



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

UNIDAD TÉCNICA JURÍDICA
BIBLIOTECA
ÁREA PROCESAL LABORAL

MONOGRÁFICO:
PRESTACIÓN DE RIESGO PARA LA
LACTANCIA

ÍNDICE

| | |
|-------------------------------------|---------------|
| I.- INTRODUCCIÓN | PG. 3 |
| II.- JURISPRUDENCIA TS | PG. 5 |
| III.- CONCLUSIONES | PG. 11 |

I.- INTRODUCCIÓN

La prestación recogida en el artículo [188 de la Ley General de la Seguridad Social](#) se reconoce cuando se de la **situación protegida**, que es

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 artículo 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.

Es decir, que lo primero que debe hacer la trabajadora que desempeñe una actividad que implique riesgo para la lactancia natural de su hijo menor de nueve meses es solicitar un cambio de trabajo y, si este no es posible, puede solicitar la prestación por riesgo durante la lactancia, pero es la trabajadora la que debe demostrar que no ha podido cambiar de puesto de trabajo así como que el trabajo que desempeña supone un riesgo para el mantenimiento de la lactancia natural.

En el supuesto de las trabajadoras por cuenta propia, se considera situación protegida el periodo de interrupción de la actividad profesional durante el periodo de la lactancia natural, cuando el desempeño de la misma pudiera influir negativamente en la salud de la mujer o en la del hijo y así se certifique por los servicios médicos de la entidad gestora o mutua de accidentes de

trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social correspondiente. (Art. 49 [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](#))

Por tanto, en cualquier caso en que se solicite esta prestación se exige no solo que dichos riesgos se describan y se valoren sino también que se acredite su relación específica con el riesgo para la lactancia.

Inicialmente el Tribunal Supremo decía sobre la carga de la prueba que

*Este aspecto de la inexistencia de específica evaluación de los riesgos desde la perspectiva de la incidencia de las condiciones del trabajo en la lactancia natural llevaba a resolver la cuestión de la carga de la prueba de la existencia de dicho riesgo específico, sosteniendo que corresponde «en parte a la trabajadora y en parte a la empleadora a las que va afectar tal importante vicisitud de la relación laboral» (STS/4ª de 18 marzo 2011 -rcud. 1863/2010 -, antes citada) **y que esa distribución del gravamen probatorio, supone que es a la parte actora quien debe «desvirtuar las causas de denegación de la prestación».***

Se trataba, por tanto, de un ejercicio minucioso de prueba, en el que la trabajadora corría con la carga de desvirtuar las causas de denegación de la prestación, es decir, con la mayor carga probatoria.

Posteriormente se ha modificado la jurisprudencia, haciendo menos onerosa la carga de la prueba para la trabajadora, carga que pasa a estar en el lado de la empresa demandada, por lo que hemos considerado conveniente la elaboración de la presente ficha **dando cuenta del estado actual de la carga probatoria** según los casos.

II.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La [sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018](#), considera que **la doctrina de la [STJUE de 19 octubre 2017, Otero Ramos, C-531/15](#), aconseja una reflexión sobre la cuestión de la distribución de la carga de la prueba.**

Sigue diciendo el tribunal que:

*De esa doctrina se desprende que **en supuestos en que la evaluación de riesgos no perfile de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia**, resultaría contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se le negara la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos sí constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia, como ocurre en el presente caso. **Bastará a la trabajadora con acreditar que la evaluación de riesgos no se acomodaba a aquellas premisas esenciales.***

(...)

CARGA DE LA PRUEBA.

*Por ello, frente a la justificación de la denegación de la prestación por parte de la Entidad Gestora basada exclusivamente en no considerar el trabajo de la actora una actividad de riesgo, la constatación del listado de riesgos comunes de dicha actividad basta, en un caso como el presente, para sostener que **ninguna duda cabe del efecto que algunos de ellos tiene sobre la lactancia materna -recuérdese que se identificaba como riesgo "la exposición a agentes químicos y biológicos"-, sin que la falta de precisa evaluación de tal eventualidad pueda situar a la trabajadora en una posición de exclusión del acceso a la protección.***

Pero no solo resuelve la cuestión de la carga probatoria cuando la evaluación de riesgos sea un tanto laxa sobre la incidencia de los riesgos en la lactancia, sino que **también trata sobre la incidencia del trabajo a turnos en la misma**, para modificar el criterio mantenido hasta ahora, conforme al cual el trabajo a turnos no se consideraba factor de riesgo:

...con arreglo al criterio general establecido en la STS/4ª de 1 octubre 2012 (rcud. 2373/2011), conociendo de la reclamación formulada por una ATS/DUE adscrita al servicio de urgencias de un Hospital, las circunstancias de trabajo a turnos o en jornada nocturna no son factores de riesgo contemplados en los Anexos VII y VIII del Reglamento de los Servicios de Prevención (RD 39/1997, de 17 de enero) «por mucho que resulte recomendable no hacer turnos nocturnos ni rotatorios y que los mismos no sobrepasen las 8 horas y que tengan adecuados períodos de descanso, como ciertamente sería deseable, como desiderátum para todos los trabajadores».

Sin embargo, el Tribunal Supremo, de manera unánime (la sentencia no tiene votos particulares) considera ahora que

*...debemos poner de relieve que, no sólo el listado de los Anexos del Reglamento no es exhaustivo, sino que, además, la delimitación de la contingencia en el caso de la lactancia natural no resulta en absoluto fácil, porque **lo que se busca, en suma, es la constatación de que el amamantamiento se ve dificultado o impedido por el mero desempeño de la actividad laboral** y, desde esa óptica, **no bastará con que exista un peligro de transmisión de enfermedades** de la madre al hijo, puesto que **tan perjudicial puede ser dicho contagio como la imposibilidad real de que el menor realice las imprescindibles tomas alimentarias. Por eso la influencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural no puede desdeñarse** como elemento de influencia en la calidad y cantidad del amamantamiento so pena de incurrir en la contravención de la propia finalidad protectora buscada. De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. No cabe, pues, limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación del hijo.*

Por todo ello, debemos llevar a cabo una revisión de nuestra doctrina en los términos expuestos y, en consecuencia, declarar que es la sentencia de contraste la que ofrece una solución acomodada a Derecho.

La segunda sentencia dictada por el Tribunal Supremo sobre esta cuestión con el mismo criterio, por lo que ya es doctrina jurisprudencial, es la sentencia [de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 11 de julio de 2018, recurso nº 396/2017.](#)

La cuestión que se plantea en el recurso de casación para unificación de doctrina es si tiene o no derecho a la prestación por riesgo durante el período de lactancia natural una enfermera de transporte sanitario que realiza mensualmente su actividad en turnos de siete días con horario de 9:00 a 21:00h y siete días en turno de noche (de 21:00 a 9:00 h).

Para resolver la cuestión, la sala se remite directamente a la sentencia de 26 de junio de 2018, que ya decía:

"De ahí que, en caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. No cabe, pues, limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna, porque con ello se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma que pretende salvaguardar el mantenimiento de la lactancia natural en aquellos casos en que la madre haya optado por esa vía de alimentación del hijo".

El criterio revisado se ha vuelto a aplicar en otras sentencias del alto tribunal, por ejemplo, en la de [24 de enero de 2019, recurso nº 3529/2017, ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego](#), que contiene un interesante resumen de la evolución de la doctrina jurisprudencial en esta materia, desde la STJUE en el caso Otero Ramos pasando por la sentencia del pleno de 26 de junio de 2018 hasta la STJUE de 19 de septiembre de 2018 asunto González Castro, que avala el cambio de doctrina jurisprudencial realizado por el Tribunal Supremo.

[La sentencia del Tribunal de Justicia \(Sala Quinta\) de 19 de septiembre de 2018 en el asunto C-41/17, González Castro](#) establece que cuando demanda la trabajadora y expone hechos

...que puedan sugerir...que la evaluación de los riesgos no incluyó un examen específico de su situación individual que permitan presumir la existencia de discriminación por razón de sexo, debe invertirse la carga de la prueba, es decir que son la empresa y la seguridad social las que tienen que acreditar que sí se hizo tal examen de los riesgos y no se vulneró el principio de no discriminación.

Esta es la transcripción del fallo:

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

1) El artículo 7 de la 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, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación, como la

CARGA DE LA PRUEBA.

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.

2) *El artículo 19, apartado 1, de la 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, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación como la del litigio principal, en la que una trabajadora, a quien se ha denegado la concesión del certificado médico que acredite que su puesto de trabajo presenta un riesgo para la lactancia natural y, por consiguiente, se le ha denegado la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, impugna ante un tribunal nacional u otra autoridad competente del Estado miembro la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo, **cuando la trabajadora expone hechos que puedan sugerir que esta evaluación no incluyó un examen específico que tuviese en cuenta su situación individual** y que permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, lo que incumbe verificar al tribunal remitente. Corresponde entonces 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.*

Y sobre el trabajo a turnos, reconoce que:

*70. Se desprende, en particular, del cuadro detallado relativo a la evaluación de riesgos, situaciones y peligros generales que afectan a la mayoría de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, que figura en la página 13 de dichas directrices, **que el trabajo nocturno puede tener importantes***

consecuencias para la salud de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz recientemente o estén en período de lactancia, que los riesgos asociados varían según el tipo de trabajo, las condiciones en las que se realice y la persona en cuestión y que, como consecuencia de ello, dado que se encuentran más cansadas, algunas mujeres embarazadas o en período de lactancia pueden verse imposibilitadas para trabajar en turnos irregulares o nocturnos. Dicho cuadro prevé, por otro lado, medidas de prevención en relación con el trabajo nocturno.

III.- CONCLUSIONES

1. La sentencia del [Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea \(sala quinta\) de 19 de octubre de 2017, asunto 531/15, caso Otero Ramos](#), supuso un cambio en la consideración de la carga de la prueba al considerar que **corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de esta disposición** (artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54) y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación.
2. Como consecuencia, el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo mediante la [sentencia de 26 de junio de 2018](#) modificó su doctrina:
 - a) en cuanto a la cuestión de la carga probatoria, para resolver que cuando la evaluación de riesgos no contemple

CARGA DE LA PRUEBA.

de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia ***Bastará a la trabajadora con acreditar que la evaluación de riesgos no se acomodaba a aquellas premisas esenciales;***

b) Y sobre la incidencia del trabajo a turnos modifica el criterio mantenido hasta ese momento, conforme al cual el trabajo a turnos no se consideraba factor de riesgo.

3. Esta doctrina se ha reiterado en distintas sentencias, entre las que destaca la sentencia de [24 de enero de 2019, recurso nº 3529/2017, ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego](#), que contiene un examen de la evolución de la jurisprudencia.
4. Y finalmente, este cambio jurisprudencial resulta avalado por la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 19 de septiembre de 2018 en el asunto [C-41/17, González Castro](#).

En Madrid, a 15 de noviembre de 2019.

RESUELVE TUS CONSULTAS EN LA UNIDAD TÉCNICA JURÍDICA. ACCEDE DESDE LA WEB:

WWW.icam.es - ÁREA RESERVADA - FORMACIÓN BIBLIOTECA - CONSULTAS PROCESALES

UNIDAD TÉCNICA JURÍDICA BIBLIOTECA

Área Procesal Laboral

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

C/ Serrano 9, Biblioteca

Tlf: 91 788 93 80

UNIDAD TÉCNICA JURÍDICA - BIBLIOTECA. ÁREA PROCESAL LABORAL.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID