



Universidad de Oviedo

**Máster de Abogacía - Facultad de derecho**

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

Análisis de la prestación por riesgo durante la lactancia natural

Jaime García Sopeña  
2023 / 2024

## **RESUMEN**

La prestación por riesgo para la lactancia natural es un derecho de salud laboral que se integra en nuestro ordenamiento jurídico en el año 2007 por la LOIEMH que, dando cumplimiento a la Directiva 92/85/CEE, configura un sistema escalonado de medidas por el cual, cuando la evaluación de riesgos detectare que la mujer trabajadora se haya expuesta a riesgos incompatibles con la lactancia, el empleador deberá adaptar el puesto de trabajo, trasladar a la trabajadora a otro compatible con su estado o, en última instancia, proceder a la suspensión del contrato de trabajo, circunstancia que constituye el hecho causante de la prestación, la cual tiene por fin cubrir la pérdida de rentas que sufre la trabajadora en el período que su contrato se halle suspendido.

En búsqueda de una igualdad efectiva, el TJUE ha modificado su jurisprudencia –acuñada posteriormente por nuestro Tribunal Supremo– en cuya virtud se considerará trato discriminatorio y se invertirá la carga probatoria cuando la trabajadora pruebe, de modo indiciario, que la evaluación de riesgos elaborada por el empresario no cumple los requisitos legales. Esta doctrina incorpora la perspectiva de género y constituye un gran avance en defensa de los derechos de la mujer.

## **PALABRAS CLAVE**

Prestación, riesgo para la lactancia natural, mujer y salud laboral, evaluación de riesgos, inversión carga de la prueba, discriminación laboral.

## **ABSTRACT**

The breastfeeding risk benefit is an occupational health right that was incorporated into our legal system in 2007 by the LOIEMH which, in compliance with Directive 92/85/CEE, sets up a graded system of measures whereby, when the risk assessment detects that the working woman has been exposed to risks incompatible with breastfeeding, the employer must adapt the job, transfer the worker to another one compatible with her condition or, ultimately, suspend the employment contract, a circumstance that constitutes the triggering event for the benefit, which is intended to cover the loss of income suffered by the worker during the period that her contract is suspended.

In search of effective equality, the CJEU has modified its jurisprudence –subsequently coined by the Spanish Supreme Court– by virtue of which discriminatory treatment will be considered and the burden of proof will be reversed when the female worker proves, in a circumstantial manner, that the risk assessment drawn up by the employer does not comply with the legal requirements. This doctrine incorporates the gender perspective and constitutes a great advance in defense of women's rights.

## **KEYWORDS**

Benefit, risk to breastfeeding, women and occupational health, risk assessment, investment burden of proof, employment discrimination.

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CE	Constitución Española de 1978.
C003/OIT (núm. 3)	C003 - Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919
C103/OIT (revisado), 1952 (núm. 103)	C103 - Convenio sobre la protección de la maternidad
C183/OIT (núm. 183)	C183 - Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000
Directiva 92/85/CEE	Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la 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.
Directiva 2006/54/CE	Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
INSST	Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LETA	Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.
LOIEMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
LPRL Laborales.	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos

LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
NTP	Nota técnica de prevención.
RD 295/2009	Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
RD 6/2019	Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.
RD 7/2023	Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo.
RSP	Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.
SERGAS	Servicio Gallego de Salud.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TES	Trabajador/a especialmente sensible.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

# ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN .....	2
2.	LACTANCIA MATERNA.....	3
2.1.	IMPORTANCIA Y BENEFICIOS .....	3
2.2.	PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD.....	5
3.	RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL .....	8
3.1.	MARCO NORMATIVO .....	8
3.2.	CONCEPTO Y RIESGOS .....	10
4.	EVALUACIÓN DE RIESGOS PARA LA LACTANCIA NATURAL .....	16
4.1.	EVALUACIÓN DE RIESGOS .....	16
4.2.	LA PREVENCIÓN ESCALONADA: NIVELES PREVENTIVOS. ....	19
4.2.1.	Primer nivel: Adaptación de las condiciones y/o tiempo de trabajo.....	20
4.2.2.	Segundo nivel: Traslado a un puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora ....	22
4.2.3.	Tercer nivel: Suspensión del contrato de trabajo.....	23
5.	CARGA DE LA PRUEBA E INVERSIÓN EN CASOS DE DISCRIMINACIÓN .....	25
5.1.	CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA .....	25
5.2.	INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA. ASUNTO OTERO RAMOS .....	26
5.3.	TRABAJO NOCTURNO Y CARGA DE LA PRUEBA. ASUNTO GONZÁLEZ CASTRO..	29
5.4.	CAMBIO JURISPRUDENCIAL.....	32
6.	PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL .....	33
7.	CONCLUSIONES .....	36
8.	BIBLIOGRAFÍA .....	39
9.	ÍNDICE JURISPRUDENCIAL .....	43

## **1. INTRODUCCIÓN**

La prestación por riesgo durante la lactancia natural es un derecho de la mujer trabajadora que se relaciona directamente con la salud laboral, la conciliación y la armonización de las responsabilidades profesionales y familiares en el contexto de la maternidad.

Como punto de partida, se señalan los beneficios que tiene la lactancia, tanto para la madre, hijo y sociedad en general, pues de su protección deriva el entramado normativo dirigido a facilitar esta práctica, lo cual deberá hacerse de modo que, en la medida de lo posible, no se obstaculice la carrera profesional de la mujer. El empleador habrá de evaluar los puestos de trabajo a fin de determinar si la trabajadora se haya o no expuesta a riesgos, debiendo cumplir dicha evaluación las garantías previstas en el artículo 4 de Directiva 92/85/CEE. De detectarse la existencia de un riesgo, el legislador ha configurado un sistema escalonado de medidas que habrán de ser adoptadas por el empresario. Este trabajo analizará cuáles son los riesgos para la lactancia natural, cómo se evalúan y las medidas que deben adoptarse para evitar que la exposición de la mujer a una situación de peligro, desde la adaptación o traslado del puesto de trabajo hasta la suspensión del contrato cuando las medidas anteriores no hubieren podido ser llevadas a cabo.

La suspensión del contrato de trabajo constituye el hecho causante de una prestación cuya interpretación por parte de los tribunales ha sufrido, desde su reconocimiento en el año 2007 por la LOIEMH, una evolución tendente a integrar la perspectiva de género e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres como los principios fundamentales que deben guiar la toma de decisiones. Este cambio jurisprudencial, liderado por la doctrina del TJUE, considera trato discriminatorio la no realización de una evaluación de riesgos conforme a las exigencias legales, de modo que se invertirá la carga probatoria, debiendo ser el empleador quien deba demostrar que dicha evaluación si reúne las garantías de la Directiva.

En el estudio de estas cuestiones se han incluido numerosas referencias jurisprudenciales, entre las que destaca la STJUE de 19 de octubre de 2017, Asunto Otero Ramos, de la que partirán otras de nuestro Tribunal Supremo, entre ellas, STS 667/2018, de 26 de junio o STS 89/2019 de 6 de febrero.

## 2. LACTANCIA MATERNA

### 2.1. IMPORTANCIA Y BENEFICIOS

La leche materna es el mejor alimento para el lactante durante los primeros meses de vida<sup>1</sup>. Así lo afirma la Asociación Española de Pediatría que, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud y la Academia Americana de Pediatría, recomienda la lactancia materna exclusiva<sup>2</sup> durante los primeros seis meses de vida del niño y su continuación junto con otros alimentos hasta los dos años<sup>3</sup>. Numerosos estudios científicos han demostrado la superioridad de la leche materna sobre la leche de fórmula artificial, relacionada con un riesgo mayor de numerosos problemas de salud para el niño, tanto a corto plazo (por ejemplo, muerte súbita del lactante) como a largo plazo (por ejemplo, enfermedad celíaca, obesidad o peores resultados en test de inteligencia), y también para la madre (mayor riesgo de padecer hemorragia posparto, cáncer de útero, cáncer de ovario...). Además, la leche materna es un líquido único y vivo, pues es capaz de cambiar para satisfacer las necesidades del bebé<sup>4</sup>. De igual importancia son los beneficios emocionales que acarrea el amamantamiento, que favorece la creación y refuerzo del vínculo afectivo madre – hijo y ayuda a los bebés a sentirse más seguros, cálidos y consolados<sup>5</sup>. Incluso, la alimentación con leche materna tiene ventajas desde el punto de vista medioambiental, pues optar por la lactancia permite disminuir la generación de diversos contaminantes ambientales que se producen durante la fabricación, el transporte y la distribución de los sucedáneos y de los utensilios utilizados para su administración<sup>6</sup>.

A consecuencia de la demostración de los numerosos beneficios que tiene el amamantamiento materno sobre las mujeres, niños y, en definitiva, sobre la sociedad en general, la Organización Mundial de la Salud y UNICEF elaboraron, en agosto de 1990, la “*Declaración de Innocenti sobre la protección, promoción y apoyo de la lactancia materna*” cuyo objetivo principal fue el reforzamiento de la cultura de la lactancia

---

<sup>1</sup> ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, *Recomendaciones sobre lactancia materna*, 2012, pág. 2.

<sup>2</sup> La lactancia materna exclusiva significa que el lactante no recibe ningún otro alimento líquido o sólido.

<sup>3</sup> Las etapas en la alimentación del lactante son tres: a) lactancia exclusiva hasta los 6 meses, b) etapa transicional hasta el final del primer año, y c) etapa de adulto modificado desde los 12 hasta los 24 meses (RUIZ SALVADOR, I., “Alimentación durante los primeros meses de vida”, *Npunto*, núm. 59, 2023, pág. 45)

<sup>4</sup> ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, *Lactancia materna, el mejor inicio para ambos*, 2017, pág. 2.

materna contra la incursión de la cultura del biberón, debiendo *“eliminarse todos los obstáculos a la lactancia materna dentro del sistema de salud, del lugar de trabajo y de la comunidad.”* Para ello, exhortó a los gobiernos<sup>7</sup> a integrar en sus políticas una serie de metas a fin de proteger, promover y apoyar la lactancia materna. Una meta operacional era la aprobación de leyes que protejan los derechos de amamantamiento de las mujeres trabajadoras.

En 2005, se adoptó la *“Declaración de Innocenti sobre la alimentación de lactantes y niños pequeños”*, que celebra el gran avance conseguido una vez transcurridos quince años desde la adopción de la versión original, al tiempo que proclamaba que aún persistían muchos desafíos. En esta nueva declaración, los gobiernos se comprometieron, entre otras cosas, a *“adoptar una legislación sobre la protección de la maternidad y otras medidas que faciliten los seis meses de lactancia materna exclusiva para todas las mujeres trabajadoras de todos los sectores, prestando atención urgentemente al sector no formal”*.

Más recientes son los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados por Naciones Unidas en el año 2015, contribuyendo la lactancia materna, en mayor medida, al segundo, tercero y octavo objetivo que son, respectivamente, “acabar con el hambre”, “la buena salud y el bienestar” y “trabajo decente y crecimiento económico”.

Además, desde el año 1992, se celebra de forma anual la “Semana Mundial de la Lactancia Materna”, que el año 2023 se ha celebrado del 1 al 7 de agosto con el lema de “Hagamos que la lactancia y el trabajo funcionen”.

*Imagen 1: Material de campaña “Semana de la Lactancia Materna”*



*Fuente: Organización Mundial de la Salud*

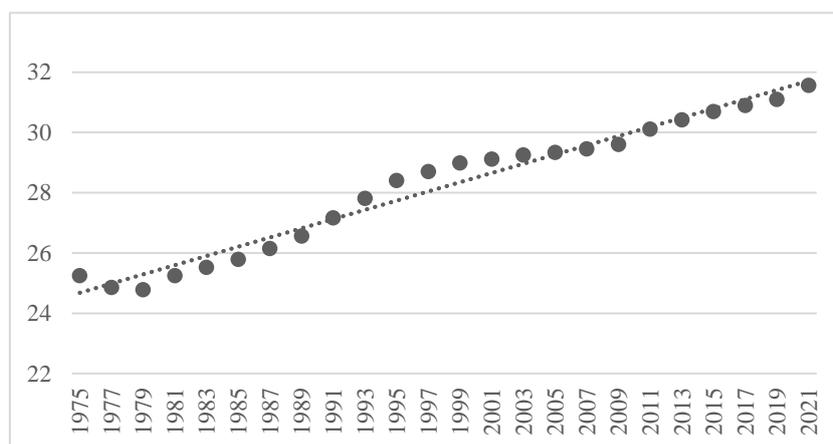
---

<sup>7</sup> Entre los Gobiernos que tomaron parte estaba el español.

## 2.2. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

En lo que respecta a la relación entre maternidad – y, por ende, lactancia – y trabajo, podemos decir que la mujer española está cada vez más incorporada al mundo laboral, alejada del modelo anterior donde su función principal eran las tareas del hogar y crianza de los hijos, debiendo ahora compaginar el plano profesional y familiar y estando la figura masculina cada vez más involucrada en el trabajo doméstico. Al tiempo, este cambio de modelo, unido a las crisis económicas y problemas de emancipación de los jóvenes, ha traído consigo un retraso progresivo de la maternidad. Según el INE, mientras que las mujeres españolas tenían, en promedio, su primer hijo a los 25,25 años en 1975, esta cifra no ha parado de crecer hasta llegar a los 31,56 años en 2021, por encima de la edad media de maternidad en la UE, que ronda los 29,7 años.

Tabla 1: Evolución de la edad media de las mujeres para tener su primer hijo



Fuente: INE

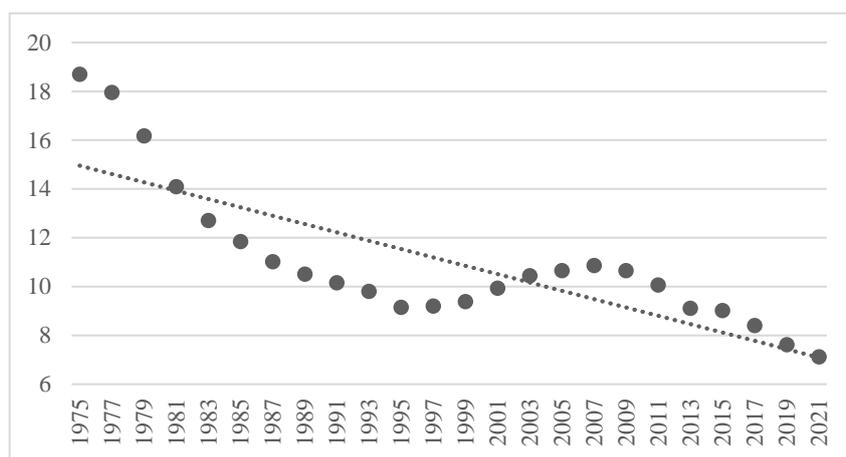
Las causas descritas han derivado en los últimos años en una crisis de natalidad preocupante que pone en riesgo la existencia de mano de obra joven sobre la que hacer recaer el pago de las pensiones de los actuales cotizantes y futuros pensionistas<sup>8</sup> y, si bien este problema está tratando de solventarse con la llegada de inmigrantes procedentes de países con elevadas tasas de natalidad, la solución pasa, entre otras políticas, por mejorar la conciliación laboral y familiar para hacer más atractiva la maternidad. Según datos del INE, la tasa bruta de natalidad<sup>9</sup> ha mostrado un tendencia muy decreciente en las últimas

<sup>8</sup> VICENTE PALACIO, M.<sup>a</sup> A., “La Ley de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y la conciliación de la vida laboral y familiar. Las modificaciones (sustantivas) en materia de Maternidad y Riesgo durante la lactancia natural en los diversos regímenes de la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, pág. 148.

<sup>9</sup> Total de nacimientos de madre perteneciente a un determinado ámbito en un año concreto por cada 1.000 habitantes (INE)

décadas –en 1975 se registraron un total de 18,7 nacimientos por cada mil habitantes, por los 7,12 que se registraron en 2021–. De este modo, España se ha consolidado como el país de la zona euro con menor tasa bruta de natalidad, mejorando únicamente los datos de Italia<sup>10</sup>. De la conjunción de los datos se desprende que las españolas tienen menos hijos y a una edad cada vez más avanzada.

Tabla 2: Evolución de la tasa bruta de natalidad en España



Fuente: INE

Esta nueva realidad lleva aparejada la necesidad de articular un tejido normativo capaz de conciliar la maternidad con el desempeño de una actividad profesional. Así, desde el Derecho Laboral y de la Seguridad Social se han aprobado distintas medidas de protección de la maternidad.

Uno de los asuntos más debatidos política y socialmente en los últimos años ha sido la regulación de los permisos de maternidad y paternidad<sup>11</sup>, equiparados<sup>12</sup> desde enero de 2021 por el Real Decreto-ley 6/2019, que fija para ambos un periodo de descanso de dieciséis<sup>13</sup> semanas, con la finalidad de aumentar la corresponsabilidad de los

<sup>10</sup> La tasa bruta de natalidad italiana en 2021 fue de 6,8 nacimientos por cada mil habitantes.

<sup>11</sup> Tras su equiparación, los conceptos “permiso de maternidad” y “permiso de paternidad” han sido integrados en el ahora denominado “permiso por nacimiento de hijo o hija”.

<sup>12</sup> La equiparación de los permisos de maternidad y paternidad supone un esfuerzo del legislador en aras a fomentar la corresponsabilidad, consciente de que el riesgo de discriminación por razón de conciliación de la vida laboral y familiar surge cuando la necesidad de conciliar recae exclusivamente sobre las trabajadoras (CASTRO ARGÜELLES, M.<sup>a</sup> A., “La conciliación de la vida laboral, personal y familiar como estrategia para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres” *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pág. 17)

<sup>13</sup> “El ministro de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, Pablo Bustinduy, se ha comprometido a aprobar la ley de Familias en 2024 con medidas como la ampliación de los permisos por nacimiento de 16 a 20 semanas”, vía RTVE en <https://www.rtve.es/noticias/20231220/gobierno-promete-ley-familias-ampliar-permisos-retribucion/2468647.shtml> [consulta: 26/12/2023]

progenitores en la crianza de los hijos, así como evitar la discriminación laboral basada en el género, promoviendo la igualdad de oportunidades.

En lo que respecta a la regulación del permiso de lactancia<sup>14</sup>, fue reconocido por primera vez por el C003/OIT y progresivamente ampliado por los C103/OIT<sup>15</sup> y C183/OIT. Contemplado en el artículo 37.4 ET, permite a los progenitores ausentarse una hora del horario laboral hasta que el hijo cumpla los nueve<sup>16</sup> meses de edad, y se configura como un permiso individual e intransferible que prevé cuatro modalidades de aplicación a elección del trabajador (ausentarse una hora diaria, dividir esa hora en dos medias horas, reducir la jornada media hora o al principio o al final de la jornada o conseguir un permiso acumulado. Sobre la regulación de este permiso reflexiona SÁNCHEZ TRIGUEROS<sup>17</sup>, quien aboga por desvincularlo de la lactancia y anudarlo al período de posparto, al tiempo que plantea la necesidad de articular mecanismos adicionales para su disfrute, dotándolo de mayor flexibilidad.

Asimismo, la maternidad haya protección por la vía de prestaciones de la Seguridad Social, –prestación por riesgo durante el embarazo (art. 186 y ss. LGSS) y la prestación por riesgo durante la lactancia natural (art. 188 y ss. LGSS)– que tienen por objeto cubrir la pérdida de rentas que sufre la trabajadora durante la suspensión de su contrato de trabajo. Además, los permisos de maternidad y lactancia llevan aparejados una prestación de la Seguridad Social a fin de cubrir los períodos de descanso o reducción de jornada.

La maternidad se haya también protegida por vía del artículo 16.1 c) LISOS, que declara que constituye infracción muy grave solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección que sean discriminatorios para acceder al empleo –por ejemplo, datos relativos a la maternidad– y, por vía del artículo 55.5 ET, que declara la nulidad del despido de una trabajadora durante el periodo de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural y el de las trabajadoras embarazadas.

---

<sup>14</sup> Desde marzo de 2019, la denominación legal pasó a ser “permiso para el cuidado del hijo lactante”.

<sup>15</sup> El 28 de junio de 1952, la OIT adoptó el C103 y, de forma paralela, la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95)

<sup>16</sup> Pudiéndose prorrogar hasta los doce meses en el supuesto previsto en el párrafo cuarto del art. 37.4 ET.

<sup>17</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El permiso por lactancia diez años después de la ley de igualdad”, *Revista de Derecho*, núm. 1, 2018, pág. 114.

Estos no son los únicos derechos reconocidos en aras de conciliar maternidad y trabajo, sino que estos son cada vez son más numerosos, y prueba de ello ha sido la publicación de la “Ley de Familias<sup>18</sup>” que ha entrado en vigor en 2023 e incorpora al ET tres nuevos permisos: ocho semanas para el cuidado de hijo o hija menor de ocho años (art. 48 bis ET), de cinco días para cuidar de un familiar (art. 37. 3. b. ET) y cuatro días al año por causas de fuerza mayor (art. 37.9 ET).

También resulta fundamental el apoyo familiar, social y empresarial, y se recomienda que la política de empresa disponga de un código de buenas prácticas tendente a promover una maternidad saludable en el trabajo, informando a las trabajadoras de los beneficios y de cómo gestionar su vuelta al trabajo en lo concerniente a la lactancia materna<sup>19</sup>.

### **3. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL**

#### **3.1. MARCO NORMATIVO**

La seguridad e higiene en el trabajo se configura como uno de los principios rectores de la política social y económica, tal y como prevé el artículo 40.2 CE. Fruto de este mandato constitucional, el legislador ha promulgado una serie de normas que versan sobre esta materia, entre las que destaca la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que reconoce el derecho que tienen todos los trabajadores de una empresa a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, al tiempo que impone al empresario el deber correlativo de velar por la protección de los empleados a su servicio en todos los aspectos relacionados con el desempeño de su trabajo<sup>20</sup>. Este derecho laboral, reconocido en los mismos términos en el artículo 19 ET, haya relación con el objetivo social de lograr el más alto y completo grado de salud para la población<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

<sup>19</sup> SOLÉ GOMEZ, M.<sup>a</sup> D., “NTP 914. INSHT”, *Embarazo, lactancia y trabajo: promoción de la salud*, pág. 1.

<sup>20</sup> Art. 14 LPRL.

<sup>21</sup> RUIZ SANTAMARÍA, J. L., “Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora” *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, núm. 4, 2020, pág. 322.

Si bien, el modelo de prevención de riesgos laborales se construye, como afirma LÓPEZ RUBIA, sobre un modelo de trabajador “neutro<sup>22</sup>” que es el masculino, sin hacer distinción en cuanto al sexo de los sujetos a los que van dirigidas sus previsiones, tomando los estudios sobre incidencia de riesgos como referente al trabajador varón<sup>23</sup>. Sí existen, en cambio, normas de prevención dirigidas específicamente a las mujeres en ámbitos relacionados con la maternidad. Fuera del contexto anterior, resultará inconstitucional cualquier otra medida diferenciadas de prevención que no sea fundamentada en las particularidades biológicas del colectivo femenino<sup>24</sup>.

De la presencia de España en la Unión Europea se deriva la creación de un acervo normativo europeo sobre protección de la salud de los trabajadores en el trabajo<sup>25</sup>, que ha dado lugar a la aprobación de Directivas que son posteriormente transpuestas al Derecho Nacional. La normativa tutelar española relativa a la maternidad deriva de la “Directiva 92/85/CEE relativa a la 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”, que responde a igualdad efectiva entre hombre y mujer, idea que no está reñida, en la palabras de la profesora BENAVENTE TORRES, con “dar un tratamiento distinto entre los sexos, puesto que tan discriminatorio es tratar desigualmente lo que es igual como el tratamiento idéntico de lo que es diferente<sup>26</sup>”. En lo que se refiere al ámbito subjetivo de la protección, la Directiva resulta aplicable a las trabajadoras por cuenta ajena y se extiende también a la función pública (STJUE, de 17 de julio de 2012, Asunto F-54/11), siendo excluidas, sin embargo, las empleadas del hogar y las trabajadoras autónomas.

La protección integral de las trabajadoras en situación de lactancia natural se apoya en el derecho a la igualdad y no discriminación, reconocido en España en el artículo 14 CE, que a su vez está vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva para garantizar

---

<sup>22</sup> Dice LÓPEZ RUBIA que, para analizar si la prevención de riesgos laborales es algo neutro, debemos responder a una serie de preguntas como, por ejemplo, “¿cuál es el referente a la hora de establecer los valores límite ambientales o los valores límite biológicos para sustancias químicas? ¿Se tiene en cuenta la diferente incidencia que los riesgos laborales pueden tener sobre los hombres y sobre las mujeres?” en “De una legislación proteccionista a una normativa neutra en materia de prevención de riesgos laborales”, *Lan Harremanak*, núm. 23, 2010, pág. y 78.

<sup>23</sup> LÓPEZ RUBIA, E. “De una legislación proteccionista...” cit. págs. 77 y 78.

<sup>24</sup> PÉREZ DEL RÍO, T., y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, La ley, 1999, pág. 7.

<sup>25</sup> LPRL, exposición de motivos.

<sup>26</sup> BENAVENTE TORRES, M.<sup>a</sup> I., *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*. Ediciones Laborum, 2016, pág. 20.

el mismo<sup>27</sup>. La Unión Europea cuenta con legislación específica en materia de antidiscriminación, siendo la más trascendente para nuestro estudio la “Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación”, la cual contiene disposiciones relativas a la inversión de la carga de la prueba al objeto de aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

En el ámbito internacional, el marco jurídico de referencia lo constituyen la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, la Convención de los Derechos del Niño, la Carta Social Europea de 1961 y los ya citados Convenios de la OIT.

### **3.2. CONCEPTO Y RIESGOS**

El riesgo durante la lactancia natural ha recibido tradicionalmente un tratamiento secundario por el legislador, más centrado en la regulación del riesgo durante el embarazo, habiendo sido esta prestación, hasta el 2007, el objetivo de todas las reformas<sup>28</sup>. Ese año se promulga la LOIEMH, que, dando cumplimiento de la Directiva 92/85/CEE, incluye en nuestro ordenamiento la prestación de riesgo durante la lactancia natural, a partir de la modificación del artículo 26.4 LPRL e incorporación de los actuales artículos 188 y 189 LGSS.

Podemos definir el riesgo durante la lactancia natural como una prestación de la Seguridad Social que nace cuando una trabajadora que ha dado a luz en los últimos nueve meses se haya expuesta a circunstancias laborales que resultan incompatibles con la lactancia o influyen negativamente en su salud o la del bebé, derivando en la suspensión del contrato de trabajo, cuya duración constituye el período de tiempo protegido.

Cuando una circunstancia considerada de riesgo sea detectada el empresario habrá de tomar las medidas preventivas oportunas para que el puesto de trabajo sea compatible con el estado de la trabajadora. Las ya mencionadas Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Directiva 92/85/CEE engloban, dentro de la protección de la maternidad, tres situaciones distintas –embarazo, posparto y lactancia– no siendo las acciones preventivas

---

<sup>27</sup> MARÍN ALONSO, M.<sup>a</sup> I., “La tutela preventiva de la lactancia natural y discriminación por razón de sexo en la praxis judicial europea y nacional: la inversión de la carga de la prueba en supuestos de incorrecta evaluación de riesgos laborales”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, Vol. 11, 2019, pág. 463.

<sup>28</sup> QUINTERO LIMA, M.<sup>a</sup> G., “El permiso de lactancia y el riesgo durante la lactancia natural: novedades y algunos problemas prácticos”, en MERCADER UGUINA, J. R. (Coord.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 562.

equiparables ni siquiera cuando afecten a una misma trabajadora. En esta línea, los conceptos “riesgo para el embarazo” y “riesgo para la lactancia natural” no son coincidentes ni superponibles<sup>29</sup> pues, aunque es cierto que los riesgos pueden ser similares, no lo será su afectación y repercusión sobre la mujer y su descendencia, por lo que la valoración deberá ser individualizada al caso y momento concreto. Aunque muchos riesgos son comunes a las tres categorías, algunos son exclusivos de una o su intensidad varía en función de aquella, por lo que las medidas preventivas deberán adaptarse al caso y momento concreto y ser actualizadas<sup>30</sup> desde el inicio del embarazo hasta la lactancia. Así, podemos diferenciar entre:

- Riesgos comunes a las tres categorías: Un ejemplo de riesgo común sería la exposición a radiaciones ionizantes<sup>31</sup>, que conlleva un riesgo elevado para trabajadoras de las tres situaciones, pues los efectos nocivos de la contaminación radiactiva son transmisibles tanto a través de la placenta como de la leche materna.
- Riesgos comunes pero con distinta vulnerabilidad en función de la categoría: Es el caso de la manipulación de cargas<sup>32</sup>, que implica un riesgo tanto para el embarazo como para la lactancia natural, si bien en el primer supuesto puede conllevar graves consecuencias – lesiones fetales – y en el segundo hablamos de molestias derivadas del aumento de tamaño y sensibilidad de los senos.
- Riesgos exclusivos de una categoría: Por ejemplo, la exposición al ruido<sup>33</sup> es un factor de riesgo para las mujeres embarazadas, pues repercute de forma negativa en el oído del feto, pero no tiene incidencia en el caso de trabajadoras en período de lactancia.

---

<sup>29</sup> VICENTE HIERRO, M.ª T., “Embarazo-lactancia natural y riesgos laborales en España. A propósito de una sentencia: una misma trabajadora y dos situaciones preventivas distintas”, *Revista CONAMED*, núm. 2, Vol. 18, 2013, págs. 75-81.

<sup>30</sup> En este sentido, el empresario está obligado a mantener la evaluación de riesgos actualizada, debiendo para ello realizar controles periódicos de las condiciones de trabajo teniendo en cuenta las características de los trabajadores. El ciclo reproductivo constituye un gran ejemplo de dicho deber, pues obliga al empresario a implantar medidas de prevención adaptadas a cada una de las etapas que vive una mujer en su condición de madre (embarazo, posparto y lactancia).

<sup>31</sup> Directiva 2013/59/Euratom del Consejo, de 5 de diciembre de 2013, por la que se establecen normas de seguridad básicas para la protección contra los peligros derivados de la exposición a radiaciones ionizantes.

<sup>32</sup> Directiva del Consejo, de 29 de mayo de 1990, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores.

<sup>33</sup> Directiva 2003/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de febrero de 2003, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido)

Todas las circunstancias anteriores constituyen un riesgo para la maternidad en cualquiera de sus fases –riesgo genérico–, pero a la hora de determinar si un agente físico, químico o biológico u otra condición de trabajo lleva aparejada la concesión de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, se deberá acreditar que los mismos repercuten específicamente sobre la lactancia, no siendo válida una argumentación genérica válida para las distintas fases. En esta línea, la STS 2373/2011, de 1 de octubre de 2012, declara que no ha lugar al reconocimiento de la prestación por riesgo durante la lactancia natural por cuanto “*los riesgos no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia*”.

Existe numerosa normativa que prevé posibles riesgos para la lactancia natural, siempre de modo no exhaustivo, como los anexos VII y VII del RSP o, entre otras, la NTP<sup>34</sup> 664 del INSHT.

*Tabla 3: Riesgos principales para la lactancia natural*

<b>RIESGO</b>	<b>AGENTE</b>
Excreción de tóxicos por leche materna	Plomo, manganeso, mercurio, citostáticos, pesticidas
Vehiculización del tóxico o agente peligroso por higiene deficiente	Agentes biológicos Agentes químicos
Inhibición o disminución de la secreción láctea por exposiciones laborales	Carga mental Ruido Estrés térmico

*Fuente: NTP 664: Lactancia materna y vuelta al trabajo. INSHT*

Si bien, todos estos riesgos deberán apreciarse de forma específica en cada caso concreto, no solo para un mismo puesto de trabajo, sino para cada mujer trabajadora en particular. De no ser así, tendrían acceso a la prestación todas las trabajadoras con hijos biológicos menores de 9 meses en cuyos puestos de trabajo existiera algún riesgo para la salud, no siendo éste el fin de la norma<sup>35</sup>. De ahí se desprende que la tarea de identificación del riesgo resulte extraordinariamente compleja.

<sup>34</sup> Las notas técnicas de prevención son guías de buenas prácticas elaboradas por el INSST cuyas indicaciones no son vinculantes ni de obligado cumplimiento salvo que se hallen recogidas en una norma vigente.

<sup>35</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El riesgo por lactancia: delimitación. STS 13 mayo 2015”, *Anales de Derecho*, núm. 2, 2016, pág. 6

Sobre la exigencia de acreditar la especificidad del riesgo para la lactancia natural se ha pronunciado la STS 3114/2013, de 13 de mayo, deniega la prestación por riesgo durante la lactancia natural a una educadora de un centro de reeducación de menores habiendo quedado probado su exposición a riesgos tales como agresión y contagio de enfermedades tales como Hepatitis B o SIDA por no haber quedado acreditado de forma específica los riesgos que presentaba su trabajo para la lactancia natural, aun cuando se reconoce la existencia de riesgos genéricos. La citada sentencia incorpora un voto particular en contra formulado por la magistrada ARASTEY SAHUN, quien sostuvo que el tribunal debió estimar el recurso de la trabajadora pues *“existe riesgo de contagio de determinadas enfermedades susceptibles, a su vez, de ulterior transmisión al lactante a través de la leche materna -y tal riesgo resulta incuestionable, al menos, en el caso del SIDA-; y, además, se acredita una situación de constante exposición de la trabajadora en su labor de intervención directa en el Centro de reeducación de menores como responsable de su formación integral.”*

Sí ha apreciado el TSJ de Asturias<sup>36</sup> la existencia de riesgo específico para la lactancia natural en el caso de trabajadoras expuestas a sustancias etiquetadas como H362<sup>37</sup>, que hace referencia a aquellas sustancias o mezclas que pueden perjudicar a los niños alimentados con leche materna. *A sensu contrario*, la exposición a sustancias que no estén etiquetadas como peligrosas para la lactancia materna no podrá dar lugar al reconocimiento de la prestación<sup>38</sup>.

En cuanto a la valoración del riesgo de agentes físicos, químicos y biológicos, la STS 1563/2012, de 21 de marzo, desestima conceder la prestación a una ATS del servicio de urgencias, pues los informes acreditados únicamente referenciaban una *“declaración global y genérica de unos riesgos susceptibles de poder estar aparejados a un puesto de aquella naturaleza, de médico del servicio de urgencias hospitalarias, 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>39</sup>.

---

<sup>36</sup> STSJ de Asturias 729/2015, de 24 abril.

<sup>37</sup> La indicación H362 (o R-64) hace referencia a aquellas sustancias o mezclas que pueden perjudicar a los niños alimentados con leche materna.

<sup>38</sup> STSJ de Andalucía 1403/2014, de 22 mayo, que deniega la prestación por riesgo durante la lactancia natural a una trabajadora *“expuesta a productos como lejía, amoníaco, detergentes/desinfectantes, friegasuelos amoniacal, limpiacristales, lavavajillas higienizante, ambientador perfumado, productos jabonosos, abrillantadores (limpiadores de madera), productos de uso doméstico en limpieza que no están clasificados con la etiqueta R-64”* no quedando acreditada la exposición a un riesgo específico.

<sup>39</sup> Dice la sentencia que no hay una verdadera especificación de los riesgos, en cuanto, por ejemplo, se señala que la trabajadora está expuesta a una *“proximidad de radiación, sin mayores detalles que permitan*

La STSJ de Galicia 2591/2012, de 24 de abril, reconoce la prestación de riesgo durante la lactancia natural a una tripulante de cabina de pasajeros al argumentar que *“los turnos de trabajo como tripulante de cabina en una compañía aérea con vuelos por Europa, España y Norte de África es realmente incompatible con el amamantamiento pues se trata de turnos irregulares, variables y de muy difícil conjunción con el derecho a la lactancia pues si bien puede conservarse varios días la leche materna, lo cierto es que se precisa la extracción ordenada de la misma, con regularidad y ello es incompatible con el medio en el que se desarrolla el trabajo y con el trabajo a turnos, pues parece razonable entender que tal extracción habrá de producirse muchas veces, en vuelo o en instalaciones aeroportuarias con lo que se evidencia, de una parte, la dificultad para llevar a cabo la extracción con garantías personales de intimidad adecuadas, la dificultad para proceder en tales casos a la conservación y finalmente, la muy posible pérdida por la madre de las facultades de producción de leche con el riesgo de finalizar de forma abrupta e intempestiva la lactancia natural, razones que nos llevan a entender que por el medio y forma en que se presta el servicio, la turnicidad y nocturnidad, afectan de manera negativa y palmaria al derecho de la madre y del hijo a una lactancia natural lo que conlleva, estimar el recurso y con revocación de la resolución recurrida reconocer a la misma la prestación reclamada”*. En lo que se refiere a las trabajadoras del sector sanitario, la STSJ de Castilla la Mancha 1533/2013 de 27 diciembre, considera equiparable la doctrina aplicada a las tripulantes de cabina a una técnico-camillera que realizaba traslado de enfermos en servicio de urgencias en turnos de guardias de 24 horas con una duración indeterminada de los traslados. Como razona BENAVENTE TORRES, en estos casos no es el tiempo de trabajo el único factor de riesgo, sino que es el conjunto de las particulares condiciones de trabajo las que hacen incompatible la lactancia<sup>40</sup>. Así, en el caso de la tripulante de cabina, al riesgo derivado del tiempo de trabajo se le sumaban otros relacionados con la falta de espacio adecuado para extraer la leche materna e insuficiente de instalaciones frigoríficas para conservarla.

---

*establecer cuál es el uso, características y alcance de aparatos que emitan tales radiaciones en el caso concreto del puesto de la actora” o “riesgos infecto contagioso con pacientes, sin enumerar siquiera a qué tipo de infección se refiere, ni en qué datos epidemiológicos habituales en el servicio de urgencias se fundamenta”.*

<sup>40</sup> BENAVENTE TORRES, M.<sup>a</sup> I., *El riesgo durante...* cit., pág. 86.

En relación con la existencia de espacios adecuados para extraer y conservar la leche materna, la STS 818/2011, de 24 de abril, dispone que habrá de apreciarse riesgo “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”. Un estudio del año 2010 afirma que las empresas que disponen de un local que permita la extracción y conservación de la leche materna en condiciones de intimidad favorecen que la mujer pueda seguir amamantando a su hijo, y de este modo se logra un menor absentismo laboral<sup>41</sup>. En el año 2015, la Asociación Española de Pediatría, con el apoyo del Ministerio de Sanidad, elaboró un documento<sup>42</sup> que recomienda a las medianas y grandes empresas disponer de una sala de lactancia y recoge las condiciones que deben reunir.

El Comité de Lactancia Materna de la Asociación Española de Pediatría promulgó, en el año 2010, un informe complementario a las Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural, en el cual dispuso que, por encima de los riesgos físicos, químicos y biológicos, el mayor riesgo al que se expone una mujer lactante, su criatura, su familia y el resto de la sociedad es la pérdida o la menor duración de la lactancia<sup>43</sup>, la cual es más reducida en mujeres trabajadoras. Diversos estudios, como el de la doctora HERNÁNDEZ AGUILAR<sup>44</sup>, concluyen que la duración de la lactancia es inversamente proporcional al número de horas semanales que trabaja una mujer, relacionándose los trabajos a tiempo parcial y los horarios flexibles con una mayor duración. Dicha duración se relaciona también con el apoyo empresarial que reciben las madres en su lugar de trabajo. También se pronuncia la referida autora sobre las condiciones de tiempo y espacio en que deben efectuarse la extracción y conservación de la leche, señalando que la mujer debe tener acceso a un espacio tranquilo, limpio, íntimo, libre de interrupciones y, preferiblemente, con acceso a agua, al tiempo que dispone los cuartos de baño no constituyen un lugar idóneo. Además, el tiempo para la extracción debe planificarse y dependerá de la edad del bebé.

---

<sup>41</sup> MANDAL B., ROE B. E. y FEIN S. B., “The differential effects of full-time and part-time work status on breastfeeding”, *Health Policy*, 2010.

<sup>42</sup> ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, *¿Qué supone trabajar en una empresa que apoye la lactancia materna?*, 2015.

<sup>43</sup> ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, *Información complementaria al documento orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural*, 2010.

<sup>44</sup> HERNÁNDEZ AGUILAR, M.<sup>a</sup> T., “Prolongación de la lactancia. Vuelta al trabajo.” en MONOGRAFÍAS DE LA AEP, *Lactancia Materna: Guía para profesionales*, Ergon, 2004, pág. 295.

## 4. EVALUACIÓN DE RIESGOS PARA LA LACTANCIA NATURAL

### 4.1. EVALUACIÓN DE RIESGOS

La evaluación de riesgos es un instrumento fundamental en lo que concierne a la adecuada gestión de la salud y seguridad de los trabajadores que se integra en el Plan de Prevención de Riesgos Laborales. Tiene por objeto identificar y valorar los riesgos de la totalidad de puestos de trabajo que existen en una empresa y, en función de su resultado y de las situaciones de riesgos detectadas, obtener una relación de puestos de trabajo que, por un lado, identifique los que estén exentos de riesgo y, por otro, alerte sobre los que sí presenten algún peligro a fin de adoptar las medidas preventivas y correctivas pertinentes para cada caso concreto. En resumidas cuentas, su finalidad es dar respuesta a la pregunta: ¿es segura la situación de trabajo analizada?<sup>45</sup>

Su elaboración, tal y como dispone el artículo 16 LPRL, es obligatoria para todas las empresas<sup>46</sup>, y deberá ser actualizada si hubiese cambios en las condiciones de trabajo o revisarse si se detectasen daños para la salud de los trabajadores por ser inadecuada<sup>47</sup>. Así pues, la evaluación no es única y definitiva sino que está sujeta a modificaciones, ya sea porque las condiciones laborales hayan variado o porque la inicial resultare insuficiente. Dicho deber supone una garantía adicional para los trabajadores, ya que el empresario dejaría de cumplir con la obligación legal de elaborar una evaluación de riesgos cuando esta quedase obsoleta, debiendo mantenerla actualizada para velar en todo momento por la seguridad de su plantilla. En este sentido, el empresario deberá garantizar que las trabajadoras en período de lactancia no están expuestas a riesgos que puedan dañar su salud o seguridad durante todo el tiempo que dure la lactancia<sup>48</sup>.

En cuanto a la metodología a seguir para diseñar una correcta evaluación de riesgos, la “Comunicación de la Comisión sobre directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales

---

<sup>45</sup> INSHT, *Evaluación de Riesgos Laborales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pág. 1.

<sup>46</sup> Si bien existe un modelo simplificado en atención al número de trabajadores y a la naturaleza y peligrosidad de las actividades realizadas (artículo 16.2 bis LPRL)

<sup>47</sup> Art. 6 RSP: En todo caso, se deberá revisar la evaluación correspondiente a aquellos puestos de trabajo afectados cuando se hayan detectado daños a la salud de los trabajadores o se haya apreciado a través de los controles periódicos, incluidos los relativos a la vigilancia de la salud, que las actividades de prevención pueden ser inadecuadas o insuficientes

<sup>48</sup> Comunicación de la Comisión sobre directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, pág. 12.

considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia” dispone que la misma comprende tres fases<sup>49</sup>:

1. Identificación de los peligros: (agentes físicos, químicos y biológicos; procedimientos industriales; movimientos y posturas; fatiga mental y física; otras cargas físicas y mentales).

2. Identificación de las categorías de trabajadoras: trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia. Como se manifestó en el anterior epígrafe, los riesgos y su intensidad serán variables en función del momento específico del ciclo reproductivo en que se encuentre la trabajadora.

3. Evaluación de los riesgos –específica–, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, para determinar si, efectivamente, el peligro detectado lleva aparejado una situación de riesgo para la mujer. Se trata de una segunda evaluación de riesgos cuyo objeto es evaluar los riesgos que, habiendo sido detectados inicialmente, no hubieren podido ser eliminados. Representa la fase más crítica.

El empresario deberá evaluar, de forma inicial y genérica, los riesgos de todos los puestos y condiciones de trabajo de la empresa y, cuando conozca<sup>50</sup> que una trabajadora está dando lactancia materna, habrá de elaborar una evaluación específica para esa trabajadora a fin de poder apreciar cualquier riesgo para su seguridad o salud, así como cualquier repercusión sobre la lactancia y determinar las medidas que deberán adoptarse<sup>51</sup>. En estos términos, el artículo 4 de la Directiva 92/85/CEE obliga al empleador a evaluar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que sean susceptibles de presentar un riesgo específico, debiendo tenerse también en cuenta, como expone

---

<sup>49</sup> Método de evaluación de los riesgos. Comunicación de la Comisión, de 20 de noviembre de 2000, sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Página 6.

<sup>50</sup> En lo que se refiere al conocimiento del estado de la mujer por parte de la empresa: a) La trabajadora no está obligada a comunicar a la empresa su situación de lactancia natural; y b) Nuestra normativa limita la capacidad empresarial de conocer datos relativos a la salud de sus trabajadores, pues antepone el derecho a la intimidad de estos, al entender que esta información se haya incluida en el ámbito protegido del derecho a la intimidad –art. 18.1 CE– (MARÍN MALO, M., “La especial protección de la seguridad y salud de la mujer en el medio laboral: embarazo, lactancia y nuevas situaciones protegidas”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, núm. 2, 2023, pág. 91)

<sup>51</sup> STJUE, de 19 de octubre de 2017, C-531/15, Asunto Otero Ramos. Numeral 45.

CASTRO ARGÜELLES<sup>52</sup>, la influencia de los tiempos de trabajo sobre la lactancia natural y, en particular, de las jornadas a turnos y/o en horario nocturno.

La normativa española introduce el concepto de trabajador especialmente sensible, definido en el artículo 25.1 LPRL como “*trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo*”. En conjunción con el precepto anterior, el artículo 4.1 b) RSP dispone que la evaluación inicial de riesgos debe tener en cuenta la posibilidad de que un puesto de trabajo sea ocupado por un trabajador especialmente sensible. Los trabajadores especialmente sensibles no podrán ser empleados en puestos de trabajo donde puedan ponerse en peligro a ellos mismos o a terceras personas, ni siquiera cuando su condición de trabajador especialmente sensible sea transitoria<sup>53</sup>. Las trabajadoras en periodo de lactancia natural, cuando desarrollen cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico de exposición, tendrán la consideración de TES, de modo que, aunque su puesto de trabajo haya sido objeto de una evaluación de riesgos inicial que contemplase esta posibilidad, cuando la misma revele que existen riesgos asociados, deberá determinarse de forma específica la naturaleza, grado y duración de la exposición de la trabajadora a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o la del hijo lactante<sup>54</sup>.

En cuanto a la competencia para realizar la evaluación de riesgos, el RSP clasifica las funciones de actividad preventiva en tres niveles –básico (art. 35), intermedio (art. 36) y superior (art. 37)–, estando todos ellos facultados para elaborar evaluaciones de riesgos, existiendo un sistema de reparto de competencias en virtud de la formación que exija su elaboración en cada caso. Una vez concluida, los resultados de la evaluación deberán comunicarse a las trabajadoras potencialmente afectadas y a los representantes de los trabajadores.

---

<sup>52</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.<sup>a</sup>. A.: “El riesgo durante lactancia natural en trabajos a turnos y/o en jornada nocturna”, *Conflegal*, 2019, en <https://conflegal.com/20190312-el-riesgo-durante-lactancia-natural-en-trabajos-a-turnos-y-o-en-jornada-nocturna/>

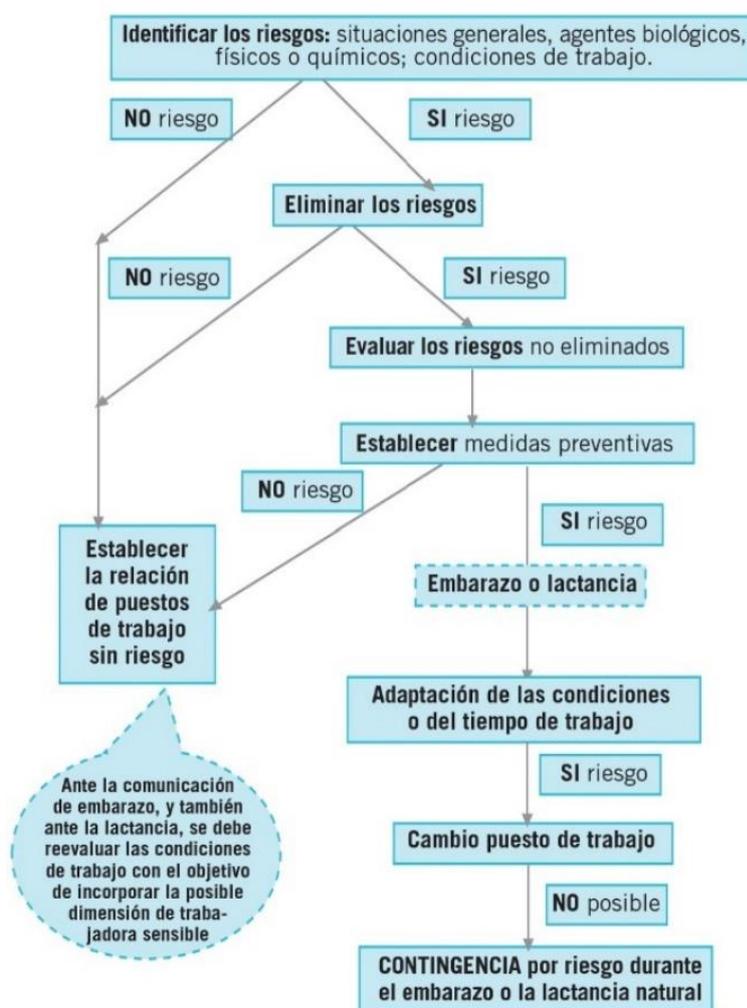
<sup>53</sup> Art. 25.1 LPRL.

<sup>54</sup> Art. 26.1 LPRL.

## 4.2. LA PREVENCIÓN ESCALONADA: NIVELES PREVENTIVOS.

Una vez hayan sido elaboradas tanto la evaluación de riesgos inicial como ulteriores, y en caso de que las medidas preventivas adoptadas por el empleador no hubieren logrado la eliminación total de los peligros que el puesto de trabajo entrañe para la salud o seguridad de la trabajadora o del lactante, el ordenamiento jurídico ha configurado un entramado escalonado de medidas – de menor a mayor gravamen para la trabajadora – que el empresario debe tomar para que deje de verse expuesta al riesgo<sup>55</sup>.

Tabla 4: Esquema sobre evaluación de riesgos y eventuales consecuencias



Fuente: CO.OO., Guía sindical para la prevención de riesgos durante el embarazo y la lactancia, Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud, 2008, pág. 16.

<sup>55</sup> Ello deriva del principio de acción preventiva previsto en el art. 15.1. a) LPRL: evitar los riesgos.

Dicho entramado legal de medidas funciona, tal y como refleja el esquema, del siguiente modo<sup>56</sup>: cuando las medidas preventivas adoptadas en primer término no hubieren eliminado el riesgo, el empresario deberá adaptar las condiciones y/o tiempo de trabajo de la trabajadora afectada a fin de que deje de estar expuesta. Si dicha adaptación no fuere posible<sup>57</sup> se deberá cambiar a la trabajadora de puesto de trabajo o función. En tercera y última instancia, cuando las dos medidas anteriores no hubieren podido ser ejecutadas, se procederá a la suspensión del contrato de trabajo durante todo el tiempo que resulte necesario para la protección de la seguridad o salud de la trabajadora o del lactante.

Las medidas indicadas solamente podrán adoptarse, como se ha dicho, de forma escalonada, de modo que el empleador no podrá proceder a la suspensión del contrato sin haber tratado antes de adaptar las condiciones de trabajo o cambiado su puesto o función.

#### **4.2.1. Primer nivel: Adaptación de las condiciones y/o tiempo de trabajo**

*Art. 26.1 LPRL: “Si los resultados de la evaluación [...] revelan un riesgo para la seguridad o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora a que se refiere el artículo 2, el empresario tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo”.*

Lo primero que deberá hacer el empresario en caso de que la evaluación de riesgos evidencie la existencia de un riesgo específico para la lactancia natural será intentar adaptar las condiciones –incluidas las horarias– del puesto de trabajo, de modo que este pase a ser compatible con el estado de la trabajadora. Mientras que la adaptación en el caso de las trabajadoras embarazadas suele incluir ajustes físicos, como la acomodación del uniforme, estos ajustes son poco frecuentes en el caso de las trabajadoras en periodo de lactancia, que demandan, con mayor frecuencia, medidas tendentes a adaptar el tiempo de trabajo, a fin de: a) facilitar la lactancia directa, b) evitar el estrés que suponen algunos tiempos de trabajo, o c) extraer la leche en condiciones de higiene e intimidad<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Las consecuencias de los resultados de la evaluación de riesgos se prevén en el art. 5 de la Directiva 92/85/CEE y artículo 26 LPRL.

<sup>57</sup> Dice el art. 5.2 de la Directiva 92/85/CEE que la no adaptación de las condiciones y /o tiempo de trabajo solamente podrá excusarse por su imposibilidad técnica u objetiva, u otro motivo que deberá ser justificado.

<sup>58</sup> BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A., “La prevención laboral efectiva frente al riesgo durante la lactancia: historia, estado de la cuestión y expectativas”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 138, 2018, pág. 204.

Si bien, no suelen explorarse todas las posibilidades de adaptación y este primer nivel suele pasarse de largo, tal y como entiende BALLESTER PASTOR<sup>59</sup>. En la misma línea razona MORENO SOLANA<sup>60</sup>, al concluir que debería incidirse más profundamente en las obligaciones previas a la suspensión del contrato, en aras a impedir, por un lado, que la trabajadora vea perjudicada de algún modo su promoción profesional y, por otro, que las arcas públicas deban soportar los riesgos laborales que generan las empresas.

La STSJ de Madrid 548/2010, de 24 septiembre, resuelve un recurso de suplicación promovido por una aerolínea frente a una tripulante de cabina de pasajeros que prestaba ahí sus servicios. Declaró dicho tribunal que, habiéndose constatado la ausencia de condiciones idóneas -tanto higiénicas como de temperatura- para una adecuada extracción y conservación de la leche en condiciones idóneas, tales circunstancias no eran generadoras, tal y como falló el juzgado en primera instancia, de un supuesto de suspensión del contrato, sino de un deber por parte del empresario para adaptar sus condiciones de trabajo a tales exigencias. En esta línea, concluyó que los riesgos relacionados con la falta de privacidad o sistema frigorífico deficiente (la leche materna para su conservación requiere condiciones idóneas de temperatura para evitar la proliferación de bacterias<sup>61</sup>) debían traducirse en *“introducir dentro de la aeronave condiciones adecuadas de extracción y conservación de la leche o bien en corregir la disparidad tanto en turnos como en horario existentes (hecho probado cuarto) o proceder a una reducción de las horas de vuelo que hiciesen no necesaria la extracción de la leche dentro de la aeronave<sup>62</sup>”*.

Aunque escasa, existe jurisprudencia que deniega la prestación por riesgo durante la lactancia natural por haber procedido el empresario a adaptar correctamente el puesto de trabajo. En este sentido, la STSJ de Galicia 1138/2016, de 25 de febrero, desestima la demanda interpuesta por la trabajadora argumentando que la empresa, tras elaborar la evaluación y detectar riesgos, adaptó el puesto de trabajo proporcionando a la mujer una sala de lactancia en condiciones de higiene y temperatura ideales, así como una nevera que permita almacenar y conservar la leche en buen estado, consiguiendo de este modo eliminar los riesgos que presentaba el puesto.

---

<sup>59</sup> BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A., “La prevención laboral...”, cit., pág. 204.

<sup>60</sup> MORENO SOLANA, A., “Salud laboral y mujer trabajadora: cuestiones más recientes”, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, núm. 4, 2018, pág. 167.

<sup>61</sup> STSJ de Madrid, 548/2010 de 24 septiembre.

<sup>62</sup> STSJ de Madrid, 548/2010 cit.

#### 4.2.2. Segundo nivel: Traslado a un puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora

*Art. 26.2 LPRL “Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada”.*

Solamente cuando la adaptación del puesto de trabajo sea imposible o insuficiente<sup>63</sup>, se tratará de trasladar a la trabajadora a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. Tal imposibilidad o insuficiencia deben corroborarse a través de una certificación médica<sup>64</sup>.

En lo relativo a las características del nuevo puesto de trabajo, la norma específica que “*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<sup>65</sup> de su puesto de origen*”. En todo caso, la movilidad también es escalonada, debiendo procurarse en primera instancia el traslado a un puesto de su mismo encuadramiento profesional, y solamente cuando esto no sea posible se la podrá trasladar a otro grupo o categoría, ya sea de nivel inferior como superior<sup>66</sup>.

Por último, el procedimiento a seguir para el cambio de puesto o función será el previsto para los supuestos de movilidad funcional (art. 39 ET) y la situación de cambio de puesto tendrá efectos hasta que el estado de salud de la trabajadora le permita regresar a su puesto de origen.

---

<sup>63</sup> La persistencia de riesgos en un puesto de trabajo que haya sido adaptado debe ser certificada por los servicios médicos del INSS o de las mutuas (art. 26.2 LPRL)

<sup>64</sup> En función de con quién tenga asegurada la empresa la cobertura de los riesgos profesionales, la certificación médica corresponderá al INSS o a la Mutua.

<sup>65</sup> Sobre los incentivos salariales que recibe la trabajadora por razón de su puesto de trabajo, cabe aclarar que ésta mantiene el derecho a continuar percibiendo los complementos que venía cobrando por el trabajo nocturno y a turnos, ya que la lactancia no debe conllevar detrimento económico alguno (FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J. J., “La movilidad funcional y geográfica del personal laboral de servicio de las administraciones públicas” en ESCUELA GALLEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *Derecho social y administración pública*, 2013, pág. 74)

<sup>66</sup> CAIRÓS BARRETO, D. M.<sup>a</sup>, “Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia”, *Lan Harremanak*, núm. 23, 2010, pág. 108.

### 4.2.3. Tercer nivel: Suspensión del contrato de trabajo

*Art. 26.3 LPRL “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”.*

La posibilidad de suspensión del contrato es la *última ratio* a adoptar, pues la preferencia legal expresa se decanta por la conservación del trabajo de la mujer FERNÁNDEZ LÓPEZ<sup>67</sup>. A su vez, la doctrina del Tribunal Supremo configura esta consecuencia como una medida subsidiaria de segundo grado y los requisitos exigidos para su reconocimiento son, como se ha visto, *“la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de 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”*<sup>68</sup>.

La duración de la situación de suspensión se prevé en el artículo 48,7 ET, según el cual se prologará, por regla general, hasta que el lactante cumpla nueve meses, a expensas de que pueda finalizarse con anterioridad, bien porque desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior –porque haya sido adaptado o haya renunciado a la lactancia materna en pro de la artificial– o bien porque se la pueda trasladar a otro compatible con su estado. Por tanto, la norma pone de manifiesto que la suspensión del contrato no es solamente la última opción a adoptar tras el fallido intento de adaptación o traslado, sino que, incluso, cesará cuando las posibilidades anteriores puedan finalmente llevarse a la práctica. Mientras la trabajadora esté dispensada de su trabajo, percibirá la prestación de riesgo durante la lactancia natural, prevista en los artículos 188 y ss. LGSS.

---

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, *Temas Laborales*, núm. 79, 2005, pág. 48.

<sup>68</sup> STS 306/2011, de 22 noviembre.

En lo que se refiere a las trabajadoras por cuenta propia, el artículo 16 LETA les permite interrumpir justificadamente su actividad en casos de riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses, y, al igual que las trabajadoras por cuenta ajena, también quedarán al amparo de la acción protectora de la Seguridad Social –Régimen del RETA–.

El principal problema al que se enfrenta la trabajadora para ver su contrato suspendido a causa de una situación de peligro para la lactancia es que la empresa hubiere elaborado una evaluación de riesgos deficiente. Esto es así porque si la evaluación adolece de especificidad, se dificultará la apreciación de riesgo y provocará la denegación de la prestación<sup>69</sup>. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de noviembre de 2012, equipara la negativa de la empresa a declarar la existencia de un riesgo para la lactancia con la negativa a ofrecer un puesto de trabajo alternativo, resolviendo que en ambos casos es procedente la declaración jurisdiccional de la suspensión del contrato y consiguiente reconocimiento de la prestación<sup>70</sup>. Además, la doctrina del Tribunal Supremo ha sido modificada en aras de facilitar a la trabajadora la carga de probar que la evaluación de riesgos ha sido deficiente y ver reconocido su derecho a la prestación<sup>71</sup>.

Tratamiento aparte merece la cuestión relativa al lento reconocimiento de la prestación una vez el empresario ha suspendido el contrato de la trabajadora, afrontando la agraviada un periplo procedimental que la expone una terrible situación de desprotección. Entre tanto, la mujer debe elegir entre a) seguir prestando sus servicios expuesta al riesgo; b) abandonar la lactancia; c) incapacidad temporal<sup>72</sup> por contingencias comunes; d) acumulación de descansos; o e) excedencia para el cuidado de hijos BENAVENTE TORRES<sup>73</sup>. En lo que respecta al primer supuesto, ¿qué ocurre si la trabajadora hubiere seguido trabajando, aun existiendo riesgos, por haberle sido denegada inicialmente la prestación si posteriormente se le reconoce este derecho? La STSJ de País Vasco, 2250/2012 de 25 septiembre, dispone que, al haber prestado servicios que no debía, “*la demandante tiene derecho al percibo de la prestación correspondiente*”.

---

<sup>69</sup> BENAVENTE TORRES, M<sup>a</sup>. I., *El riesgo durante...* cit., pág. 127.

<sup>70</sup> STS 306/2011 de 22 de noviembre.

<sup>71</sup> La cuestión relativa a la prueba se contempla con mayor profundidad en el punto 5 de este trabajo.

<sup>72</sup> Art. 45.1 RD RD 295/2009: Cuando la trabajadora se encuentre en situación de incapacidad temporal y, durante la misma, solicite la prestación de riesgo durante el embarazo, no procederá el reconocimiento, en su caso, del subsidio, hasta que se extinga la situación de incapacidad temporal por cualquiera de las causas legal o reglamentariamente establecidas.

<sup>73</sup> BENAVENTE TORRES, M<sup>a</sup>. I., *El riesgo durante...* cit., págs. 134-135.

## 5. CARGA DE LA PRUEBA E INVERSIÓN EN CASOS DE DISCRIMINACIÓN

### 5.1. CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA

La prueba es un acto procesal que tiene por objeto la verificación o acreditación de los hechos (más bien las afirmaciones de hecho), en los que las partes apoyan sus respectivas pretensiones y oposiciones, y cuyo fin es alcanzar la convicción judicial para lograr, de este modo, una sentencia favorable. En lo referente a la cuestión relativa a la carga de la prueba, que trata de responder a la pregunta de “¿quién debe probar?”, rige el principio dispositivo o de justicia rogada, en virtud del cual corresponde a las partes cargar con el peso de alegar y acreditar los hechos en los que se apoyan sus respectivas pretensiones<sup>74</sup>. Dicho principio general está regulado en el artículo 217 LEC<sup>75</sup>, precepto trasladable al proceso laboral que no deja de ser una especialidad del proceso civil<sup>76</sup>.

Si bien la cuestión relativa a la carga de la prueba puede parecer, a priori, sencilla –quien afirma, prueba<sup>77</sup>–, la misma adquiere cierta complejidad en casos de discriminación, en los cuales tendrá lugar lo que se conoce como inversión de la carga de la prueba. Sobre este asunto se ha pronunciado la Unión Europea a través de la promulgación de normas que integran lo que se conoce como legislación antidiscriminatoria, entre las que se encuentra la Directiva 2006/54/CE, que ha introducido un sistema probatorio más favorable para las trabajadoras que hayan sufrido discriminación en relación con el embarazo o el permiso por maternidad<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La prueba en el proceso laboral: objeto, carga y posibilidades de impugnación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social, versión electrónica*, núm. 10, 2006, pág. 10.

<sup>75</sup> Art. 217 LEC: “Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”.

<sup>76</sup> STC 87/2006, de 27 de marzo.

<sup>77</sup> *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat (Paulo: Digesto 22, 3, 2).*

<sup>78</sup> Art. 2.2 c) Directiva 2006/54/CE: “A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá: c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE.”

## 5.2. INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA. ASUNTO OTERO RAMOS

¿Qué es y cuándo rige la inversión de la carga de la prueba? ¿Qué requisitos se exigen? ¿Cuál es su razón de ser? Antes de todo, la inversión de la carga de la prueba se traduce en una ruptura del principio probatorio general, de modo que es la parte demandada –y no quien alega– quien debe soportar la carga probatoria. En derecho laboral es característica de procesos que tienen por objeto un caso de discriminación, pero esta circunstancia no basta, por sí sola, para que dicha inversión tenga lugar, sino que es preciso que el actor presente indicios que permitan presumir la existencia de dicha discriminación. De ser así, corresponderá a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato<sup>79</sup>, rompiendo con el principio general de que debe probar la parte que alega, debiendo ser el empleador quien deba demostrar que no ha existido trato discriminatorio<sup>80</sup>. En lo que respecta a su finalidad, el objeto de la inversión de carga de la prueba es garantizar el respeto efectivo del principio de igualdad de trato<sup>81</sup> mediante la introducción de un sistema probatorio más favorable para el trabajador que denuncie haber sufrido un trato discriminatorio de su empleador.

En España, este principio se aplica, teóricamente, a todos los procesos de discriminación, aunque en la práctica esto no sea así, por ejemplo en materia de discriminación retributiva<sup>82</sup>. El artículo 96.1 LRJS regula la inversión de la carga de la prueba en términos semejantes al artículo 19.1 de la Directiva 2006/54/CE exigiendo, igual que esta, que la parte actora deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación, en cuyo caso corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad<sup>83</sup>. Los indicios fundados de discriminación constituyen pues *conditio sine qua non* para que la inversión de la carga probatoria tenga lugar. Pero, ¿cuándo existen indicios que la justifiquen? El TC, en su Sentencia 183/2015, de 10 de septiembre de 2015 (Recurso de amparo 155-2013), dispone que deben ser considerados indicios no sólo los hechos que claramente demuestren la lesión del derecho, sino también

---

<sup>79</sup> Art. 19.1 Directiva 2006/54/CE.

<sup>80</sup> De no regir la inversión de la carga de la prueba, sería la trabajadora quien deba demostrar que ha sufrido discriminación.

<sup>81</sup> Directiva 2006/54/CE. Considerando 30.

<sup>82</sup> BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant Lo Blanch, 2017, pág. 220.

<sup>83</sup> Art. 96.1 LRJS

aquellos hechos que tenga simplemente entidad para hacer pensar que se ha podido producir la lesión del derecho<sup>84</sup>. Los medios de los que dispone la parte actora para acreditar un indicio de discriminación son similares a los de prueba (documental, testifical, pericial...). Cuándo un hecho es considerado indicio o prueba depende de la fuerza de convicción que tiene uno u otro.

Sobre la inversión de la carga de la prueba en casos de riesgo durante la lactancia natural se ha pronunciado el TJUE en su sentencia de 19 de octubre de 2017 (Asunto C-531/15) a la hora de resolver una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Galicia en el denominado Asunto Otero Ramos. La Sra. Otero Ramos era una enfermera que prestaba servicios en Urgencias del Centro Hospitalario de A Coruña (CHU), dependiente del SERGAS. En diciembre de 2011 dio a luz a una hija que recibió lactancia materna en exclusiva y, tras comunicarle a la dirección del CHU los riesgos<sup>85</sup> que su puesto podía presentar para la lactancia, le es denegada su solicitud de adaptación de las condiciones de trabajo, amparándose en un informe emitido por el propio hospital. Tras la desestimación, la trabajadora solicitó a la Dirección Provincial del INSS de A Coruña la certificación médica de riesgo durante la lactancia natural de su hija, a efectos de conseguir el reconocimiento de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural. El INSS también desestimó su solicitud, para cuya resolución valoró la relación de puestos de trabajo elaborada por el CHU y un informe emitido por un Doctor del Servicio de Medicina Preventiva —Prevención de Riesgos Laborales. La Sra. Otero Ramos recurre la desestimación del INSS ante el Juzgado de lo Social n.º 2 de A Coruña, presentando como prueba *“un escrito firmado por su superior jerárquica directa, la jefa de servicio de la unidad de urgencias del CHU, que indicaba, en esencia, que el trabajo de enfermería en dicha unidad presentaba riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la trabajadora en período de lactancia y para su hija”*. De nuevo, sus pretensiones son rechazadas, al considerar el juzgado que la parte actora no había logrado acreditar de forma suficiente los riesgos que presentaba su puesto de trabajo.

---

<sup>84</sup> BERNAL CAPUTTO, D. J., “La inversión de la carga de la prueba como técnica para la defensa de las personas vulnerables en los procesos laborales” en ÁLVAREZ ALCORCÓN, A. (Coord.), *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 239-256.

<sup>85</sup> Alegaba complejidad del ritmo de trabajo, radiaciones ionizantes, infecciones nosocomiales y estrés.

La trabajadora recurre la resolución mediante la interposición de un recurso de suplicación ante el TSJ de Galicia. Este tribunal, al albergar dudas sobre el reparto de la carga de la prueba, planteó una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE a fin de estudiar si la inversión de la carga probatoria prevista en la Directiva 2006/54/CE era o no aplicable al asunto.

Según el TJUE, si bien el informe médico de la jefa de servicio de la unidad de urgencias del CHU no constituía una prueba plena capaz de acreditar la concurrencia de una situación de riesgo para la lactancia, este escrito sí permitía presumir la existencia de discriminación por razón de sexo. Por consiguiente, pasaban a ser de aplicación las reglas de la Directiva 2006/54/CE de modo que la parte demandada debía invalidar dicho indicio, probando que dicha discriminación no existió mediante la acreditación de que “la evaluación de los riesgos se había realizado adecuadamente y que las medidas de adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto no eran factibles<sup>86</sup>.” La presunción de trato discriminatorio no fue tumbada, pues el TJUE expuso que el empresario no podrá justificar el cumplimiento de la normativa preventiva en base a la elaboración de la evaluación de riesgos defectuosa<sup>87</sup>. Ello hace que, finalmente, la STSJ de Galicia, de 8 de noviembre de 2017, fallase estimando totalmente el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora, reconociéndole el derecho a percibir las prestaciones derivadas del riesgo durante la lactancia materna.

Como se ha estudiado en el tercer epígrafe de este trabajo, la Directiva 92/85/CEE contempla, en su artículo 4, una serie de requisitos que debe cumplir una correcta evaluación de riesgos. Dice el TJUE que, de no ser elaborada siguiendo estas pautas, el incumplimiento es constitutivo de discriminación por suponer un trato menos favorable a una mujer vinculado a la maternidad<sup>88</sup>, por lo que sería de aplicación la Directiva 2006/54/CE y, por tanto, las reglas sobre inversión de la carga de la prueba.

---

<sup>86</sup> MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “La declaración de «apta» ya no es suficiente: traslación de la carga de la prueba en situaciones de riesgo durante la lactancia natural”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 418, 2018, pág. 166.

<sup>87</sup> BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>. A., “La prevención laboral efectiva...”, cit. pág. 190.

<sup>88</sup> “Dado que la condición de mujer en período de lactancia está estrechamente ligada a la maternidad y, en particular, «[al] embarazo o [al] permiso por maternidad», las trabajadoras en período de lactancia deben tener la misma protección que las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz”. Asunto Otero Ramos. Numeral 59.

En definitiva, ante la sospecha de una evaluación de riesgos que vulnera el principio de igualdad, el ordenamiento faculta a la trabajadora a probar de forma indiciaria que ha sufrido discriminación, lo que invertirá la carga probatoria pasando a ser el empleador quien deba demostrar que la evaluación se realizó con arreglo a las exigencias de la Directiva 92/85/CEE<sup>89</sup>.

### **5.3. TRABAJO NOCTURNO Y CARGA DE LA PRUEBA. ASUNTO GONZÁLEZ CASTRO**

La turnicidad y el trabajo a turnos pueden producir alteraciones en los trabajadores, ya sea a nivel físico, psíquico y social, que se agravan en el caso de la mujer lactante<sup>90</sup>, para quien la fatiga mental derivada de la ordenación de tiempo de trabajo puede conllevar una reducción de prolactina, que deriva en una reducción de la lactancia. En esta línea, el artículo 26.1 LPRL<sup>91</sup> contempla, entre las medidas preventivas susceptibles de ser tomadas por el empresario para la adaptaciones de las condiciones de trabajo, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

La Directiva 2003/88/CE, que regula el tiempo de trabajo desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales<sup>92</sup>, define como periodo [de trabajo] nocturno “*todo período no inferior a siete horas, definido por la legislación nacional, y que deberá incluir, en cualquier caso, el intervalo comprendido entre las 24.00 horas y las 5.00 horas*”. La normativa española de transposición –artículo 37.1 ET– considera trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana.

Una vez ha sido definido qué se entiende por trabajo nocturno, la ya conocida Directiva 92/85/CEE reconoce, en su artículo 7, el derecho de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia a no verse obligadas a trabajar en este período. Pero, ¿qué ocurre con las trabajadoras a turnos que desarrollan parte de él en horario nocturno? ¿Quedan comprendidas dentro del artículo 7 de la Directiva 92/85/CEE? A dicha cuestión se enfrentó, entre otras, el TJUE en el Asunto González Castro (STJUE de

---

<sup>89</sup> CHARRO BAENA, P., y GONZÁLEZ GARCÍA, S., “Riesgo laboral durante la lactancia natural: evaluación de los riesgos y carga de la prueba”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 15, 2018, pág. 199.

<sup>90</sup> ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, *Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural*, 2008, pág. 63.

<sup>91</sup> El art. 26.1 LPRL transpone el art. 7 de la Directiva 92/85/CEE

<sup>92</sup> CARRASCOSA BERMEJO, D., “El tiempo de trabajo en el derecho de la unión europea y su interpretación por el tribunal de justicia”, en MALDONADO MONTOYA, J. P., MARÍN MORÁN, I. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir. y coord.) *La reordenación del tiempo de trabajo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, pág. 132.

19 de septiembre de 2018, Asunto C-41/17) en resolución de una serie de cuestiones prejudiciales remitidas por el TSJ de Galicia, sobre una vigilante de seguridad cuya jornada laboral se organizaba en turnos rotatorios y variables de ocho horas, “*algunos de ellos en solitario, haciendo rondas y atendiendo a urgencias tales como delitos, incendios y otras incidencias, y sin que conste acreditada la existencia de un lugar adecuado para la lactancia natural o, en su caso, para proceder a la extracción mecánica de la leche*”<sup>93</sup>. Respondiendo a la pregunta planteada, el tribunal considera que sí deben quedar comprendidas en el artículo 7 de la directiva razonando que el mismo “*debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación, como la controvertida en el litigio principal, en la que la trabajadora de que se trata realiza un trabajo a turnos en el que solo desempeña una parte de sus funciones en horario nocturno*”.

En resumen, y en lo que se refiere a las trabajadoras españolas en periodo de lactancia, no podrán verse obligadas a desempeñar trabajo nocturno –artículo 26.1 LRPL, entendiéndose como tal el periodo que comprende las diez de la noche y las seis de la mañana –artículo 37.1 ET–, gozando igualmente de protección las trabajadoras a turnos que solamente realicen parte de él en horario nocturno.

Ahora bien, para que el derecho que tiene la trabajadora en periodo de lactancia de no trabajar en horario nocturno sea reconocido, la misma deberá, en primer lugar, comunicarlo a su empresario a fin de que pueda adaptar su tiempo de trabajo o, de no ser esto posible, trasladarla de puesto. El funcionamiento es idéntico al estudiado previamente en el Asunto Otero Ramos. Tanto es así que el TJUE concluye, en el Asunto González Castro que “*la evaluación de los riesgos establecida en el artículo 7 de la Directiva 92/85, no puede estar sujeta a requisitos menos estrictos que los que se aplican en el marco del artículo 4, apartado 1, de la misma Directiva*”. Esto es así porque la finalidad de ambos preceptos es proteger a la trabajadora de los riesgos que presenta su puesto de trabajo, regulando el artículo 7 el supuesto específico del trabajo nocturno. Así, la trabajadora deberá, en un primer momento, comunicar a su empleador que tiene una hija que recibe lactancia natural, a efectos de evaluar de forma específica si efectivamente el puesto de trabajo presenta o no algún riesgo para la lactancia (en este caso, la trabajadora considera que el riesgo deriva de su horario de trabajo). La evaluación de riesgos concluyó de forma muy deficiente que “*las funciones que ejercía y sus*

---

<sup>93</sup> Asunto Otero Ramos. Numeral 57.

*condiciones de trabajo no influían en la lactancia natural*<sup>94</sup>” por lo que no había ni siquiera intentado tomar medida alguna. Al no ser posible seguir trabajando en su empresa sin verse expuesta a ningún peligro, la trabajadora solicitó a su Mutua la expedición de un certificado médico acreditativo de los riesgos que supone su tiempo de trabajo para la lactancia natural, si bien su solicitud fue denegada sin más explicaciones que “*no [existe] riesgo alguno inherente a su puesto de trabajo que pueda ser perjudicial, tras realizar un estudio exhaustivo de la documentación facilitada por la propia trabajadora*<sup>95</sup>” y que “*la Sra. González Castro no está expuesta durante su trabajo a sustancias perjudiciales para su hijo y que sus condiciones laborales no interfieren con la lactancia*<sup>96</sup>”.

De nuevo, al igual que en el Asunto Otero Ramos, el TJUE falla en el sentido de que la demostración de la no inclusión en la evaluación de riesgos de un examen específico que tuviese en cuenta la situación individual de la trabajadora afectada –en este caso, la influencia del trabajo nocturno sobre la lactancia natural– constituye un indicio de trato discriminatorio, siendo de aplicación las reglas previstas en el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54/CE sobre inversión de la carga de la prueba, correspondiendo “*a la parte demandada probar que dicha evaluación de los riesgos contenía efectivamente tal examen concreto y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación*<sup>97</sup>”. En este asunto, el indicio fue la denegación de un certificado médico acreditativo de que el puesto de trabajo presentaba un riesgo para la lactancia natural.

En definitiva, la STJUE González Castro concluye que tendrán la consideración de trabajadoras nocturnas aquellas trabajadoras a turnos que desempeñen solamente parte de él en horario nocturno y equipara los requisitos a los que deben someterse las evaluaciones de riesgos previstas en los artículos 4 y 7 de la Directiva 92/85/CEE. De probarse que la evaluación no se acomoda a dichos requisitos, se entenderá que existe un indicio de trato discriminatorio, siendo de aplicación la Directiva 2006/54/CE e invirtiéndose la carga de la prueba.

---

<sup>94</sup> Asunto González Castro. Numeral 77.

<sup>95</sup> Asunto González Castro. Numeral 79.

<sup>96</sup> Asunto González Castro. Numeral 79.

<sup>97</sup> Asunto González Castro. Fallo.

## 5.4. CAMBIO JURISPRUDENCIAL

Tradicionalmente, la doctrina del Alto Tribunal –STS 1863/2010, de 18 de marzo– sostenía que “*la acreditación de un riesgo específico con relevancia para la salud de la madre y/o del lactante, que no se pueda prevenir o remediar más que mediante la suspensión del contrato de trabajo, corresponde en parte a la trabajadora y en parte a la empleadora a las que va a afectar tal importante vicisitud de la relación laboral*”<sup>98</sup>. Este razonamiento significaba que era la parte actora quien debía desvirtuar las causas de denegación de la prestación<sup>99</sup>, lo cual suponía una gran dificultad para ella, pues se encontraba en una situación de inferioridad para litigar.

La jurisprudencia del TJUE ha traído consigo una modificación del criterio que defendía con anterioridad el Supremo, el cual queda reflejado, entre otras, por la STS 667/2018 de 26 de junio, al determinar, por una parte, que la carga probatoria del riesgo específico recae sobre la empresa y, por otra, que no cabe limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, debiendo valorarse la incidencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural en pro de la calidad y cantidad del amamantamiento<sup>100</sup>, sobre la base de que tan perjudicial puede ser dicha exposición como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias<sup>101</sup>.

El nuevo criterio interpretativo queda consolidado en la STS 89/2019 de 6 de febrero, que reproduce los argumentos de la sentencia anterior. Si bien, RODRÍGUEZ CARDO y GARCÍA MURCIA apuntan que la problemática del riesgo durante la lactancia natural no parece cerrarse por completo al creer necesario un mayor desarrollo de la cuestión sustantiva, debiéndose clarificar, por ejemplo, si el riesgo durante la lactancia natural debe atender en exclusiva a los riesgos laborales que comprometen la seguridad o salud de la madre y/o del hijo, o si ha de extenderse a situaciones donde el trabajo pone en riesgo la organización vital o toma de decisiones basadas en convicciones personales<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> STS 1863/2010, de 18 de Marzo. Fundamento de Derecho 4º.

<sup>99</sup> MUÑOZ MOLINA, J., “Prestación por riesgo durante la lactancia natural. Circunstancias del trabajo y falta de previsión de tiempos disponibles”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 243, 2021, pág. 5

<sup>100</sup> PALOMINO SAURINA, P., “Prestación por riesgo durante la lactancia de las trabajadoras con turnos u horarios irregulares”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2018, págs. 145-154.

<sup>101</sup> MUÑOZ MOLINA, J., “Prestación por riesgo...”, cit., pág. 5.

<sup>102</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I. A., y GARCÍA MURCIA, J., “Riesgo durante la lactancia natural y trabajo a turnos/nocturno: STS de 6 de febrero de 2019”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2019, pág. 8.

## 6. PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

Tradicionalmente, las situación de riesgo durante la lactancia natural era cubierta desde la incapacidad temporal derivada por contingencias comunes, si bien esta protección resultaba muy forzada, pues no concurrían los requisitos de la misma: alteración o pérdida de la salud, necesidad de tratamiento médico y estar imposibilitado de trabajar de forma temporal. En cambio, el objeto de la prestación por riesgo durante la lactancia natural es dar cobertura a situaciones de riesgo cuya actualización se pretende evitar<sup>103</sup>. Prevista en los artículos 188 y ss. LGSS, esta prestación ha sido introducida en nuestro ordenamiento con la LOIEMH<sup>104</sup> y es desarrollada por el RD 295/2009, que le concede el mismo tratamiento jurídico<sup>105</sup> que al riesgo durante el embarazo.

Mientras que los supuestos de adaptación o traslado del puesto de trabajo no dan lugar al reconocimiento de prestación alguna –pues en ellos la trabajadora continúa sigue percibiendo una retribución económica de su empresa, donde sigue desempeñando un trabajo– la suspensión del contrato laboral constituye el hecho causante de la prestación por riesgo durante la lactancia natural, que tiene como finalidad cubrir la ausencia de rentas que sufre la trabajadora en este período.

Podrán ser beneficiarias<sup>106</sup> de dicha prestación: a) las trabajadoras por cuenta ajena, tanto del Régimen General como de los Regímenes Especiales, ya estén contratadas a tiempo completo o parcial; b) las trabajadoras por cuenta propia que hayan interrumpido su actividad profesional por dicha situación; y c) funcionarias integradas en el Régimen General e incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Las prestaciones por riesgo durante el embarazo y lactancia natural. Doctrina judicial”, *Economía española y protección social*, núm. 3, 2011, pág. 125.

<sup>104</sup> La introducción de la prestación por la LOIEMH trajo consigo un incremento de la cuantía del subsidio, que pasó a ser del 100% de la base reguladora establecida para la IT derivada de contingencias profesionales, mientras que el anterior era del 75% de la base reguladora correspondiente a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (PEÑA GARCÍA, M.<sup>a</sup> V., “Riesgo durante la lactancia natural”; *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, pág. 72)

<sup>105</sup> Así lo dispone la exposición de motivos del RD 295/2009 al decir que “*El régimen jurídico de esta prestación por riesgo durante la lactancia natural se afronta, en el real decreto, en paralelo con el previsto respecto del subsidio por riesgo durante el embarazo, ya que su concesión, por mandato legal, se realiza en las mismas condiciones que éste*”.

<sup>106</sup> Arts. 32 y 41 RD 295/2009.

<sup>107</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R., y GIL PLANA, J., *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*, Civitas, 2010, pág. 161.

En lo que respecta a su duración<sup>108</sup>, el subsidio se prolongará, con carácter general, durante todo el período en que el contrato de trabajo se halle suspendido, desde el día en que la trabajadora comience<sup>109</sup> a percibir el subsidio y hasta un máximo de 9 meses desde el nacimiento del hijo, si bien la prestación podrá extinguirse de forma anticipada por: a) reincorporación de la mujer a su puesto de trabajo u otro compatible con su estado; b) extinción del contrato de trabajo en virtud de una causa prevista legalmente; c) interrupción<sup>110</sup> de la lactancia natural; y d) fallecimiento de la beneficiaria o del hijo lactante. A fin de asegurar el efectivo cumplimiento de la norma, tanto la trabajadora como la empresa habrán de comunicar a la entidad gestora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio<sup>111</sup>.

La prestación económica es similar a la reconocida para el riesgo durante el embarazo, teniendo ambas la consideración de prestación derivada de contingencia profesional y consistiendo su cuantía<sup>112</sup> en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora. Como único requisito, la trabajadora debe estar afiliada y dada de alta o en situación asimilada al alta en la fecha en que se inicie la suspensión del contrato. Además, al tratarse de una prestación derivada de una contingencia profesional, no se exige período de cotización previo y rige el principio de alta presunta o de pleno derecho<sup>113</sup>. En lo que concierne a la situación asimilada al alta, no puede ser considerada como tal a estos efectos el desempleo, pues no puede existir una situación de riesgo cuando no hay prestación de trabajo, y precisamente lo que se tutela es la existencia de un riesgo y no una patología previamente diagnosticada<sup>114</sup>.

---

<sup>108</sup> Art. 50.3 RD 295/2009

<sup>109</sup> La prestación de riesgo durante la lactancia natural es incompatible con el período de descanso por maternidad, por lo que aquella no comenzará a cobrarse hasta que éste no se haya extinguido (art. 50.2 RD 295/2009)

<sup>110</sup> Del análisis de la STS 323/2019, de 24 de abril, se razona que la trabajadora no deberá acreditar de forma periódica que sigue con la lactancia natural, sino que se establece una presunción de que si ha habido lactancia natural, la misma prosigue. Si bien, el INSS podrá interesar acreditaciones periódicas de que la lactancia natural persiste. (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Presunción de lactancia natural cuando concurre al solicitar la prestación por riesgo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2019, pág. 8)

<sup>111</sup> Art. 50.4 RD 295/2009

<sup>112</sup> Caso práctico sobre cálculo de la cuantía de la prestación: Federica, quien viene prestando servicios para una empresa química, tiene un hijo y se le reconoce la prestación por riesgo durante la lactancia natural. Su base de cotización del mes anterior es de 2.207,60 euros. Para calcular la prestación debemos realizar la siguiente operación:  $2.207,60 / 30 = 73,58$  euros diarios. Al equivaler el subsidio al 100% de la base reguladora, Ana tendría derecho a una prestación de 73,58 euros diarios. (ARAGÓN GÓMEZ, C. y TRILLO GARCÍA, A.R.: “La evaluación de los riesgos durante la lactancia natural a efectos de causar la prestación económica de la seguridad social por riesgo durante la lactancia natural”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2017, pág. 89.)

<sup>113</sup> La consecuencia principal de este principio es que la trabajadora tendrá derecho al cobro de la prestación aunque el empresario haya incumplido su obligación de afiliarla y darla de alta.

<sup>114</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R., y GIL PLANA, J., *Las prestaciones económicas...*, cit., pág. 162.

La gestión y pago de la prestación económica corresponde al INSS o a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social con la que tenga concertada la empresa –o la trabajadora por cuenta propia– la cobertura de las contingencias profesionales en el momento de suspensión del contrato. La entidad que hubiere comenzado a pagar la prestación habrá de gestionar el pago hasta que ésta termine, aun cuando hubiere un cambio en la cobertura<sup>115</sup>.

Por último, el RD 295/2009 prevé, como medio para evitar el fraude, el establecimiento de instrumentos de control periódico por parte de las entidades responsables de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, a fin de lograr una adecuada eficacia en la gestión del subsidio.

El reconocimiento de la prestación depende, en gran medida, de la actuación empresarial, lo cual añade una complejidad añadida, en términos de plantear una eventual responsabilidad empresarial por omisión. En aquellos casos en los que, habiendo sido posible adaptar el puesto de trabajo o trasladar a la trabajadora, la empresa no hubiere actuado de forma adecuada, se le podría exigir responsabilidad, pues ni la trabajadora debe soportar la situación de riesgo previa a la suspensión del contrato ni la entidad gestora debe soportar el coste de una prestación que no debía tener lugar si la empresa hubiere cumplido las medidas preventivas.

---

<sup>115</sup> Art. 51.1 RD 295/2009

## 7. CONCLUSIONES

I. – La lactancia materna tiene efectos beneficiosos tanto para la madre, el lactante y la sociedad, tal y como reconocen prestigiosas entidades pediátricas, nacionales e internacionales. Fruto de ello, la OMS ha venido trabajando para reforzar la cultura de la lactancia natural en todos los ámbitos, incluido el laboral, a fin de eliminar los obstáculos a los que se enfrentan las mujeres trabajadoras que quieran dar el pecho. El ordenamiento español reconoce los derechos de permiso de lactancia y prestación por riesgo durante la lactancia natural.

II. – En un modelo de sociedad donde la mujer está cada vez más incorporada al mundo del trabajo, el derecho laboral debe garantizar de modo eficaz la protección de la maternidad mediante la integración de mecanismos que faciliten la conciliación entre la vida laboral y familiar sin que ello suponga un obstáculo para las mujeres en el desarrollo de sus carreras profesionales y sin perder de vista el interés del menor<sup>116</sup>. Esto deberá hacerse, como declara SÁNCHEZ TRIGUEROS en lo relativo al permiso de lactancia, mediante la articulación de sistemas más flexibles que contemplen más posibilidades de las actualmente previstas, permitiendo que cada mujer pueda optar, en la medida de lo posible, por las herramientas que mejor se adapten a sus circunstancias personales. En este línea, el reciente RD 7/2023, de 19 de diciembre, modifica el artículo 37.4 ET permitiendo que todos los trabajadores puedan disfrutar del permiso de lactancia de forma acumulada, una posibilidad a la que hasta ahora únicamente podían optar aquellos cuyo convenio lo permitía. Si bien, el referido decreto ha sido derogado por Resolución del 10 de enero de 2024 al no haber logrado obtener la convalidación del Congreso de los Diputados.

III. – A través del reconocimiento del derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural en el año 2007, España dio cumplimiento, aunque con cierta dilación, a la Directiva 92/85/CEE. Dicha prestación, con evidente impacto de género, tiene por objeto proteger a las madres trabajadoras que, teniendo la voluntad de amamantar a sus bebés de forma natural, se hayan expuestas a riesgos laborales que resultan incompatibles con la lactancia o influyen negativamente en su salud o la del bebé, cubriendo la pérdida de rentas que sufre la trabajadora durante la suspensión de su contrato de trabajo. Si bien el esquema es similar al previsto para la prestación por riesgo durante el embarazo –el

---

<sup>116</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Aranzadi, 2021, pág. 110.

RD 295/2009 hace una remisión a este en lo relativo a prestación económica, gestión y procedimiento— cada una de las etapas de la maternidad tiene unas peculiaridades propias que deben tratarse de modo particular, no siendo equiparables los riesgos ni las acciones preventivas, aun cuando afecten a una misma trabajadora.

IV. – La Directiva 92/85 establece, en su artículo 4, que la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición a esos riesgos y su repercusión sobre la lactancia. Las circunstancias de riesgo pueden tener su origen en condiciones horarias –tiempo de trabajo y/o turnos rotatorios– que también deberán contemplarse en la evaluación de riesgos en tanto en cuanto tienen influencia sobre la calidad o cantidad del amamantamiento. Como se ha puesto de manifiesto en este trabajo, el mayor riesgo al que se exponen las trabajadoras lactantes no son los agentes físicos, químicos y biológicos, sino la pérdida o menor duración de la lactancia. Para evitar esta circunstancia, las empresas habrán de contar con una sala de lactancia que facilite la extracción y conservación de la leche materna en condiciones de higiene e intimidad. Diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas la STS 818/2011, de 24 de abril de 2012, han apreciado riesgo para la lactancia para las tripulantes de cabina como “consecuencia de los turnos y horarios de los vuelos y de la imposibilidad material de efectuar la extracción y conservación de la leche a bordo de las aeronaves” relacionando los riesgos psicosociales derivados de la distribución del tiempo de trabajo con la inexistencia de un espacio habilitado para extraer y conservar la leche, lo que comporta riesgo de mastitis.

*Imagen 2: Ejemplo de sala de lactancia adecuada*



*Fuente: Asociación Española de Pediatría: ¿Qué supone trabajar en una empresa que apoye la lactancia materna, 2015.*

V. – Ante la revelación por parte de la evaluación de riesgos de la existencia de riesgos específicos se ha tejido un sistema escalonado de medidas –adaptación → traslado → suspensión– que prioriza aquellas que tienen menor repercusión sobre la relación laboral de la trabajadora. Si bien considero muy acertado la configuración de un sistema de medidas escalonadas que impide proceder a la suspensión del contrato de trabajo de forma inmediata sin pasar por los dos niveles anteriores, opino, al igual que BALLESTER PASTOR y MORENO SOLANA que debería incidirse más profundamente en los primeros niveles de adaptación o traslado, pues de no ser así, se convierten en un “puro trámite” que no hace sino alargar un proceso abocado a la suspensión del contrato. Una opción podría ser, por ejemplo, subvencionar la adaptación del puesto de trabajo, de modo que la trabajadora seguiría desempeñando sus funciones y las arcas públicas sufrirían menor carga –siempre y cuando el coste de la adaptación sea igual o menor que el derivado de la suspensión–. Además, la adaptación del puesto de trabajo sería de utilidad para aquellas mujeres que se pudieren encontrar con posterioridad en la misma situación.

VI. – La jurisprudencia del TJUE –Asuntos Otero Ramos y González Castro– ha supuesto, como razona AMAADACHOU KADDUR<sup>117</sup>, un gran avance en los derechos de salud laboral de la mujer, pues la perspectiva de género no fue considerada por el Tribunal Supremo en sus primeras decisiones. La doctrina actual declara que se producirá la inversión de la carga probatoria cuando la trabajadora pruebe, de forma indiciaria, que la evaluación de riesgos no se ha elaborado en los términos requeridos, entendiéndose que existe trato discriminatorio y pasando a ser el empresario quien deba probar que se han cumplido todas las exigencias del artículo 4. De este modo, la “mala praxis” del empleador no recae sobre la trabajadora, facilitando la defensa de sus derechos y la consecución de la igualdad efectiva. En esta línea, como reseña GARCÍA ROMERO, diversas sentencias, como la STSJ de Canarias 1339/2019, de 17 de diciembre, integran la perspectiva de género y el interés superior del niño como cánones interpretativos para la impartición de justicia equitativa, de acuerdo con el mandato contenido en el art. 4 y 15 LOIEMH, en relación con el art. 1, 9.2, 10.2 y 96 CE.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> AMAADACHOU KADDUR, F., “Unificación de doctrina en torno a la determinación del reconocimiento del derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural” *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 21, 2019, pág. 151.

<sup>118</sup> GARCÍA ROMERO, B., “Prestación por riesgo durante la lactancia natural para animadora sociocultural. Deficiente evaluación de riesgos y valoración de la prueba desde la doble perspectiva de género y del interés superior del menor”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2020, pág. 10.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R., y GIL PLANA, J., *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*, Civitas, 2010.

AMAADACHOU KADDUR, F., “Unificación de doctrina en torno a la determinación del reconocimiento del derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural” *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 21, 2019.

ARAGÓN GÓMEZ, C. y TRILLO GARCÍA, A.R.: “La evaluación de los riesgos durante la lactancia natural a efectos de causar la prestación económica de la seguridad social por riesgo durante la lactancia natural”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2017.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, *Información complementaria al documento orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural*, 2010.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, *Lactancia materna, el mejor inicio para ambos*, 2017.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, *¿Qué supone trabajar en una empresa que apoye la lactancia materna?*, 2015.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, *Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural*, 2008.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PEDIATRÍA, *Recomendaciones sobre lactancia materna*, 2012.

BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A., “La prevención laboral efectiva frente al riesgo durante la lactancia: historia, estado de la cuestión y expectativas”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 138, 2018.

BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant Lo Blanch, 2017.

BENAVENTE TORRES, M.<sup>a</sup> I., *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*. Ediciones Laborum, 2016.

BERNAL CAPUTTO, D. J., “La inversión de la carga de la prueba como técnica para la defensa de las personas vulnerables en los procesos laborales” en ÁLVAREZ ALCORCÓN, A. (Coord.), *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2021.

CAIRÓS BARRETO, D. M.<sup>a</sup>, “Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia”, *Lan Harremanak*, núm. 23, 2010.

CARRASCOSA BERMEJO, D., “El tiempo de trabajo en el derecho de la unión europea y su interpretación por el tribunal de justicia”, en MALDONADO MONTOYA, J. P., MARÍN MORÁN, I. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir. y coord.) *La reordenación del tiempo de trabajo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022.

CASTRO ARGÜELLES, M.<sup>a</sup>. A.: “El riesgo durante lactancia natural en trabajos a turnos y/o en jornada nocturna”, *Confilegal*, 2019, en <https://confilegal.com/20190312-el-riesgo-durante-lactancia-natural-en-trabajos-a-turnos-y-o-en-jornada-nocturna/>

CASTRO ARGÜELLES, M.<sup>a</sup>. A., “La conciliación de la vida laboral, personal y familiar como estrategia para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres” *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017.

CAVAS MARTÍNEZ, F., *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Aranzadi, 2021.

CHARRO BAENA, P., y GONZÁLEZ GARCÍA, S., “Riesgo laboral durante la lactancia natural: evaluación de los riesgos y carga de la prueba”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 15, 2018.

COMISIONES OBRERAS, *Guía sindical para la prevención de riesgos durante el embarazo y la lactancia*, Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud, 2008.

FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J. J., “La movilidad funcional y geográfica del personal laboral de servicio de las administraciones públicas” en ESCUELA GALLEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *Derecho social y administración pública*, 2013.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> F., “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, *Temas Laborales*, núm. 79, 2005.

GARCÍA ROMERO, B., “Prestación por riesgo durante la lactancia natural para animadora sociocultural. Deficiente evaluación de riesgos y valoración de la prueba desde la doble perspectiva de género y del interés superior del menor”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2020.

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La prueba en el proceso laboral: objeto, carga y posibilidades de impugnación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social, versión electrónica*, núm. 10, 2006.

HERNÁNDEZ AGUILAR, M.<sup>a</sup> T., “Prolongación de la lactancia. Vuelta al trabajo.” en MONOGRAFÍAS DE LA AEP, *Lactancia Materna: Guía para profesionales*, Ergon, 2004, pág. 295.

INSHT, *Evaluación de Riesgos Laborales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

LÓPEZ RUBIA, E. “De una legislación proteccionista a una normativa neutra en materia de prevención de riesgos laborales”, *Lan Harremanak*, núm. 23, 2010.

MANDAL B., ROE B. E. y FEIN S. B., “The differential effects of full-time and part-time work status on breastfeeding”, *Health Policy*, 2010.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “La declaración de «apta» ya no es suficiente: traslación de la carga de la prueba en situaciones de riesgo durante la lactancia natural”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 418, 2018.

MARÍN ALONSO, M.<sup>a</sup> I., “La tutela preventiva de la lactancia natural y discriminación por razón de sexo en la praxis judicial europea y nacional: la inversión de la carga de la prueba en supuestos de incorrecta evaluación de riesgos laborales”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, Vol. 11, 2019.

MARÍN MALO, M., “La especial protección de la seguridad y salud de la mujer en el medio laboral: embarazo, lactancia y nuevas situaciones protegidas”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, núm. 2, 2023.

MORENO SOLANA, A., “Salud laboral y mujer trabajadora: cuestiones más recientes”, *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, núm. 4, 2018.

MUÑOZ MOLINA, J., “Prestación por riesgo durante la lactancia natural. Circunstancias del trabajo y falta de previsión de tiempos disponibles”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 243, 2021.

QUINTERO LIMA, M.<sup>a</sup> G., “El permiso de lactancia y el riesgo durante la lactancia natural: novedades y algunos problemas prácticos”, en MERCADER UGUINA, J. R. (Coord.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

PALOMINO SAURINA, P., “Prestación por riesgo durante la lactancia de las trabajadoras con turnos u horarios irregulares”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2018.

PEÑA GARCÍA, M.<sup>a</sup> V., “Riesgo durante la lactancia natural”; *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018.

PÉREZ DEL RÍO, T., y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, La ley, 1999.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A., y GARCÍA MURCIA, J., “Riesgo durante la lactancia natural y trabajo a turnos/nocturno: STS, Sala Social, de 6 de febrero de 2019”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2019.

RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Las prestaciones por riesgo durante el embarazo y lactancia natural. Doctrina judicial”, *Economía española y protección social*, núm. 3, 2011.

RUIZ SALVADOR, I., “Alimentación durante los primeros meses de vida”, *Npunto*, núm. 59, 2023.

RUIZ SANTAMARÍA, J. L., “Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora” *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, núm. 4, 2020.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El permiso por lactancia diez años después de la ley de igualdad”, *Revista de Derecho*, núm. 1, 2018.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El riesgo por lactancia: delimitación. STS 13 mayo 2015”, *Anales de Derecho*, núm. 2, 2016.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Presunción de lactancia natural cuando concurre al solicitar la prestación por riesgo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2019.

SOLÉ GOMEZ, M.<sup>a</sup> D., “NTP 914. INSHT”, *Embarazo, lactancia y trabajo: promoción de la salud*.

VICENTE HIERRO, M.<sup>a</sup> T., “Embarazo-lactancia natural y riesgos laborales en España. A propósito de una sentencia: una misma trabajadora y dos situaciones preventivas distintas”, *Revista CONAMED*, núm. 2, Vol. 18, 2013.

VICENTE PALACIO, M.<sup>a</sup> A., “La Ley de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y la conciliación de la vida laboral y familiar. Las modificaciones (sustantivas) en materia de Maternidad y Riesgo durante la lactancia natural en los diversos regímenes de la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008.

## **9. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL**

### **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

- STJUE de 17 de julio de 2012, Asunto F-54/11, ponente: K. Bradley.
- STJUE de 19 de octubre de 2017, Asunto C-531/15, ponente: F. Biltgen.
- STJUE de 19 de septiembre de 2018, Asunto C-41/17, ponente: F. Biltgen.

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- STC 87/2006, de 27 de marzo, ponente: Pablo Pérez Tremps.
- STC 183/2015, de 10 de septiembre, ponente: Fernando Valdés Dal-Ré.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

- STS 1863/2010, de 18 de marzo, ponente: Antonio Martín Valverde.
- STS 818/2011, de 24 de abril, ponente: María Lourdes Arastey Sahún.
- STS 2373/2011, de 1 de octubre, ponente: Luis Fernando de Castro Fernández.
- STS 306/2011, de 22 noviembre, ponente: Jordi Agustí Juliá.
- STS 1563/2012, de 21 de marzo, ponente: María Lourdes Arastey Sahun.
- STS 3114/2013, de 13 de mayo, ponente: Fernando Salinas Molina.
- STS 667/2018, de 26 de junio, ponente: María Lourdes Arastey Sahun.
- STS 89/2019, de 6 de febrero, ponente: María Milagros Calvo Ibarlucea.
- STS 323/2019, de 24 de abril, ponente: Ángel Blasco Pellicer.

### **TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

- STSJ de Madrid 548/2010, de 24 septiembre, ponente: Benedicto Cea Ayala.
- STSJ de Galicia 2591/2012, de 24 de abril, ponente: Manuel Domínguez López.
- STSJ de País Vasco 2250/2012, de 25 septiembre, ponente: Garbiñe Biurrun Mancisidor.
- STSJ de Castilla la Mancha 1533/2013, de 27 diciembre, ponente: Jesús Rentero Jover.
- STSJ de Andalucía 1403/2014, de 22 mayo, ponente: Luis Lozano Moreno.
- STSJ de Asturias 729/2015, de 24 abril, ponente: José Alejandro Criado Fernández.
- STSJ de Galicia 1138/2016, de 25 de febrero, ponente: Antonio Jesús Outeiriño Fuente.
- STSJ de Canarias 1339/2019, de 17 de diciembre, ponente: Gloria Poyatos Matas.