

UNIVERSIDAD DE  
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

# **ANALES** de **DERECHO**

**EL RIESGO POR LACTANCIA: DELIMITACIÓN**

**STS 13 MAYO 2015**

**CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS**

Profesora titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Murcia

Murcia, diciembre 2016

### **Resumen**

*La sentencia del Tribunal Supremo examinada expone que el riesgo por lactancia debe acreditarse y ser específico. En caso contrario ni se suspende el contrato, ni se devenga el subsidio de Seguridad Social. No basta que una Educadora en Centro de Integración esté expuesta a los riesgos genéricos (agresiones, contagios) del empleo. Su interés lo acredita que cuente con un Voto Particular y que aborde un supuesto relativamente frecuente.*

**Palabras clave:** *Mujer trabajadora, maternidad, lactancia materna, riesgos laborales.*

### **Abstract**

*The examined judgment/sentence of the Supreme/High Court states that the risk for breastfeeding must be established and be specific. Otherwise the contract is not suspended and the Social Security subsidy/allowance is not accrued. Not sufficient that an Educator from the Integration Centre is exposed to generic risks (aggression, contagions) of employment. Its interest accredits to have a private vote and to be addressed to a relatively common course.*

**Keywords:** *Worker woman, maternity, breastfeedind, labour risks.*

**SUMARIO:** 1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO. 2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. 2.1. LA EXISTENCIA DE UN RIESGO ESPECÍFICO Y SU ACREDITACIÓN. 2.2. LA IMPOSIBILIDAD DE ADAPTACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO O DE TRASLADO A OTRO PUESTO COMPATIBLE CON LA LACTANCIA. 3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA. 3.1. LA ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA MAYORITARIA. 3.1.1. AUSENCIA DE RIESGO ESPECÍFICO. 3.1.2. LA JURISPRUDENCIA SOBRE RIESGOS EN EL SECTOR SANITARIO. 3.1.3. LA PECULIARIDAD DE LA SENTENCIA REFERENCIAL. 3.1.4. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO. 3.2. LA ARGUMENTACIÓN DEL VOTO PARTICULAR. 3.2.1. EXISTENCIA DE RIESGO ESPECÍFICO PARA LA LACTANCIA EN EL SUPUESTO ENJUICIADO. 3.2.2. DISIMILITUD CON LA DOCTRINA CITADA EN LA SENTENCIA MAYORITARIA. 3.2.3. IMPOSIBILIDAD DE ADAPTACIÓN O DE TRASLADO. 3.2.4. RECONOCIMIENTO PREVIO A LA ACTORA DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO.

## **1. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO**

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2015<sup>1</sup> tiene su origen en la reclamación presentada por una madre trabajadora, tras denegársele la prestación por riesgo durante la lactancia natural. Se trata de una educadora que presta servicios en un centro de reeducación de menores, dependiente de la Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana y gestionado por una Fundación. Entre las características más relevantes de la actividad laboral de la solicitante cabe destacar:

- Desarrolla sus tareas en contacto directo con usuarios que a menudo se hallan bajo sospecha de ser agresivos<sup>2</sup>.
- En ocasiones los menores padecen enfermedades infecto-contagiosas tales como la hepatitis B, el SIDA o la tuberculosis, por lo que los educadores están

---

<sup>1</sup> TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia de 13 mayo 2015 (rec. 3114/2013). Ponente: Excma. Sra. Milagros Calvo Ibarlucea.

<sup>2</sup> Concorre riesgo de que agredan a los educadores, aunque no resultan habituales los episodios violentos (de hecho cuando se interpone la demanda en 2012 no se ha producido en este centro agresión alguna a los educadores desde 2007).

expuestos al riesgo de contagio, derivado del estrecho contacto que mantienen con los usuarios.

- Su horario laboral se desarrolla en turnos rotativos que incluyen fines de semana.

El relato de los hechos que desembocan en este pleito comienza con la reincorporación de la trabajadora tras su permiso de maternidad, cuando solicita el cambio de puesto de trabajo por razón de riesgo durante la lactancia natural. Pero la empresa manifiesta que en ese momento no existe ningún puesto de similar categoría al suyo que no implique riesgo para la lactancia, y le comunica que lo más aconsejable es el paso a la suspensión del contrato.

La actora acude entonces a la Mutua pidiendo la prestación por riesgo durante la lactancia, pero su solicitud es rechazada al considerar la Mutua “que no se encuentra en las situaciones protegidas que dan derecho a la misma”.

Ante este estado de las cosas, la trabajadora opta por situarse en excedencia por cuidado de hijos durante unos meses, sin renunciar a emprender acciones legales. Tras la desestimación de su demanda ante el Juzgado de lo Social e igualmente de su recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Valencia, plantea el recurso de casación en unificación de doctrina que es resuelto en la sentencia que a continuación se analiza.

Curiosamente, la demandante también pleiteó con anterioridad reclamando la prestación por riesgo durante el embarazo, obteniendo sentencia favorable de la Sala de lo Social del TSJ de Valencia. Esa es la resolución que aporta ahora ante el TS como sentencia de contradicción. Eso puede hacer pensar que entre la sentencia recurrida y la de comparación no solo existe identidad sustancial en cuanto a hechos, fundamentos y pretensiones, sino también en cuanto a los litigantes. Además, ambas son resoluciones de un mismo órgano jurisdiccional, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que declaró el derecho de la demandante a la prestación por riesgo durante el embarazo y se lo denegó en cuanto a la prestación por riesgo durante la lactancia natural<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Sorprende un tanto que la sentencia no dedique una pequeña reflexión a examinar la existencia de la preceptiva contradicción (art. 219.1 LRJS). Fácilmente puede pensarse que ciertos riesgos específicos para el feto (por ejemplo, las agresiones) ya no poseen ese mismo carácter cuando se trata de la mujer lactante, en cuyo supuesto han pasado a ser riesgos genéricos (es decir, similares a los que afronta cualquier persona que preste su actividad en ese entorno).

No se trata de cuestión secundaria. La sentencia (como denuncia el Voto Particular) acaba entendiendo que no existe riesgo específico para la lactancia y, sin embargo, ha aceptado examinar el problema suscitado a partir de una resolución de contraste en la que se parte de lo contrario. Da la impresión de que ambas cosas resultan poco concordes.

## 2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Aunque la concreta solución del caso pueda cuestionarse, no sucede lo mismo con su armazón conceptual. Una jurisprudencia unificada muy consolidada viene explicando los requisitos que deben cumplirse para poder acceder a la prestación solicitada: 1º) Primeramente debe acreditarse la existencia de un riesgo específico para la lactancia natural; 2º) Hay que constatar la imposibilidad empresarial de eliminar dicho riesgo mediante las medidas preventivas legalmente establecidas, incluido el cambio de puesto de trabajo. Veamos seguidamente ambos planos.

### 2.1. La existencia de un riesgo específico y su acreditación

Para que una trabajadora pueda pasar a la suspensión de su contrato por riesgo durante la lactancia y a percibir la correspondiente prestación, debe acreditarse previamente la existencia de un riesgo específico para la lactancia natural. Eso equivale a hablar, en los términos del art. 26 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), de unas “condiciones de trabajo que pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo” lactantes, (apartado 4); o de una “posible repercusión sobre... la lactancia” (apartado 1).

Al efecto debe partirse de una evaluación específica de los riesgos para la trabajadora que se halla en tal situación, no siendo suficiente que estén identificados de modo genérico los riesgos asociados a un puesto de trabajo<sup>4</sup>. Ha de establecerse con precisión en qué consiste la posible repercusión sobre la lactancia de cada agente, procedimiento o condición de trabajo. La evaluación específica implica que es preciso conocer la relevancia de esa concreta condición de trabajo en relación a la situación de lactancia natural, y no solo su posible incidencia sobre la salud de la trabajadora.

No basta así, pues, con determinar qué riesgos para la salud entraña ese puesto de trabajo sino que se requiere la identificación, valoración y acreditación de los riesgos específicos en relación con la situación de lactancia<sup>5</sup>. Dicho de otro modo, debe concurrir específicamente un riesgo *para la lactancia*, no solo *para la trabajadora* que se halla en esa circunstancia. Al fin y al cabo, si no fuera así podrían acceder a la

---

<sup>4</sup> “La evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el riesgo de trabajo ha de ser específica” (entre otras, STS 24 junio 2013, Rec. 2488/2012).

<sup>5</sup> Ahondando en esta idea, la STS 17 marzo 2011, Rec. 1864/2010 alude a las normas sobre protección relativas a agentes cancerígenos (RD 665/1997), a radiaciones ionizantes (RD 783/2001) y a agentes biológicos (RD 664/1997), para aclarar que no es suficiente que la actividad de la trabajadora esté sometida a alguno de los riesgos reflejados en estos reglamentos, sino que es preciso conocer de manera objetiva, específica y completa su relevancia en relación con la lactancia.

prestación todas las trabajadoras con hijos biológicos menores de 9 meses en cuyos puestos de trabajo existiera algún riesgo para la salud, y no es éste el sentido de la prestación por riesgo durante la lactancia natural. Para clarificar las anteriores afirmaciones cabe señalar algunos ejemplos de riesgos que cumplen el requisito de la especificidad:

- a) En tareas que comportan soportar temperaturas extremas se ha razonado que “la lactancia puede verse perjudicada a causa de la deshidratación provocada por el calor”..., “aumentando el riesgo particularmente en caso de cambios bruscos de temperatura”<sup>6</sup>. Esta valoración presupone que estamos ante algo distinto a los genéricos riesgos para la salud que implica la exposición a temperaturas extremas para cualquier trabajador. Cualquier persona expuesta a elevadas temperaturas afronta riesgos para su salud; ahora se trata de que la trabajadora lactante vive o sufre de manera especial tales circunstancias.
- b) También se califica como riesgo específico para la lactancia el hecho de no poder ausentarse del puesto de trabajo para acudir al servicio, fuera de las pausas establecidas<sup>7</sup>. Cuando esto ocurre existe siempre un riesgo de infección o de enfermedades del riñón, pero éste se agrava durante el periodo de lactancia, “debido a la mayor ingestión de líquidos para favorecer la producción de leche materna de calidad”.
- c) En alguna ocasión se ha tomado en consideración el estrés derivado de las condiciones de trabajo (concretamente en las tareas propias de una operadora en la central de alarmas de una central nuclear), como factor que puede inhibir la producción de la leche y que justifica por tanto la suspensión por riesgo durante la lactancia<sup>8</sup>.
- d) En otros casos el derecho a la prestación surge como consecuencia de los agentes químicos a los que está expuesta la trabajadora, que pueden afectar al lactante a través de la leche materna (así, una empleada de gasolinera con exposición al benceno)<sup>9</sup>.
- e) Especialmente comentadas han sido las resoluciones del Tribunal Supremo que admiten como riesgo específico la mera imposibilidad de efectuar la extracción

---

<sup>6</sup> STSJ Madrid 29 junio 2010 (Rec. 4738/2009).

<sup>7</sup> En la misma STSJ Madrid 29 junio 2010 (Rec. 4738/2009).

<sup>8</sup> STSJ Castilla-La Mancha 21 octubre 2010 (Rec. 584/2009).

<sup>9</sup> STSJ Castilla-La Mancha 8 julio 2010 (Rec. 670/2010).

y conservación de la leche en el lugar de trabajo, en condiciones adecuadas de intimidad e higiene<sup>10</sup>.

Cabe inferir a partir de los ejemplos expuestos que, en síntesis, debe de tratarse de un riesgo que sea relevante para la salud de las personas protegidas (la madre y/o el bebé) en relación con la lactancia<sup>11</sup>, y lo será:

- a) Cuando pueda producir un perjuicio para la salud del lactante como consecuencia de la actividad laboral de la madre (como sucede cuando la madre se halla expuesta a agentes químicos en su trabajo);
- b) Cuando pueda dañar la salud de la madre, como consecuencia de hallarse en fase de lactancia (como sucede cuando aumenta el riesgo de infecciones de riñón al no poder ir al servicio, por el hecho de que durante la lactancia se ingieren más líquidos);
- c) Cuando pueda incidir sobre la lactancia misma, impidiéndola (como sucede cuando el estrés derivado de la actividad laboral puede provocar retirada de la leche, o cuando no existe un espacio adecuado para su extracción en el lugar de trabajo).

La inclusión de este último bloque de supuestos parte de la idea de que el mero hecho de que se interrumpa la lactancia es perjudicial, es decir que la falta de lactancia materna “*podiera influir negativamente en la salud... del hijo*” en los términos del art. 26.4 LPRL. Por esta vía se amplía el concepto de riesgo específico, pasando a un primer término el valor en sí mismo de la lactancia natural. Queda así desplazada la noción más restrictiva (más preventiva), según la cual solo se contemplaría como riesgo para la salud del lactante el derivado del consumo de la leche materna<sup>12</sup>. Se trata de un planteamiento que no resulta descabellado, si se tiene en cuenta que las organizaciones médicas han determinado reiteradamente que la lactancia natural es la mejor forma de alimentación para el recién nacido y su desarrollo, aunque no sea la única posible<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> SSTS 24 abril, 21 junio y 22 noviembre 2012 (Rec. 818/2011, 2361/2011 y 1298-/2011), relativas todas ellas a tripulantes de cabina de pasajeros, en base a la falta de un espacio adecuado en las aeronaves para llevar a cabo la extracción, y a la insuficiencia de las instalaciones frigoríficas para conservar la leche.

<sup>11</sup> Vid. al respecto BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia”, *Temas Laborales*, núm. 116, 2012, pág. 160.

<sup>12</sup> BARCELÓN COBEDO, S.: “La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia. Comentario a la STS de 24 de abril de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 5, 2012, pág. 13 (pdf).

<sup>13</sup> Vid. al respecto GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “La situación protegida por la prestación de riesgo por lactancia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, 2012, pág. 2 (pdf).

En todo caso, lo cierto es que la identificación del riesgo específico es sin duda una tarea extraordinariamente compleja<sup>14</sup>. Y es que no resulta posible elaborar un listado de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que entrañan riesgo para la lactancia natural en todos los puestos de trabajo, sino que es preciso examinar pormenorizadamente cada situación laboral concreta analizando las actividades realizadas, los tiempos de exposición, los índices de peligrosidad, etc.

Téngase en cuenta además que el riesgo para la lactancia no se presume, sino que debe acreditarse. Cuando la empresa, la Mutua o los servicios médicos del INSS (según corresponda) no hayan identificado y/o certificado los potenciales riesgos asociados a la lactancia natural y se haya denegado la prestación, pesa sobre la trabajadora la carga de demostrar la concurrencia del riesgo específico, lo cual puede ser una ardua labor.

## **2.2. La imposibilidad de adaptación de las condiciones de trabajo o de traslado a otro puesto compatible con la lactancia**

La demostración de que efectivamente existen un riesgo específico para la lactancia natural no implica necesariamente el acceso a la prestación, como se sabe, sino que ésta constituye la última posibilidad para cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulte posible o sea insuficiente, y tampoco pueda trasladarse a la madre a otro puesto de trabajo exento de riesgo para la lactancia (art. 26.2 y 26.3 LPRL).

En efecto, cuando no quepa la adaptación de las condiciones o del puesto de trabajo para evitar la exposición al riesgo, la empresa deberá hacer uso de una medida de movilidad funcional consistente en trasladar a la trabajadora a otro puesto o función compatible con su estado, dentro de su misma categoría o grupo profesional, haciendo uso del régimen previsto en el art. 39 ET. Finalmente, si no existe un puesto compatible dentro de su grupo o categoría podrá ser trasladada a otro incluido en un grupo o categoría distinto, superior o inferior, aunque conservando siempre el derecho a su retribución de origen.

Únicamente en los casos en que todas estas opciones no sean posibles resulta procedente el paso a la suspensión del contrato con derecho a prestación de Seguridad Social, durante el periodo imprescindible. *“Han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de*

---

<sup>14</sup>BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Riesgo específico y suspensión y subsidio por riesgo durante la lactancia”, *Temas Laborales*, núm. 116, 2012, pág. 161.



*adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados”, tal y como se expone en la propia sentencia comentada.*

Se desprende de ello que el derecho a la prestación no depende solo de la existencia de riesgo, sino también de una serie de actuaciones empresariales. Lógicamente la omisión de las medidas preventivas prescritas en el art. 26 LPRL, cuando éstas hubieran podido llevarse a cabo, conllevará la responsabilidad de la empresa<sup>15</sup>; pues ni la trabajadora tiene por qué soportar el riesgo como consecuencia del incumplimiento empresarial, ni la entidad gestora (Mutua o INSS) debe asumir el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas (al margen de que proceda en su caso el anticipo de la prestación)<sup>16</sup>.

### **3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA**

La complejidad del tema que nos ocupa, especialmente en lo relativo a la determinación del riesgo específico para la lactancia, se traduce en que la Sentencia de 13 de mayo de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no alcanza la unanimidad, conteniendo un Voto Particular en el que dos de los magistrados sostienen una posición contraria al fallo<sup>17</sup>.

#### **3.1. La argumentación de la sentencia mayoritaria**

El análisis que conduce al fallo denegatorio de la prestación, en la resolución mayoritaria, comienza exponiendo los requerimientos que deben cumplirse para poder acceder a la prestación, tal y como se describen en la jurisprudencia sobre la materia. Seguidamente se analiza el supuesto de hecho enjuiciado, para llegar a la conclusión de que no se cumplen los requisitos exigidos, ya que no se ha demostrado la existencia de un riesgo específico para la lactancia en la prestación profesional de la demandante.

El Tribunal Supremo considera acertada la negativa a la prestación de referencia a la vista de la ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos específicos aun cuando consten los genéricos y su relevancia en relación con la actividad de la trabajadora y con

---

<sup>15</sup> Se entiende así que en el pleito que se examina la trabajadora haya demandado también a su empresa, y que por esta razón haya tenido que cumplir con carácter previo a la demanda el intento de conciliación administrativa (con la empresa), además de la reclamación administrativa previa (frente al INSS y la Mutua).

<sup>16</sup> STS 17 marzo 2011 (Rec. 1864/2010).

<sup>17</sup> Voto Particular que formula la Excm. Sra. D<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julia.

la situación de lactancia natural. No cabe el percibo de la prestación prevista en el artículo 135 bis y ter de la Ley General de la Seguridad Social si no aparecen los riesgos debidamente descritos, valorados y acreditados; y es es lo que se considera que ocurre en el caso.

### **3.1.1. Ausencia de riesgo específico**

De manera algo lacónica, se declara sin ambages que en este caso “no aparecen los riesgos debidamente descritos, valorados y acreditados, de manera específica en relación con la lactancia”. Es decir que no ha quedado probada la existencia de riesgo específico alguno, a pesar de que sí constan los genéricos (básicamente el peligro de agresiones y la transmisión de enfermedades infecto-contagiosas). En definitiva, no se ha demostrado la relación entre los riesgos del puesto de trabajo y la lactancia, lo que equivale a afirmar que no se ha podido constatar en qué medida aquéllos pueden afectar a la salud del bebé, a la de la madre (por el hecho de estar lactando) o al hecho mismo de la lactancia.

A esta conclusión se llega aplicando la doctrina anterior de la Sala, dada “la sustancial analogía del supuesto resuelto en la doctrina de mérito con el que contempla la recurrida”, en referencia a una serie de pronunciamientos previos que han resuelto reclamaciones presentadas por trabajadoras expuestas a riesgo de contagio de enfermedades, pertenecientes al sector sanitario (enfermeras, médicos de urgencias, pediatras en centros de salud, una farmacéutica de hospital...) <sup>18</sup>. En todos estos supuestos la Sala de lo Social del TS ha denegado la prestación, en situaciones en que las trabajadoras se hallaban expuestas al peligro de contraer enfermedades contagiosas mientras proporcionaban lactancia natural a sus hijos.

### **3.1.2. La jurisprudencia sobre riesgos en el sector sanitario**

En la presente ocasión se trae a colación la doctrina contenida en aquellas resoluciones, “al no existir nuevas razones que aconsejen su modificación”, y dada la similitud que existe entre el trabajo en el ámbito sanitario y el que aquí se describe, que se desarrolla en contacto directo con menores que pueden estar afectados por enfermedades infecto-contagiosas.

---

<sup>18</sup> SSTS 17 marzo 2011 (Rec. 1864/2010, Rec. 1865/2010 y Rec. 2448/2010), 18 marzo 2011 (Rec. 1290/2010, Rec. 1863/2010, Rec. 1966/2010 y Rec. 2257/2010), 3 mayo 2011 (Rec. 2707/2010), 21 septiembre 2011 (Rec. 2342/2010), 22 noviembre 2011 (Rec. 306/2011), 23 enero 20112 (Rec. 1706/2011), 25 enero 2012 (Rec. 4541/2010), 1 octubre 2012 (Rec. 2373/2011), 21 marzo 2013 (Rec. 1563/2012) y 24 junio 2013 (Rec. 2488/2012).

La Sala remite al razonamiento contenido en tales pronunciamientos, que admiten la existencia de riesgos en los puestos de trabajo sanitarios (entre ellos los de tipo biológico como la transmisión de enfermedades), pero niegan que tengan la condición de específicos en relación con la lactancia natural. Así, se afirma que “es cierto que constan informes relacionados con los riesgos del puesto de trabajo y con las funciones de la trabajadora; pero únicamente se contiene una declaración global y genérica de unos riesgos susceptibles de poder estar aparejados a un puesto de aquella naturaleza [...] sin precisión alguna sobre los concretos agentes nocivos detectados efectivamente en el puesto y de los efectos que los mismos pudieran tener sobre la salud de la madre o del lactante”<sup>19</sup>.

### **3.1.3. La peculiaridad de la sentencia referencial**

Tras poner de relieve la citada analogía entre la cuestión litigiosa y las anteriormente planteadas por trabajadoras sanitarias en situación de lactancia, se hace alusión también a la sentencia de contraste que ha aportado la recurrente, en la cual se le reconocía el derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo, para señalar que “la situación de riesgo no es coincidente con la de embarazo”. En este punto hay que reiterar la perplejidad que causa el admitir la existencia de contradicción entre dos sentencias y pasar a examinarlas para manifestar que abordan supuestos heterogéneos.

Es innegable que ambas situaciones -riesgo durante el embarazo y durante la lactancia- se configuran como diferentes en el art. 26 LPRL, de tal manera que unas mismas condiciones de trabajo bien pueden permitir el paso a suspensión por riesgo durante el embarazo y sin embargo no conformar un riesgo para la lactancia natural<sup>20</sup>. Así por ejemplo, es habitual que la exposición a determinados riesgos como los citostáticos (quimioterapia) o la nocturnidad y el trabajo a turnos se califiquen como riesgo durante el embarazo y no durante la lactancia natural.

Con todo, al ser tan escueta la referencia a la sentencia de contraste se echa de menos una ulterior explicación, acerca de por qué en esta ocasión los estados de embarazo y

---

<sup>19</sup> STS 21 marzo 2013 (Rec. 1563/2012).

<sup>20</sup> “Los conceptos de riesgo para el embarazo y para la lactancia natural no son coincidentes ni superponibles. Si bien es cierto que pueden darse en una misma trabajadora, en el mismo puesto de trabajo y con identidad espacio-temporal [...], no tienen igual regulación en cuanto a la afectación o repercusión que los riesgos del puesto pueden generar, en una primera fase, en la mujer gestante y/o el feto y, en una segunda fase, en el recién nacido con lactancia natural. Esto hace que la valoración de exposición a los riesgos tenga que realizarse de forma individualizada y diferente en función de que se trate de un embarazo o una lactancia natural” (VICENTE-HERRERO, T. y otros autores: “Embarazo-lactancia natural y riesgos laborales en España. A propósito de una sentencia: una misma trabajadora y dos situaciones preventivas distintas”, Revista CONAMED. vol. 18, núm. 2, 2013, pág. 77).

lactancia han de recibir un tratamiento diferente en cuanto a la posibilidad de suspender el contrato, existiendo en ambos casos el mismo riesgo de contagio de enfermedades.

Al fin y al cabo, si se ha admitido la sentencia de contraste y se ha entrado a resolver el fondo del asunto es porque “entre ambas sentencias concurre la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la LJS”, incluida la necesaria identidad de hechos. Sin embargo, a la hora de fundamentar el fallo denegatorio de la prestación por lactancia se pone énfasis en que se trata de situaciones diferentes: “la situación de riesgo no es coincidente con la de embarazo”.

#### **3.1.4. La ordenación del tiempo de trabajo**

Añádase, por último, que la resolución de análisis aborda asimismo la cuestión del horario de trabajo a turnos de la solicitante, para remitirse también en este punto a la doctrina de la Sala, en cuya virtud el sistema de trabajo a turnos puede constituir en sí mismo un riesgo para la lactancia natural en determinados casos. Lo será, en concreto, cuando los horarios de trabajo resulten inadecuados para los periodos regulares de alimentación del lactante y además la imposibilidad de las tomas directas no pueda paliarse mediante la extracción de la leche<sup>21</sup>. Todo lo cual no ha quedado demostrado que concurra en el caso que aquí se enjuicia.

#### **3.2. La argumentación del Voto Particular**

Según se ha indicado, en el Voto Particular los magistrados firmantes disienten en cuanto al sentido del fallo, que a su parecer debería haber sido estimatorio de la prestación. Lo hacen con arreglo al siguiente razonamiento.

##### **3.2.1. Existencia de riesgo específico para la lactancia en el supuesto enjuiciado**

Se entiende que el riesgo para la lactancia natural concurre en la prestación laboral de la actora, porque existe peligro de contagio de determinadas enfermedades susceptibles, a su vez, de ulterior transmisión al lactante a través de la leche materna (riesgo incuestionable al menos en el caso del SIDA). Se trata de un riesgo que presenta las características exigidas por la doctrina de la Sala Cuarta del TS, ya que no constituye un peligro genérico para la salud de la trabajadora sino un riesgo de afectación a la salud del bebé.

Además la exposición a dicho riesgo es permanente para la trabajadora, en su labor de intervención directa en el centro de reeducación de menores. De hecho, la propia Mutua aseguradora emitió certificación médica reconociendo el riesgo para la lactancia natural.

---

<sup>21</sup> Entre otras, SSTS 24 abril, 21 junio y 22 noviembre 2012 (Rec. 818/2011, Rec. 2361/2011 y Rec. 1298/2011).

En otros términos, la Mutua no denegó la prestación porque estimase que no concurría el riesgo específico, sino por otros motivos que la sentencia mayoritaria no ha entrado a analizar.

### **3.2.2. Disimilitud con la doctrina citada en la sentencia mayoritaria**

Este último extremo referido, la certificación médica por la Mutua, supone una importante diferencia respecto de los casos enjuiciados en la jurisprudencia de la Sala que se cita en la sentencia mayoritaria, pues en ellos la entidad gestora no había constatado el riesgo específico. Significa ello que el reconocimiento de la prestación en este supuesto no supone alejamiento alguno de la doctrina anterior de la Sala.

### **3.2.3. Imposibilidad de adaptación o de traslado**

Entienden los magistrados discrepantes que en el caso examinado se cumple también el requisito consistente en la imposibilidad de eliminar el riesgo, poniendo en marcha las medidas preventivas que fija el art. 26 LPRL: “ciertamente, tanto el intento de reubicación como la imposibilidad de hacerlo es lo que resulta de las actuaciones”.

Se apoya esta afirmación en el hecho de que, en la sentencia recurrida, la Sala de lo Social del TSJ de Valencia llevó a cabo una modificación de los hechos probados respecto de los contenidos en la Sentencia del Juzgado de lo Social, para incluir el dato de que la actora había solicitado el cambio y la empresa le había indicado que no existía puesto exento de riesgos<sup>22</sup>.

Conviene poner de manifiesto, al respecto, que la sentencia mayoritaria no entra a valorar si la empresa cumplió o no con el preceptivo intento de eliminar el riesgo mediante las actuaciones preventivas prescritas, pues una vez que declara la inexistencia de riesgo específico para la lactancia, queda descartado en todo caso el derecho a la prestación, sin necesidad de evaluar cuál pudo ser la reacción de la empresa.

Todo ello conduce al Voto Particular a denunciar que en realidad, el debate litigioso ha sido incorrectamente planteado en la resolución mayoritaria, pues se ha centrado en analizar la concurrencia del riesgo específico cuando ya la Mutua lo había reconocido, y no se han discutido las razones por las cuales dicha entidad gestora resolvió denegar la prestación (que posiblemente tuvieran que ver con la omisión de actuaciones preventivas por parte de la empresa).

---

<sup>22</sup> El Hecho Probado Tercero, una vez modificado por la sentencia del TSJ de Valencia, incluye el inciso: “viéndose por ello la empresa imposibilitada técnica u objetivamente para cambiarla de puesto de trabajo”.

#### **3.2.4. Reconocimiento previo a la actora de la prestación por riesgo durante el embarazo**

Según expresa finalmente el Voto Particular, ninguna diferencia existe entre el embarazo y la lactancia, en este supuesto, que alcance a justificar por qué la trabajadora ha disfrutado la prestación por riesgo durante el embarazo y sin embargo no logra acceder a la de riesgo durante la lactancia, en la misma empresa y en idénticas condiciones laborales. Aunque, como ya se expuso con anterioridad, un mismo riesgo genérico puede actuar como riesgo específico a efectos del embarazo y no de la lactancia, lo cierto es que la sentencia mayoritaria no argumenta las razones por las que en este caso un mismo peligro, consistente en la posibilidad de contraer enfermedades como el SIDA, la hepatitis B o la tuberculosis, justifica la suspensión del contrato para una trabajadora embarazada pero no para quien alimenta a su hijo con lactancia materna.