

## SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

*Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2011*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS  
JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La actora presentó demanda contra el INSS, la TGSS y la empresa pública Hospital Costa del Sol, por la decisión de no concederle la prestación de riesgo durante la lactancia natural, que le fue denegada bajo la motivación de no existir razones técnicas u objetivas que puedan impedir un cambio de puesto o funciones compatibles. Desestimada la pretensión en la Sentencia de instancia y previo recurso de suplicación, en nueva Sentencia de 4 de marzo de 2010 (TSJA-Málaga), se estimará el derecho de la trabajadora.

Por el Juzgado de lo Social se declararon como hechos probados los siguientes: 1) que la actora trabaja como enfermera en el Hospital Costa del Sol en el Servicio de consultas externas; 2) el Hospital Costa del Sol manifiesta la no existencia de otro puesto de trabajo compatible con el estado de la actora; 3) por certificado Médico Evaluador de la Unidad Médica del EVI se afirma que las condiciones del puesto de trabajo, y de los riesgos específicos que se derivan del mismo, pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora o del hijo.

**RESUMEN:** El INSS interpone recurso de casación por unificación de doctrina alegando a efectos de contraste otra sentencia, del mismo Tribunal, Sala y Sede, pero de 26 de noviembre de 2009. El recurso será estimado por el Tribunal Supremo, con un razonamiento en el que argumenta que, si bien de forma genérica existen riesgos en los puestos de trabajo sanitarios como el de la demandante, sin embargo, en este caso concreto no se ha demostrado la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y su situación de lactancia natural, debidamente descritos, valorados y acreditados, en la forma que se desprende del artículo 26,1, en relación con el 16 LPRL, lo que impide a su vez conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación y, eventualmente, agotadas las previsiones del artículo 26 LPRL, acordar la suspensión del contrato de trabajo en base a lo establecido por el art. 48,5 ET.

\* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Profesor de Organización Empresarial, respectivamente

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. MARCO NORMATIVO DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL
3. REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL
4. EN ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL Y LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

## 1. INTRODUCCIÓN

Las condiciones de trabajo en las que se desarrolla la prestación laboral de la mujer trabajadora siempre han merecido una especial atención para el Derecho del Trabajo. La razón de esta protección reside en que se entiende que determinadas actividades pueden presentar un riesgo específico en determinadas situaciones naturales de la mujer como el embarazo o la lactancia. El embarazo es un estado fisiológico de la mujer y no una enfermedad, por lo que la mayoría de las mujeres trabajan durante el embarazo y reanudan su actividad profesional durante el periodo de lactancia<sup>1</sup>.

La constatación de los riesgos que de forma diferenciada afectan a la salud de la mujer respecto de los trabajadores ordinarios conlleva la protección específica que se brinda a aquélla por medio del tratamiento normativo aplicable ante las situaciones de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia, que es la situación que nos ocupa. Así, la trabajadora durante la situación de lactancia natural es especialmente sensible, situación en la que las condiciones de un puesto laboral que inicialmente no generaban riesgos, pasan a generarlos por cambio en las características fisiológicas de la trabajadora.

El reconocimiento explícito en la legislación española de la situación de riesgo especial durante el embarazo y el periodo de lactancia natural es de trascendental importancia y conlleva, además, en determinados supuestos el acceso a la prestación de riesgo durante lactancia natural. En los últimos años se produce un importante avance normativo a este respecto y la Ley orgánica 3/2007 modifica la naturaleza de la prestación económica en el caso de la suspensión del contrato por riesgo de embarazo o lactancia, reconociendo esta prestación como derivada de contingencia profesional. Teniendo en cuenta que hasta dicha norma la situación de riesgo durante la lactancia natural no llevaba aparejada una prestación económica del sistema de Seguridad Social.

Esta situación es definida como la condición en la que se encuentra la trabajadora durante el período de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural, cuando debiendo cambiar de puesto de trabajo, por influir

<sup>1</sup> Rodríguez Ortiz, B. (2010): Características de la prestación por riesgo durante el embarazo y/o la lactancia en Madrid de 2000 a 2008. En, Medicina del Trabajo. Revista de la Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo. Vol. 18, nº1, abril 2009.

éste negativamente en su salud o en la del lactante, a otro compatible con su estado, dicho cambio no resulte posible o no pueda exigirse por motivos justificados.

La STS de 17 de marzo de 2011, rec. 1864/2010, trata sobre la situación de una trabajadora que estando en situación de lactancia natural solicita la prestación por riesgo durante lactancia natural ante la imposibilidad de cambiar de puesto de trabajo dentro de la empresa cuando existe una evaluación de riesgos que identifica una serie de potenciales riesgos para su salud y la de su hijo. Leída la sentencia y los fundamentos de derecho expuestos por el Tribunal, en este comentario abordamos el asunto desde un punto de vista concreto: la defensa del derecho a la protección de la salud de la propia trabajadora y de su hijo.

Para ello, comenzamos con exponer el actual marco normativo de la prestación por riesgo durante la lactancia natural para, posteriormente, centrarnos en los requisitos de acceso y demás características de esta prestación. Por último, y constituyendo nuestra defensa central, desarrollamos un apartado en el que exponemos nuestros razonamientos jurídicos sobre el derecho a la prestación de riesgo durante lactancia natural y el derecho a la protección de la salud de la trabajadora y de su hijo, como eje central que debiera prevalecer dentro del régimen jurídico de la prestación. Supone nuestro punto de vista una crítica a las imperfecciones del marco jurídico actual y a la parcial interpretación que la jurisprudencia del TS ha llevado a cabo a día de hoy.

## **2. MARCO NORMATIVO DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL**

El marco normativo de la prestación por riesgo durante la lactancia natural no es excesivamente amplio, aunque, como suele ser frecuente en multitud de aspectos del Derecho del Trabajo o del Derecho de la Seguridad Social, se encuentra dispersado por distintas normas.

Para comenzar nos dirigimos a los orígenes de la protección de la mujer embarazada. El origen de la protección de la salud de la mujer trabajadora embarazada en el Convenio núm. 3 de la OIT de 1919 sobre protección de la maternidad, revisado por el Convenio núm. 183 de 2000<sup>2</sup>, en base a la necesidad de seguir promoviendo la seguridad y la salud de la madre y del niño y de

<sup>2</sup> El artículo 3 impone a todo Estado miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleve un riesgo significativo para la salud de la madre y del hijo.

brindar protección al embarazo, tratando de promover la elaboración por parte del legislador de una lista que, a priori, determine las actividades que generan riesgos para la mujer embarazada o en período de lactancia

Por otro lado, hemos de decir que la Constitución Española reconoce en su art. 15 como Derecho fundamental el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Además, en su art. 43 dota de protección constitucional al derecho a la protección de la salud y encarga directamente a los poderes públicos, en su art. 40.2, que velen por la seguridad e higiene en el trabajo. Preceptos que han de servirnos para realizar una correcta interpretación de las normas referidas a la protección durante la lactancia natural.

Si atendemos a la normativa comunitaria, encontramos 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 periodo de lactancia. Se trata de la principal norma europea relativa a la prevención de los riesgos por maternidad. Establece los criterios de referencia para promover la prevención y protección de la salud frente a los riesgos para la maternidad, así como una clara definición de las posibles situaciones en relación a la protección del embarazo y la lactancia. Igualmente incluye una relación no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo de riesgo.

La Directiva 92/85/CEE, distingue tres situaciones relacionadas con la protección de la maternidad: trabajadora embarazada, trabajadora que ha dado a luz y trabajadora en período de lactancia. Dicha Directiva ha sido transpuesta a la normativa española mediante la normativa que apuntaremos a continuación.

Así, nos encontramos en primer lugar con la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). En sus artículos 25 a 27 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, configuran lo que podemos describir como protección por razones subjetivas, es decir, aquellos supuestos en los que las situaciones personales específicas requieren una regulación complementaria. El art. 26 establece las obligaciones que debe cumplir el empresario para asegurar la protección de la maternidad en el centro de trabajo.

Por otro lado, la Ley 39/1999 para la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras y el, actualmente derogado, Real Decreto 1251/2001 por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, concretan en el reconocimiento de una nueva prestación de la Seguridad Social: la incapacidad temporal derivada de riesgo durante el embarazo.

Por su parte, la Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, da un paso más, modificando algunos aspectos de la prestación de riesgo durante el embarazo y creando la prestación de incapacidad tempo-

ral derivada de riesgo durante la lactancia natural. Así, reconoce expresamente esta última como causa de suspensión con derecho a prestación, incrementa el subsidio al 100% de la base reguladora de la Incapacidad Temporal por contingencias profesionales y elimina el periodo de carencia exigido para el acceso a la prestación, al considerar ambas situaciones contingencias profesionales.

La Ley de Igualdad establece asimismo, la nulidad en los casos de despido por causas objetivas y disciplinarias en los supuestos de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. Esta Ley establece también el derecho al disfrute de vacaciones en fecha distinta a cuando se produzca el riesgo durante la lactancia natural, cuando coincida con el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa.

Tras la introducción realizada por la LO 3/2007, de Igualdad, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, recoge la descripción de la situación en su art. 135 bis y la prestación económica en su art. 135 ter.

Por otro lado, el Real Decreto 298/2009 de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con 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 periodo de lactancia, y el 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, ha supuesto una redefinición de la prestación, fundamentalmente del riesgo durante la lactancia natural, concretando algunos aspectos que venían siendo necesarios para el completo desarrollo normativo de la prestación.

El RD 298/2009, de 6 de marzo, introduce modificaciones en relación con los riesgos, incorporando dos nuevos Anexos VII y VIII, y ampliando la lista no exhaustiva de riesgos publicada en la Directiva Europea. Por su parte, el RD 295/2009, de 6 de marzo, introduce modificaciones entre las que cabe destacar: la interrupción del embarazo como causa de extinción de la prestación, que no venía reflejada anteriormente, y la obligación de la trabajadora y de la empresa de comunicar a la entidad gestora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del subsidio. Introduce, además, el reconocimiento del derecho a la prestación a partir de unas determinadas semanas de gestación, indicando a la interesada, si procede, la fecha a partir de la cual podrá reconocerse la prestación, teniendo en cuenta el certificado médico de riesgo, y la evolución del estado de gestación en relación con el riesgo específico.

Por último, cabe señalar que el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (art. 13), establece que el incumplimiento de las normas específicas en

materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia, está tipificado como infracción muy grave.

### 3. REQUISITOS DE ACCESO Y CARACTERÍSTICAS DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

Examinado el marco legal donde nos movemos, nos centramos en la prestación en sí y los condicionantes para su obtención.

Así pues, cuando en una empresa se evalúen los riesgos laborales, la misma comprenderá la determinación de la naturaleza, el grado y duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o lactancia natural, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto o hijo, e cualquier actividad susceptible de sufrir un riesgo específico<sup>3</sup>.

La prestación por riesgo durante la lactancia natural encuentra su razón de ser como situación protegida en el período de suspensión del contrato de trabajo o de interrupción de la actividad de las trabajadoras en los supuestos en que, debiendo la trabajadora cambiar de puesto de trabajo, por la existencia de determinados riesgos que puedan influir negativamente en su salud o en la de su hijo, dicho cambio no resulte objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Como se ha comentado en el apartado anterior, el art. 135 bis<sup>4</sup> y 135 ter<sup>5</sup> LGSS se encargan de regular esta prestación. El texto de estos artículos es bastante exiguo/reducido y utiliza la técnica legislativa de remisión para dar contenido a diversas cuestiones. Así pues, nos remiten directamente a la regulación de la prestación por riesgo durante el embarazo (art. 135 LGSS) y éste a su vez completa la información propia con el mandato de acatar lo estipulado en la regulación de la incapacidad temporal por contingencias profesionales (art. 128 y ss. LGSS).

<sup>3</sup> Para ampliar, ver Álvarez Cortés, J. C. (dir.) (2008): Las prestaciones Económicas de la Seguridad Social. CEES. Salamanca.

<sup>4</sup> Artículo 135 bis LGSS. "Situación protegida: A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el art. 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

<sup>5</sup> Artículo 135 ter LGSS: "Prestación económica: La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación.

En cualquier caso, podrán acceder a esta prestación las trabajadoras por cuenta ajena y las trabajadoras por cuenta propia que:

- Estén en situación de lactancia natural de un hijo menor de nueve meses.
- Estén afiliadas y dadas de alta en la Seguridad Social y, en el caso de las trabajadoras autónomas deberán estar al corriente del pago de las cuotas. No se exige periodo de carencia al tratarse de una prestación derivada de contingencias profesionales.
- Desempeñen un puesto de trabajo que pueda afectar negativamente a su salud y/o a la de su hijo.
- La existencia de riesgo durante la lactancia haya sido certificado por los servicios médicos de la entidad gestora o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.
- La empresa suspenda el contrato de trabajo por imposibilidad de adaptación o por la inexistencia de un puesto de trabajo exento de riesgo.

Es precisamente, en el modo en que han de cumplirse estos requisitos, es sobre lo que versa la STS de 17 de marzo de 2011 que nos ocupa. Concretamente se refiere a la necesidad de la existencia de una serie de riesgos concretos para el puesto en cuestión, no siendo suficiente con la posible existencia de riesgos genéricos, aún cuando hayan sido certificados por el Médico Evaluador de la Unidad Médica del EVI. De ello nos ocuparemos detenidamente en el siguiente apartado de este comentario.

Continuando con la caracterización de esta prestación, la gestión de esta prestación corre a cargo de la entidad gestora (INSS o ISM) o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social que cubra las contingencias profesionales de la empresa, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas<sup>6</sup>. El pago se realizará por meses vencidos y la obligación de cotizar continuará durante su disfrute<sup>7</sup>

En cuanto a la cuantía de la prestación, será del 100% de la base reguladora de la incapacidad temporal por contingencias profesionales<sup>8</sup>. El derecho a la prestación económica comienza el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia (para las trabajadoras por cuenta ajena) y el día siguiente a que los servicios médicos emitan el certificado que acredite que las condiciones de la actividad laboral influyen negati-

<sup>6</sup> Para ampliar, ver Álvarez Cortés, J. C. (dir.) (2008): Las prestaciones Económicas de la Seguridad Social. CEES. Salamanca.

<sup>7</sup> Conforme a lo establecido por el art. 106.4 LGSS y art. 13.2 RD 2064/1995.

<sup>8</sup> Es decir, la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior dividida por 30 (carácter mensual) o número de días del mes (carácter diario) más las horas extraordinarias del año inmediatamente anterior entre 365 (art. 13.1 y 4 D 1646/72).

vamente en la salud de la trabajadora o del hijo lactante (para las trabajadoras autónomas).

Además, no procederá el reconocimiento de la prestación económica de riesgo durante la lactancia natural en tanto no se haya extinguido el período de descanso por maternidad.

En cuanto a las causas de extinción de esta prestación, encontramos las siguientes:

- Finalización de la lactancia natural.
- Cuando el hijo cumpla 9 meses.
- Reincorporación a su puesto de trabajo por cesar las causas de incompatibilidad, o a puesto distinto compatible con su estado de embarazo o lactancia natural.
- Extinción del contrato de trabajo o causar baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
- Fallecimiento de la trabajadora o del lactante.

El derecho a la prestación podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar la prestación, o cuando realice cualquier trabajo o actividad, bien por cuenta ajena o por cuenta propia, iniciado con posterioridad a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, incompatible con su estado.

Llegados a este punto, insistimos en que la prestación por riesgo durante la lactancia natural se concederá única y exclusivamente cuando se cumplan todos los requisitos, ya que es un derecho que tiene la trabajadora en situación de lactancia natural siempre que no exista en la empresa ningún puesto de trabajo que garantice la seguridad para la madre o el hijo. Incluso, atreviéndonos a formular un juicio de valor y en función de la interpretación ofrecida por el Tribunal Supremo, esta prestación puede no ser concedida aún cuando se cumplan los requisitos descritos en la norma, pues, como se desprende la sentencia que nos ocupa, parte de estos requisitos dependen directamente de la evaluación de riesgos ofrecida por el empleador. Aspecto totalmente incontrolable por la trabajadora y que la lleva a una posición de franca desprotección frente al ejercicio de su derecho. De hecho, el propio INSS reconoce que “la identificación de los riesgos laborales es obligación de los servicios de prevención”<sup>9</sup>.

El proceso se iniciará cuando la trabajadora comunique a su empresa la situación de lactancia natural para que, de conformidad con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, adopte las medidas preventivas oportunas. Si a pesar de tomar esas medidas se considera que continua existiendo riesgo, la trabajadora podrá solicitar que los servicios médicos de la entidad gestora o la mutua certifiquen si las condiciones de su puesto de trabajo pueden perjudicar

<sup>9</sup> En, Instituto Nacional de la Seguridad Social (2010): Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural. AEP. Navarra.



su salud o la de su hijo. Si fuere así, la empresa deberá ubicar a la trabajadora en un puesto de trabajo compatible con su estado y que no entrañe riesgo alguno para su salud o la de su hijo. El procedimiento para el cambio será el de la movilidad funcional (art. 26.2 LPRL)<sup>10</sup>. En caso contrario, la trabajadora podrá solicitar la suspensión del contrato de trabajo<sup>11</sup> y, con esta, la prestación por riesgo durante la lactancia.

En lo que refiere a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo<sup>12</sup>, si bien formalmente se presenta como institución de suspensión contractual, materialmente nace como medida preventiva para preservar la seguridad y salud de la trabajadora y del feto frente a los riesgos laborales presentes en el puesto de trabajo ocupado por aquélla, formando parte, por tanto, del complejo derecho de la trabajadora a su protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral (art. 14.1 LPRL).

#### **4. EN ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL Y LA PROTECCIÓN DE LA SALUD**

La STS de 17 de marzo de 2011 viene a tratar un tema muy interesante y, además, relativamente reciente, como es el derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural. Pues no debemos olvidar, ni perder de vista en momento alguno, que en el fondo de la cuestión estudiada por el TS se encuentran las condiciones de acceso y, más concretamente, las facilidades o trabas (dependiendo del prisma desde el que miremos) existentes para el ejercicio de este derecho.

Tal como puede leerse en los antecedentes de hechos, la actora, ATS de hospitalización-oncología del Hospital Costa del Sol, solicita al INSS la prestación de riesgo durante la lactancia natural, siendo esta denegada por no existir,

<sup>10</sup> Según el artículo 26.2 LPRL, «el cambio de puesto o función se llevará de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional, y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación». Sobre la base de esta medida se sigue la preferencia por una modificación poco importante y similar a la acordada por la empresa en virtud del *ius variandi* ordinario: dentro del mismo grupo o categoría equivalente, respetando las exigencias de titulación académica, y los límites generales a la movilidad funcional de no menoscabar la dignidad del trabajador y sin perjuicio de la formación y promoción profesional.

<sup>11</sup> El art. 45 ET en su apartado primero enumera los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, estando el riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses recogido en la letra d).

<sup>12</sup> Conviene recordar que la LPRL, antes de la LEY 39/1999, no contemplaba solución jurídica alguna ante el hecho de que no fuera posible el cambio de la trabajadora embarazada a un puesto compatible con su estado.

según el INSS, razones técnicas u objetivas que puedan impedir un cambio de puesto. Sin embargo, el propio Hospital Costa del Sol expresa la no existencia de otro puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora. Además, el certificado del Médico Evaluador de la Unidad Médica del EVI afirma que las condiciones del puesto de trabajo definido por la empresa para la actora, y los riesgos específicos que se derivan del mismo, pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora o de su hijo.

Es decir, que a priori, y leídos los hechos que se dan por probados, vemos como la trabajadora debería tener derecho a la suspensión del contrato de trabajo y a recibir la prestación correspondiente, pues se cumplen los requisitos exigidos en la norma, y que hemos visto en el apartado anterior: existencia de riesgo en su puesto, imposibilidad de ocupar otro puesto exento de riesgo y estar afiliada o en alta a la Seguridad Social. Sin embargo, ¿por qué el TS estima que no tiene derecho a recibir dicha prestación?

La interpretación del TS, que toma como bueno el razonamiento de la sentencia de contraste<sup>13</sup>, se basa en la prueba de la existencia de “*riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural*”. Para el TS es imprescindible que aparezcan “*debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia los riesgos, en la forma que se desprende del artículo 26.1, en relación con el 16 de la LPRL*”, pues de no conocerse de forma específica dichos riesgos tampoco se está en disposición de “*conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación y, eventualmente, agotadas las previsiones del artículo 26 LPRL, de incluir la situación en la causa de suspensión del contrato de trabajo a que se refiere el artículo 48.5 del Estatuto de los Trabajadores*”<sup>14</sup>.

Tal como señala la STS en el cuarto fundamento de Derecho, la LPRL regula en su art. 14 y ss. la exigencia de la evaluación de riesgos laborales, y con una especial dimensión en supuestos especiales como el de lactancia natural de la trabajadora (art. 26 LPRL).

Si atendemos al art. 14.1, deja claro el legislador que “*los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo*”<sup>15</sup>. La protección eficaz y la garantía de la seguridad y salud de los trabajadores se configura como un amplio deber general de protección del empresario para la prevención de los riesgos laborales de sus trabajadores. Se trata pues, en palabras de Fernández Marcos<sup>16</sup>, de la “*clásica deuda de seguridad que*

<sup>13</sup> STSJ de Andalucía (sede de Málaga) Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 2009.

<sup>14</sup> Fundamento de Derecho Quinto de la STS de 17 de marzo de 2011.

<sup>15</sup> Aspecto también expresado en términos casi idénticos en el art. 19.1 ET.

<sup>16</sup> Fernández Marcos, L. (2006): Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su Régimen Jurídico Sancionador. Dykinson. Madrid.

en el derecho histórico español (Código del Trabajo de 1926, Ley de Contrato de Trabajo de 1931, Ordenanza General de Seguridad e Higiene de 1971)".

Continuando con este mismo artículo, en su apartado segundo, se señala que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo", debiendo adoptar "cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores", pues no debe olvidarse que según el art. 4.2. d) ET, la seguridad e higiene se configura como un "derecho laboral básico" del trabajador. De estos preceptos se infiere, y así lo mantiene el TS, "que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado, pues debe adoptar las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran"<sup>17</sup>.

Pero, además de estas formulaciones de carácter genérico, la Ley acomete positivamente, en cumplimiento de las exigencias de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la identificación del alcance y contenido de las obligaciones del empresario en la materia, encaminadas a garantizar y hacer efectivo el derecho de los trabajadores a la protección frente a los riesgos laborales<sup>18</sup>. De este modo, la configuración jurídica del deber de protección del empresario descansa así en una serie de especificaciones legales de su régimen jurídico (hasta doce), entre los que podemos destacar, en relación directa con el supuesto que nos ocupa los siguientes: la expresión legal de los principios generales de la acción preventiva (art. 15 LPRL), la evaluación de los riesgos (arts. 16 y 23.1 a) y c) LPRL), la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (art. 25 LPRL) o la protección de la maternidad (art. 26 LPRL).

En el supuesto concreto que analizamos nos centramos en el art. 26 LPRL que es el encargado de establecer el conjunto de medidas dirigidas a tutelar la situación fisiológica de la mujer embarazada o en período de lactancia. Este artículo se estructura en cinco apartados, que, básicamente, se corresponden con las obligaciones específicas a adoptar por el empresario en cuanto a la protección de la maternidad de sus trabajadores: la evaluación de los riesgos, la adopción de medidas preventivas, la movilidad funcional y la suspensión del contrato de trabajo.

La adopción de unas y otras medidas va a depender del alcance de los riesgos, de las circunstancias personales de la trabajadora e, incluso, de la capacidad organizativa de la empresa. De esta suspensión del contrato de trabajo destacan, como señala Pérez Campos<sup>19</sup>, "*sus características de obligatoriedad*

<sup>17</sup> Véase STSJ de Galicia, de 13 de mayo de 2011.

<sup>18</sup> Palomeque López, M. C. (1996): La protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Revista Derecho y Salud. Publica la Asociación de Juristas de la Salud. Vol. 4, Julio-Diciembre 1996.

<sup>19</sup> Pérez Campos, A. I. (2007): Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención. Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XL 195-228.

*y temporalidad. Obligatoriedad para hacer referencia al hecho de que no son susceptibles de renuncia, habida cuenta de la propia finalidad de la norma, cuya aspiración no es sólo la protección de la trabajadora, sino también del feto o hijo de ésta. Temporalidad, toda vez que su existencia está ligada a una situación transitoria, como es el embarazo, el parto o la lactancia”.*

La aplicación de unas u otras medidas dependen de los resultados de la evaluación de riesgos a la que se refiere el art. 15 LPRL donde se señala que el empresario deberá velar, entre otros, por “evitar los riesgos”, “evaluar los riesgos que no se puedan evitar”, e incluso, “adaptar el trabajo a la persona”. Aspectos estos que visto lo recogido en la sentencia que nos ocupa, no son respetados por el empleador pues existen los riesgos y la evaluación de los mismos es incompleta, no confeccionando, además, puestos de trabajo alternativos para estas trabajadoras en riesgo por su situación de lactancia.

Concretamente, la evaluación de riesgos se recoge de manera específica en el art. 16 LPRL y desarrollada reglamentariamente por el RD 39/1997, de 17 de enero sobre reglamento de servicios de prevención de riesgos laborales. Se trata de un estudio y análisis de los potenciales riesgos y peligros, que pueda amenazar a los trabajadores como consecuencia del concreto proceso productivo que se desarrolla en el centro de trabajo. Ésta, ha de tener en cuenta, la exposición, aún transitoria o excepcional de los trabajadores a riesgos especiales derivados de las circunstancias de salud específicas que concurren y que, en ocasiones, se acumulan a los riesgos derivados de la propia prestación laboral, duplicando así la peligrosidad como es el caso del riesgo durante la lactancia natural. Aspecto que el Hospital Costa del Sol no lleva a cabo, pues son frecuentes las situaciones como la que ocupa a esta sentencia.<sup>20</sup>

La STS, de 17 de marzo de 2011, señala en su cuarto fundamento de derecho que del art. 26.1 LPRL<sup>21</sup> se desprende “*que la evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser es-*

<sup>20</sup> Véase, además de la sentencia que nos ocupa, la STS de 17 de marzo de 2011, rec. 1865/2010; STS de 18 de marzo de 2011, rec. 2257/2010; y STS de 18 de marzo de 2011, rec. 1966/2010; todas ellas concernientes a enfermeras del Hospital Costa del Sol que solicitan prestación por riesgo durante lactancia natural y que les es denegada como consecuencia de una evaluación incompleta de los riesgos en el puesto de trabajo.

<sup>21</sup> Art. 26.1 LPRL: “La evaluación de los riesgos a que se refiere el art. 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”.

*pecífica*”, alcanzando “a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición”. Continúa la sentencia diciendo que “una vez determinados esos extremos, la acción inmediata que ha de seguirse por parte del empresario es la de adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora”. De modo que a tenor del art. 26.2 LPRL “sólo cuando esa adaptación no resulte posible o la realizada sea insuficiente de forma que las actividades a desarrollar y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas (...) con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado”. En caso de no existir un puesto de trabajo compatible y exento de riesgo, podrá la empresa suspender el contrato de trabajo como consecuencia de dicho riesgo y la trabajadora solicitar la prestación de riesgo por lactancia natural.

Según entiende el TS<sup>22</sup>, en este caso “no cabe el percibo de la prestación prevista en el artículo 135 bis y ter LGSS cuando no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia los riesgos, en la forma que se desprende del artículo 26.1, en relación con el 16 de la LPRL, lo que impediría a su vez conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación y, eventualmente, agotadas las previsiones del artículo 26 LPRL, de incluir la situación en la causa de suspensión del contrato de trabajo a que se refiere el artículo 48.5 del Estatuto de los Trabajadores”.

Sin embargo, no tiene en cuenta el TS que el propio artículo 26 LPRL es extremadamente ambiguo y tan sólo alude a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo, no permitiendo delimitar con exactitud cuáles sean los riesgos perjudiciales para la trabajadora, e igualmente ignora que debería bastar la mera posibilidad de que los mismos puedan provocar un perjuicio para la salud<sup>23</sup>. Igualmente no se acoge el TS en su interpretación a la razón principal del derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo que no es otra que la de lograr, mediante la suspensión del contrato de trabajo, la estabilidad en el empleo para la mujer y procurar que el trabajo no perjudique ni a la trabajadora ni al lactante.

A nuestro entender, el TS interpreta la norma, en función de las particularidades del caso, por el camino más sencillo e incluso en estos supuestos concre-

<sup>22</sup> Véase fundamento de derecho quinto de la sentencia que nos ocupa.

<sup>23</sup> Corresponde al empresario garantizar la seguridad y salud de las trabajadoras, tanto en situaciones derivadas de un riesgo real y certero como en aquellas otras en que sólo existen indicios de que tal riesgo pueda producirse (Mella Méndez, L. (2009): Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social, en Aranzadi Social. En esta misma línea interpretativa, entre otros, Gorelli Hernández, J.(1997): La protección por maternidad, Tirant lo Blanch, Valencia; Rodríguez Escanciano, S. (2002): El riesgo durante el embarazo como objeto de protección por el sistema de Seguridad Social, en Justicia laboral.

tos, rentables para la Administración que es la empleadora. De hecho, así mismo lo reconoce de manera implícita cuando señala en el texto de la sentencia que *“la complejidad de la situación protegida se pone de relieve, porque no responde sólo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a puesto compatible; medidas que de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no podría verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora tampoco tendría que soportar -al margen de la procedencia en su caso del anticipo de la prestación- el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas”*<sup>24</sup>; y, sin embargo, se desentiende del incumplimiento empresarial de sus obligaciones preventivas y consiente no otorgar el derecho a la prestación de riesgo por lactancia natural a la trabajadora aún cuando es consciente de la incompleta evaluación realizada tanto por el servicio de prevención como por los evaluadores médicos. Consecuencia automática de esto es que la trabajadora deberá continuar prestando sus servicios en una situación de riesgo reconocida por la ley y sin la correcta evaluación del puesto de trabajo. En cierto modo, se trata de un varapalo a la persona o entidad que realizó la evaluación de riesgos en dicho Hospital ya que, como se conoce, en muchas ocasiones, por criterios de celeridad y economicistas, los evaluadores de la prevención, se centran más en la categoría profesional que en el puesto de trabajo en sí. Siendo responsabilidad de la Administración, en este caso, del Hospital Costa del Sol, lo normal es que se subcontrate mediante un concurso público a una empresa de prevención la evaluación de los riesgos, pero independientemente de las responsabilidades que puedan exigirse a esta subcontrata por la deficiente realización de sus servicios, la responsabilidad final en materia de prevención de riesgos es de la Empresa o Administración donde el trabajador presta sus servicios.

Refuerza nuestra tesis las palabras de gran parte de la doctrina, y por todos, Pérez Campos, cuando señala que *“resulta criticable que la evaluación inicial de los riesgos laborales, de cuyos resultados depende el posterior establecimiento de las medidas de prevención, sea competencia exclusiva del empresario, sin que ésta exclusiva atribución quede justificada, pues también las medidas de prevención se configuran en la Ley como un derecho de los trabajadores”*<sup>25</sup>.

Si bien es cierto, como señala el Tribunal en su razonamiento, que sin una correcta, concreta y precisa *“evaluación de los riesgos en caso de lactancia*

<sup>24</sup> Este párrafo también se cita en la STS de 17 de marzo de 2011, rec. 1865/2010; STS de 18 de marzo de 2011, rec. 2257/2010; y STS de 18 de marzo de 2011, rec. 1966/2010.

<sup>25</sup> Pérez Campos, A. I. (2007): Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención. Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XL 195-228.

*natural en relación con el puesto de trabajo*”, que además, alcance “*la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición*”, no sería posible una adecuada adaptación del trabajo a la situación de la trabajadora, no es menos cierto que sin el cumplimiento real de tal exigencia la trabajadora continuará en situación de riesgo potencial y nada hace el TS para advertir de que ha de evitarse tal situación, pues se limita únicamente a no conceder la prestación sin entrar en exigir a la empresa el cumplimiento de la norma en materia preventiva, sobre todo cuando conoce, como es manifiesto en las cuatro sentencias que en cuestión de dos días emite la Sala Cuarta del TS, la política que la empresa pública Hospital Costa del Sol lleva a cabo al respecto y que es totalmente contraria a los derechos de las trabajadoras y concretamente a la protección de su salud y la de sus hijos lactantes. Evidentemente, por un elemental principio procesal, de evitar la incongruencia *extra petitum*, el Tribunal Supremo no podía fallar otra cosa distinta de lo que se pedía, pero en la fundamentación jurídica sí podría haber sido más contundente advirtiendo respecto de la actitud o modo de actuar del Hospital Costa del Sol.

Evidentemente, siendo ello así como indica el Tribunal Supremo, la trabajadora no tendría derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural, ya que no ha quedado probado que su puesto de trabajo quedara específicamente afectado por los riesgos que al poner en peligro la lactancia natural, permiten la suspensión del contrato de trabajo con la correspondiente prestación de la Seguridad Social, siempre que no hubiere otro puesto de trabajo compatible con la situación personal de la trabajadora.

Por todo ello, desde nuestro punto de vista, y a pesar de que el TS en la sentencia que nos ocupa no entra en ello, se aprecia claramente una falta de rigurosidad y cumplimiento de la Ley por parte del empleador, Hospital Costa del Sol, en la medida en que el TS reconoce que la prestación por riesgo durante la lactancia no puede ser concedida como consecuencia de una evaluación de riesgos laborales incompleta; pues no es precisa en función del puesto y de las características de la trabajadora. Quizás en este caso no, pero con estas actitudes lo que puede producirse es, sin duda, una desprotección de las trabajadoras en situación de lactancia natural, ya que podrían encontrarse en una situación real de peligro para su salud o la de su hijo como consecuencia de una mala evaluación de riesgos de su empleador.

Aspecto este que queda aún más patente y manifiesto cuando se comprueba como en el plazo de dos días (17 y 18 de marzo de 2011) el TS emite cuatro sentencias<sup>26</sup> contrarias al derecho de las trabajadoras, todas ellas enfermeras del Hospital Costa del Sol, a percibir la prestación por riesgo durante la lactancia

<sup>26</sup> Son la STS de 17 de marzo de 2011, rec. 1864/2010; STS de 17 de marzo de 2011, rec. 1865/2010; STS de 18 de marzo de 2011, rec. 2257/2010; y STS de 18 de marzo de 2011, rec. 1966/2010.

natural bajo el argumento de no cumplir la descripción exacta de los posibles riesgos. Una evaluación que debe llevar a cabo el propio empleador, siendo por tanto responsabilidad de éste y no de sus trabajadoras. Ante esta situación de franca indefensión de estas trabajadoras, cabe pensar que es política habitual de la dirección de esta empresa pública el no llevar a cabo correctamente la evaluación de riesgos laborales de los puestos de trabajo, consiguiendo con ello el mantenimiento de determinadas trabajadoras en sus puestos de trabajo y el consecuente ahorro que esto supone para la dirección. Y todo ello con la connivencia del propio ordenamiento jurídico y del propio sistema judicial que es incapaz de visualizar en su conjunto el problema tratado con la fatídica consecuencia de trabar el ejercicio del derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia de unas trabajadoras que en nada son responsables de poder cumplir uno de los requisitos que la ley exige para ello como es la correcta y precisa evaluación de los riesgos de su puesto de trabajo.