP. En concreto, el TSJ de Madrid, en sus dos contradictorios pronunciamientos, entiende que el sistema de turnos a que se hallan sometidas y la dificultad de extraer la leche materna, por falta de tiempo y de espacio, en

<sup>33</sup> SSTS 17 (3) de marzo de 2011 - rcud. 1864/2010 (RJ 3421); 1865/2010 (RJ 3424) y 2448/2010 (RJ 3423); 18 (4) de marzo de 2011 - rcud. 1290/2010 (RJ 3552), 1863/2010 (RJ 3553), 1966/2010 (RJ 5812) y 2257/2010 (RJ 5811); 3 de mayo de 2011 - rcud. 2707/2010 (RJ 4500); 21 de septiembre de 2011 - rcud. 2342/2010 (RJ 2011\7060); 22 de noviembre de 2011 - rcud. 306/2011 (RJ 2012\1467); y 25 de enero de 2012 - rcud. 4541/2010 (RJ 2460).

<sup>34</sup> STS 18 de marzo de 2011 - rcud. 1966/2010 (RJ 5812). Como afirma la STS 17 de marzo de 2011 - rcud. 1864/2010 (RJ 3421): “en este caso no consta acreditada la existencia y valoración específica de los riesgos propiamente dichos en relación con la lactancia. Para llevar a cabo esa evaluación, esa identificación es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición del trabajador al riesgo, así como del seguimiento que se haya hecho de la existencia de los mismos para conocer su relevancia en relación con la situación de lactancia natural, como se desprende de la muy extensa regulación normativa que incide sobre esta clase de riesgos”.

<sup>35</sup> Rcud. 818/2011.

<sup>36</sup> SSTSJ Madrid 24 de septiembre de 2010 - rec. 3405/2010 (JUR 368244); y 30 de diciembre de 2010 - rec. 4817/2010 (JUR 2011\149919).

las debidas condiciones de higiene, determinan no una incomodidad, sino una incompatibilidad entre la lactancia natural y las condiciones de trabajo, influyendo negativamente en la salud del lactante.

Este punto de partida permite al Tribunal Supremo superar el “escollo” de la acreditación de la existencia de un “riesgo específico” (o, por lo menos, da por buena la argumentación esgrimida en suplicación<sup>37</sup>), pudiéndose centrar en otro orden de consideraciones. En concreto, se evalúa si las medidas alternativas propuestas por la empresa para eludir el riesgo específico detectado -en concreto, una reducción de jornada- pueden considerarse adecuadas.

En este sentido, el Alto Tribunal –acertadamente- sostiene que “tal oferta implica una clara confusión entre las medidas de protección de la trabajadora, relacionadas estrictamente con la salud (art. 26 LPRL y 135 bis y ter LGSS), y los derechos de conciliación de la vida familiar (art. 37.4 ET)”, pues, son instituciones que “obedecen a finalidades diferentes”.

De hecho - prosigue la citada sentencia -, si la empresa hubiera identificado el riesgo y lo hubiera plasmado en el plan de prevención, hubiera estado capacitada para ofrecer medidas alternativas a la prestación de servicios en la situación de riesgo constatada (como, por ejemplo, un cambio en el sistema de distribución del tiempo de trabajo y en las condiciones de intimidad e higiene al alcance de las trabajadoras a efectos de efectuar la extracción y conservación de la leche). A continuación, evidencia que es claro que entre estas medidas no se encuentra la reducción de jornada por lactancia, pues, es un “instrumento complemente distinto y que puede y debe compatibilizarse, en su caso, con el eventual cambio de puesto de trabajo”.

Llegados a este extremo, la STS 24 de abril de 2012<sup>38</sup> afirma que, en la medida que la empresa, por inactividad, no ha ofrecido un puesto alternativo con condiciones exentas de riesgo, se colige que el mismo no existía y, por ende, inadmisiblemente se estaba obligando a la trabajadora a seguir trabajando pese al riesgo. Lo que irremediamente debía haberse recurrido a la suspensión de la relación de trabajo como medida última de salvaguarda de su salud o la del lactante. Entenderlo de otro modo, significaría trasladar los riesgos (y los perjuicios de ellos derivados) a la propia trabajadora o al lactante.

La cuestión y, el elemento – a nuestro entender - verdaderamente relevante de esta última sentencia citada, es que el razonamiento del TS obliga a las empresas a incrementar su estándar mínimo de prevención de un modo notable. No sólo debe proceder a una evaluación exhaustiva de los riesgos genéricos y

<sup>37</sup> En concreto, se afirma “ciertamente, tal riesgo ha de apreciarse cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante si no es posible compatibilizar la toma o la extracción de la leche, puesto que sabido es que la dejación de éstas puede comportar riesgos de mastitis, la inhibición definitiva de la leche”.

<sup>38</sup> Rcu. 818/2011.

específicos, sino que, además, puede considerarse que cualquier situación en la que la alternativa propuesta por la empresa sea declarada “inadecuada”, puede entenderse que “no existen” condiciones de trabajo exentas de riesgo y, por consiguiente, debe procederse a suspender la relación de trabajo y reconocer el subsidio.

Lo relevante de este planteamiento es que es muy posible que este resultado final descrito acabe siendo relativamente frecuente, en la medida que no se haya hecho una correcta evaluación de los riesgos y, por lo tanto, la empresa ante este desconocimiento no haya sabido ofrecer una alternativa adecuada para eludirlos. Si bien es cierto que en el supuesto que resuelve la STS 24 de abril de 2012<sup>39</sup> se habla – literalmente - de una “verdadera inactividad por parte de la empresa”, lo cierto es que una situación en la que la alternativa al riesgo propuesta sea claramente inadecuada para soslayarlo, también debería ser calificada como una omisión evidente (probablemente, porque ha habido una deficiente descripción de los riesgos).

Y, todo ello con la consiguiente responsabilidad, “pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no debería verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o a 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”<sup>40</sup>.

#### **4. VALORACIÓN FINAL: EL INCREMENTO DEL ESTÁNDAR MÍNIMO DE PREVENCIÓN**

La suspensión de la relación de trabajo y la consiguiente prestación por riesgo durante la lactancia presenta una configuración sumamente particular y compleja. La jurisprudencia, en múltiples ocasiones, ha tenido ocasión de manifestar que ambos están condicionados a la necesaria concurrencia de un riesgo específico que afecte de un modo particular a la lactancia. Fuera de estos casos, no procede.

La falta de identificación de este riesgo específico en el plan de prevención y, por consiguiente, la negativa al reconocimiento de la consiguiente prestación por quien corresponda, traslada a la trabajadora solicitante la carga de la prueba de su existencia, pues, es quien alega el riesgo. Tarea, sin duda, sumamente compleja. Por este motivo, y probablemente también por la existencia de una alternativa más sencilla y con posibilidades de ser económicamente

<sup>39</sup> Rcu. 818/2011.

<sup>40</sup> STS 18 de marzo de 2011 – rcud. 1966/2010 (RJ 5812).

equivalente (incapacidad temporal por enfermedad común), podría explicarse el escaso número de prestaciones reconocidas.

La sentencia de STS 24 de abril de 2012<sup>41</sup>, sin apartarse de la doctrina jurisprudencial precedente, lleva al análisis a otro estadio, pues, tiene la virtud de resaltar las obligaciones que debe asumir la empresa en la identificación previa de los riesgos y la consiguiente adopción de medidas tendentes a evitarlos, y, sobre todo, las responsabilidades derivadas de una actuación que no se ajuste a este esquema preventivo. Una inadecuada respuesta empresarial en la proposición de alternativas ante un riesgo para la lactancia (derivada de una identificación sesgada de las contingencias o de su omisión absoluta), debe interpretarse como una “verdadera inactividad” y, por ende, susceptible de devengar las consiguientes responsabilidades. Lo que, a efectos prácticos, significa que debe entenderse que “no existen” condiciones de trabajo exentas de riesgo y, por consiguiente, procede suspender la relación de trabajo y reconocer el subsidio. Lo que, a fin de cuentas, debe valorarse positivamente, pues, en principio, debería contribuir a incrementar sustancialmente el estándar mínimo de prevención por parte de las empresas.

## 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BLASCO LAHOZ (2010). «Situación protegida a efectos del reconocimiento de derecho a prestación económica por riesgo durante la lactancia natural». *Aranzadi Social* nº 3, versión digital (BIB 2010\410).

CARDONA RUBERT (2002). *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*. Aranzadi, Pamplona.

FERNÁNDEZ RAMÍREZ (1997). «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad». En Escudero Rodríguez (Coord.), *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.

GARRIGUES GIMÉNEZ (2004). *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*. CES, Madrid.

GONZÁLEZ LABRADA y VALLEJO DACOSTA (1997). «Las condiciones no materiales y su incidencia en los poderes empresariales». En Escudero Rodríguez (Coord.), *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.

GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR (1996). *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*. Trotta, Valladolid

<sup>41</sup> Rcd. 818/2011.

GORELLI HERNÁNDEZ (1997). *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*. Tirant Lo Blanch, Valencia.

GORELLI HERNÁNDEZ e IGARTUA MIRÓ (2002). *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*. Versión digital (www.tirantonline.com, TOL 164479).

LOUSADA AROCHENA (1998). «La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en períodos de lactancia». *AL* – III.

LUQUE PARRA y GALA DURÁN (1997). «El régimen de la movilidad funcional en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales». En Escudero Rodríguez (Coord.), *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.

MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ (2001). *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*. Laborum.

MELLA MÉNDEZ (1999). «Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social». *Aranzadi Social*, versión digital (BIB 1999\1825).

MOLINA GARCÍA (1997). «La protección de la maternidad en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales». En Escudero Rodríguez (Coord.), *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.

MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA (2004). *La protección jurídica de la mujer trabajadora*. CES, Madrid.

MORENO GENÉ, ROMERO BURILLO y PARDELL VEÀ (1997). «La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales». *Aranzadi Social*, versión digital (BIB 1997\1001).

NORES TORRES (1998). «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». *AL* – I.

PÉREZ DEL RÍO (1999). «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate». *TL* nº 52.

RODRÍGUEZ COPÉ (2004). *La suspensión del contrato de trabajo*. CES, Madrid.

RODRÍGUEZ RAMOS y PÉREZ BORREGO (1996). «Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». En Ojeda Avilés (Coord.), *La Prevención de Riesgos Laborales*. Aranzadi, Pamplona.

ROLDÁN MARTÍNEZ (2006). «Trabajadora en incapacidad temporal por embarazo de riesgo que solicita la prestación por riesgo durante el embarazo». *RTSS-CEF* nº 25.

SOLÀ MONELLS (2005). «Arts. 45 a 48». En Del Rey Guanter (Dir.), *Estaduto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia*. La Ley, Madrid.

ZAPIRAÍN BILBAO (2012). «Denegación de emisión de certificación médica sobre existencia de riesgo durante el embarazo. Ausencia de riesgo específico y falta de acreditación por la empresa de la imposibilidad técnica u objetiva de cambio de puesto». *Aranzadi Social* nº 11, versión digital (BIB 2012\287).