

# **LAS PRESTACIONES POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LACTANCIA NATURAL. DOCTRINA JUDICIAL**

**Guillermo Rodríguez Iniesta**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia. Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Murcia

## **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. SOBRE EL ORIGEN Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA PROTECCIÓN. 3. UNA CUESTIÓN PREVIA AL RECONOCIMIENTO DE LAS SITUACIONES DE RIESGO PROTEGIDAS: LOS PASOS A SEGUIR PARA ALCANZAR LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. 4. SITUACIONES CONTROVERTIDAS DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO. CRITERIOS JUDICIALES. 4.1 Una distinción obvia, pero que se olvida, situación de “riesgo” y “daño”: la contingencia tutelada no son las patologías ya diagnosticadas sino las situaciones potenciales o de riesgo. 4.2 Embarazo de riesgo y Riesgo durante del embarazo. Riesgo genérico “versus” riesgo específico. Concurrencia de riesgos de distinta naturaleza. 4.3 La valoración de la existencia de riesgos específicos para el embarazo. 4.3.1. El problema de lo que se debe valorar ¿la categoría profesional? ¿El concreto puesto de trabajo? 4.3.2 El valor de las Guías Profesionales. 4.3.3 Informes médicos contradictorios. 4.4

Otras cuestiones. 4.4.1 Momento de la solicitud y presencia del riesgo. 4.4.2 Solicitud y baja simultánea en Seguridad Social. 5. SITUACIONES CONTROVERTIDAS DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL. CRITERIOS JUDICIALES. 6. ALGUNAS VALORACIONES O CONCLUSIONES FINALES.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio aborda algunas de las cuestiones más controvertidas sobre el régimen jurídico de estas contingencias recientemente incorporadas a la protección de nuestro sistema de Seguridad Social. Ello se hará a la luz o desde la óptica de los pronunciamientos judiciales que han venido recayendo sobre ellas<sup>(1)</sup>. Se comenzará haciendo un breve recordatorio de su régimen jurídico para abordar posteriormente aquellas situaciones o controversias que han llegado a plantearse ante los tribunales y la respuesta dada a las mismas. Finalmente se ofrecerá algunas consideraciones o valoraciones finales críticas sobre la materia objeto de análisis.

---

<sup>(1)</sup> Se han analizado un total de 141 sentencias procedentes de los Juzgados de lo Social (3), Tribunales Superiores de Justicia (130) y Tribunal Supremo (9) en el período 2000- septiembre 2011. De ellas 65 sentencias corresponden a la prestación de riesgo durante el embarazo y 76 para la de riesgo durante la lactancia natural. En su recopilación y estudio se ha utilizado la base de datos *Westlaw Encuentra*.

## 2. SOBRE EL ORIGEN Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA PROTECCIÓN<sup>(2)</sup>

En el origen y situación actual de la protección a estas dos prestaciones cabría distinguir los siguientes hitos:

a) **Su protección específica.** El inicio de su protección específica tiene su origen en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que modificó sustancialmente la regulación de las prestaciones de la Seguridad Social mejorando la protección a la maternidad y estableciendo una nueva prestación denominada “*riesgo durante el embarazo*”, dirigida a la protección de la trabajadora embarazada y, a través de ella, del menor.

Hasta aquella fecha la protección social específica de la trabajadora embarazada presentaba una laguna, ya que si

---

<sup>(2)</sup> En general véase: Rodríguez Iniesta, G. y Lasaosa Iricoyen, E. (2008): “Análisis de la Disposición Adicional 18ª de la LO. 3/2007, de 22 de marzo”, en *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, obra colectiva dirigida por Sánchez Trigueros, C, y Sempere Navarro, A.V., págs. 940 a 952, editorial Thomson-Aranzadi, Pamplona. Martínez Moya, J. (2007): “Maternidad y riesgo durante el embarazo: puntos críticos y reformas plasmadas en la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre”, FSS, n.17; Panizo Robles, J. A. (2009): “La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la seguridad social relacionadas con la maternidad: comentario al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural”, RTSS (EF) n. 313/2009.

evidentemente en el ámbito del Derecho del Trabajo había un reconocimiento explícito y previsión de ciertas medidas consideradoras de dicha situación, por ejemplo, obligación de traslado a puestos exentos de riesgo, el problema se presentaba cuando dicho traslado no era viable, lo que colocaba a la trabajadora y a la empresa en una encrucijada de difícil solución. La solución a la que en muchos casos se acudía, con la complicidad o comprensión de los servicios de salud, era acudir a facilitar el acceso a una situación de incapacidad temporal que por un lado salvaba a la empresa de hipotéticas responsabilidades y a la trabajadora le garantizaba su salud, para ella y para el ser que llevaba dentro.

**b) Modificación de la protección y ampliación a otra situación de riesgo.** Por su parte la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, vino a introducir dos importantes modificaciones en la protección a la mujer embarazada y al feto, que se concretará –fundamentalmente- en dos medidas, por un lado el cambio de su naturaleza pasando a ser considerada la situación de riesgo durante el embarazo (y la nueva que se crea) contingencia profesional, elevando además su cuantía que pasa del 75% al 100% y por otro lado la inclusión de una nueva prestación relacionada -pero independiente- que será la prestación de riesgo durante la lactancia natural, con un régimen similar a la situación de riesgo durante el embarazo. En la actualidad la normativa básica reguladora de estas prestaciones se encuentra en:

-Artículos. 15, 40.2 y 43 Constitución Española.

- Artículo 26 de la Ley 31/1995, 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).
- Real Decreto 39/1997, de 17 de marzo, Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP).
- Artículos. 134, 135, 135 bis y 135 ter del RD-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).
- Artículos. 31 a 51 del RD 295/2009, de 6 de marzo.

### **3. UNA CUESTIÓN PREVIA AL RECONOCIMIENTO DE LAS SITUACIONES DE RIESGO PROTEGIDAS: LOS PASOS A SEGUIR PARA ALCANZAR LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Antes de pasar al análisis del objeto de este estudio conviene recordar unos pasos o actuaciones previas que en muchas ocasiones pasan desapercibidos o al menos se dan por hechos o cumplimentados.

Los artículos 14, 15 y 25 de la LPRL muestran una especial preocupación por los trabajadores especialmente sensibles a riesgos derivados del trabajo por sus características personales, estado biológico o por su discapacidad (menores, mujeres embarazadas y en lactancia natural, discapacitados, etc.) o bien se encuentren en

situaciones transitorias que no responden a la exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

Al empresario se le exige que cuando emplee a trabajadores de estas características adopte medidas preventivas y de protección necesarias, teniendo en cuenta:

a) Que debe adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, elección de equipos y métodos de trabajo y de producción (artículo 15 LPRL).

b) Que en la evaluación inicial de riesgos debe contemplar la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a algunas de las condiciones de trabajo (artículo 4.1.b) RSP).

c) Y que es una infracción grave la adscripción de trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o de quienes se encuentre manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, salvo que se trate de infracción muy grave (artículo 12.7 LISOS).

Dentro de los colectivos singularmente sensibles a los riesgos profesionales tenemos a la mujer trabajadora embarazada y la de la trabajadora durante la lactancia natural. La mujer embarazada (y en su caso durante el período de lactancia natural) constituye un grupo de trabajadoras especialmente vulnerables a determinados riesgos laborales, debido a los cambios biológicos que se producen en sus cuerpos durante el embarazo (cambios en el sistema endocrino, respiratorio y circulatorio, aumento de la curvatura de la columna vertebral y volumen abdominal, incremento de necesidades de energía, etc.), que incrementan los riesgos presentes en los lugares de trabajo y por tanto la posibilidad de dañar su salud o la de quien puede nacer o la del nacido lactante. Por ello el empresario (artículo 26 LPRL):

a) Debe conocer de antemano cuáles son los posibles riesgos (tanto ciertos como potenciales) que pueden afectar a los distintos puestos de trabajo. Y ello debe de haber sido ya contemplado en la evaluación inicial de riesgos y si no ha sido así deberá de proceder a una revisión de dicha evaluación (artículo 4.2 RSP). Lo anterior debe además ser completado con la elaboración de una lista de puestos de trabajo exentos de riesgo.

b) Cuando se den estos riesgos y exista una trabajadora embarazada (o en lactancia) deberá de adoptar las medidas necesarias para eliminar, evitar o reducir la exposición a dicho riesgo.

c) Si a pesar de la modificación de las condiciones o tiempo de trabajo (o bien fuera imposible) persisten los riesgos, la

trabajadora deberá de pasar a realizar o desempeñar un puesto de trabajo compatible con su estado.

d) Si tampoco ello fuera factible, podrá destinarse a la trabajadora a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría profesional (conservando el salario que recibía en el puesto anterior, salvo que al que se le destine sea superior).

e) Si cumplimentados estos pasos no se ha encontrado una solución en ellos, procederá la suspensión del contrato de trabajo y se iniciará entonces la protección del sistema de Seguridad Social, que buscará paliar el defecto de rentas que la suspensión conlleva.

Adviértase que el acceso a la protección no depende de la existencia del riesgo para la embarazada o la mujer en lactancia sino de que previamente se hayan seguido esos pasos previos y que en el ámbito del trabajo no se haya podido encontrar una solución.

#### **4. SITUACIONES CONTROVERTIDAS DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO. CRITERIOS JUDICIALES**

4.1 Una distinción obvia, pero que se olvida, situación de “riesgo” y “daño”: la contingencia tutelada no son las patologías ya diagnosticadas sino las situaciones potenciales o de riesgo

En las contingencia de “*riesgo durante el embarazo*” lo que se está protegiendo, en puridad de términos, es una autentica situación



de riesgo cuya actualización se pretende evitar, mientras que si hay una patología presente, lo que se ha producido es precisamente la actualización de un riesgo y el daño ya se ha generado. En el primer caso lo que la Seguridad Social ofrece es una medida preventiva y para la segunda situación una medida reparadora.

Por ello la tradicional protección que se ofrecía a las situaciones de riesgo durante el embarazo (y en su caso lactancia) desde la incapacidad temporal eran muy forzadas ya que no se daban la concurrencia de los requisitos propios de la misma: alteración o pérdida de la salud, necesidad de tratamiento médico y estar imposibilitado para trabajar de forma temporal.

Ello nos lleva a que si una mujer embarazada tiene ya alterada su salud y precisa asistencia sanitaria, su protección radicará en la prestación de incapacidad temporal, mientras que si lo se contempla es una situación en que el trabajo puede influir negativamente en la salud de la mujer o en el ser que lleva dentro, la cobertura quedará dentro de la protección de riesgo durante el embarazo. Todo ello, téngase en cuenta, comporta importantes consecuencias, por ejemplo en los requisitos de acceso a la protección del sistema, en la cuantía de las prestaciones, en la gestión, etc. Pues bien uno de los problemas o cuestión controvertida que ha llegado a los Tribunales es el siguiente *¿se puede acceder a la protección por riesgo desde una situación de incapacidad temporal?*<sup>(3)</sup> El tema tiene su origen en el siguiente modo de

---

<sup>(3)</sup> Hoy esta situación se encuentra expresamente prevista o resuelta en el artículo 37 del RD 295/2009.

proceder de una trabajadora que se encuentra embarazada: la trabajadora ante su embarazo, conocedora de los riesgos que su puesto comporta y de los trámites más o menos largos que debe seguir hasta obtener la suspensión de su contrato, actúa “*ad cautelam*” interesando y obteniendo una baja por incapacidad temporal, al mismo tiempo insta el inicio de las actuaciones laborales tendentes a obtener la suspensión y el reconocimiento de la situación de riesgo. El problema es que cuando llegue el momento de pronunciarse, su situación es de baja por enfermedad y el razonamiento de los Tribunales es muy sencillo, si la trabajadora “*cuando solicita la prestación y en definitiva la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, la actora ya lo tenía suspendido por encontrarse en situación de Incapacidad Temporal por enfermedad común, padeciendo ....., y en consecuencia ello excluye la posibilidad de solicitar una nueva suspensión de la relación laboral fundada en otra causa, ...*”<sup>(4)</sup>.

En resumen lo que se le viene a decir en los diversos pronunciamientos es que si usted trabajadora se encuentra enferma no puede acceder a una prestación en la que se requiere estar trabajando, por lo que deberá de esperar a recuperar su salud y con posterioridad desde una situación de alta real proceder a solicitar la suspensión del contrato de trabajo y consiguiente prestación de riesgo<sup>(5)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> Ver STSJ Asturias 25-5-2007 (AS 2477).

<sup>(5)</sup> Véanse: SS. TSJ Aragón 4-4-2007 (AS 236017), 10-7-2008 (AS 2343), 15-7-2008 (AS 344565), 17-6-2008 (AS 363283); STSJ Asturias 25-5-2007 (AS 2477); SSTSJ Canarias 13-5 y 29-9-2005 (AS 973 y 2748); STSJ Navarra 17-7-2009 (AS 382120);

#### 4.2 Embarazo de riesgo y Riesgo durante el embarazo. Riesgo genérico “versus” riesgo específico. Concurrencia de riesgos de distinta naturaleza

Trabajar durante el embarazo o durante la lactancia no es “per se” un riesgo para la salud y la calificación de embarazo de riesgo no implica que el riesgo al que se achaque sea debido o imputable a la actividad laboral. Por tanto un “embarazo comprometido o con riesgo” puede serlo por un riesgo genérico o clínico o bien a un riesgo específico o laboral. Cuando se habla de riesgo genérico se está refiriendo a situaciones negativas que complican o dificultan o pueden llegar a impedir el normal desarrollo del mismo por:

a) Complicaciones del embarazo: aborto espontáneo, embarazo de parto pretérmino, rotura prematura de membranas, eritroblastosis fetal, gestación múltiple, embarazo prolongado, hemorragias, preclampsia y eclampsia.

b) Patologías previas que afectan al embarazo: cardiopatías, hipertensión crónica, alteraciones hematológicas y diabetes.

c) Trastornos fetales: defectos congénitos, crecimiento intrauterino retardado e infecciones congénitas.

---

STSJ Murcia 21-9-2009 (AS 461555); STSJ País Vasco 12-12-2006 (AS 94406); SSTSJ Valencia 12-5 y 2-6-2009 (AS 303360 y 2208).

Y eso es muy distinto a cuando un determinado puesto o actividad se convierte en riesgo para el embarazo por la existencia de alguna o algunas de las siguientes circunstancias<sup>(6)</sup>:

a) Agentes o riesgos físicos: choques, vibraciones o movimientos bruscos, ruidos radiaciones ionizantes, radiaciones electromagnéticas no ionizantes, calor y frío extremo y trabajos en atmósferas de sobrepresión.

b) Agentes o riesgos químicos: metales, gases y disolventes, gases anestésicos, cauchos sintéticos y sus aditivos y productos farmacéuticos.

c) Agentes o riesgos biológicos: Virus rubéola, toxoplasmosis, hepatitis, etc.

d) Riesgos ergonómicos y psicosociales: manipulación de cargas, posturas y movimientos forzados, trabajo nocturno y a turnos, fatiga mental y física.

e) Otras condiciones de trabajo: trabajos en la minería subterránea, con equipos de trabajo y equipos de protección individual, etc.

---

<sup>(6)</sup> Véase la Directiva 92/85/CEE, transpuesta en su mayor parte por la LPRL y la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral, que contiene una lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que deben evaluarse en la protección.

En el primer caso la protección como se ha dicho encuentra su acomodo en la incapacidad temporal y en el segundo en las situaciones de riesgo durante el embarazo (y en su caso de la lactancia natural).

Pues bien, esto que aparentemente no debería plantear muchos dudas es sin embargo lo que mayor problemas plantea en su distinción, inclinándose la doctrina judicial a exigir que debe haber una relación directa entre el desarrollo de la actividad embarazada y la medida que se adopta para prevenir o evitar un riesgo para su salud cuando las condiciones de un puesto de trabajo puedan influir en su salud o en la de ser que lleva dentro, siendo en tales casos procedente el recurso a la protección específica de riesgo durante el embarazo.<sup>(7)</sup>

Mayor problema se plantea cuando concurren riesgos genéricos y específicos, la postura predominante en los TSJ parece que se decanta en favor de la preponderancia de los riesgos profesionales, y así se puede leer –en algún pronunciamiento judicial- lo siguiente “... *la circunstancia de que los embarazos de gemelos presenten más riesgo que los de un solo feto no nos impide concluir con que en el presente caso ese embarazo impedía el*

---

<sup>(7)</sup> STSJ Andalucía 29-1-2004 (AS 74963); SSTSJ Aragón 18-1-2002 (AS 3351), 12-12-2007 (AS 1143); SSTSJ Baleares 22-5-2003 (AS 11147), 15-10-2002 (AS 60914) y 5-6-2006 (AS 2351); SSTSJ Castilla y León 29-11-2006 (AS 491) y 15-10-2009 (AS 468511); SSTSJ Cataluña 22-12-2003, 13-5 y 18-11-2004 (AS 2177 y 3814).; STSJ Galicia 30-11-2009 (AS 25542); SSTSJ Madrid 8-7-2002 (AS 3761) y 16-3-2009 (AS 2502); STJS Murcia 16-3-2009 (AS 1061); y SSTSJ Navarra 16, 27-3 (dos), 30-4 y 13-6-2002 (AS 884, 1523, 1616 y 2607).

*desarrollo del trabajo en las condiciones existentes en el puesto que se venía ocupando. Por tanto, si bien hay una causa genérica, también es cierto que el embarazo en sí mismo considerado se podría interpretar como una situación de cierto riesgo para la salud. Lo decisivo es que ese riesgo, propio e intrínseco del embarazo se pueda ver acrecentado o activado con la prestación de servicios. Será entonces cuando se produzca la puesta en marcha del mecanismo de protección legalmente configurado a tal fin”<sup>8</sup>, es decir la situación de riesgo durante el embarazo.<sup>(9)</sup>*

#### 4.3 La valoración de la existencia de riesgos específicos para el embarazo.

La evaluación de riesgos específicos para el embarazo a los que se refiere la LPRL comprende la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo referente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora y en la del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. La valoración es pues un acto

---

<sup>(8)</sup> STSJ Cataluña 1-6-2004 (AS 2312). El supuesto de hecho de la sentencia citada recogía el caso de una trabajadora oficial 3ª metalúrgica que prestaba servicios para una empresa dedicada a la función de piezas metálicas. En la empresa se producían emanaciones de gases procedentes de los hornos en los que se llevaba a cabo la fundición de aluminio. La trabajadora estaba embarazada de gemelos e interesó la prestación, se desestimó en vía administrativa por considerar que la situación clínica de la interesada era la de un riesgo genérico y no específico. Pronunciamientos similares pueden verse en SSTSJ Murcia 27-10 y 9-12-2008 (AS 102830 y 106053).

<sup>9</sup> Véase la STSJ Murcia 9-12-2009 y STSJ Aragón 12-12-2007.

complejo y no exento de críticas y en la que finalmente concurren intereses muy distintos.

4.3.1 El problema de lo que se debe valorar ¿la categoría profesional? ¿El concreto puesto de trabajo?

La distinción es importante y en el caso que nos ocupa los criterios judiciales son unánimes y así es habitual encontrar en los pronunciamientos judiciales el siguiente razonamiento “...y ello es lo que sucede en el caso examinado por este Tribunal D<sup>a</sup>... no ya en razón de su condición de profesional de Diplomada Universitaria en Enfermería, sino en razón de la prestación de servicios asistenciales en establecimiento hospitalario para enfermos psíquicos ...” o más claramente –si bien referida a un supuesto de riesgo durante la lactancia pero aplicable también para el embarazo “ ...Para ello no tenemos que hacer una valoración sobre el trabajo en abstracto sino en concreto teniendo particularmente en cuenta las circunstancias en las cuales se presta por la demandante. Y en este caso la actora, que presta su trabajo con la categoría de ATS/DUE, realiza guardias ininterrumpidas de 12 horas en el Centro Coordinador del SUMA ... No es por lo tanto el hecho en sí del trabajo lo que genera el riesgo ... sino la forma en que el mismo se presta, ... “<sup>(10)</sup>.

4.3.2 El valor de las Guías Profesionales

---

<sup>(10)</sup> Véase SSTSJ Castilla y León 17-6-2009 (AS 310259) y 26-9-2007 (AS 353715); y STSJ Madrid 4-12-2006 (AS 83779).

Con el fin de servir de ayuda a los evaluadores de los riesgos, la entidad gestora INSS, las colaboradoras en la gestión como las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y otras entidades públicas o profesionales han elaborado una serie de guías o protocolos de carácter orientativo que sin pretender sustituir la valoración individual que tiene que hacer el facultativo responsable sirvan al mismo de ayuda en su tarea. Entre estas guías pueden citarse las siguientes:

-*“Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y de la incapacidad temporal durante el embarazo”*, elaborada por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO).

-*“Protocolo de Valoración de los Riesgos Profesionales a efectos de la Prestación de Riesgo durante el Embarazo y Riesgo en la Lactancia”*, realizada por la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (AMAT).

-*“Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural”*, confeccionada por el INSS y la Asociación Española de Pediatría.

-*Guía de Valoración de Riesgos Laborales en el embarazo y lactancia en trabajadoras en el ámbito sanitario*”, edición a cargo del Instituto de Salud Carlos III y la Asociación Nacional de Medicina del Trabajo en el Ámbito Sanitario.



Básicamente lo que estas guías hacen es analizar los distintos riesgos a los que la mujer embarazada (y en su caso en lactancia) pueda encontrarse sometida y efectuar recomendaciones de si se aconseja o no el trabajo o bien el momento en que debería interrumpirse. Por ejemplo, en cuanto a los riesgos o agentes físicos (que suelen ser los más frecuentemente alegados) analizan los mismos en relación con la actividad laboral concreta que la trabajadora realiza y recomiendan la semana de gestación en la que debería de suspenderse o interrumpirse la actividad. Así, por ejemplo, la Guía SEGO para aquellas trabajadoras con trabajos en bipedestación recomienda lo siguiente: a) De forma prolongada (+ de 4 horas al día) se deberá de interrumpir la prestación de servicios a la semana 37 o 34 si el embarazo es múltiple; b) Si es de forma intermitente: 1º) Más de 30 minutos a la hora, la interrupción se aconseja alas 30 semanas o 28 si el embarazo es múltiple; 2º) Menos de 30 minutos a la hora, la interrupción recomendada es a las 37 semanas o 34 para el embarazo múltiple.

Los Tribunales vienen haciéndose eco de estas guías como un elemento más de convicción, sin que por el momento vengan siendo utilizadas como un criterio concluyente.<sup>(11)</sup>

#### 4.3.3 Informes médicos contradictorios

---

<sup>(11)</sup> Véanse SSTSJ Murcia 1-12-2008 (AS 103576), 16-3 y 11-5-2009 (AS 235111 y 292915).; STSJ Andalucía 18-3-2009 (AS 284927) y STSJ 8-9-2009 (AS 471601); y STSJ País Vasco 30-6-2008.

En la mayoría de las ocasiones a la hora de determinar si existe riesgo o no, si este es específico o genérico, si la interrupción o no de la actividad debe ser en la semana X o Z, no se plantean muchas novedades respecto de lo que viene ocurriendo ante un pleito en que lo que se ventile sea la existencia de una incapacidad permanente y su grado. La existencia de informes médicos contradictorios supone finalmente una elección en que la cualificación, objetividad e imparcialidad que se presupone del emisor es determinante y así es usual leer lo siguiente “... *ante la discrepancia entre el informe médico emitido por los facultativos del Servicio Murciano de Salud y el elaborado por los dependientes de la Mutua, el conflicto debe resolverse en el sentido más favorable para la protección de la integridad física del feto...*”<sup>(12)</sup>, que en este caso es el del Servicio Público de Salud al que se le presupone una dosis de mayor imparcialidad que al dependiente de la Mutua, que al fin y al cabo tendrá que ser ella la que asuma el pago de la prestación.

#### 4.4 Otras cuestiones

##### 4.4.1 Momento de la solicitud y presencia del riesgo

Un dato que a veces se olvida por parte de la interesada es que el riesgo debe estar patente al momento de su solicitud y no con posterioridad. En ocasiones al conocer que se encuentra embarazada y entender que se encuentra en un puesto con riesgo, la trabajadora insta el reconocimiento y ve sin embargo desestimada la solicitud por no encontrarse presente a tal momento el riesgo, con

---

<sup>(12)</sup> STSJ Murcia 1-12-2008 (AS 103576).

independencia de que en un momento posterior pueda estarlo. Ocurre fundamentalmente con los riesgos por agentes físicos, por ejemplo, en el caso de realizar trabajos que requieran posturas forzadas o deambulación o ambipdestación continua o discontinua, en los que la clave está en la semana de gestación en la que se encuentra la trabajadora ya que sólo a partir de una determinada semana es cuando se considera desaconsejable el trabajo. Si se solicita “prematuramente” lo normal es que vea rechazada su pretensión, sin perjuicio de que llegado tal momento se inste nuevamente<sup>(13)</sup>.

#### 4.4.2 Solicitud y baja simultánea en Seguridad Social

Es frecuente en determinados regímenes especiales (básicamente en autónomos) que instada la petición de riesgos durante el embarazo, la trabajadora curse su baja en el régimen en que está encuadrada, quizás con el fin de no tener que seguir cotizando. El problema es que llegado el momento de reconocer o no la prestación verá denegada la misma por no encontrarse en alta al momento del hecho causante, requisito imprescindible a tenor del artículo 32.1 del RD 295/2009, de 6 de marzo<sup>(14)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> STSJ Murcia 21-9-2009, SSTSJ Valencia 12-5 y 2-6-2009; y STSJ Navarra 17-7-2009.

<sup>(14)</sup> STSJ Baleares 22-5-2003, STSJ Castilla y La Mancha 30-3-2006 y STSJ Asturias 17-10-2008.

#### 4.4.3 Acreditación de la imposibilidad de adaptación, modificación de las condiciones o tiempo de trabajo o cambio de puesto de trabajo

Un dato muy curioso y común a todas las sentencias analizadas es que no se cuestiona si el empresario ha o no cumplido con los deberes o exigencias del artículo 26 de la LPRL, dándose siempre por bueno la alegación de imposibilidad sin más detalles o justificaciones. Se olvida, como antes se ha indicado, que la suspensión del contrato de trabajo por riesgo tanto en el embarazo como durante la lactancia natural es una medida subsidiaria para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo. En cuanto tal, sólo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primer lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo.

La valoración de la concurrencia o no de estos requisitos depende, por razones obvias, de múltiples circunstancias de tiempo, lugar y modo de la prestación laboral desempeñada. Pero, en cualquier caso, la acreditación de un riesgo específico con relevancia para la salud de la madre, feto 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 esta importante vicisitud en la relación laboral y para ello no basta la simple declaración empresarial de la inexistencia de un puesto de trabajo compatible con el estado

de la trabajadora<sup>(15)</sup>. Pues bien, aunque pueda parecer extraño, la inexistencia de puesto de trabajo o de haber intentado remediar la situación de riesgo no se suele cuestionar ante los Tribunales, ni por el INSS ni por las Mutuas.

## **5. SITUACIONES CONTROVERTIDAS DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL. CRITERIOS JUDICIALES**

En el estudio de esta prestación se han analizado un total de 76 sentencias (9 corresponden al Tribunal Supremo, 65 a los Tribunales Superiores de Justicia y 2 a los Juzgados de lo Social). Realmente lo dicho para las situaciones de riesgo durante el embarazo podría aquí darse por reproducido. Por ejemplo:

- Valor orientativo de las guías o protocolos médicos<sup>(16)</sup>
- Valoración del puesto concreto de trabajo desempeñado y no de la profesión o categoría profesional<sup>(17)</sup>.
- Etc.

No obstante algunas singularidades o curiosidades pueden reseñarse:

---

<sup>(15)</sup> Los primeros pronunciamientos sobre estas prestaciones del Tribunal Supremo advierten o recuerdan tal exigencia, véanse por ejemplo SSTs 17, 18-3, 3-5-2011 (RJ 165196, 165200 y 194716).

<sup>(16)</sup> Por ejemplo STSJ Aragón 15-4-2009 (AS 1157).

<sup>(17)</sup> Por ejemplo STSJ Andalucía 2-4-2009 (AS 259418).

a) Una tendencia por parte de algún Tribunal Superior de Justicia a relativizar la noción de riesgo específico. Y así se puede leer lo siguiente en algún pronunciamiento judicial “... *La existencia de un riesgo está enlazada por la Ley a las condiciones de un puesto de trabajo que pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y, en ese sentido, debe ser interpretada la expresión de agentes, procedimientos o condiciones ... susceptibles de presentar un riesgo específico (art. 26.1 de la Ley de Prevención, pues, aparte de las dificultades que ofrece tal calificación, podría darse prevalencia a un nominalismo sobre la realidad del riesgo real, sino de evaluar si en el puesto de trabajo y desarrollo de la actividad laboral se dan circunstancias identificables y concretas que suponga un riesgo asociable al mismo ...* “<sup>(18)</sup>. Si bien otros mantienen el criterio de su exigencia, no bastando su mera hipótesis<sup>(19)</sup>, e insistiendo en que debe acreditarse la existencia de un riesgo grave y cierto<sup>(20)</sup>. Postura esta última que es la aceptada por nuestro Tribunal Supremo que así se expresa cuando señala: “...*Resulta de esa regulación normativa entonces que para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los artículo 135 bis y ter LGSS, han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es,*

---

<sup>(18)</sup> SSTSJ Murcia 12 y 26 (AS 252902 y 333745), 9 y 16 -3-2009 (AS 236178, 1548), entre otras.

<sup>(19)</sup> STSJ Castilla y León 11-11-2009 (AS 2600) y STSJ Madrid 24-9-2010 (AS 368244).

<sup>(20)</sup> Véanse STSJ Extremadura 6-5, 22 y 24-6-2010 (AS 230880, 266116 y 2169), TSJ Aragón 3-12-2009 (AS 1315); TSJ Asturias 7-11-2008 (AS 105169); STSJ Navarra 5-3-2010 (AS 1088); TSJ Cataluña 22-3-2010 (AS 1691); STSJ País Vasco 30-11-2010 (AS 132826).

*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. De esta forma, debe recordarse aquí que la primera causa de denegación de la prestación por parte de la Entidad Gestora fue la ausencia de justificación de la existencia de riesgos específicos para la lactante que la solicitaba. Se trata de una situación protegida cuya complejidad se pone de relieve porque la misma no responde sólo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a un puesto de trabajo compatible con la situación de la lactante; 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 debería 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. En todo caso, visto el contenido y alcance de la resolución que se combate, correspondía a la demandante desvirtuar las causas de denegación de la prestación, como efectivamente se intenta con los hechos, razonamientos y referencias probatorias de la demanda, en la que se argumenta sobre cada uno de los pasos que habrían de conducir a dejar sin efecto la resolución impugnada y al*

éxito de la pretensión, centrándose entonces el debate procesal de la instancia en torno a la existencia o no de riesgos relevantes, específicos de la prestación que se reclamaba. Y aunque la sentencia del Juzgado afirma que existían en el recurso de suplicación se vuelve a plantear el debate sobre la especificidad y relevancia de tales riesgos y su existencia en el escrito de impugnación que formula el INSS en línea con las causas de denegación de la prestación que se contiene en la resolución dictada en vía administrativa. En ese debate ya se dijo que la sentencia recurrida admite, o más bien parte de la premisa no razonada de que los riesgos descritos y admitidos como acreditados son suficientes para alcanzar la prestación de que se trata, **pero realmente ha de decirse ahora que en este caso no consta acreditada la existencia y valoración específica de los riesgos propiamente dichos en relación con la lactancia. Para llevar a cabo esa evaluación, esa identificación es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características y tiempo de exposición del trabajador al riesgo, así como del seguimiento que se haya hecho de la existencia de los mismos para conocer su relevancia en relación con la situación de lactancia natural** ...<sup>(21)</sup>.

b) Un riesgo invocado muy frecuentemente es la nocturnidad o el trabajo de noche, singularmente en el sector de los profesionales de la salud y ante el cual los Tribunales suelen ser proclives a su

---

<sup>(21)</sup> Entre otras STS. 18-3-2011 (RJ 3553).



reconocimiento<sup>(22)</sup>, sin embargo curiosamente, ninguna de las Guías o Protocolos antes indicados consideran como riesgo tal modalidad de trabajo<sup>(23)</sup>.

## 6. UNA VALORACIÓN FINAL

A la luz de los criterios o pronunciamientos judiciales sobre estas prestaciones podrían hacerse algunas consideraciones como:

a) Un elevado índice de conflictividad en algunas Comunidades Autónomas:

Por lo que respecta a la protección por riesgo durante el embarazo (65 pronunciamientos, s.e.u.o), resulta el siguiente balance: Andalucía 2; Aragón 6; Asturias 2; Baleares 2; Canarias 2; Cataluña 5; Castilla La Mancha 3; Castilla y León 8; Extremadura 1; Galicia 3; Madrid 4; Murcia 10; Navarra 7; País Vasco 4; Valencia 6.

Como se puede apreciar aparentemente hay Comunidades Autónomas en que la conflictividad es nula (Cantabria, por ejemplo) y en otras es mínima (sería el caso de Extremadura). Pero quizás lo que más destacaría sería si comparásemos la incidencia de estas

---

<sup>(22)</sup> Véanse SSTSJ Murcia 21-6, 7 y 16-7-2010 (AS 266287, 275864 y 296181), STSJ Madrid 29-6-2010 (AS 2645); STSJ Valencia 15-12-2010 (AS 163755), entre otras.

<sup>(23)</sup> Por ejemplo la guía "Orientaciones para la valoración del riesgo laboral en la lactancia natural", elaborada por el INSS e Instituto de Salud Carlos III, pág. 63, que se limita a sugerir un cambio de horario de la trabajadora.

situaciones con la población actividad femenina de las Comunidades Autónomas (compárese la incidencia en Murcia respecto a Barcelona por ejemplo<sup>(24)</sup>), para ver que no es normal esa incidencia. Y lo mismo se reproduce si lo hacemos respecto a la incidencia de la conflictividad de la situación de riesgo durante la lactancia natural. De las 65 sentencias correspondiente a TSJ podemos apreciar los siguientes datos: Andalucía 7; Aragón 2; Asturias 5; Baleares 1; Cataluña 1; Castilla La Mancha 4; Extremadura 4; Madrid 12; Murcia 25; Navarra 2; País Vasco 2; y Valencia 1.

b) Una profesión en la que mayoritariamente demanda el reconocimiento de ambas situaciones de riesgo, la sanitaria (singularmente en la situación de riesgo durante la lactancia natural).

c) Unos Tribunales Superiores de Justicia muy rigurosos en su valoración (Aragón es uno de ellos) y otros con un criterio tuitivo – quizás- excesivo, Murcia.

d) Una idea equivocada en la trabajadora embarazada si me han reconocido la situación de riesgo durante el embarazo deberán de reconocerme la relativa a la lactancia natural. Lo que lleva en definitiva a querer encadenar riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, con olvido que ambos riesgos son distintos.

---

<sup>(24)</sup> Datos a 2009: Barcelona contaba a tal fecha con una población activa femenina de 1.010.117 y Murcia de 223.953 (Fuente: TGSS); los procesos de riesgo durante la lactancia fueron de 33 para Barcelona y 96 en Murcia (Fuente: AMAT).

e) Una nula implicación empresarial en la prevención y en la de facilitar las adaptaciones o modificaciones necesarias para evitar tener que acudir a la suspensión del contrato de trabajo. Quizás esto este influido por el propio interés de la trabajadora en acceder a una prestación que le garantiza el 100% de su base de cotización y por los beneficios empresariales en la cotización para el caso de sustitución de dicha trabajadora.

f) Una ausencia o falta de previsión de control en la lactancia natural. La pregunta a responder es *¿puede la empresa, el INSS o la Mutua controlar la realidad de la lactancia para que la prestación no se utilice de forma desviada?* Se trata de un tema bastante complejo y muy vidrioso. Se podría pensar en que la empresa pudiera hacer uso de las facultades previstas en el artículo 26.4 de la LPRL, pero es muy dudoso ya que ni durante el embarazo o en la lactancia natural hay una enfermedad o accidente y sus resultas que quepan ser vigiladas. Y además al empresario siempre le queda la facultad de “recuperar” a la trabajadora para su trabajo eliminando el riesgo o bien ofrecerle un puesto exento del mismo, dando por terminada entonces la suspensión del contrato de trabajo. Difícil también lo tiene el INSS o la Mutua de llevar un control, al menos directo, sobre la realidad de la lactancia ya que puede considerarse una intromisión en su intimidad y por tanto objetable por la trabajadora.