

**Prestación de riesgo durante la lactancia natural. Reconocimiento a conductora de camión de recogida de residuos sólidos: aplicación de la doctrina del TJUE (C-41/2017 y C-531/15), atribución indebida a la trabajadora en la determinación de los riesgos y sus efectos laborales poco precisados**

**STS, Sala Social, de 24 de enero de 2019 (RCUD núm. 2037/2017)**

**María José Romero Ródenas**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha*

---

### I. Introducción

La inclusión de la prestación por riesgo durante la lactancia natural en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Disposición Adicional 11ª de LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), modificó el art. 26.4 Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) e incorporó los actuales arts. 188 y 189 Texto Refundido Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS) dando lugar a una rica doctrina del TS con un importante cambio doctrinal a la luz de las últimas STJUE en la materia. La STS que pretendemos comentar, en materia de prestación de riesgo durante la lactancia natural, acoge la pretensión de la trabajadora, aplicando la doctrina del TJUE. Analiza la evaluación que refiere los riesgos para mujeres embarazadas o lactantes tales, como manipulación manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular, dorsolumbares; movimientos y posturas, desplazamientos, fatiga mental y física y otras cargas físicas; choques, vibraciones o movimientos; exposición a agentes biológicos de los grupos 2, 3 o 4), sin mencionar el desarrollo de la actividad en régimen de turnos o de nocturnidad. La doctrina que aplica la Sentencia que se recurre (STSJ Cataluña 23 de marzo de 2017) es calificada por el TS como errónea al mantener en recurso de suplicación que la prestación debe denegarse al no identificarse suficientemente descritos y probados los riesgos existentes, quedando poco precisos y desconociendo los agentes concretos cuya exposición para la madre supone un riesgo para el bebé lactante, con causa exclusiva en las tareas habituales de ésta.

### II. Resolución comentada

**Tipo de resolución:** Sentencia.

**Órgano:** Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

**Número de resolución y fecha:** Sentencia núm. 53, de 24 de enero de 2019.

**Número recurso o procedimiento:** Recursos de casación para la unificación de doctrina núm. 2037/2017.

**ECLI: ES:TS:2019:445**

**Fuente de consulta:** CENDOJ.

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

**Votos Particulares:** Carece.

### **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes**

#### *1. Hechos relevantes*

La Mutua deniega la prestación de riesgo durante la lactancia natural en aplicación de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre; y artículos 39, 47, 49 y 51 del RD 295/2009, de 6 de marzo. La trabajadora chofer de recogida de residuos, en jornada completa y horarios semanales alternativos entre las 20 horas y las 2 horas de la madrugada aproximadamente y entre las 4 horas de la madrugada y las 12, 13 o 15 horas del mediodía en función del día también aproximadamente, lleva a cabo la recogida de contenedores los miércoles entre las 13:00 y las 16:00 horas cada quince días. Desarrolla su prestación de trabajo mayoritariamente en el interior de la cabina del camión, pero también en determinados momentos realiza actividades fuera del camión tales como: recoger contenedores soterrados, para hacer las descargas del camión en las plantas incineradoras o para hacer el mantenimiento de los contenedores. En relación con el concreto puesto de trabajo que desempeña la recurrente (Chofer D), la evaluación de los riesgos de recogida orgánica se identifica, entre otros, como de riesgo moderado del puesto de trabajo la exposición a sustancias nocivas, principalmente en la recogida de envases y en el interior de los contenedores, indicándose como medidas preventivas fundamentalmente el uso de ropa de trabajo que cubra todo el cuerpo y el uso de guantes de seguridad, y se identifica también como riesgo moderado el riesgo por exposición a agentes biológicos presentes en la materia orgánica en descomposición, indicándose como medidas preventivas fundamentalmente las señaladas para evitar el contacto directo con la materia orgánica en descomposición con el uso de ropa de trabajo que cubra todo el cuerpo y con el uso de guantes de protección. Es pacífico el expreso reconocimiento empresarial de no existir un puesto de trabajo compatible con el estado de lactancia natural.

#### *2. Sentencia del Juzgado de lo Social y STSJ Cataluña*

La SJS núm. 2 de Mataró de 6 de octubre de 2016, reconoció la prestación de riesgo durante la lactancia natural, siendo revocada por STSJ de Cataluña, 23/03/2017, rec. 570/2017 al negar el derecho a dicha prestación. El STSJ Cataluña entendió que no concurre "el supuesto de hecho del artículo 26.4 LPRL (y correspondientes normas legales y reglamentarias de Seguridad Social) por falta de especificación de los concretos riesgos biológicos a los que estaría expuesta la trabajadora en periodo de lactancia. Tampoco reconoce que quede acreditada la repercusión negativa para la salud de la trabajadora o de su hija lactante. Sin embargo, nos resulta importante subrayar que la SJS estimatoria de la pretensión de la trabajadora analiza su posible repercusión del horario a turnos (una semana desde las 20,00 hasta las 2,00 y otra desde las 4,00 hasta las 12 horas, aproximadamente) y por el desempeño habitual de una parte importante de la jornada en horario nocturno. Dicho análisis no fue tenido en consideración por el TSJ de Cataluña.

### **IV. Posiciones de las partes y preceptos relevantes**

La discusión que accede al Tribunal Supremo es clara, se discute sobre el derecho de la trabajadora recurrente a percibir la prestación de riesgo durante la lactancia natural. Se alega en primer lugar, la infracción de los arts. 49 a 51 RD 295/2009, 6 de marzo; arts. 188 y 189 TLGSS, arts. 14, 16, 26.4 LPRL y en segundo lugar, se alega como contradictoria la STSJ Cataluña mencionada con anterioridad. La LPRL establece que cuando la evaluación de riesgos realizada en la empresa revele la existencia de riesgo para las mujeres o hijos durante el periodo de lactancia natural, el

empresario adoptará las medidas necesarias para evitar su exposición, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo (art. 26.4 LPRL y art. 49 RD 295/2009).

Claro eres, que si la adaptación no es posible o, a pesar de la misma, persiste el riesgo, se establece la posibilidad de cambio de puesto de trabajo o de funciones, pudiendo incluso ser destinada la trabajadora a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría profesional, conservando en tal caso el derecho a la retribución de su puesto de origen, sin embargo esta situación no se cuestiona por el expreso reconocimiento de la empresa. Por tanto, si el cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible, puede acordarse la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural<sup>[1]</sup>. En este sentido, la evaluación de los riesgos a que se refiere el art. 16 LPRL debe comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de la trabajadora en situación de embarazo o parto reciente y el apartado 4 del mencionado artículo lo extiende a la lactancia natural a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora 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 debe adoptar 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 incluyen, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

Por último, la Sentencia que la trabajadora recurrente alega como contradictoria es la STSJ Cantabria de 12 de enero de 2016 (rec. 717/2015) que reconoce la prestación de riesgo durante la lactancia natural a una conductora de camión de recogida de basuras cuyo trabajo nocturno inflexible y continuado constituía un riesgo probado y específico ante la imposibilidad del cambio de puesto de trabajo.

## **V. Normativa aplicable al caso**

Aunque entran en juego otros preceptos, para la resolución del caso entendemos que son decisivos:

- Arts. 14, 16 y muy especialmente el art. 26.1 y 2 Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos.
- Art. 188 RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido Ley General de la Seguridad Social.
- Art. 49.1 RD 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.

## **VI. Doctrina básica**

Todo lo anteriormente expuesto, nos permite abordar los contenidos doctrinales de la Sentencia objeto de análisis enriquecedor tras los pronunciamientos del TJUE que tratando la materia obliga naturalmente a un cambio importante en la doctrina del TS.

### *1. Primera doctrina del TS y STJUE 19 octubre 2017, Caso Otero Ramos C-531/15*

Los primeros pronunciamientos del TS en la materia analizaban la exclusividad de la evaluación de riesgos en relación a la lactancia natural, y especificaban que dicha evaluación debía de ser diferenciada, debiendo contener la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición, para concluir que no se acredita el riesgo en los supuestos en los que los informes aportados no contenían elementos concretos que pudieran conducir al conocimiento de los riesgos en cuestión<sup>[2]</sup>. 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 en la existencia del 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” y que esa distribución del gravamen probatorio, suponía que es a la parte actora quien debe “desvirtuar las causas de denegación de la prestación”<sup>[3]</sup>. Son las SSTs 26 de junio de 2018 (rec. 1398/16) y 11 julio 2018 (rec. 396/207) las que procedan a revisar la doctrina anterior para ajustarla a la primera STJUE 19 octubre 2017 determinando que la carga probatoria del riesgo específico corresponde a la empresa, con mención en particular a la afectación de las condiciones del puesto sobre la situación de lactancia de la trabajadora y valorando la incidencia de los tiempos de trabajo sobre la efectividad de la lactancia natural en pro de la calidad y cantidad del amamantamiento, no solo la mera presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna. Lo anterior es coincidente con la imprescindible vinculación entre las obligaciones de protección de la seguridad y salud de la trabajadora y el respeto al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres contemplado en la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, como en la LOIMH, citada.

De ahí, como señala la STS objeto de comentario, cuando los riesgos que presenta un puesto de trabajo de una trabajadora en periodo de lactancia no han sido evaluados con arreglo a lo dispuesto en el citado art. 4 de la Directiva 2006/54/CE, se priva a la madre y a su bebé de la protección que debería otorgársele. Por tanto, no se puede tratar del mismo modo a una trabajadora en periodo de lactancia que a cualquier otro trabajador”. La ausencia en la evaluación del riesgo supone, para la STJUE C-531/15, “un trato menos favorable a una mujer, vinculado a la lactancia, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del art. 2.2 c) de la Directiva citada.

De esta 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 niega 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.

## *2. Cambio de doctrina del TS y STJUE 19 de septiembre 2018, Asunto González Castro C-41/2017*

La STJUE C-41/2017 reitera y precisa la doctrina de la STJUE Asunto Otero Ramos subrayando dos cuestiones: En primer lugar, que el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 se aplica a una situación en la que una trabajadora en período de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional u otra autoridad competente del Estado miembro de que se trate la evaluación del riesgo de su puesto de trabajo por no haber sido realizada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85/CEE, y, por tanto, que la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia, con arreglo a las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, debe considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad, en el sentido de esta Directiva, y constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54 es decir, constituye discriminación, “el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE”. En segundo lugar, la STJUE precisa a este respecto que, para ser conforme con las exigencias establecidas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85, “la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate,

para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo”.

Sin embargo y atendiendo la Directiva 92/85 CEE en su art. 7 se refiere al trabajo nocturno y señala que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo o durante un período consecutivo al parto”. De este modo, si los artículos 4 y 7 de la Directiva 92/85 CEE persiguen la misma finalidad de protección de las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz o en período de lactancia contra los riesgos que presentan sus puestos de trabajo, el artículo 7 de la Directiva 92/85 tiene a nuestro juicio un objeto más concretamente, que es reforzar esta protección en periodo de lactancia.

Acertadamente, la STS objeto de comentario subraya que “el TJUE señala que la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la trabajadora afectada, realizada en el marco del Art.7 de la Directiva 92/85, debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de dicha trabajadora para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. En el supuesto de que tal examen no se haya realizado, existirá un trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad a los efectos de esa Directiva y constituirá una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del Art. 2, apart.2.c) de la Directiva 2006/54, que permite la aplicación del artículo 19.1 de dicha Directiva”.

## **VII. Parte dispositiva**

A la vista de las líneas argumentales sentadas, y obviando el tema de las costas procesales, la STS 24 de enero de 2019, estima el recurso interpuesto por la trabajadora (infracción procesal y casación). Lo que supone la estimación el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de la trabajadora con la correspondiente anulación de la STSJ Cataluña de 23 de marzo de 2017. Además se estima parcialmente la petición subsidiaria del recurso interpuesto por la Mutua al no proceder el abono de la prestación analizada al encontrarse la trabajadora en situación de incapacidad temporal hasta que esta se extinga por cualquiera de las causas legales o reglamentarias establecidas.

## **VIII. Comentario**

Para contextualizar y evaluar la doctrina que acabamos de exponer interesa realizar una doble subsunción. En primer lugar, siguiendo la doctrina en materia de Seguridad Social y su aplicación con el derecho de la UE. En este sentido, la evaluación de riesgos realizada por la empresa comprende buena parte de los que concurren en el puesto de la trabajadora, conductora de camión de recogida de residuos sólidos, aplicando sin mencionar sus concretas condiciones de trabajo como nocturnidad y turnicidad. En conclusión, la STS subraya que “el TJUE señala que la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de la trabajadora afectada, realizada en el marco del art. 7 de la Directiva 92/85 , debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de dicha trabajadora para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. En el supuesto de que tal examen no se haya realizado, existirá un trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad a los efectos de esa Directiva y constituirá una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del art.2.2.c) de la Directiva 2006/54 que permite la aplicación del artículo 19, apartado 1, de dicha Directiva” habrá de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia la que haya de desarrollar la actividad probatoria en contrario; y a partir de tal extremo, aplicar las previsiones del art. 26 LPRL y 188 TRLGSS, puesto que en la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y presenta elementos de prueba que permitan indicar que las medidas de protección previstas en el art. 26.1 y 2 LPRL es decir, la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de



puesto, no eran factibles, por lo que incumbe al empresario acreditar que estas mediadas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente.

En segundo lugar, estas circunstancias, conllevan a la aplicación errónea en suplicación de la doctrina del TJUE descrita ampliamente con anterioridad, justificando el cambio doctrinal del TS en base a la STJUE 19 septiembre 2018 C-42/217 y razona su aplicabilidad al supuesto de hecho de forma reflexiva. Así reconoce que la normativa no ha variado y sí la jurisprudencia por lo que el "canon de irretroactividad desfavorable exigible a las leyes resulta, por tanto, inaplicable"; también trae a colación la doctrina del TEDH (con cita propia) en relación al principio de seguridad jurídica "las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia. Y por último, analiza el cambio de doctrina jurisprudencial en base a la doctrina constitucional, reconociendo que "hace mucho tiempo que nuestra doctrina constitucional explicó cómo la Sentencia que introduce un cambio jurisprudencial "hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice".

## **IX. Apunte final**

La aplicación de la doctrina expuesta y ya consolidada en nuestra jurisprudencia en procesos de evaluación de riesgos que comprende todos aquéllos que concurren en el puesto de la trabajadora, pero que, no obstante, no hacen particular mención ni precisión sobre la afectación de las condiciones del puesto sobre la eventual situación de maternidad o lactancia de la trabajadora. Ante tal escenario, el magistrado ponente (Sempere Navarro) aplica y motiva su razonamiento jurídico en aplicación de la importante doctrina TJUE señalada que ha de ser la parte que niega la existencia de la situación de riesgo durante la lactancia la que haya de desarrollar la actividad probatoria en contrario; y a partir de tal extremo, aplicar las previsiones de los arts. 26 LPRL y 188 TRLGSS, puesto que en la medida en que una trabajadora en periodo de lactancia solicita una dispensa del trabajo durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y presenta elementos de prueba que permitan indicar que las medidas de protección previstas en el art. 26.1 y 2 LPRL, es decir, la adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada o el cambio de puesto, no eran factibles, incumbe al empresario acreditar que estas mediadas eran técnica u objetivamente posibles y podían exigirse razonablemente.

Todo lo anterior implica que la empresa ha incumplido la previsión legal del art. 26.1 LPRL, conforme al cual, "la evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 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".

Para finalizar, la doctrina del STS 24 de enero 2019 ha marcado las posteriores resoluciones del TS en la materia, entre otras STS 6 de febrero de 2019, rec. 4016/17 en supuestos donde la evaluación de riesgos no perfila de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, resultando contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora, que se le niegue la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos sí constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia.

**Referencias:**

1. ^ TARANCÓN PÉREZ E., ROMERO RODENAS M.J., *Manual de prestaciones básicas del Régimen General de la Seguridad Social, Adaptado al TRLGSS aprobado por RDL 8/2015, con las modificaciones introducidas hasta la publicación del RDL 8/2019, de 8 de marzo*, Bomarzo, Albacete, 6ª ed. revisada, 2019.
2. ^ Sin ánimo de exhaustividad, SSTS/4ª de 17 marzo 2011 (rec.1864/2019, 1865/2010, 2448/2010) 25 enero 2012, rec.4541/2010, 23 enero 2012, rec. 1706/11, entre otras.
3. ^ STS 18 de marzo 2011, rec. 1863/2010.